



APELAÇÃO CRIMINAL DA COMARCA DE SANTARÉM
APELANTE: E. B. V.
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DESª. MARIA DE NAZARÉ SILVA GOUVEIA DOS SANTOS
PROCURADORA DE JUSTIÇA: FRANCISCO BARBOSA DE OLIVEIRA
PROCESSO Nº 2013.3.028576-4

EMENTA:

APELAÇÃO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO ANTE A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. REJEITADA À UNANIMIDADE. O princípio da identidade física do juiz deve ser analisado em cotejo com outros princípios constitucionais e processuais de igual magnitude, tais como celeridade processual e economia. Admite-se a quebra da regra geral quando a substituição do juiz que instruiu o processo por outro é justificada por afastamentos legais, não podendo ser decretada nulidade sem a prova de prejuízo efetivo à defesa em face da incidência do princípio pas de nullité sans grief. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. EVENTUAL CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. A época dos fatos, a vítima tinha 13 anos de idade. Com efeito, não há como se acatar a tese defensiva de que o beijo consentido excluiria a tipicidade da conduta de estupro de vulnerável. Isso porque o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos não torna atípica a conduta do recorrente, eis que a violência é presumida. A presunção de violência decorrente do delito de estupro de vulnerável é absoluta e, assim, o fato da vítima ter consentido com a prática da relação sexual ou possuir experiência sexual prévia não desnatura a existência do crime. Aliás, é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de se relativizar a violência presumida, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA EM COTEJO COM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. A palavra da vítima, em crimes dessa natureza, reveste-se de vital importância, sendo, muitas vezes, a única prova a determinar a condenação. Isso porque, pela sua natureza, tais infrações são normalmente cometidas de forma clandestina, longe dos olhos de qualquer testemunha. Assim, firme, coerente e sem razões para imputar falsamente a prática dos fatos ao apelante, não há como ser desconsiderada, a não ser que haja prova robusta em sentido contrário - o que incorre na espécie, razão pela qual rechaço o pleito recursal. RECURSO IMPROVIDO. UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Desembargadores que integram a 3ª Câmara Criminal Isolada deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, em consonância com a fundamentação constante do voto da Exma. Desembargadora Relatora.

A sessão foi presidida pelo Exmo. Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior.



Belém, 01 de dezembro de 2016.

Desembargadora MARIA DE NAZARÉ SILVA GOUVEIA DOS SANTOS
Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL DA COMARCA DE SANTARÉM
APELANTE: E. B. V.
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DES^a. MARIA DE NAZARÉ SILVA GOUVEIA DOS SANTOS
PROCURADORA DE JUSTIÇA: FRANCISCO BARBOSA DE OLIVEIRA
PROCESSO Nº 2013.3.028576-4

Relatório

E. B. V., por meio de advogado, interpôs o presente recurso de apelação contra a sentença proferida pelo MM^o. Juízo de Direito da 4ª Vara Penal da Comarca de Santarém.

Narra a denúncia que, no dia 13 de dezembro de 2011, por volta das 11h, a vítima estava em sua casa junto com seu irmão J. dos S. B., quando chegou o recorrente chamando-a pelo nome. Ela, enrolada em uma toalha, pois tinha acabado de tomar banho, perguntou o que ele queria, ao que respondeu ter ido a mando da genitora dela para pegar umas fotos dos alunos da escola que estava guardado dentro de um caderno de capa vermelha.

Ao ficar sozinha com o recorrente, este lhe agarrou, tentou lhe beijar, segurou-a pelos braços, tentou tirar a toalha e pegou nos seus seios. Revelou que ele disse que já tinha tocado em todas as suas colegas e que só faltava ela, devendo se entregar para matar seu desejo. Ato contínuo, a vítima conseguiu se desvencilhar do recorrente, empurrando-o e gritando por socorro, ocasião em que ele foi embora. Perante a autoridade policial, confirmou que a beijou, mas com o seu consentimento.



Transcorrida a instrução processual, fora condenado como incurso nas sanções punitivas do art. 217-A, do CP à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos de reclusão em regime inicial semiaberto.

Irresignado, o apelante interpôs a presente apelação.

Nas suas razões recursais (fls. 66-87), o recorrente assevera, preliminarmente, nulidade processual ante a violação ao princípio do juiz natural, por não ter o juízo que presidiu a instrução sentenciado o feito. No mérito, sustenta negativa de autoria, ausência de provas e atipicidade da conduta, não havendo crime, mas apenas beijo consentido.

Afirma que não pode subsistir o decreto condenatório com base apenas no relato da suposta vítima e testemunhas, mãe e irmão dela, que não presenciaram o fato e, além de contraditórios, ainda foram pressionadas pelo pai da vítima a incriminá-lo.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu apelo nesses termos.

Em sede de contrarrazões (fls. 89-97), o Ministério Público de 1º grau pugna pelo conhecimento e improvimento do recurso manejado.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento e improvimento do apelo (fls. 105-113).

À revisão do Exmº. Des. Leonam Gondim da Cruz Junior.

É o relatório.

VOTO

A presente apelação foi interposta em consonância com os pressupostos e condições para sua admissibilidade. Assim, conheço do recurso.

PRELIMINAR DE NULIDADE

Fora sustentada preliminar de nulidade processual ante a violação ao princípio do juiz natural, por não ter o juízo que presidiu a instrução sentenciado o feito.

Nos termos da jurisprudência do STF (RHC 120414 SP), o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, devendo ser mitigado sempre que a sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução criminal seja congruente com as provas produzidas sob o crivo do juiz substituído, o que ocorreu no caso sub judice.

Ademais, de acordo com os artigos 563 e 566, do Código de Processo Penal, não se declara a nulidade de nenhum ato se dele não resultar prejuízo para a parte, ou se não influir na apuração da verdade ou na decisão, consagrando o princípio do pas de nullité sans grief (não há nulidade sem prejuízo). In casu, não há violação ao princípio da identidade



física do juiz, uma vez que a prolação da sentença por magistrado diferente do que presidiu a audiência de instrução não decorreu nenhum prejuízo à defesa.

Nesse diapasão, destaco:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. FLEXIBILIZAÇÃO. FÉRIAS DO MAGISTRADO QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC AUTORIZADA PELO ART. 3º DO CPP. DECISUM COMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, devendo ser mitigado sempre que a sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução criminal seja congruente com as provas produzidas sob o crivo do juiz substituído. Precedentes: HC 104.075, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 1º.07.11; HC 107.769, Primeira Turma Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28.11.11.

2. O artigo 132 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente ao Processo Penal, conforme autorização prevista no art. 3º, do CPP, veicula exceção à regra prevista no artigo 399 do mencionado Estatuto Processual Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/08, consistente na possibilidade de o feito ser sentenciado por juiz substituto nas hipóteses de convocação, licenciamento, afastamento, promoção ou aposentadoria do magistrado que presidiu a instrução criminal.

3. O afastamento do juiz titular por motivo de férias autoriza a prolação da sentença por seu substituto, nos termos do artigo 132 do CPC. Precedentes: HC 112.362, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 18.04.13; e RHC 116.205, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 30.04.13. 4. O princípio pas des nullités sans grief – corolário da natureza instrumental do processo (art. 563 do CPP: ‘Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.’) – impede a declaração da nulidade se não demonstrado o prejuízo concreto à parte que suscita o vício (HC 107.822, Primeira Turma, de que fui Relator, DJ de 08.013.12). No mesmo sentido: HC 103.532, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.10.10; HC 104.648, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 26.11.13; HC 114.512, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 08.11.13).

5. In casu, o recorrente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (mês) de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo certo que a sentença foi proferida pelo juiz substituto, em razão do gozo de férias do magistrado que presidiu a instrução criminal, e há congruência entre a condenação e as provas colhidas no curso instrução criminal presidida pelo magistrado titular. De resto, não é crível que o Magistrado substituto tenha sentenciado sem conhecimento dos autos.

6. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido, mas desprovido.

(RHC 123572, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014)

Como se percebe, o princípio da identidade física do juiz deve ser analisado em cotejo com outros princípios constitucionais e processuais de igual magnitude, tais como celeridade processual e economia. Admite-se a quebra da regra geral quando a substituição do juiz que instruiu o processo



por outro é justificada por afastamentos legais, não podendo ser decretada nulidade sem a prova de prejuízo efetivo à defesa em face da incidência do princípio pas de nullitè sans grief.

Por essa razão, rejeito a preliminar de nulidade do processo.

MÉRITO

A autoria e materialidade restam patentes, não havendo que se acolher a tese de ausência de prova e atipicidade da conduta.

São robustas as provas carreadas aos autos, de onde destaco o depoimento prestado pela vítima, feito com riquezas de detalhes, o qual é unísono, coeso e coerente em apontar a existência do fato criminoso e seu autor.

Em crimes de natureza sexual, geralmente praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Caso não seja apresentada de maneira ostensivamente contraditória, cabe ao magistrado aceitá-la como elemento fundamental para a condenação, como no caso em apreço.

O princípio do in dubio pro reo traz a ideia de que, em havendo dúvidas, deve o réu ser absolvido. Entretanto, tais incertezas devem ser razoáveis, pertinentes, pois, do contrário, não terão a aptidão de retirar a credibilidade dos demais elementos probatórios.

Com efeito, "A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos de natureza sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado" (REsp nº 1.571.008/PE, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Dje 23/2/2016).

Dispõe a norma incriminadora:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Em seu depoimento em juízo (mídia de fl. 34v), a vítima narrou, com riqueza de detalhes, todos os fatos narrados na denúncia. Destacou que o apelante era seu professor na escola. Confirmou que ele foi até sua casa, a pedido de sua mãe, para que pegasse umas fotos dos alunos da escola que estava guardado dentro de um caderno de capa vermelha. Afirmou que ele passou a mão no seu corpo, seios e lhe beijou forçadamente, destacando que não quis fazer exame de conjunção carnal por vergonha e que já havia sumido as escoriações que tinham ficado em seu braço.

Tais atos são atos libidinosos de que trata a lei.



No mesmo tom, fora o depoimento do irmão da vítima (mídia de fl. 34v), em que pontuou que estava na casa no momento do fato delituoso, que ouviu o grito da sua irmã e presenciou o recorrente saindo da casa, vendo sua irmã chorando ralada no braço e pernas, o que fora confirmado com o depoimento prestado pela mãe da menor (mídia de fl. 34v).

As demais testemunhas não trouxeram elementos probatórios valiosos e pertinentes ao caso em testilha. A exemplo, Maria Elizabeth Sousa afirmou não saber de nada (mídia de fl. 34v).

Urge salientar que, em seu interrogatório (mídia de fl. 34v), o apelante afirmou que pecou ao tocar na mão da vítima quando esta lhe entregava as fotos que fora buscar, perguntando se podia dar-lhe um beijo, ao que ela franziu o rosto e ele entendeu que ela queria, mas que estava com medo pela presença de seu irmão na casa. Assim, disse que ela consentiu com o beijo. Por fim, disse que fora casado com a prima da vítima por 2 anos, razão pela qual a família dela não gostava dele.

A época dos fatos a vítima tinha 13 anos de idade. Com efeito, não há como se acatar a tese defensiva de que o beijo consentido excluiria a tipicidade da conduta de estupro de vulnerável. Isso porque o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos não torna atípica a conduta do recorrente, eis que a violência é presumida.

A presunção de violência decorrente do delito de estupro de vulnerável é absoluta e, assim, o fato da vítima ter consentido com a prática da relação sexual ou possuir experiência sexual prévia não desnatura a existência do crime. Aliás, é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de se relativizar a violência presumida, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Precedentes: EREsp ns. 1.152.864/SC e 762.044/SP e AgRg no REsp 1372003/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016.

É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, como in casu, beijo forçado e toque nos seios. Destarte, a autoria e materialidade restam patentes, não havendo que se acolher a tese de ausência de prova, negativa de autoria e atipicidade da conduta.

Nessa linha argumentativa, são os precedentes jurisprudenciais:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. PRESCINDIBILIDADE DO LAUDO PERICIAL. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA OFENDIDA. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS HARMÔNICOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 226 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO OU DE AUTORIDADE. EXCLUSÃO. PENA REDUZIDA. REGIME



SEMIABERTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE ORIGEM.

1. Nos crimes contra a dignidade sexual, o laudo pericial mostra-se prescindível, uma vez que a maioria dos atos libidinosos não deixa vestígios, razão pela qual a palavra da ofendida tem especial relevância para comprovar a materialidade e autoria do crime, mormente quando em consonância com outras provas dos autos.

2. Mantém-se a condenação pelo crime de estupro de vulnerável quando, do conjunto probatório, constata-se que o acusado praticou ato libidinoso, consistente em sexo oral, em criança de 7 anos de idade.

(...)

(TJ/DFT, Acórdão n.960984, 20140910216782APR, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINO RISSATO, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 18/08/2016, Publicado no DJE: 24/08/2016. Pág.: 100/109)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E PORNOGRAFIA INFANTIL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA MODALIDADE TENTADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Entende esta Corte que o consentimento da vítima ou eventual experiência sexual anterior não é capaz de afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável, concluindo-se, assim, que a presunção de violência é absoluta na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

(...)

(HC 310.964/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. FOTOS PORNOGRÁFICAS DE VÍTIMAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. CARÍCIAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (ART. 61 DA LCP). IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado art. 213 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não. 2. A existência de contato entre o agressor e as vítimas mostra-se bastante para configuração da forma consumada do delito de atentado violento ao pudor. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 123028 / MS; DJe 05/11/2012)

De fato, percebe-se que a palavra da vítima reveste-se de vital importância, sendo, muitas vezes, a única prova a determinar a condenação. Isso porque, pela sua natureza, tais infrações são normalmente cometidas de forma clandestina, longe dos olhos de qualquer testemunha. Assim, firme, coerente e sem razões para imputar falsamente a prática dos fatos ao



apelante, não há como ser desconsiderada, a não ser que haja prova robusta em sentido contrário, o que incorre na espécie, razão pela qual rechaço o pleito recursal.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça e pelas razões expostas no presente voto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se a sentença apelada

É como voto.

Belém, 01 de dezembro de 2016.

Desembargadora MARIA DE NAZARÉ SILVA GOUVEIA DOS SANTOS
Relatora