



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

**Registro: 2016.0000487139**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0043390-03.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ILSON DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Com essas considerações, afasta-se a preliminar arguida e, no mérito, nega-se provimento à apelação defensiva. Porém, de ofício, afasta-se a imposição da pena de multa, mantendo-se, quanto ao mais, a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. Oficie-se à Origem para as providências necessárias, inclusive se expedindo, imediatamente, mandado de prisão para o réu, consoante o recente julgamento, no STF, do HC n. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente) e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 6 de julho de 2016

**AIRTON VIEIRA**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

**Apelação Criminal n. 0043390-03.2011.8.26.0562**

**Apelante: Ilson da Silva**

**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Origem: 2ª Vara Criminal da Comarca de Santos**

**MMª. Juíza de Direito: Mariella Amorim Nunes Rivau Alvarez**

**Voto n. 4.332**

APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. MATERIALIDADES E AUTORIAS COMPROVADAS. FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VALIDADE. CRIME CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA ESTABELECIDADA DE MODO ESCORREITO, EXCETO QUANTO À IMPOSIÇÃO DA PENA DE MULTA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. REGIME FECHADO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Identidade física do juiz. Inexistência de nulidade. No caso concreto, nada obstante tivesse sido o MM. Juiz de Direito Leonardo Grecco quem presidiu boa parte da audiência de instrução, quem, de fato, concluiu-a com a colheita da prova e do interrogatório do réu foi a MMª. Juíza de Direito Mariella Amorim Nunes Rivau Alvarez, a qual, inclusive, proferiu a r. sentença. Aplicação, "in totum", do art. 399, §2º, do Código de Processo Penal, que preconiza: "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença". Ainda que assim não fosse, levando-se em consideração que a nulidade, no caso, é relativa, vigora no Direito Processual Penal pátrio o princípio "pas de nullité sans grief", pelo qual não se declara nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo, concreto, para uma das partes, o que não se verificou no caso em tela. Outrossim, o art. 563, do Código de Processo Penal, é expresso a esse respeito, ao dispor que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa", o prejuízo, no caso concreto, sendo inexistente. Precedente do STF (HC 110.936/RS – Rel. Min. Cármen Lúcia – j. 08.11.2011 – DJU 14.11.2011).

2. Materialidades e autorias comprovadas com relação aos crimes de estupro de vulnerável. Circunstâncias do caso concreto comprovam o dolo adequado à espécie

3. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional inculpada no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (AI 825.520 AgR-ED/SP - Rel. Min. Celso de Mello - j. 31.05.2011; AI 814.640/RS - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 02.12.2010; HC 92.020/DF - Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 21.09.2010; HC 101.911/RS - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 27.04.2010; HC 100.221/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 04.05.2010; HC 94.384/RS - Rel. Min. Dias Toffoli - j. 02.03.2010; Emb. Decl. MS 25.936-1/DF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 13.06.2007; HC 98.814/RS - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 23.06.2009; HC 94.243/SP - Rel. Min. Eros Grau - j. 31.03.2009; HC 96.517/RS - Rel. Min. Menezes Direito - j. 03.02.2009; RE 360.037/SC - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 07.08.2007; HC 75.385/SP - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 07.10.1997).

4. O reconhecimento que a vítima efetua, da pessoa do seu algoz, assume fundamental importância, eis que, em sede de crime contra a liberdade sexual, normalmente tocado de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Precedentes do STJ (HC 267.027/DF – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 02.05.2013 – DJU 22.05.2013; HC 259.092/MG – 6ª T. – Rel. Min. Assusete Magalhães – j. 07.03.2013 – DJU 03.04.2013; AgRg no REsp 1.346.774/SC – 5ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 18.12.2012 – DJU 01.02.2013; AgRg no AREsp 160.961/PI – 6ª T. – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. 26.06.2012 – DJU 06.08.2012).

5. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Cezar Peluso – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Luiz Fux – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842).

6. Crimes de estupro de vulnerável consumados, pois, pese embora não haja prova pericial nos autos no sentido de ter havido penetração, os atos praticados pelo réu, vale dizer, o de passar as mãos na vagina da vítima, de fato, caracterizaram, sem qualquer sombra de dúvida, o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, na modalidade atos libidinosos diversos da conjunção carnal, sendo desnecessário que haja a penetração para fins de tipificação do presente crime. Precedentes do STJ (REsp 1.353.575/PR – Rel.



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

Min. Rogerio Schietti Cruz – j. 05.12.13 – DJU 16.12.13 e AgRg no REsp 1.295.596/MG – Rel. Min. Campos Maques – j. 06.06.13 – DJU 11.06.13). Por fim, para os fins do art. 1.036, do Novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese jurídica: "Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime." (Resp 1.480.881/PI – Min. Rogerio Schietti Cruz – 3ª Seção – j. 26.08.2015 – Dje 10.09.2015).

7. Dosimetria da pena estabelecida de modo escoreito, exceto quanto à imposição de pena de multa. Correção. Manutenção do regime fechado, mercê da hediondez dos crimes sexuais cometidos pelo réu (ao menos dois estupros de vulnerável), em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto. Corolário do exposto, a pena final do réu também justifica a manutenção do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §2º, "a", do Código Penal.

8. Improvimento do recurso defensivo.

## VOTO

**Ilson da Silva** foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo como incurso no art. 217-A, "caput", combinado com o art. 226, II, na forma do art. 71, "caput", todos do Código Penal e ao final se viu condenado, nos termos em que denunciado, à pena de 14 (catorze) anos de reclusão, regime fechado e "06 (seis) dias-multa, no piso" (fls. 279/293).

Recorreu a defesa do réu, requerendo, preliminarmente, a anulação da r. sentença por violação ao princípio da identidade física do juiz. No mérito, pugnou pela sua absolvição pleiteando a sua absolvição,



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

alegando insuficiência de provas (fls. 300/314).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões de apelação, pugnando pelo afastamento da preliminar arguida e, no mérito, pelo improvimento da apelação interposta pelo réu, mantendo-se a r. sentença nos termos em que proferida (fls. 317/326).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 337/344).

**É o relatório que se acresce ao da r. sentença.**

Antes da análise do mérito recursal, afasta-se a arguição preliminar do recorrente.

De fato, conforme se verifica dos autos, boa parte da instrução processual foi presidida pelo MM. Juiz de Direito Leonardo Grecco (fls. 225/229), enquanto a oitiva de uma testemunha do Juízo, o interrogatório do réu e o encerramento da instrução foi presidido pela MM<sup>a</sup>. Juíza de Direito Mariella Amorim Nunes Rivau Alvarez (fls. 242/245).

A r. sentença, como já era de se esperar, foi proferida pela MM<sup>a</sup>. Juíza de Direito Mariella Amorim Nunes Rivau Alvarez (fls. 279/293), o que afasta, completamente, o pleito defensivo, à medida que a Magistrada sentenciante foi quem encerrou a instrução processual, nos exatos termos do art. 399, §2º, do Código de Processo Penal.

Por todos:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS  
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. AUTODEFESA.  
AUSÊNCIA DO RÉU NAS OITIVAS DA VÍTIMA E DAS  
TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. NULIDADE RELATIVA.



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. RECONHECIMENTO PESSOAL REALIZADO NA FASE INQUISITORIAL. INCONSISTÊNCIAS NA DESCRIÇÃO FÍSICA DO AUTOR DOS FATOS. NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ACUSADO EM JUÍZO. ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. DIREITO AO SILÊNCIO (CF, ART. 5º, INC. LXIII). INIDONEIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. EXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2. A autodefesa desdobra-se em "direito de audiência" e em "direito de presença", é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais (e não apenas, como se verifica no direito brasileiro, em seu interrogatório judicial), bem assim o direito de assistir à realização dos atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado se encontra preso, impossibilitado de livremente deslocar-se ao fórum.

3. Não se trata, contudo, de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica - conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 -, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato, sendo imprescindível a comprovação de prejuízo e a sua arguição no momento oportuno (precedentes do STF e do STJ).

4. Na espécie, porém, a partir dos relatos, soa claro que a descrição física do acusado não foi uníssona a ponto de se menosprezar a importância da efetiva presença do réu em juízo, com o fim de realizar o seu reconhecimento sob o crivo do contraditório, consoante pondera a impetração.

5. É de ser ver, também, à míngua de qualquer outro dado probatório, que apenas a palavra da vítima e de testemunha ocular do delito, a respeito da identidade física do acusado, respaldam a condenação do paciente, termos em que, dadas as particularidades da hipótese vertente, a ausência do réu para acompanhar a oitiva da vítima e das testemunhas caracteriza dano à defesa, não se podendo falar em ratificação do ato de reconhecimento em juízo, como se presente estivesse o réu em audiência.

6. Da mesma forma, a consideração do silêncio do réu como dado idôneo a fundamentar a condenação - ou a tendenciar a apreciação das provas em desfavor do acusado, consoante veda o parágrafo único do art. 186 do CPP - refoge à garantia constitucional, imanente ao devido processo legal, disposta ao art. 5º, inciso LXIII, da CF .

7. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para anular a ação penal desde a audiência de instrução,



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

determinando-se ao juízo de origem a realização de nova oitiva da vítima e das testemunhas de acusação com a presença do paciente."

(STJ – HC 127.902/SP – **Rel. Min. Rogério Schietti Cruz** – 6ª T – j. 24.04.2014 – DJe 05.05.2014);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. CRIME PREVISTO NO ART. 171, §2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.719/2008, QUE ALTEROU O ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL. NULIDADE INEXISTENTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, §2º, DO CÓDIGO PENAL). IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA PROLATADA ANTES DA LEI N.º 11.719/08. DEFESA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR DE QUE FORMA, OU EM QUE PONTO, O POSTULADO FOI OFENDIDO. SUBSTITUIÇÃO DE MAGISTRADO, NO JUÍZO, QUE DEVE SER TIDA POR VÁLIDA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

3. As normas exclusivamente processuais se submetem ao princípio *tempus regit actum*, devendo a lei processual penal ser aplicada a partir de sua vigência, conforme preconizado no art. 2º do Código de Processo Penal.

4. Interrogado o réu no início da instrução criminal, antes da vigência da Lei nº 11.719/2008, que alterou o procedimento penal ordinário, não há falar em repetição do interrogatório ao final da audiência de instrução e julgamento, conforme preceitua atualmente o art. 400 do Estatuto de Ritos, pois a norma de direito processual penal não possui efeito retroativo.

5. A declaração de nulidade do ato processual exige a



# PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

## 1ª Câmara Criminal Extraordinária

demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo ao réu, em face do princípio *pas de nullité sans grief*, insculpido no art. 563 do Código de Processo Penal.

6. No caso, porém, não restou evidenciado que a realização do ato de interrogatório, de acordo com a lei processual vigente à época, tenha causado qualquer prejuízo ao Paciente.

7. No caso, a sentença condenatória foi prolatada antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/08, que modificou o art. 399, §2º, do Código de Processo Penal, motivo pelo qual nenhum Magistrado ficou vinculado ao feito, inexistindo violação ao princípio da identidade física do juiz. Precedentes.

8. Ademais, o princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, ex vi do art. 399, §2º, do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal. Dessa forma, tem-se que, nos casos de convocação, licença, promoção, férias, ou outro motivo legal que impeça o Juiz que presidiu a instrução sentenciar o feito, o processo-crime será julgado, validamente, por outro Magistrado. Precedentes.

9. Se a Defesa não demonstrou documentalmente em que ponto, ou de que forma, teria ocorrido ofensa ao postulado da identidade física do Juiz - ônus que lhe competia -, não há como infirmar a validade do fato de a ação penal ter sido julgada por outro Magistrado.

10. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal, sendo insuficiente, para tanto, a referência genérica à condenação criminal.

11. Ordem de habeas corpus não conhecida."

(STJ – HC 218.469/SP – **Rel. Min. Laurita Vaz** – 5ª T – j, 01.10.2013 – DJe 10.10.2013).

Outrossim, o mesmo entendimento veio a ser observado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental da Ação Penal n. 528/DF e na ADPF n. 378/DF, nas quais ficou consignado que o interrogatório é o último ato da instrução processual e serve, não só como meio de defesa, mas também como meio de prova, a saber:

"AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PROCESSO DE IMPEACHMENT. DEFINIÇÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RITO PREVISTO NA LEI Nº 1.079/1950. ADOÇÃO, COMO LINHA GERAL, DAS MESMAS REGRAS SEGUIDAS EM 1992. CABIMENTO DA AÇÃO E CONCESSÃO PARCIAL DE MEDIDAS CAUTELARES. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO.

[...]

6. O INTERROGATÓRIO DEVE SER O ATO FINAL DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA (ITEM F DO PEDIDO CAUTELAR):



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

O interrogatório do acusado, instrumento de autodefesa que densifica as garantias do contraditório e da ampla defesa, deve ser o último ato de instrução do processo de impeachment. Aplicação analógica da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao rito das ações penais originárias. Precedente: AP 528-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário. Procedência do pedido.

[...]"

(STF – ADPF 378/DF – **Rel. Min. Edson Fachin** – Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso – Tribunal Pleno – j. 17.12.2015 – DJU 08.03.2016);

"Em que pesem as relevantes considerações formuladas pela agravante, penso não lhe caber razão, pelos fundamentos abaixo listados.

Como é sabido, a Lei 11.719/2008 modificou o art. 400 do CPP e transferiu o interrogatório para o final do procedimento, passando o dispositivo a contar com a seguinte redação

'Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado'.

Não se pode negar que se trata de um tema de altíssima relevância, dado o reflexo que a referida inovação legal exerce sobre o direito constitucional à ampla defesa, embora não tenha tido ainda o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de posicionar-se definitivamente a respeito dele, nem mesmo em sede de questão de ordem.

O tema, é bem verdade, chegou a ser debatido pelos Ministros na sessão plenária de 7 de outubro de 2010, em questão de ordem suscitada na AP 470. Contudo, como naquela ação penal o interrogatório já havia sido realizado, não se prosseguiu a discussão.

Revedo as notas taquigráficas da aludida sessão, a apoiar a tese da transferência do interrogatório para o final do procedimento, penso serem elucidativas as considerações tecidas na ocasião pelo eminente Ministro Celso de Mello. Em transcrição livre, dado que o v. acórdão ainda não foi inteiramente lavrado, nas palavras de Sua Excelência:

'Agora, de outro lado, tal seja a compreensão que se dê ao ato de interrogatório, que, mais do que simples meio de prova, é um ato eminente de defesa daquele que sofre a imputação penal e é o instante mesmo em que ele poderá, no exercício de uma prerrogativa indisponível, que é o da autodefesa e que compõe o conceito mais amplo e constitucional do direito de defesa, tal seja a compreensão então que se dê ao ato de interrogatório - eu, por exemplo, vejo, no interrogatório, um ato de defesa, e isso foi muito acentuado por essa recente alteração introduzida pela reforma processual penal de 2008 portanto, a realização do interrogatório do acusado como o ato final da fase



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

#### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

instrutória permitirá a ele ter, digamos, um panorama geral, uma visão global de todas as provas até então produzidas nos autos, quer aquelas que o favorecem, quer aquelas que o incriminam, uma vez que ele, ao contrário do que hoje sucede - hoje, o interrogatório como sendo um ato que precede a própria instrução probatória muitas vezes não permite ao réu que apresente elementos de defesa que possam suportar aquela versão que ele pretende transmitir ao juízo processante -, com a nova disciplina ritual e tendo lugar na última fase da instrução probatória o ato do interrogatório, o acusado terá plenas condições de estruturar de forma muito mais adequada a sua defesa, embora ele, como réu, não tenha o ônus de provar a sua própria inocência; cabe sempre o ônus da prova a quem acusa. O órgão do Ministério Público que deve acusar; deve acusar com base em provas lícitas e, além de qualquer dúvida, razoável.

Mas, de qualquer maneira, o réu tem o direito de ser interrogado; pode, eventualmente, calar-se; pode, eventualmente, abster-se de qualquer resposta. Mas, de todo modo, tendo uma visão global de todos os elementos de informação até então produzidos, ele então poderá estruturar melhor a sua defesa. E, ainda, devemos ter em consideração que o processo penal é, por excelência, um instrumento de salvaguarda dos direitos do réu. O Estado delinea um círculo em cujo âmbito torna-se lícito ao Poder Público fazer instaurar a persecução penal e praticar todos os atos que levem à comprovação lícita da imputação deduzida contra determinada pessoa. O que não se pode é transpor os limites da circunferência, sob pena de o Estado, em assim agindo, incidir em comportamento ilícito.

Portanto, são regras que claramente vêm definidas em favor do acusado. Já o dizia o velho João Mendes de Almeida Júnior, no seu conhecido "Curso de Processo Penal", em edição de 1911. E essa é uma posição que vem sendo reafirmada pela doutrina, especialmente hoje com a constitucionalização do processo, notadamente do processo penal, em que se estabelece uma clara relação de polaridade conflitante entre a pretensão punitiva do Estado, de um lado, e o desejo de liberdade do acusado, de outro'.

Tendo em conta essas judiciosas constatações, afirmar que é essencial aos sistemas processuais respeitarem à plenitude o direito de defesa e ao contraditório afigura-se, no mínimo, despiciendo, pois tais premissas encontram-se assentadas não apenas no ordenamento pátrio, mas revelam-se como alguns dos mais caros valores do Estado Democrático de Direito, assim sendo reconhecido pela grande maioria das nações civilizadas.

Nessa linha, parece-me relevante constatar que, se a nova redação do art. 400 do CPP possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no art. 7º da Lei 8.038/90, em homenagem aos princípios constitucionais aplicáveis à espécie.

Ora, possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas, como eventuais perícias, a meu juízo,



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

mostra-se mais benéfico à defesa, na medida em que, no mínimo, conferirá ao acusado a oportunidade para esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório.

[...]"

(STF – Agr na AP 528 – **Rel. Min. Ricardo Lewandowski** – Tribunal Pleno – j. 24.03.2011 – Dje 08.06.2011).

Ainda que assim não fosse, vigora no Direito Processual Penal pátrio o princípio "pas de nullité sans grief", pelo qual não se declara nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo, concreto, para uma das partes. Aliás, o art. 563, do Código de Processo Penal, é expresso a esse respeito, ao dispor que "*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*".

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DIVERSO DO DISPOSTO NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM ALTERAÇÃO DA LEI N. 11.690/2008. NULIDADE RELATIVA. **PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.**

**1. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.**

2. Ordem denegada."

(STF – HC 110.936/RS – **Rel. Min. Cármen Lúcia** – j. 08.11.2011 – DJU 14.11.2011).

Destarte, itera-se rejeitar a sobredita arguição preliminar e no mérito, nega-se provimento ao recurso do réu.

Deflui da denúncia que, no período de dezembro de 2010 a setembro de 2011, na Rua Luiz de Camões n. 151, casa 02, bairro da Encruzilhada, na comarca de Santos, o réu **Ibson da Silva**, agindo em continuidade delitiva, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

com a sua filha, a vítima Helen Dias, à época dos fatos com 05 anos de idade.

Segundo se apurou, no período mencionado, o réu exercia a guarda exclusiva da vítima e das suas outras duas filhas (Thais Camila, de 12 anos e Michelle Camila, de 17 anos) e durante o período, especialmente à noite, o réu levava a vítima para o seu quarto, trancava a porta e dormia com a menor na mesma cama, enquanto as suas outras duas filhas dormiam em outro cômodo. Aproveitando-se destas ocasiões, por reiteradas vezes, o réu praticou atos libidinosos com a sua filha, consistentes em manipulação da genitália e ânus, sob a calcinha da menor, objetivando satisfazer a sua lascívia. O laudo de exame de corpo de delito confirmou que a menor apresentava vestígios das práticas libidinosas por meio de "manipulação digital". Por fim, os fatos somente foram revelados pela pequena vítima em meados de setembro de 2011 (fls. 01-D/02-D).

E, tanto as materialidades quanto as autorias criminosas restaram reconhecidas pela r. sentença, que analisou, pormenorizada e satisfatoriamente, os fatos narrados na denúncia, a saber:

"A pretensão punitiva estatal é procedente, em que pesem os esforçados argumentos defensivos expendidos em contrário.

A materialidade e autoria do delito estão satisfatoriamente comprovadas por todos os elementos constantes do caderno inquisitorial e pela extensa e coesa prova oral produzida pela acusação sob o crivo do contraditório.

O acusado, perante a autoridade policial, admitiu que dormia no mesmo quarto com a vítima e sua outra filha Thais. A vítima dormia na mesma cama que ele, enquanto Thais dormia na cama de baixo. Asseverou que durante todo o período em que assumiu a guarda das filhas, era ele o responsável pela higiene e cuidados pessoais da vítima, que contava à época com cinco anos. Negou veementemente qualquer investida sexualmente contra a menor (fls. 46).

Em Juízo, refutou a prática delitiva. Disse que a mãe abandonou as filhas, que passaram a morar com ele. Helen era pequena e gostava de dormir com o pai. Thais também dormia no quarto do pai, mas num colchão no chão. Não deixava Helen dormir com a irmã que dormia no quarto ao lado, porque lá dormia também o namorado dela. Sempre cuidou das filhas. Tinha a incumbência

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

de dar banho, cozinhar, levar e buscar na escola. Ressaltou que Helen tinha sério problema de prisão intestinal e que, às vezes, sangrava no momento da evacuação. Também tinha muita assadura por causa disso. A alimentação de Helen também tinha que ser balanceada, por causa da prisão de ventre. No dia da denúncia, foi até a escola buscar Helen, oportunidade em que foi informado que a genitora da menor e a tia Márcia, irmã do acusado, foram até a escola denunciar a prática de abuso sexual. Estavam todos na delegacia de polícia. Acredita que Márcia assim agiu para obter a guarda de Helen, visando o dinheiro de pensão alimentícia. Disse que Helen costumava mentir e que um dia relatou que a tia da escola que dava banho nas crianças colocou o dedo em sua “periquita” e apertou. O acusado não acreditou, porque a menina vivia assada, porque não sabia se limpar direito após urinar. Informou que Helen fazia tratamento psicológico pela Prefeitura. Não sabe dizer se a vítima já presenciou alguma cena de sexo. Sabe que atualmente Helen está sendo judiada pela tia Márcia.

Sua versão, no entanto, ilhada, falaciosa, deve sucumbir ante os demais elementos que compõem o conjunto probatório coletado nos presentes autos, descortinando sua inegável intenção de se eximir de sua responsabilidade criminal, que é absolutamente clara.

A propósito, ainda que onírica não fosse, sua pretensa justificativa sequer mitigaria a reprovabilidade de suas condutas. Isso porque a adaptação do amor sexual ao rito de vida social é obtida pelo pudor, “corretivo à sofreguidão e arbítrio de Eros”.

Sob essa perspectiva, o pudor exerce uma ação preventiva, de resistência e controle da libido, na medida dos anseios sociais de bem-viver. E, a essas balizas, a todos é dado o dever de respeito. Daí vertem a antiga presunção de violência (artigo 224, do Código Penal revogado pela Lei 12.015/2009), removida para o novel tipo penal do artigo 217-A do mesmo códex do qual o réu se defende.

Superada a necessária digressão, torno ao cerne da análise da prova. A vítima Helen Batista Camila Dias da Silva confirmou a ocorrência da prática delitiva. Declarou que relatou os abusos praticados pelo genitor para Eliete, coordenadora da escola onde estudava, indicando através de uma boneca o que o acusado teria feito com ela. Relatou que tais fatos ocorreram várias vezes. Repetiu referido relato para sua tia Márcia, para sua mãe e para as vizinhas Sirlei e Lilian. Na época dos fatos residia com seu pai e suas irmãs. No quarto dormiam juntos na cama, desacompanhados de suas irmãs, com a porta fechada. Relatou que ele a enrolava em um cobertor e a pegava “embaixo”, além de tê-la beijado na boca e passado a mão “embaixo”, sendo que ficou dolorido. Referiu que gosta de residir na companhia de sua tia Márcia e não deseja voltar a morar com o acusado, nem visitá-lo. Confirmou que sua mãe “sumiu” e o acusado é muito nervoso. Afirmou, ainda, que por toda a verdade que contou, teme que o acusado possa agredi-la.

A testemunha Sirlei Gomes de Oliveira, vizinha da vítima e do acusado à época dos fatos, relatou que ouviu a menor dizer para sua genitora que o acusado passava a mão nela e “doía”. Continua residindo no mesmo local. Declarou que seus filhos não têm contato com as filhas do acusado. Não possui qualquer desavença com o acusado. Relatou que atualmente Priscila e seu



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

marido residem em companhia do réu.

A testemunha Lilian Maria Dias, vizinha da família, confirmou que a genitora da vítima lhe contou que o acusado “mexia” em suas partes íntimas e que doía. Relatou que o acusado não permitia que Helen brincasse no quintal com outras crianças.

A testemunha Michelle Camila da Silva, irmã da ofendida, asseverou que no dia mencionado não se encontrava em sua residência e uma vizinha de nome Sirlei lhe telefonou contando que Helen havia ido até sua casa e relatado que o pai estava fazendo coisas com ela que ela não gostava. Sirlei, na companhia de outra vizinha e de Helen, foram até a escola e relataram o ocorrido à diretora e, após, foram à Delegacia. Alegou que à época dos fatos residia juntamente com o réu e suas irmãs Helen e Thais, além do seu irmão. Mantinha divergência com o acusado em torno do serviço doméstico. Verberou que durante o período que coabitaram juntos, mantinha pouco contato com as irmãs e o pai, pois trabalhava e estudava. Helen era uma criança calma, obediente e que não costumava mentir. Antes do ocorrido, Helen nada lhe falou. Contudo, após, ao ser indagada, ela contava acerca dos fatos. Thais já lhe relatou que o acusado não permitia que a menor brincasse com outras crianças no quintal. Tinha o hábito de dar banho na menor. Helen lhe relatou que havia contado para Sirlei que o acusado estava mexendo com ela. Helen lhe disse que todas as vezes que ia deitar, ele ficava passando a mão em suas partes íntimas, que ficava doendo e que ela não queria que ele fizesse isso. Passado algum tempo e indagada novamente, a menor confirmou o mesmo relato, o que a leva a crer que não é mentira. A menor ainda relatou que eram frequentes essas ocorrências que se passavam na cama durante a noite. O acusado já lhe falou que nunca fez nada. Declarou nunca ter sofrido qualquer abuso sexual pelo acusado, o que também lhe foi confirmado por Thais e Priscila. Sua genitora duvidou desta acusação, pois antes da separação o convívio familiar era normal. O acusado é uma pessoa nervosa, agressiva e exigente. Quando sua mãe os abandonou, levou todos os pertences de casa, sendo que foram cuidados pelas vizinhas. Depois dos fatos, passou a residir na casa de Márcia em companhia de Thais e Helen, sendo que Helen apresentava um comportamento retraído. Desconhece qualquer divergência entre o acusado e Sirlei e não vê motivos para que ela inventasse tal situação. Narrou a existência de brigas entre seus genitores acerca da guarda dos filhos. Manteve contato com Helen enquanto ela residia com Márcia. Helen e Thais eram atendidas por psicólogos.

A testemunha Camila Pouza Salgado informou que realizou o atendimento com a família da vítima entre junho e dezembro de 2011 através do Creas. Relatou que o atendimento tinha se iniciado por outra técnica, em virtude de desentendimentos familiares havidos entre a genitora e sua filha Priscila. Durante os atendimentos a mãe revelou que não desejava ficar com suas filhas, sendo, então, convocado o genitor a fim de exercer a guarda das infantes. Seu atendimento destinava-se a acompanhar o convívio do genitor com as menores. Contudo, os contatos eram dificultados pelo acusado, que não permitia a visita domiciliar das técnicas à residência, tampouco comparecia ao serviço. Foi convocada reunião de rede a fim de serem colhidas informações



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

#### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

acerca da situação das menores junto à escola, com relatos de negligência higiênica. Foi conversado com os vizinhos que confirmaram tal situação. Decidida a transferência da guarda das menores para outra pessoa, para melhor análise da situação. A genitora das menores negou a possibilidade de exercer tal responsabilidade naquele momento, sendo que Márcia, tia paterna das menores passou a ser preparada para tanto. Durante referido período, Helen noticiou na escola a violência sexual. Inicialmente, tendo em vista ameaças proferidas pelo acusado contra Márcia, o conselheiro tutelar resolveu encaminhar as menores para o abrigo. No dia seguinte, a guarda temporária das menores foi concedida a Márcia pelo Juízo da Infância. Durante este período, manteve contato com Thais, bastante emocionada e, Helen que confirmou a prática dos abusos. Antes deste relato, Michele havia lhe relatado que desconfiava do comportamento do acusado com a menor Helen que dormiam juntos, por volta das 20 horas, com porta trancada, sendo negado que Michele pudesse dar banho na irmã. Helen lhe relatou que contou para a professora, reproduzindo em uma boneca, que o acusado mexia em sua genitália, em mais de uma oportunidade. O exame de corpo de delito foi providenciado pelo abrigo durante o período que as crianças lá permaneceram. Afirmou que o relato foi realizado pela vítima de forma bem espontânea. Evitou questionar a menor, a fim de evitar sua revitimização e porque não prosseguiria com o atendimento psicológico, pois sua atuação restringia-se à assistência social da família. Helen narrou que sabia que estava em atendimento pelo Creas por causa da boneca, por ela ter contado para sua professora que o acusado mexia em sua genitália e cochichava em seu ouvido. Naquele momento, Helen aparentava encontrar-se bem, sem sintomas depressivos. A ausência de sintomas de vítimas de abuso sexual, dada a tenra idade, pode ser considerado normal, já que a criança não tem noção do que é certo e errado e a manipulação de sua genitália poderia ser considerada como uma forma de carinho.

A testemunha Bruno Galoti Orlandi, Conselheiro Tutelar, relatou que durante o período que o acusado passou a residir em companhia de suas filhas, foram recebidas denúncias através do 181, acerca de violência física e sexual, inclusive que o acusado se trancava em seu quarto com a menor Helen. Foi realizada reunião com a presença da diretora do colégio e integrantes do Creas, o qual acompanhava a família e relatou dificuldade de contato com as crianças. Certa ocasião, recebeu um telefonema da Delegacia de Defesa da Mulher, informando que a genitora estava com a Thais narrando que necessitava de abrigo, pois estava sendo vítima de violência e não queria mais voltar a residir com o acusado. Negou o pedido e esclareceu que somente poderia ser atendido em caso de emergência. Coincidentemente, no mesmo dia, a diretora do colégio da Helen também lhe telefonou dando conta do suposto abuso sexual contra a menor que declarou que o acusado mexia em sua genitália. Segundo narrado, a menor contou à professora e à diretora, reproduzindo em uma boneca, o que havia ocorrido, o que motivou o acolhimento. Relatou que acompanhou a família por um longo período e as irmãs da vítima confirmaram que o acusado costumava se recolher em companhia da menor, por volta das 20 horas, sendo proibida a entrada em seu quarto. Posteriormente, a



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

guarda das menores foi concedida à tia paterna.

A testemunha Eliete de Almeida Bruno, diretora da escola da vítima na época relatou que foi chamada pelo Creas para integrar um grupo que acompanhava a família da menor. Foi procurada pela mãe da vítima por ocasião da matrícula do ano de 2010, dizendo que ela estava saindo de casa e que a responsabilidade da menor seria atribuída ao pai. Foi observado a partir deste período que a criança comparecia à escola com vestes sujas, falta de higiene, falta de roupas de inverno na ocasião, sendo o pai advertido sobre tais ocorrências. Encontrava-se em sua residência quando recebeu um telefone da escola, informando que uma vizinha de Helen encontrava-se lá e necessitava noticiar a ocorrência de um fato envolvendo a menor. Ao chegar na escola, referida vizinha lá não se encontrava, mas havia relatado o fato à secretária que, por sua vez, lhe contou acerca do ocorrido. Imediatamente a professora da menor aproximou-se relatando o que a menor havia lhe contado o que tinha acontecido naquela noite. Chamou a vítima, que compareceu com uma boneca e ludicamente durante a conversa, lhe narrou que ela dormia com o pai que fechava a porta e que tirou a calcinha dela e que tinha mexido na sua genitália, simulando o fato na boneca que trazia. A menor encontrava-se muito relaxada por ocasião deste relato, talvez pela presença da boneca. Helen é uma criança retraída, tímida, mas relacionava-se com os outros colegas. Indagou várias vezes a menor sobre o ocorrido que confirmou seu relato. Ligou para o Conselho Tutelar que a orientou a levá-la para a Delegacia da Mulher, o que foi feito. Na Delegacia permaneceu durante muitas horas em uma sala na companhia de Helen e Thais, a qual lhe relatou todo o ocorrido, conforme declara nesta oportunidade. A menor ainda relatou que naquela noite o pai lhe pediu que ficasse “quietinha” e não contasse nada para as irmãs. Por ocasião da advertência do acusado acerca do problema de pediculose sofrido pela menor, este discutiu com a professora, sendo necessária a intervenção da secretária a fim de que o acusado se acalmasse. Helen referia que não desejava mais retornar para casa e que queria residir com sua tia. Manteve contato com a menor depois do ocorrido, pois se tornou sua madrinha.

A testemunha Simone Camilo Leite, genitora da ofendida, esclareceu que conviveu com o réu por pouco mais de 19 anos, nada podendo declarar que o desabonasse como pai. Ressaltou que o acusado a ajudava nos cuidados com as filhas do casal, dando banho nas menores e trocando de roupa, sendo que nunca presenciou qualquer atitude suspeita. Negou que tivesse abandonado suas filhas, alegando que atendeu pedido do acusado para exercer a guarda das filhas, a fim de que livrar-se da pensão alimentícia. Não as visitava, pois o acusado a impedia. Quando a menor tinha cinco anos de idade, ela lhe relatou que o acusado a proibia de dormir com suas irmãs, chamando-as de “filhas da puta”. Em certa ocasião, adentrou no quintal da residência da família, pois as vizinhas lhe relatavam que Helen não brincava com outras crianças no local. Surpreendeu-se com a fisionomia de Helen que estava suja e com os cabelos despenteados. Indagou a menor que lhe respondeu somente o acusado lhe dava banho. Helen, ainda, lhe relatou que o acusado passava a mão e a língua em sua “perereca”, na cama quando

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

iam dormir. Helen não lhe contou quantas vezes tal fato ocorrera. Thais presenciou os relatos da irmã e alegou que era proibida de dar banho na menor. Referido relato ocorreu dias antes de a menor ser levada à delegacia. Não conversou com o acusado acerca dos fatos. Suas outras filhas lhe confidenciaram que o acusado costumava se trancar no quarto com a vítima. Encontrou-se com Helen em outra ocasião, a qual, voluntariamente, voltou a falar sobre o assunto, dizendo que não queria mais ficar perto do acusado, pois ele havia mexido com ela, além de tê-la beijado e passado a língua e o dedo em sua “perereca”. Sirlei e Lilian presenciaram os relatos de Helen.

A testemunha Thais Camila Dias da Silva, irmã da ofendida, alegou que o réu costumava dormir no quarto com a vítima com a porta trancada. Tinha pouco contato com os seus familiares, pois passava grande parte do dia fora de casa. Nunca indagou Helen sobre o ocorrido, pois o acusado é seu pai. O acusado costumava dar banho na vítima. Após sair da casa de seu pai, passou dois meses em um abrigo e de lá foi retirada por sua tia Márcia, com quem também tinha pouco contato. Encontra-se residindo atualmente com sua genitora. Tem bom relacionamento com seu genitor. Informou que sua vizinha Sirlei relatou que levou sua irmã Helen para a escola a fim de relatar o que o acusado havia feito com ela. Após uma discussão que teve com o acusado, passou a residir com sua mãe. Quando o acusado ingeria bebida alcoólica, ficava agressivo e já tentou beijá-la na boca, o que acredita ter sido por brincadeira. Relatou que a vítima costumava ficar com assaduras, pois não tomava banho de forma adequada. Sabia que a vítima frequentava psicóloga, mas desconhece o motivo. O acusado negava que elas mantivessem contato com os vizinhos. Negou que tivesse sido abordada pelos integrantes da escola da vítima, pois raramente ia buscá-la. Não soube dizer se voltaria a residir com o acusado. Não se adaptou em residir com sua tia Márcia. Quando o acusado ficava bêbado, ele a agarrava e tentava beijar sua boca à força. Contudo, quando estava sóbrio, isso não ocorria. Na época que ele bebia bastante coincidia com a época que ele dormia com sua irmã no quarto, com a porta trancada. Inclusive, em algumas oportunidades chegou a perder o horário da escola, pois o acusado não abriu a porta do quarto para que ela pegasse suas vestes.

A testemunha Márcia Cristina da Silva relatou que antes do ocorrido residiu na companhia do acusado e Simone. Michele e Priscila lhe relataram que sua mãe as havia abandonado, indo embora com seu companheiro, ocasião que a guarda das crianças passou a ser exercida pelo acusado que proibia a vítima de brincar e sair do quarto. Vizinhas relatavam que Helen só era vista quando ia para a escola. Certo dia o conselheiro tutelar Bruno lhe pediu que as crianças dormissem em sua casa. Somente ao chegar na delegacia soube do ocorrido, sendo que o acusado imaginou que ela estivesse envolvida da denúncia do abuso e passou a ameaçá-la, o que motivou Bruno a desistir de lhe entregar as menores, optando pelo abrigo. Ao chegar em casa, Michele lhe procurou e contou o ocorrido. Helen relata que possui medo do acusado, pois ele sabe que ela contou as “coisas” e ele poder querer agredi-la. Contou também que ele a enrolou em um cobertor na cama, ocasião que ela quase caiu da cama, colocou a boca embaixo dela, passou a mão em sua



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

“periquita” e “colocou o pênis embaixo de mim e ficou tentando beijar a minha boca e eu falava: Pai para pai. Para pai. Para com isso pai.” Referiu ainda que o acusado havia passado a boca em sua “xana”. Não indagou Helen acerca das vezes que tais fatos ocorreram, pois a vítima ao pegar suas bonecas, alega que vai brincar de boneca e pede para suas amiguinhas deitarem no sofá e abrirem as pernas. Durante o período que possui a guarda da vítima, não voltou a indagá-la sobre o ocorrido. Helen já lhe relatou que viu sua irmã Michele e seu namorado nus dentro do quarto. Não conversou acerca dos fatos com o acusado. Priscila lhe contou que ao dar banho em Helen, ela se queixava de dor “embaixo” e ao ser indagada, Helen ficava quieta e chorava. Priscila alegou que não contou tal fato na delegacia, pois estava com medo. Michele não ficava em casa. Helen atualmente está bem, saudável, estuda na escola Total e faz catequese. Thais que morava em sua companhia há quatro anos fugiu de sua casa em 27 de dezembro e passou a residir com o pai e acredita que Thais assim agiu, devido a aproximação da audiência. Simone, Michele, Thais e Priscila retornaram a ter contato com o acusado. Não possui nada contra os genitores das crianças e não acredita na invenção dos fatos. Disse que Helen foi levada por Thais para a casa da vizinha, onde se encontrava Simone que ouviu dela o relato dos fatos. Simone não agiu e a situação perdurou durante uma semana, quando a vizinha resolveu contar sobre o ocorrido. A testemunha Priscila Camila da Silva, irmã da vítima e filha do acusado relatou que moravam com os pais e as irmãs. Seu pai nunca teve a guarda exclusiva da vítima. O pai sempre cuidou bem das filhas. A vítima nunca reclamou do pai, ou reclamou a respeito da conduta do genitor. Uma vez estava no banho com a vítima e ela reclamou que a vagina estava doendo, mas era porque estava assada. Na época em que a testemunha morava em Praia Grande a vítima dormia com o pai, sozinhos e de porta fechada. Sua irmã Michele que contou. Michele também falou que não podia dar banho na vítima. Quem dava banho nela era o acusado. Ressaltou que o pai superprotegia a vítima, não deixando ninguém cuidar dela, nem brincar na rua com amigos. Michele também relatou à testemunha que o réu manipulava as partes íntimas da vítima. Segundo o relato de Michele à testemunha, a vítima teria contado os fatos para algumas vizinhas e na escola, sendo o caso levado ao Conselho Tutelar. Ressaltou que a vítima nunca lhe contou esses fatos. Mencionou que atualmente a vítima vai falar que o pai a violentou, porque sua tia Márcia, guardiã da menor, colocou várias histórias na cabeça da criança, justamente para que ela repita. Disse que a tia Márcia não trata bem a vítima. Sua irmã Tais já morou com Márcia e repetia as histórias que a tia mandava ela falar. Atualmente, Tais não mais mora com Márcia e disse para a irmã que tudo o que falou do pai era a mando de Márcia e, portanto, mentira. Acredita que Márcia quer a guarda da vítima por causa de dinheiro. A testemunha Wilson Lorena Junior, médico legista e responsável pela elaboração do laudo pericial de fls. 09/10, esclareceu não se recordar efetivamente sobre o atendimento realizado com a vítima. Após análise do laudo afirmou que foi constatada hiperemia vaginal e anal, sem ruptura himenal, decorrente de manipulação digital. Esclareceu que a hiperemia de mucosa origina-se de movimentos de fricção o que provoca a dilatação

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

dos vasos, conhecido como vermelhidão. Esclareceu que referida ocorrência, quando decorrente de infecção, possui origem mais profunda. Em decorrência das características da lesão, sua origem é mecânica. Descartou que a hiperemia pudesse ser causada por ausência de cuidados, pois nesse caso a lesão é mais extensa. No caso da vítima as lesões foram concisas na região perianal e perivaginal. Esclareceu que constou erro no laudo pericial, sendo que onde constou manipulação genital e genital, na resposta ao quesito nº 3, o correto é manipulação genital e anal. Esclareceu que não houve lesão corporal decorrente de violência. Não realizou exames digitais nas partes íntimas da vítima.

Os depoimentos inquisitoriais e judiciais da ofendida e das testemunhas de acusação são absolutamente convincentes, livres de qualquer mácula, além de harmônicos e seguros, assaz comprometedores e não deixam margem a dúvida.

Com efeito, elas trouxeram relato minucioso, corroborando a denúncia e concedendo-lhe credibilidade.

Os ricos detalhes reconstituídos pela ofendida, corroborados pelos testemunhos das suas irmãs, em inegável sintonia, fulminam por completo a autodefesa do acusado.

A vítima narrou de forma uníssona as práticas perpetradas pelo acusado durante o repouso noturno. Repetiu e confirmou seus relatos para outras testemunhas, em outras oportunidades, mas sempre mantendo a harmonia em suas narrativas em todas as ocasiões.

A testemunha Michele assim asseverou. Em oportunidade diversa, novamente indagada, Helen reafirmou o mesmo relato, corroborando a narrativa inicialmente concedida.

Simone, a genitora da vítima, também confirmou que ouviu o mesmo relato da ofendida, o que foi presenciado por Sirlei e Lilian.

A testemunha Thais também relatou que o acusado, ao ingerir bebida alcoólica, teria tentado beijá-la, em certa oportunidade.

A testemunha Eliete referiu que a vítima, de forma lúdica e espontânea lhe narrou a forma que ocorriam os abusos. Simulou na boneca que trazia consigo que o acusado manipulava sua genitália.

Em casos que tais, assim vêm decidindo os Tribunais:

*“Palavra da vítima. É certo que a palavra da vítima, como meio de prova nos crimes contra a liberdade sexual (costumes), tem especial valor em face das peculiaridades destes delitos, quase sempre cometidos sem a presença de outras pessoas; porém deve guardar inteira harmonia e coerência com as demais provas trazidas aos autos, pois qualquer decreto condenatório só se sustenta em prova idônea, apta a gerar não somente o convencimento do julgador, mas a certeza absoluta da infração penal. (TJDF Ap. Crim. 1999.08.1.000987-4 1ª Câm. Ement. Jurisp. TJDF 42/147)”*

De fato, a palavra da vítima, nos crimes sexuais, ainda que solitária, assume significativa eficácia probatória, determinação da autoria e das circunstâncias que norteiam o delito, afinal, crimes desta natureza, na maioria das vezes, ocorrem na clandestinidade.

O laudo pericial de lesão corporal de fls. 09/10 confirma que a



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
**1ª Câmara Criminal Extraordinária**

ofendida apresentava hiperemia de mucosa, lesão compatível com a prática de atos libidinosos consistentes em manipulação genital e anal. Daí a materialidade delitiva. A tentativa da defesa de convencer que a versão acusatória teria sido construída pela guardiã da menor não vinga. Os relatos foram prestados pela menor durante período que Márcia não mantinha qualquer contato com a vítima. Cumpre ressaltar que Márcia tomou conhecimento dos fatos na delegacia de polícia, quando foi chamada pelo conselheiro tutelar para ser indagada acerca de seu interesse em exercer a guarda de Helen e Thais.

Referida indicação, conforme relato trazido pela psicóloga Camila, foi suscitada pelo corpo técnico que atendia a família, já que a genitora não manifestou o desejo de reaver a guarda de suas filhas.

Não se revela, assim, qualquer manobra mal intencionada de imputar falso crime ao acusado.

Nesse sentido, não vinga a tese defensiva.

Manter relação sexual com pessoa menor de 14 anos, com ciência inequívoca ou presumível disso, provoca o surgimento da tipificação do art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para a tutela obrigatória da boa formação sexual da criança.

Daí ser irretorquível sua imputabilidade.

Como se vê, o quadro probatório reconstitui a conduta ilícita do acusado. Sua negativa, de conseguinte, é inadmissível. Em arremate, comprovadas tipicidade, ilicitude e culpabilidade, mais irreleva dizer para concluir que a procedência da ação penal é medida de rigor.

A continuidade delitiva entre os crimes também se faz presente. O acusado praticou, em mais de uma oportunidade, os delitos relatados. Conforme asseverado pela ofendida, várias foram suas investidas. Os delitos, todos da mesma espécie, foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Desta forma, a condenação do acusado nos exatos termos da denúncia é medida de rigor." (fls. 280/291).

Digo eu.

Não afronta a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal, vale dizer, o mandamento constitucional consistente na obrigatoriedade de fundamentação de sentenças e decisões, o adotar, como razões, fundamentos de outras sentenças, decisões ou peças processuais, por exemplo, Pareceres do Ministério Público, de qualquer grau, de autoridades públicas, mesmo laudos periciais firmados por peritos e até argumentos das partes, desde que se mencione, fielmente, a fonte, à evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Vai daí que se reputa incensurável a r. sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do Supremo Tribunal Federal, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"Registro, no ponto, que se reveste de plena legitimidade jurídico constitucional a adoção, no caso, da técnica da motivação 'per relationem' (HC 69.438/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 69.987/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a propósito da técnica da motivação por referência ou por remissão, reconheceu-a compatível com o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, como resulta de diversos precedentes firmados por esta Suprema Corte (HC 54.513/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RE 37.879/MG, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI – RE 49.074/MA, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI).

É que a remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, as informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie."

(STF – AI 825.520 AgR-ED/SP – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – j. 31.05.2011 – DJU 12.09.2011);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL. ACÓRDÃO RECORRIDO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. CONSTITUCIONALIDADE DA MOTIVAÇÃO POR REMISSÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OFENSA REFLEXA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. AGRAVO IMPROVIDO.

I - **A exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento, sendo certo, ademais, que o acórdão recorrido está suficientemente fundamentado.**

II - **Esta Suprema Corte já pacificou o entendimento de que é constitucional a motivação por remissão, especialmente quando todos os fundamentos do recurso de apelação foram examinados e rebatidos. Precedentes.**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
**1ª Câmara Criminal Extraordinária**

III - A alegada violação aos postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF), pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. IV - Agravo regimental improvido."

(STF - AI 814.640/RS- 1ªT. - **Rel. Min. Ricardo Lewandowski** - j. 02.12.2010 - DJU 01.02.2011);

"HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. LICITUDE. ORDEM DENEGADA. Segundo informou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as questionadas prorrogações de interceptações telefônicas foram, todas, necessárias para o deslinde dos fatos. Ademais, as decisões que, como no presente caso, autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento. Como o impetrante não questiona a fundamentação da decisão que deferiu o monitoramento telefônico, não há como prosperar o seu inconformismo quanto às decisões que se limitaram a prorrogar as interceptações. **De qualquer forma, as decisões questionadas reportam-se aos respectivos pedidos de prorrogação das interceptações telefônicas, os quais acabam por compor a fundamentação de tais decisões, naquilo que se costuma chamar de fundamentação 'per relationem'** (HC 84.869, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.08.2005, p. 46). Ordem denegada". (STF - HC 92.020/DF - 2ªT. - **Rel. Min. Joaquim Barbosa** - j. 21.09.2010 - DJU 08.11.2010);

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA E DA IMPETRAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPROCEDÊNCIA.

1. **É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não é carecedor de fundamentação julgado que se vale do parecer do Ministério Público e da sentença condenatória como razões de decidir. Precedentes.**

2. **Acórdãos proferidos no julgamento da apelação da defesa e do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça devidamente fundamentados. Ausência de contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República.**

3. Ordem denegada".

(STF - HC 101.911/RS - 1ªT. - **Rel. Min. Cármen Lúcia** - j. 27.04.2010 - DJU 04.06.2010);

"HABEAS CORPUS - PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - FUNDAMENTAÇÃO. **Se, de início, exige-se que toda decisão seja fundamentada, cabe reconhecer que pronunciamento a**



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

**reportar-se ao que assentado anteriormente engloba as razões da óptica já externada.** HABEAS CORPUS - UTILIDADE. Norteia toda e qualquer impetração o princípio da utilidade. Evocada decisão do Supremo não mais subsistente, impõe-se concluir pelo desaparecimento da causa de pedir formalizada". (STF - HC 100.221/RJ 1ªT. - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 04.05.2010 - DJU 28.05.2010);

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA DE 1º GRAU PELO ACÓRDÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA COMO RAZÕES DE DECIDIR. NÃO VIOLAÇÃO DA REGRA DO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES.

1. **O entendimento esposado na decisão do Superior Tribunal está em perfeita consonância com o posicionamento desta Suprema Corte, no sentido de que a adoção dos fundamentos da sentença de 1º grau pelo julgado de Segunda Instância como razões de decidir, por si só, não caracteriza ausência de fundamentação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa, sem que tanto configure violação da regra do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.**

2. Habeas corpus denegado".

(STF - HC 94.384/RS - 1ªT. - Rel. Min. Dias Toffoli - j. 02.03.2010 - DJU 26.03.2010);

"MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA - DECISÃO FUNDAMENTADA -MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - COMPATIBILIDADE DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 93, IX) - CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO RECURSO DE AGRAVO - PRECEDENTES - ATO DECISÓRIO INSUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL (SÚMULA 622/STF) - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por entender incabível embargos de declaração contra decisões monocráticas proferidas por Juiz da Suprema Corte, deles tem conhecido, quando inócurre hipótese de omissão, obscuridade ou contradição, como recurso de agravo. Precedentes.

2. Não cabe recurso de agravo contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de mandado de segurança impetrado, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. **Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, Inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação 'per relationem', que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

**fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedentes.**

(STF – Emb. Decl. No MS 25.936-1/DF – Plenário – **Rel. Min. Celso de Mello** – j. 13.06.2007 – DJU 18.09.2009);

"HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO QUE ADOTA OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU COMO RAZÃO DE DECIDIR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX DA CF. PRECEDENTES DO STF. ORDEM DENEGADA.

1. **Não viola o art. 93, IX da Constituição Federal o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeiro grau como razão de decidir.**

2. Ordem de habeas corpus denegada."

(STF – HC 98.814/RS – 2ª T. – **Rel. Min. Ellen Gracie** – j. 23.06.2009 – DJU 04.09.2009);

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RAZÕES DE DECIDIR FUNDADAS EM DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 93, INC. IX DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, CONSIDERADA A ATENUANTE DA MENORIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO CONSUMADO OU TENTADO. CONTROVÉRSIA.

1. **Transcrição e adoção, como razões de decidir, de depoimentos de testemunhas. Ausência de afronta ao disposto no artigo 93, IX, da CB/88.**

2. Pena fixada no mínimo legal. Impossibilidade de redução, abaixo desse patamar, com fundamento na circunstância atenuante da menoridade. Precedentes.

3. À consumação do crime de roubo é suficiente a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, tenha o agente tido a posse da coisa subtraída, ainda que retomada logo em seguida. Ordem indeferida."

(STF - HC 94.243/SP – 2ªT. – **Rel. Min. Eros Grau** – j. 31.03.2009 – DJU 14.08.2009);

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ACÓRDÃO QUE ADOTOU COMO RAZÕES DE DECIDIR O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA (ART. 312 DO CPP). A PRESENÇA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS AO PACIENTE NÃO OBSTA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 691/STF. PRECEDENTES.

1. O decreto de prisão preventiva, no caso, está devidamente fundamentado, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal, não evidenciando constrangimento ilegal amparável pela via do habeas corpus.

2. **A jurisprudência desta Suprema Corte foi assentada no sentido de que 'a adoção do parecer do Ministério Público**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

**como razões de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa**'.

3. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente.

4. Não se vislumbra, na espécie, flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o abrandamento da Súmula nº 691/STF.

5. Habeas corpus não-conhecido".

(STF - HC 96.517/RS - 1ªT. - Rel. Min. Menezes Direito - j. 03.02.2009 - DJU 12.03.2009);

"RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. **Parecer do Ministério Público como custos legis. Adoção pelo acórdão impugnado, como razão de decidir. Ofensa à ampla defesa e à necessidade de motivação das decisões judiciais. Não ocorrência. Agravo regimental improvido. Não fere as garantias do contraditório, da ampla defesa, nem da motivação das decisões judiciais, a adoção, como 'ratio decidendi', da manifestação, a título de custos legis, do Ministério Público**".

(STF - RE 360.037/SC - 2ªT. - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 07.08.2007 - DJU 14.09.2007);

"HABEAS CORPUS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RAZÃO DE DECIDIR.

**Não constitui falta de fundamentação a adoção de parecer do Ministério Público como razão de decidir. Precedente**".

(STF - HC 75.385 - 2ªT. - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 07.10.1997 - DJU 28.11.1997).

Digo mais.

No duro, verifica-se, de forma indubitosa, ter o réu praticado os crimes sexuais, pelos quais, corretamente, viu-se condenado na r. sentença, não havendo falar-se em insuficiência de provas, como postulado por sua defesa em suas razões recursais. Muito bem se provou nos autos que ele, agindo como agiu, cometeu os crimes narrados na denúncia, isoladíssima nos autos a versão apresentada pelo réu, por ocasião do seu interrogatório judicial, no qual negou tivesse tido qualquer contato sexual com a questionada vítima.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Sob outro ponto de vista, a vítima **Helen Dias**, ouvida sob o crivo do contraditório, confirmou os fatos narrados na denúncia, embora tímida e do seu jeito, em razão da tenra idade, informando que o réu a enrolava em um cobertor e a pegava "embaixo", além de tê-la beijado na boca e passado a mão "embaixo", oportunidade em que o local ficou dolorido. De outro canto, contou sobre os abusos praticados pelo genitor para **Eliete de Almeida**, coordenadora da escola onde estudava, indicando, por meio de uma boneca, o que o réu fez com ela, além de ter relatado que tais fatos ocorreram várias vezes. Ademais, a vítima ratificou a sua versão para a sua tia "Márcia", para a sua mãe (**Simone Camilo**) e para as vizinhas **Lilian Maria** e **Sirlei Gomes**.

Ora, escusa dizer que o reconhecimento que a vítima efetua, da pessoa do seu algoz, assume fundamental importância, eis que, em sede de crimes contra a liberdade sexual, normalmente tocados de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Por isso, quando o reconhecimento ocorre, sem que nada o macule, como no caso dos autos, o que cumpre é aceitá-lo, daí o correto entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. [...] ESTUPRO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA.

[...]

3. Nos crimes contra a liberdade sexual, geralmente cometidos à clandestinidade, a palavra da vítima assume preponderante importância, como na hipótese vertente, pois se mostrou coerente, expondo os fatos com riqueza de detalhes. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido."

(STJ – HC 267.027/DF – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Mussi – j.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
**1ª Câmara Criminal Extraordinária**

02.05.2013 – DJU 22.05.2013);

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU. REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE, POR FALTA DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. EXTENSO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

VI. Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido que, **em crimes contra a dignidade sexual, nos quais dificilmente há testemunhas ou deixam-se vestígios, a palavra da vítima é elemento de convicção de alta importância.** Precedente.

VII. Ordem não conhecida."

(STJ – HC 259.092/MG – 6ª T. – **Rel. Min. Assusete Magalhães** – j. 07.03.2013 – DJU 03.04.2013);

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM 2º GRAU. NEGATIVA DE AUTORIA QUE SE ENCONTRA ISOLADA DOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. SÚMULA Nº 7 DO STJ.

1. Nos **crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos.**

2. No caso, a condenação baseou-se em outras provas, que não apenas o depoimento da vítima.

3. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no REsp 1.346.774/SC – 5ª T. – **Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze** – j. 18.12.2012 – DJU 01.02.2013);

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a **caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

**delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios.**

[...]"

(STJ – AgRg no AREsp 160.961/PI – 6ª T. – **Rel. Min. Sebastião Reis Júnior** – j. 26.06.2012 – DJU 06.08.2012).

Assim, ao contrário do alegado pela defesa, em suas razões de apelação, os depoimentos prestados pela vítima e pelas testemunhas arroladas pela acusação foram coerentes entre si e comprovaram, de forma absolutamente clara, os fatos imputados ao réu, sendo de rigor a manutenção da sua condenação, não sendo crível que a vítima ou as demais testemunhas tivessem interesse na sua gratuita acusação.

Isto porque, a mim me parece que a versão de vítima **Helen Dias** guardou fina sintonia com todos, repito, todos os depoimentos judiciais, aqui prestados pelas testemunhas arroladas pela acusação, **Sirlei Gomes** (vizinha), **Lilian Maria** (vizinha), **Michelle Camila** (irmã da vítima), **Camila Pouza** (psicóloga), **Bruno Galoti** (Conselheiro Tutelar), **Eliete de Almeida** (diretora da escola), **Simone Camilo** (mãe da vítima), **Márcia Cristina**, **Thais Camila** (irmã da vítima), **Priscila Camila** (irmã da vítima) e **Wilson Lorena** (médico legista), que a uma só voz confirmaram os fatos imputados ao réu.

Ademais, convém lembrar que a mãe da vítima, **Simone Camilo**, quando ouvida em Juízo, disse que certa vez encontrou a sua filha e percebeu que ela estava sem tomar banho, com os cabelos descuidados, além de ter lhe contado que o réu havia abusado sexualmente dela. A primeira vez ele tendo passado a mão e a língua na sua "perereca", na cama, quando iam dormir e a segunda vez, novamente de modo voluntário, "mexendo" nela, além de beijá-la e passando a língua e o dedo na sua "perereca".



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Outrossim, as duas irmãs da vítima, **Thais Camila** e **Priscila Camila**, também quando ouvidas em Juízo, relataram condutas muito estranhas do réu e que comprovam, ao menos de forma indiciária, os fatos a ele imputados. A primeira contou que o réu já tentou beijá-la à força quando estava bêbado, nada obstante tivesse acreditado que aquilo não passara de uma brincadeira, ao passo que a segunda afirmou, categoricamente, que soube por meio da sua irmã **Michelle Camila** que o réu "*manipulava as partes íntimas da vítima*" (fls. 229 e 245 – mídias digitais).

Ao fim e ao cabo, **Wilson Lorena**, testemunha arrolada pela acusação, médico legista e responsável pela elaboração do laudo pericial, quando ouvido em Juízo prestou depoimento ímpar para o deslinde do caso concreto, afinal, declarou que "*após análise do laudo afirmou que foi constatada hiperemia vaginal e anal, sem ruptura himenal, decorrente de manipulação digital. Esclareceu que a hiperemia de mucosa origina-se de movimentos de fricção o que provoca a dilatação dos vasos, conhecido como vermelhidão. Esclareceu que referida ocorrência, quando decorrente de infecção, possui origem mais profunda. Em decorrência das características da lesão, sua origem é mecânica. Descartou que a hiperemia pudesse ser causada por ausência de cuidados, pois nesse caso a lesão é mais extensa. No caso da vítima as lesões foram concisas na região perianal e perivaginal.*" (fls. 216 – mídia digital), a colocar uma pá de cal nas autorias criminosas.

Abrir mão, dar de ombros para esse tipo de prova, sob os mais variados pretextos, todos ao arripio da Lei, da Doutrina e mesmo da Jurisprudência mais comprometidas com o rigor científico, é lançar à vala absolutória aqueles que não estão a merecer o descaso estatal. Trago, para este fim, por todos, o ensinamento do Supremo Tribunal Federal:



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

"O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Senhores Ministros, suponho que os votos que me antecederam, começando pelo do ilustre relator e do eminente revisor, foram, em relação aos fatos que se discutem nestes dois itens, exaustivamente examinados do ângulo da prova e do ponto de vista jurídico, assim como os votos que o acompanharam, alguns dos quais – até por questão de gentileza para com os colegas - foram abreviados, mas creio que, pelo volume dos votos escritos, também foram exaustivos. Tal é a razão por que, Senhor Presidente, embora eu tenha voto escrito, que não chega a corresponder ao cartapácio dos eminentes relator e revisor, mas que é suficiente para justificar minha convicção a respeito dos fatos, não o vou ler. Vou apenas, Senhor Presidente, fazer comentários sobre alguns aspectos que me parecem relevantes na condução do julgamento, sobretudo a respeito da fundamentação dos votos proferidos e, também, das razões pelas quais meu voto chega a determinadas conclusões.

Vou partir, Senhor Presidente, porque acho que isso não foi diretamente versado, embora indiretamente o tivesse sido, da conveniência de lembrar tema muito importante nesta causa e que é a questão dos 'indícios' ou da chamada 'prova indiciária'. E, também, porque a palavra 'indício', no direito positivo de que se trata, o processual penal, é polissêmica.

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

O indício como meio de prova está definido no art. 239 do Código de Processo Penal. E a definição que ali consta é, na substância, correta. Indício, em direito processual, é o que a velha doutrina chamava de prova indireta ou crítico-lógica, em contraposição à prova chamada direta ou histórico-representativa.

Enquanto a testemunha, como exemplo dessa segunda espécie de prova, relata diretamente fato importante ou relevante para o julgamento da causa, dando-o a conhecer de maneira imediata pela narração, o indício parte de fato já provado, de cuja existência o juiz remonta, por raciocínio baseado em regra de experiência, à existência de um fato incerto que também é relevante para a causa.

Isso é o que, na definição legal, se traduz da menção a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato que deve ser provado, autoriza, por indução, concluir-se pela



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

existência desse. Tal é o sentido que deve ser emprestado à norma, não obstante seu texto se refira a 'outra circunstância'. Na verdade, o indício prova, de maneira indireta, o fato objeto da pesquisa probatória. Nisso, está toda a gente de acordo. E a maneira indireta pela qual ele atua no raciocínio e na convicção do juiz consiste, precisamente, na mecânica muito conhecida do processo lógico indutivo, segundo a qual a inteligência passa, por força da observação daquilo que acontece ordinariamente – coisa que os juristas gostam de referir como *id quod plerumque accidit* – da verificação ou prova de um fato, à convicção da existência de outro fato que comumente se lhe segue na ordem lógica. Trata-se, no fundo, de formular, com base na observação da repetição da ocorrência de fatos inter-relacionados e idênticos que compõem a experiência, um juízo ou uma proposição de caráter geral que, ditada pela lógica indutiva, afirme como regra a constância da relação entre esses fatos, ou seja, os fatos se sucedem comumente, quando a mesma situação típica se repita. E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha havido abaloamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana revela que comportamento de alguma forma culposos se infere *daqueloutro* fato provado. Por quê? Porque, de regra, segundo a observação empírica, é isso que, de um modo ou de outro, acontece. Quem abalroa por trás, ou não mantinha a distância regulamentar e, portanto, há aí comportamento imprudente, ou estava distraído, e o comportamento foi

negligente, ou deu-se falha mecânica que, por negligência na

revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária -, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

O segundo exemplo, que acho até mais apropriado, está em que, se alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credora, receba o



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador -, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

Então, se o fato do recebimento nessas circunstâncias clandestinas, por si ou interposta pessoa, está provado, a acusação não precisa fazer prova da existência de comportamento ilícito, porque isso é o que se infere da experiência e, como tal, é fato provado por indício.

Por que são importantes essas observações? Porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas.

Eu não vou cansar Vossas Excelências, chamando à colação, a respeito, a doutrina, que é corriqueira entre nós, mas gostaria de acentuar, para deixar mais claro, que Espínola Filho, por exemplo, já acentuava que não existe nenhuma hierarquia entre as provas, entre as diretas e os indícios. Mas vou mais longe. Frederico Marques, o grande Frederico Marques, era muito incisivo. E dizia textualmente:

O valor probante dos indícios e presunções (...) [conceitos que ele equiparava], no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas.

Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual.

O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa do Código de Processo Civil - se não me falha a memória, o art. 334, I -, os fatos chamados públicos e notórios independem de prova. Ninguém precisa fazer prova, em juízo, de que Brasília é a capital do Brasil. Ninguém precisa fazer prova em juízo de que o senhor João Paulo Cunha era presidente da Câmara dos Deputados à época dos fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta."

(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. Cezar Peluso** – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 1.218/1.220);

"Com efeito, a atividade probatória sempre foi tradicionalmente ligada ao conceito de *verdade*, como se constatava na *summa*

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

*divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal, relacionando-os, respectivamente, às noções de verdade formal e de verdade material. Na filosofia do conhecimento, adotava-se a concepção de verdade como correspondência.

Nesse contexto, a função da prova no processo era bem definida. Seu papel seria o de transportar para o processo a verdade absoluta que ocorrera na vida dos litigantes. Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua *função demonstrativa* (cf. TARUFFO, Michele. 'Funzione della prova: la funzione dimostrativa', in *Rivista di Diritto Processuale*, 1997).

O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita 'real' e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possui há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

Contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (inevitavelmente qualificada como 'absoluta', 'material' ou 'real') é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes, com se depreende da doutrina de Antonio do Passo Cabral (Il *principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, Nº 2, aprilegiugno, 2005, passim). Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua *função persuasiva*, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função *persuasiva* da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

Aliás, o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*.

Sobre esse elemento de convicção, Giovanni Leone nos brinda com magistral explicação:

Presunção é a indução da existência de um fato

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

desconhecido pela existência de um fato conhecido, supondo-se que deva ser verdadeiro para o caso concreto aquilo que ordinariamente sói ser para a maior parte dos casos nos quais aquele fato acontece.

(...)

A presunção é legal (*praesumptio iuris seu legis*) se a ilação do conhecido ao desconhecido é feita pela lei; por outro lado, a presunção é do homem (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se a ilação é feita pelo juiz, constituindo, portanto, uma operação mental do juiz.

(...)

No Direito Processual Penal não existem, de regra, ficções e presunções legais (...). Existe, ao contrário, a possibilidade de inclusão, no processo penal, como em qualquer outro processo, das presunções *hominis*.

A expressão máxima da presunção *hominis* é dada pela prova indiciária.

(Tradução livre do texto: *Presunzione è "l'induzione della esistenza di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, sul presupposto che debba essere vero per il caso concreto cioè che ordinariamente suole essere vero per la maggior parte dei casi in cui quello rientra". (...) La presunzione è legale (praesumptio iuris seu legis) se la illazione dal noto all'ignoto è fatta dalla legge; ovvero dell'uomo (praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis) se la illazione è fatta dal giudice, costituendo pertanto una operazione mentale del giudice. (...) Nel diritto processuale penale non esistono, di regola, finzioni e presunzioni legali (...). Trovano invece possibilità di inserimento nel processo penale, come in ogni altro processo, le presunzioni hominis. L'espressione massima della presunzione hominis è data dalle prove indiziarie.*)

**(LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161- 162).**

No mesmo sentido, Nicola Malatesta, para quem, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógicoconstrutivo; mais precisamente: '*o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade*' (MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236).

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que '*indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre*



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

*convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente'* (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes julgados:

'O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "*a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*". Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).'

(HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.

(HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009).

Em idêntico sentido: HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

No Direito Comparado, no qual se abeberam nossos juristas, também se perfilha entendimento semelhante. Assim é que a utilização da prova indiciária para embasar a sentença penal condenatória é admitida, *v. g.*, em Portugal, cujo Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

IV - A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V - Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII - O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexó preciso, directo, segundo as regras da experiência.'

(Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007).

Consectariamente, o quadro probatório dos autos, composto das provas orais, documentais e periciais são suficientes para lastrear uma decisão justa e atenta às garantias penais e processuais.

Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um *peso* em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, **no conjunto probatório**, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' **não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório.** Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'.

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja 'irrazoável', inacreditável ou inverossímil.

Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação. Como é de sabença geral, a prova do alibi incumbe ao réu, nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal ('*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]*'). Assim também a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor consignar os seguintes arestos:

EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI: SOBERANIA. CF, ART. 5º, XXXVIII. CPP, ART. 593, III, d. ALIBI: ÔNUS DA PROVA. CPP, ART. 156. I. - A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões, quando



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, o réu será submetido a novo julgamento pelo Júri. II. - **Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156)**. III. - HC indeferido. (HC 70742, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/08/1994, DJ 30-06-2000)

EMENTA: HABEAS CORPUS - ÁLIBI - CIRCUNSTÂNCIA INVOCADA APÓS A CONDENAÇÃO - CONTRADIÇÃO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DESSA MATÉRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - **O álibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita.** - O habeas corpus não constitui sede processualmente adequada ao reconhecimento do álibi se este se revela incompatível com a prova produzida, sob o crivo do contraditório, no procedimento penal. - É lícita a audiência de instrução quando, ausente o Advogado constituído, que fora regularmente intimado de sua realização, vem o réu a ser assistido por defensor dativo designado pelo Juiz processante.

(HC 68964, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 22-04-1994).

A lição é idêntica em sede doutrinária. Tratando do álibi, preleciona Damásio de Jesus que *'[q]uem alega deve prová-lo, sob pena de confissão'* (Código de Processo Penal anotado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer 'dúvida razoável' que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador."

(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. Luiz Fux**– j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 838/842).

E, nos termos do depoimento prestado pela vítima, sob o crivo do contraditório, ficou claro que os crimes foram consumados, pois, os atos praticados pelo réu, vale dizer, o de passar as mãos na vagina da vítima, de fato, caracterizaram, sem qualquer sombra de dúvida, o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, na modalidade atos libidinosos diversos da conjunção carnal, sendo



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

desnecessário que haja a penetração para fins de tipificação do presente crime. Nesse sentido, segue o escólio do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL - **ESTUPRO DE VULNERÁVEL - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA TENTADA** - MENOR GRAVIDADE DA CONDUTA - **IMPOSSIBILIDADE** - ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL CONFIGURADOS - CRIME CONSUMADO - RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1- A consumação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Precedentes.

2 - No caso, **o recorrido deitou-se por cima da vítima com o membro viril à mostra, após retirar-lhe as calças, o que, de per si, configura ato libidinoso para a consumação do delito de estupro de vulnerável.**

3 - Impossibilidade de desclassificação do delito para sua forma tentada, com base no princípio da proporcionalidade, em decorrência da menor gravidade da conduta, por ser contrário à norma legal.

[...]"

(STJ – REsp 1.353.575/PR – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – j. 05.12.13 – DJU 16.12.13);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL**. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO CONTRA MENOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA. ART. 217-A DO CP. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não viola o Princípio da Colegialidade a apreciação unipessoal pelo Relator do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, bem como do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Com a interposição do agravo regimental, fica superada eventual violação ao referido princípio, em razão da reapreciação da matéria pelo órgão colegiado.

2. **Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor.** Jurisprudência do STJ.

3. Em relação a impossibilidade de discussão de legislação já revogada e de aplicação da lei penal mais gravosa, verifica-se tratar de inovação em agravo regimental, não podendo ser acolhida nesta fase recursal.

4. Agravo regimental improvido."

(STJ – AgRg no REsp 1.295.596/MG – Rel. Min. Campos Maques – j. 06.06.13 – DJU 11.06.13).



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Ao fim e ao cabo, trago o brilhante e recentíssimo Voto do **Min. Rogério Schietti Cruz**, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP n. 1.480.881, que, com precisão ímpar, trouxe inúmeras considerações sobre o tipo penal em análise:

"Posta a questão, delineados os fatos e indicados os fundamentos de que se valeu a Corte estadual para considerar atípica a conduta imputada ao recorrido, **encaminho o presente voto em sentido contrário ao decidido na origem**, por entender violado o dispositivo de lei federal invocado na impugnação especial.

Registre-se que, ainda na vigência da alínea "a" do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da **Lei n. 12.015/09**), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, **mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima**, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos.

Nesta Corte de Precedentes, o tema ensejou, no passado, interpretação oscilante nas duas Turmas da Terceira Seção. Em abril de 2014, a **matéria foi pacificada** por força do julgamento dos Embargos de Divergência em **Recurso Especial n. 1.152.864/SC**, da relatoria da Ministra **Laurita Vaz**, assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.

2. **A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos,**

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento "quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida." (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012).

No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.

4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas. (REsp n. 1.152.864/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª S., DJe 1/4/2014, destaquei).

Antes disso, também em Embargos de Divergência em Recurso Especial, a **Terceira Seção já tivera oportunidade de assentar a irrelevância do consentimento da vítima**, para fins de caracterização do crime de atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA.

I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.

**II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3ª Seção, e da 5ª e 6ª Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos.**

(REsp. n. 762.044/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

Na Corte Suprema, o assunto também mereceu igual compreensão, como se percebe dos arestos colacionados:

1. Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
**1ª Câmara Criminal Extraordinária**

2. [...].

3. Ordem denegada.

(HC n. 119.091/SP, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, 2ª T., DJe 18/12/2013).

1. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o **caráter absoluto da presunção de violência** no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, "a", do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo **irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima**. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC n. 97.664/DF, Rel. Ministro **Teori Zavaski**, 2ª T., DJe 21/10/2013, destaquei.)

[...] 2. **O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.** 3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz. 4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima. (HC n. 105.558/PR, Relatora Min. **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 12/06/2012, destaquei)

Posto que semelhante posicionamento dos tribunais superiores, como dito, nem sempre se tenha mostrado unívoco e talvez até pudesse suscitar alguma dúvida a quem julgou a questão quando ainda vigente o texto do art. 224 do Código Penal – que cuidava da presunção de violência nos "crimes contra os costumes" – **as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09 ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.**

O acórdão recorrido alude a que "a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade" (fl. 197).

Disse ainda: "As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime" (fl. 198).

Vê-se que o julgado seguiu um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu.

A referência à imagem da "criança libertina" ou "criança provocadora", mencionada pelo sociólogo francês Georges Vigarello em sua célebre *História do estupro*, não é exclusiva de nossa tradição. No relato que faz de diversos processos tramitados em Paris no século XVIII, tendo por objeto violências sexuais praticadas contra crianças e adolescentes, são encontradas as alusões às dúvidas sobre o comportamento das jovens vítimas, sobre sua possível libertinagem, devassidão ou "excesso de instrução para a tenra idade", **fenômeno judiciário que sempre foi um obstáculo à condenação de quem se servia de pequenos corpos para satisfazer sua lascívia**. (VIGARELLO, G. *História do estupro*. Violência sexual nos séculos XVI – XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 90-91).

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminoso ou a justificá-la. Expressões como "amadurecimento sexual da adolescente", "experiência sexual pretérita da vítima" ou mesmo a utilização das expressões "criança prostituta" ou "criança sedutora" ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com "**grau de discernimento**", segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "**nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade**". Desse modo, **tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo**.

Da alusão feita, no acórdão, ao comportamento da mãe da vítima se infere quão atual é a antiga observação de um estrangeiro sobre os hábitos das famílias brasileiras de entregar suas filhas para o casamento em uma idade em que "elas mal se ocuparam com seus bebês fictícios, quando têm os sorrisos e as lágrimas dos reais" (DEL PRIORE, M. *História do amor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 169).

O voto condutor do acórdão faz menção também a "**valores culturais internalizados (a tradição)**", o que **parece justificar a permanência de práticas coloniais e imperiais como as relatadas** pela referida historiadora:

O preconceito racial de estrangeiros não raro se misturava com a aversão europeia pela "corte amorosa à brasileira". O fato de meninas, muito meninas, passarem da reclusão familiar às mãos dos maridos os fazia crer num precoce interesse pelo sexo oposto, interesse, aliás, muito mal visto. Os viajantes criticavam a precocidade com que adquiriam modos e conhecimentos impróprios para a sua idade: [...] A percepção destes estrangeiros é de que havia certa precocidade sexual nas moças do Novo Mundo" (DEL

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

PRIORE, M., op.cit., p. 168).

Em verdade, a subjetivação da criança como titular de direitos próprios é uma invenção moderna, não somente em terras brasileiras. Durante séculos – como observado por Philippe ARIÈS (*História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981) – a educação das crianças, de modo geral, se deu pela natural convivência com os adultos, em ambientes nos quais eram elas expostas a “toda sorte de grosserias e indecências”. Ariès, ao descrever a ausência de reserva diante das crianças, favorecendo brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais, lembra as conclusões do François de Dainville (*La Naissance de L'humanisme Moderne*, Paris. Beauchesne. 1940, p. 261), historiador da pedagogia humanista: "O respeito devido às crianças era então (no século XVI) algo totalmente ignorado. Os adultos se permitiam tudo diante delas: linguagem grosseira, ações e situações escabrosas; elas ouviam e viam tudo”.

Fato é que, voltando à análise do caso vertente, o acórdão absolutório **centrou-se muito mais sobre o comportamento da vítima do que sobre o comportamento que deveria estar sob julgamento**. A denúncia imputou ao réu, ora recorrido, a prática do crime de estupro de vulnerável. Manteve o réu, por **"aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S.", quando tinha menos de 14 anos, e "que o denunciado freqüentava a residência da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor"** (fl. 3, destaquei).

Registrou-se, aliás, por mais de uma vez, que o recorrido e a vítima iniciaram um relacionamento amoroso **quando esta última contava 8 anos de idade**, momento em que, a despeito de ainda não manterem relações sexuais, **trocavam "beijos e abraços"** típicos do namoro, o que, como é cediço, **já bastaria para configurar o crime de estupro de vulnerável**, haja vista que tais carícias são compreendidas como modalidades de atos libidinosos.

Sem embargo, a absolvição inverte o objeto do juízo criminal ao dizer que a adolescente não foi vítima **"de violência real"** (fl. 198), que **"não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos"** (fl. 197).

O **desvio teleológico da função de julgar** passou ao largo da análise dos demais integrantes do órgão julgador. Preferiram reduzir a questão a uma lógica tão simples quanto perversa: **se a criança (tinha menos de 12 anos** quando o réu com ela manteve a primeira relação sexual) desejou, ou mesmo buscou, o contato íntimo, caracterizado pelo **"discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para prática do ato"** (fl. 198), no sentido de que sabia o que fazia, o comportamento do réu é irrelevante para o direito penal.

**Não se vê no acórdão impugnado qualquer referência à história de vida da vítima**, de tal modo a se poder aferir se os magistrados que decidiram absolver o recorrido, por conta da alegada livre e lúdima vontade da vítima de com ele manter prática



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

#### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

sexual, apoiaram seu convencimento em elementos probatórios encontrados nos autos que indicassem a personalidade da adolescente, sua escolaridade, sua conduta familiar e social etc.

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja "responsabilizado" pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria "justificada" a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando **estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual**. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.

Nem mesmo se tem como possível o frágil argumento de que desenvolvimento da sociedade e dos costumes possam configurar fatores que não permitam a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia concilli* da vítima.

Basta um rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da “modernidade” é antípoda ao sustentado no voto hostilizado.

Deveras, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal. Senão vejamos.

Até o Código Penal de 1940, crianças e adolescentes não recebiam proteção penal específica em relação aos crimes de natureza sexual. De fato, tanto o Código Criminal do Império (1830) quanto o Código Penal da República (1890) não previam qualquer tipificação específica para o crime praticado contra menores de 14 anos e nem sequer previam recrudescimento da pena prevista para tais situações.

A partir do Código Penal de 1940, passou-se a presumir, para fins penais, a ocorrência de violência em quaisquer atos libidinosos cometidos contra meninas e meninos menores de 14 anos, sob o fundamento – constante da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (n. 70) – de que tal ficção legal decorre da *innocentia consilii* do sujeito passivo dessa modalidade delitiva, a denotar “sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”. Também se entendeu importante e necessário – para a efetiva e proporcional proteção penal – punir especialmente o crime cometido contra crianças e adolescentes e previu-se, inclusive, a hipótese de cometimento de estupro e de atentado violento ao pudor “com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador” (art. 225, II, CP, em sua versão original), hipótese que, a par da iniciativa pública da ação penal, também



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

mereceu agravamento da reprimenda do infrator, inicialmente “de quarta parte” (art. 226, II) e, agora, “de metade” (*ex vi* da redação dada ao dispositivo pela Lei n. 11.106/05).

Essa mesma expressão normalmente utilizada: “desenvolvimento da sociedade e dos costumes” foi responsável também por cominar diversos crimes contra crianças e adolescentes, em rol constante de marcante legislação infanto-juvenil, que sucedeu, sob nova realidade político-constitucional, o antigo Código de Menores. A referência, por óbvio, é ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069/90, o qual vem sendo, progressivamente, aperfeiçoado para conferir maior proteção penal a essa faixa etária.

Assim é que, a par da criminalização das condutas relativas à exploração sexual de crianças e adolescentes de modo geral, novas tipificações vieram reforçar a opção do Estado brasileiro – na linha de similar esforço mundial – de combater todo tipo de violência, sobretudo a sexual, contra crianças e adolescentes.

Após reformas penais de menor grandeza (como a da Lei n. 10.764/03, que alterou o art. 241 do ECA, que trata do crime de produção e divulgação de imagens de menores em cenas de sexo explícito), veio à tona a Lei n. 11.829/08, que, conforme enunciado em sua ementa, altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, “para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.

Outra importantíssima alteração legislativa a destacar, ocorrida no Código Penal por meio da Lei n. 12.015/09, banuiu – e aqui reside a questão versada neste recurso – a possibilidade de relativizar a presunção de violência do antigo artigo 224 do CPB, ao inovar, em técnica legislativa, o tratamento “crimes contra a dignidade sexual”, prevendo-se, no que interessa por ora, como “estupro de vulnerável”, na letra do art. 217-A, a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Registre-se, por derradeiro, a recente edição da Lei n. 12.978, de 21 de maio de 2014, que acrescentou inciso ao art. 1º da Lei n. 8.072/90, para **classificar como hediondo** o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Esse lento, porém constante, **progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente** não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a “evolução dos costumes”. Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo.

O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. Apenas para exemplificar, veja-se a similitude teleológica entre o que dispõe o artigo 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o artigo 226 da Constituição da República do Brasil:

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

ARTIGO 19. 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Constituição da República

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

**É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas.** A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida – não é o caso deste processo, devo registrar – por quem tem o dever legal e moral de proteger, de orientar, de acalentar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.

Não. **A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes,** indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta.

Decerto que a *vexata quaestio* ora examinada – natureza da presunção de violência – não pode ser enfrentada sob viés moralista. **O tema é essencialmente jurídico e dentro do Direito há de ser analisado.** A dogmática penal, que decorre, como visto, de uma clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes, é bastante para a dicção do direito (*juris dicere*) em casos como o que se analisa nesta impugnação de natureza extraordinária.

Como ressaltado linhas acima, a jurisprudência e a doutrina nunca se afinaram, univocamente, na construção de uma hermenêutica de afirmação do caráter absoluto da presunção de violência objeto da norma penal revogada (art. 224, “a”, do CPB).



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

É de se admitir, no terreno do debate lateral, a possibilidade de que, em hipóteses muito excepcionais – como o do casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos – em que, a depender das peculiaridades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais.

Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, “a”, do Código Penal. Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência e inclui no próprio tipo penal a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade.

A esse respeito, creio oportuno trazer à colação, entre tantos arestos sobre o tema, o da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, nos **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 762.044/SP**, referido linhas atrás, da relatoria do Ministro **Felix Fischer**, de cujo voto extraem-se importantes ponderações:

[...] **Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução**, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, **que**

**ninguém deve envolver-se com menores**. É até comum o uso da expressão “de menor”. Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a

prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconsequente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, **justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa**. Por outra, a nossa legislação – repetindo – protege contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc.; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresso texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos.

E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. *Data venia*, a lei não pode levar a esta forma de conclusão. Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna. Ao impor um **dever geral de abstenção** (cfr. João Mestieri) **da prática de atos sexuais com menores**

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
**1ª Câmara Criminal Extraordinária**

(no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de maturidade, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual.” **(Embargos de divergência desprovidos. (REsp. n. 762.044/SP, rel. Ministro Nilson Naves, rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª S., DJe 14/4/2010).**

A esse “dever de abstenção”, de que já falava Manzini no início do século XX, contrapunha Nelson Hungria, comentando o art. 224 do Código Penal, outra explicação para a validade da presunção positivada nesse preceito penal. Dizia que “a indução de violência, na espécie, fundou-se no argumento [...] segundo o qual *qui velle no potuit, ergo noluit*. Quem não podia consentir, dissentiu. Se os impúberes ou dementes não podem consentir, deve entender-se que dissentiram, e, assim, o abuso sexual contra eles praticado tem caráter de violento”.

Reconhecendo que “fora do ponto de vista jurídico não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou de consentir”, Hungria conclui – sem embargo de mais adiante coonestar o caráter relativo da presunção – que “o estado de **indiferença** ou a ausência de consentimento **válido** podem ser assimilados à **falta de consentimento válido**, justificando a **presunção de violência**.” (HUNGRIA, Nelson; CORTES DE LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno C. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 226. Destaques no original).

É, no entanto, em voto ora parcialmente transcrito, proferido quando oficiou como juiz do então Tribunal de Apelação do Distrito Federal, que Nelson Hungria (op. cit., p. 188-194) externa ácida reprovação ao posicionamento de seus pares, acerca de situação submetida a julgamento, versando o crime de sedução de menores. Confira-se:

Recusei o fundamento do acórdão, que, nos termos em que está típico de **jurisprudência aberrante**. Para forçar uma conclusão ao jeito de uma praxe indefensável, deslocou-se o problema para o terreno de um naturalismo ultrapassado e já arquivado no museu jurídico. Fez-se tábula rasa da moral positiva, que é a ciência do útil social. Mais um pouco de coragem, e o nobre relator do acórdão teria proclamado o **amor livre**, o hedonístico desenfreado do instinto sexual. Do princípio ao fim, é o acórdão uma série de equívocos. Perdendo de vista o sentido profundamente ético-social da ordem jurídica, não vacila em admitir a prevalência da **animalidade**, que é a força bruta, contra o direito, que é norma de cultura e condição específica da vida em sociedade. Eis a tese central do acórdão: a conjunção carnal e um ato natural e, portanto, não há proibi-la, a pretexto algum, se realizada entre pessoas fisiologicamente idôneas e livremente ajustadas. **A própria virgем adolescente, que sponte sua, ou por exclusivo impulso**

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
**1ª Câmara Criminal Extraordinária**

**de sexualidade exaltada, se entrega, para o ato genésico, ao sátiro impudente e gozador, não pode ter a proteção penal.** Não o exige o interesse social, não o reclama a ordem jurídica. É o que diz o acórdão com todas as letras. [...]

**II.3. Impropriedade da relativização do consentimento do menor**

Feitas todas essas considerações, entretanto, entendo que a discussão quanto à relativização do consentimento do menor de 14 anos encontra-se hoje superada com o advento da Lei n. 12.015/2009 que introduziu o art. 217-A ao Código Penal, assim redigido:

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.

§1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§2º (VETADO).

§3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Embora parte da doutrina sustente o entendimento de que ainda se mantém a discussão, agora sob nova roupagem, sobre *vulnerabilidade absoluta* e *vulnerabilidade relativa* – outorgando ao juiz, diante do caso concreto, verificar "as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública, 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.720 e 12.737, de 2012, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100) – não vejo como prevalecer tal posicionamento.

O tipo penal do art. 217-A do CP não traz em sua elementar a expressão "vulnerável". É certo que o *nomem iuris* a que menciona a Lei n. 12.015/2009 ao citado preceito legal estipule o termo "estupro de vulnerável". Entretanto, a "vulnerabilidade" não integra o preceito primário introduzido no art. 217-A do Estatuto Repressivo.

Na verdade, o legislador estabelece 3 situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, a saber: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso:

1 - Com menor de 14 anos;

2 - Com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não possuir o necessário discernimento para a prática do ato;

3 - Com alguém que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

**Assim, no tocante à primeira previsão legal – mencionada na cabeça do dispositivo –, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.**

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
**1ª Câmara Criminal Extraordinária**

A propósito, reporto-me a Rogério Greco:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei n. 12.015, de 7 de agosto, de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. **Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.**

[...].

**O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no §1º do art. 217-A do Código Penal.**

Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de *estupro de vulnerável*.

[...].

O núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até

mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. **Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14**

**(catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.** (*Curso de Direito Penal*, v. III, Parte Especial, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 532-534, negritei).

Acentua Luiz REGIS PRADO que "as previsões legais *ex novo* têm em vista vítimas específicas – pessoas vulneráveis – que são os menores de 14 (catorze) anos e aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Com acerto, **o legislador atual elimina a figura da presunção e cria em seu lugar tipos penais autônomos**" (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2: parte especial, arts. 121 a 249, 11. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 846).

Nesse sentido se alinha a jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas desta Corte Superior de Justiça, *verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA.

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

MATÉRIA DE DIREITO. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

**1. Manifesta a vulneração ao art. 217-A do Código Penal, porquanto a absolvição do agravante, no que concerne ao estupro de vulnerável, se embasou apenas no consentimento da menor e não na ausência de provas da ocorrência da relação sexual, cuidando-se, portanto, de matéria unicamente de direito.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no AREsp. n. 191.197/MS, rel. Ministro **Walter de Almeida Guilherme** (Desembargador convocado do TJ/SP), 5ª T., DJe 19/12/2014, destaquei).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. [...].

**2. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp. 1.435.416/SC, rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 3/11/2014, destaquei).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTS. 213, §1º, E 217-A DO CP. VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE.

**1. A condição objetiva prevista no art. 217-A do Código Penal encontra-se presente, *in casu*, porquanto suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou nestes autos, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima.**

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp. n. 1.418.859/GO, rel. Ministro **Sebastião**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

**Reis Júnior**, 6ª T., DJe 10/4/2014, ).

Na espécie, destaque-se que o recorrido, para "obter êxito em sua empreitada delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima" (fl. 111). Além disso, **possuía conhecimento pleno acerca da idade da ofendida**, bem como da ilicitude de sua conduta, na medida em que é incontroverso que as relações sexuais com a

infante começaram quando esta tinha apenas 11 anos de vida (fl. 110) e que chegou a ser alertado, em depoimento de testemunha referido na sentença condenatória, de que "namorar com menor poderia dar problemas." **Refuto, também por essas considerações destacadas na sentença, a tese de erro de tipo** – por desconhecimento da idade da vítima –, trazida nas contrarrazões ao recurso especial. Essa afirmação não condiz com a insistência acerca das intenções do réu de estabelecer relacionamento estável e duradouro, pois, obviamente, conhecia a ofendida e sua idade não seria dado ignorado."

(STJ – Resp 1.480.881/PI – **Min. Rogerio Schietti Cruz** – 3ª Seção – j. 26.08.2015 – DJe 10.09.2015).

De tal arte, para os fins do art. 1036, do Novo Código de Processo Civil, a tese jurídica fixada, pelo Superior Tribunal de Justiça, é a seguinte:

**"Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime."**

Por fim, tendo em vista que foram cometidos diversos crimes sexuais contra a vítima **Helen Dias**, aqui comprovadamente pelo menos dois, nada obstante pudessem ter sido reconhecidos muitos mais, praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, espaço e modo de execução, foi de rigor o reconhecimento do instituto do crime continuado (art. 71, "caput", do Código Penal).



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Deste modo, não restam dúvidas de que o réu foi o autor dos crimes de estupro de vulnerável, todos consumados, a ele imputados, razão pela qual mantenho a sua condenação.

Às penas.

No que diz respeito às suas penas-base, elas foram fixadas nos mínimos legais, 08 (oito) anos de reclusão e "10 (dez) dias-multa, no piso", nos termos do art. 59, "caput", do Código Penal, para cada um dos dois crimes. Todavia, o preceito secundário do art. 217-A, "caput", do Código de Trânsito Brasileiro, prevê pena cominada em abstrato de "*reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos*", nada mencionando sobre a pena de multa, razão pela qual me parece de rigor o seu afastamento.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira fase da dosimetria da pena, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, do Código Penal, uma vez que o réu era genitor da vítima, as suas penas foram aumentadas em 1/2, balizando-se em 12 (doze) anos de reclusão.

Ainda na terceira fase da dosimetria da pena, correto o reconhecimento da continuidade delitiva entre os dois crimes de estupro de vulnerável praticado contra a vítima, razão pela qual o Juízo de Origem tomou a pena de um dos dois crimes, porque iguais, e procedeu ao aumento em 1/6, alcançando 14 (catorze) anos de reclusão. Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. [...] 3. De outro lado, é pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de **1/6 pela prática de 2 infrações**: 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 6 (seis) infrações cometidas por um dos réus, por lógica da operação dosimétrica,



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

deve-se considerar o aumento de 1/2 da pena, sendo desproporcional a majoração em 2/3. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente [...]."

(STJ – HC 214.485/MS – **Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura** – 6ª T – j. 21/11/2013 – DJe 09/12/2013).

O regime fixado continua sendo o fechado, medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII).

De outro bordo, não desconheço a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo mencionado no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840, **Rel. Min. Dias Toffoli**, porém, entendo que, por possuir eficácia "inter partes", o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal não vincula as Instâncias inferiores, apenas produzindo efeito naquele julgamento em especial, de sorte que, aqui, permaneço com o entendimento segundo o qual o tratamento impingido aos crimes hediondos e equiparados deve ser mais rigoroso, não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto.

Nesse sentido, restou decidido pelo **Min. Joaquim Barbosa**, do Supremo Tribunal Federal, embora vencido no julgamento do HC n. 111.840/ES, o seguinte:

"Senhores Ministros, como afirmo no voto que proferi no HC 97.256, rel. min. CARLOS BRITTO, considero que questões de política criminal devem permanecer sob a esfera exclusiva de decisão dos poderes politicamente constituídos.

Com efeito, a Constituição atribuiu aos parlamentares eleitos democraticamente a tarefa de estabelecer as leis reitoras da política criminal. Analisar se essa política é boa ou ruim não é função do Poder Judiciário, que deve se reservar à análise da sua



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

constitucionalidade, sob pena de violação do princípio da separação de poderes e da democracia representativa, estabelecendo, sem legitimidade constitucional e democrática para tanto, sua própria visão política sobre a matéria.

Nesta linha, rejeitei a tese de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos constituiria violação do art. 5º, inciso XLVII, da Constituição da República, que trata da individualização. A norma constitucional em questão estabelece, claramente, que **'a lei regulará a individualização da pena'**, consubstanciando, portanto, uma **norma constitucional de eficácia contida ou contível**, que confere liberdade ao legislador para regular a matéria, desde que não anule toda e qualquer possibilidade de individualização.

Portanto, o **legislador** estabelece os 'standards' para a individualização da pena, cuja observância é, em princípio, **obrigatória** pelo órgão jurisdicional.

Essa distinção das esferas de atuação jurisdicional e política (Poderes Executivo e Legislativo) é sempre sublinhada na Teoria do Direito, não só por Kelsen mas também por Luhmann, Habermas, Hart.

Citei, na ocasião, outros exemplos de diminuição da esfera de arbítrio do órgão julgador no momento da individualização judicial da pena, como a previsão de **pena mínima para todo e qualquer crime** e que não é estabelecida em vários países; a previsão do regime inicial fechado para penas superiores a 8 anos de reclusão; a vedação abstrata à substituição da pena para réus reincidentes em crime doloso. Ou seja, o legislador sempre estabelece limites ao casuísmo e à liberdade de apreciação do caso concreto pelos juízes, como **imperativo de igualdade de tratamento, de segurança jurídica e de justiça**. Além disso, cuida-se de uma análise legislativa de **maior desvalor dos crimes considerados hediondos**, que, pela gravidade que politicamente lhes é atribuída, **inclusive pela própria Constituição**, são considerados **incompatíveis com determinados benefícios**.

Assim, **reafirmo meu voto e considero que o legislador é o órgão constitucionalmente competente, e eleito democraticamente** pelo povo brasileiro, para **estabelecer qual será a política criminal de tratamento dos crimes hediondos**, sendo vedadas, tão-somente, as **penas proscritas pela Constituição** (pena de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis) – art. 5º, XLVII.

Por tais razões, coerente com o que afirmei no HC 97.256, considero **constitucional** a imposição do **regime inicial fechado para crimes de tráfico de drogas e demais crimes hediondos**, tal como considerei **constitucional** a vedação à pena alternativa, independentemente de análises relativas à conveniência e adequação dessa política criminal, cuja avaliação deve permanecer no âmbito político."(STF – HC 111.840/ES – **Rel. Min. Dias Toffoli** – j. 27.06.12 – DJU 17.12.13).

Ainda que assim não fosse, as circunstâncias do caso concreto demonstram, não só em razão da natureza do crime cometido pelo réu, crime de estupro de vulnerável (praticado contra vítima, à época



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

#### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

dos fatos com 05 anos), e, também, em face da sua pena final, que a manutenção do regime mais gravoso é a medida mais adequada para os fins de prevenção e repressão do crime em comento, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90 e do art. 33, §2º, "a", do Código Penal.

Ao final, ressalto que as condenações criminais a penas privativas de liberdade, confirmadas em v. Acórdãos desse Tribunal de Justiça, autorizam a expedição de mandado de prisão. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário, exigem garantia de acesso ao duplo grau de jurisdição (e não ao "infindável" grau de jurisdição). Os Recursos Especiais e Extraordinários, direcionados aos Tribunais Superiores, não têm, em regra, efeito suspensivo. Assim, consoante o recente julgamento, no STF, do HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, cumpre determinar a imediata expedição de mandado prisional em desfavor das embargantes. Nesse sentido, o recente julgado do STJ:

#### "[...] III. Contornos do novo posicionamento da Suprema Corte

Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a *Lex Legis* incumbe a nobre missão de "guarda da Constituição" (art. 102, *caput*, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem **o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade**. Assim especifica, *verbis*:

(...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, **não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz**. Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, **é necessário uma validade prática**"

(Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123. Destaquei.)

Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de "desarrumação" do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

Afirmo-o contabilizando as hipóteses de impugnação previstas em nossa legislação processual penal, inclusive as que se apresentam como ações e incidentes processuais, do que resulta o **assustador número de 20 (vinte) meios de pedir a revisão de um ato jurisdicional**. São eles: 1) apelação, 2) recurso em sentido estrito, 3) embargos de declaração, 4) embargos infringentes e de nulidade, 5) carta testemunhável, 6) agravo regimental, 7) agravo à execução, 8) agravo em recurso especial, 9) agravo em recurso extraordinário, 10) correição parcial (ou reclamação), 11) recurso especial, 12) recurso extraordinário, 13) reclamação, 14) embargos divergentes, 15) conflito de competência, 16) exceções (de incompetência, de litispendência ou coisa julgada, de impedimento ou suspeição), 17) habeas corpus, 18) recurso ordinário (em HC ou em MS), 19) mandado de segurança e 20) revisão criminal, sem contar medidas cautelares inominadas e pedidos de reconsideração.

Saliento que alguns desses meios impugnativos (como é o caso do habeas corpus, da apelação no Tribunal do Júri e dos embargos de declaração) **podem ser manejados por diversas vezes**, em um mesmo processo, pelo mesmo réu, sempre ao argumento de que se trata de legítimo exercício da ampla defesa, ainda que, eventualmente, se perceba o tangenciado propósito de procrastinar o resultado final do processo.

A ilustrar tal constatação, bem empregado foi o exemplo dado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em voto oral, cuja transcrição encontra-se amplamente divulgada na internet (<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>), nestes termos:

Eu só tive chance de ler o voto do Ministro Teori Zavascki hoje, mais cedo. E, portanto, não pude verificar no meu acervo os precedentes teratológicos que se multiplicam, documentando o abuso do direito de recorrer. Mas eu fui à pauta de hoje, aleatoriamente, e lá encontrei, como último processo, um de relatoria da Ministra Rosa Weber. Ele é emblemático, caricatamente emblemático, do que vem acontecendo.

Trata-se de um crime de homicídio cometido em 1991. Vinda a sentença de pronúncia houve um recurso em sentido estrito. Posteriormente, houve a condenação pelo Tribunal de Júri e foi interposto um recurso de apelação. Mantida a decisão, foram interpostos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram interpostos novos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso extraordinário. Isso nós estamos falando de um homicídio ocorrido em 1991 que o Supremo está julgando em 2016. Pois bem: no recurso extraordinário, o Ministro Ilmar Galvão, o estimado Ministro Ilmar Galvão, inadmitiu-o. Contra a sua decisão, foi interposto um agravo regimental. O agravo regimental foi desprovido pela 1ª Turma, e aí foram interpostos embargos declaratórios igualmente desprovidos pela 1ª Turma. Desta decisão, foram interpostos novos embargos de declaração, redistribuídos ao Ministro Carlos Ayres Britto. Rejeitados os

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes. E da decisão do Ministro Gilmar Mendes que inadmitiu os embargos de divergência, foi interposto agravo regimental, julgado pela Ministra Ellen Gracie. Não parece nem uma novela. Parece uma comédia. E em seguida à decisão da Ministra Ellen Gracie, foram interpostos embargos de declaração, conhecidos como agravo regimental, aos quais a 2ª Turma negou provimento. Não obstante isso, nós estamos com embargos de declaração no Plenário. Portanto, **mais de uma dúzia de recursos, quase duas dezenas de recursos. E, conseqüentemente, em relação a um homicídio cometido em 1991 até hoje a sentença não transitou em julgado.**

O exemplo, que se repete, com assiduidade, no cotidiano dos tribunais, evidencia a patologia do sistema criminal brasileiro e também mostra, com clareza meridiana, que a maior parte dos recursos são manejados já no exercício da jurisdição extraordinária, onde se sucedem agravos regimentais e embargos declaratórios a cada decisão, monocrática ou colegiada, que se toma.

Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que **talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do habeas corpus tenha alcançado, por conta da assim chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, tamanha elasticidade** quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização. De ação voltada à proteção da liberdade, em decorrência de coação ilegal, atual ou iminente, o *remédio heroico*, como dito na Exposição de Motivos do projeto de reforma do Código de Processo Penal (em trâmite na Câmara dos Deputados), transformou-se em **“sub-rogado universal das impugnações recursais”**, do que resulta sempre a permissão para que, mesmo na pendência de recurso extraordinário sem efeito suspensivo, se faça uso do *writ* – ou de medida cautelar – para sobrestar agressão, atual ou iminente, à liberdade de locomoção do indivíduo.

Certo é que, em decorrência dessa **pletora de meios impugnativos**, que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma **infindável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos** – o que, na compreensão, v.g., dos ministros Teori Zavascki, Luiz Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes, condiciona a concretização do *ius puniendi* do Estado a que o acusado não mais interponha outro recurso, de modo a alcançar-se o trânsito em julgado da condenação – a **Suprema Corte acabou assumindo, na dicção do Ministro Roberto Barroso, “papel decisivo nessa reestruturação”**.

Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou posituação na Carta de 1988, o **princípio da duração razoável do processo** (art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) sugere que **sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal**, como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o *Bill of Rights*, **mas também à parte contrária**, que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunhão social.

A esse respeito, aliás, devo certificar minha singela opinião (*Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71) de que a necessária correção da notória patologia do sistema punitivo pátrio, no que concerne ao desarrastado alongamento dos litígios penais, demandaria, entre outras providências, uma **nova redação do princípio da presunção de não culpabilidade**. A meu sentir, bastaria, como se faz em **tantos países democráticos do mundo ocidental – mencionados, com remissão a recente pesquisa acadêmica, no substancioso voto do Ministro Teori Zavascki** – escrever tal princípio em nossa Carta Magna sem fazer referência ao trânsito em julgado da sentença; algo como “*todos devem ser considerados inocentes até que se prove o contrário*”, ou “o acusado em um processo penal deve ser considerado inocente *até que se prove sua culpa*.” E nem por isso, como ficou claro no voto do relator, passaríamos a constituir uma nação que rasga a Constituição, que violenta a presunção de inocência ou que invade, arbitrariamente, a esfera de liberdade dos indivíduos.

Impende enfatizar **que essa é a redação que consta de praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos**, em relação aos quais não se poderia endereçar qualquer tipo de crítica similar às que nos últimos dias têm sido dirigidas, amiúde em tom desrespeitoso, ao Supremo Tribunal e aos seus membros. Confirmam-se os seguintes diplomas internacionais: **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (Art. 11º - 1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas); **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais** (Art. 6º - Direito a um processo equitativo - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada); **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (Art. 48 - Presunção de inocência e direitos de defesa - 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa); **Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos** (Art. 7.º - 1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente); **Declaração Islâmica dos Direitos Humanos** (V – Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente); **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos** (Art.14 - §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa); **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da**

## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

**Costa Rica** (Art. 8º - Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa).

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII da Carta de 1988, prescrevendo fórmula semelhante, que permitiria – por não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.

Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da vedação contida no art. 60, §4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, **preservado o núcleo essencial dessa garantia**, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o **salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas**.

Equilíbrio, aliás, que há de ser sempre perseguido quando se trata de compatibilizar **interesses igualmente legítimos de punição dos culpados e de proteção dos inocentes**. Assim, a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, **as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo** (GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale giusto*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13).

Bem de ver, a propósito, a usual sabedoria do Ministro Celso de Mello, em antigo julgado no qual pontuou:

“(…) Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (...)” – (MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12/5/2000).

Talvez, sob tal compreensão, se possa analisar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

jurídica que interfira com a liberdade, uma ***perspectiva objetiva dos direitos fundamentais***, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146).

Atento, ainda, às observações feitas pela qualificada defesa do recorrente, não perco de vista a previsão contida no art. 283 do Código de Processo Penal, cuja redação dada pela Lei n. 12.403/2011 veio encampar a jurisprudência até então consolidada do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que toda prisão, antes do trânsito em julgado, teria natureza cautelar. Ou seja, **o art. 283 do Código de Processo Penal encontra sua essência no princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.**

Logo, se o próprio Pretório Excelso, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, **não vejo como uma interpretação a regra infraconstitucional possa contraditar o alcance de sentido que foi emprestado ao princípio que dá sustentação a essa regra infraconstitucional**, porquanto, sob a perspectiva kelseniana, as normas inscritas na Carta Maior se encontram no topo da pirâmide normativa, à qual todo o sistema jurídico deve se conformar.

Por tudo que foi exposto até aqui – e enfatizando que a inovação jurisprudencial da Suprema Corte certamente ainda poderá engendrar variações hermenêuticas em futuros casos a serem submetidos ao Poder Judiciário – não há como pretender sejam sobrepostas a interpretação e o alcance do art. 283 do Código de Processo Penal à espécie, afastando, para tanto, o entendimento do STF, porquanto, ao fim e ao cabo, as normas infraconstitucionais é que devem se harmonizar com a Constituição, e não o contrário.

#### **IV. Requerimento de execução provisória da pena formulado pelo Ministério Público**

O Ministério Público Federal, tal como visto alhures, com fundamento em recente precedente do STF (**HC n. 126.292/SP**, Rel. Ministro **Teori Zavascki**, julgado em 17/2/2016), postula a execução imediata da pena de prisão imposta ao embargante, condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em ação penal originária.

A compreensão externada no referido aresto e que ganha importância para a análise do pedido do *Parquet* nesta oportunidade, poderia ser resumida na conclusão de que **o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena**, sem que isso importe em inobservância ao princípio da não culpabilidade, porquanto "o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias" (excerto do voto do Ministro Teori Zavascki).

Trata-se de importante precedente que **sinaliza o realinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009**, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte decidiu que um acusado só poderia ser preso, salvo as hipóteses de prisão cautelar, depois de sentença condenatória transitada em julgado (**HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010**).

Como o acórdão ainda não foi publicado – **embora estejam os votos orais disponíveis na web** (<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA&app=desktop>) – é possível venha o multicitado aresto a ser integrado e modelado, de modo a fornecer elementos mais precisos e objetivos para se saber, efetivamente, **a partir de qual momento poderá ser autorizado o início da execução da pena**, confirmada (ou imposta) em acórdão condenatório. Sem embargo, quer se defina tal momento como o dia do escoamento, *in albis*, do prazo para interposição do recurso extraordinário (*lato sensu*), quer, na hipótese de ser este manejado, se postergue o início da execução da pena para o momento em que a impugnação venha a ser examinada pela Presidência do Tribunal *a quo*, certo é que não mais se cogita de aguardar, no órgão jurisdicional *ad quem*, o julgamento do recurso especial ou extraordinário, e muito menos dos recursos a eles acessórios.

Isso não implica afastar, volto a dizê-lo, a possibilidade de o julgador, **dentro de seu inerente poder geral de cautela**, atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar a execução provisória da pena. Isso seria possível, por exemplo, em situações excepcionais, nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, *à vol d'oiseau*, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.

Todavia, **esse não é o caso dos autos**.

Com efeito, o embargante foi condenado, por fatos ocorridos há quase dez anos, pelo crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 (**fraude ao caráter competitivo da licitação**), por 22 vezes, à **pena total** de 5 anos, 8 meses e 10 dias de detenção e pagamento de 28 dias-multa, em regime semiaberto; b) pela prática de **corrupção passiva**, com a incidência da causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do CP, à sanção de **4 anos de reclusão**, em regime semiaberto e c) pelo delito de **formação de quadrilha** (art. 288 do CP), à reprimenda de 1 ano e 11 meses de reclusão, em regime semiaberto.

O recurso especial interposto pela defesa foi analisado com profundidade e, ao fim e ao cabo, **manteve o decisum proferido pelo Tribunal de origem**. Os embargos de declaração, como visto, em nada integraram o acórdão, impondo ressaltar que a demora na tramitação de todo o processo, desde a origem até o julgamento por esta Corte, já resultou em benefício para o



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

#### 1ª Câmara Criminal Extraordinária

embargante, porquanto foi impositivo o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (incidência da prescrição da pretensão punitiva **apenas** com relação ao crime de quadrilha).

É dizer, sob o prisma do recente julgamento do STF, **não existe razão para que se impeça a execução provisória da pena**. Aliás, pedido semelhante foi feito em caso que tramita no Supremo Tribunal Federal, cujo relator, Ministro **Edson Fachin (ARE n. 851.109/DF)**, ao apreciá-lo, assim decidiu:

Restou superado, neste Tribunal, o entendimento emanado do julgamento do HC 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, não mais sendo vedada a execução provisória da pena.

Incide, na hipótese, o caminho apontado pelo comando legal contido no art. 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Essa direção normativa teve, ulteriormente, a chancela da Lei 8.308, de 28 de maio de 1990, a qual regulou também, a posteriori, o efeito meramente devolutivo dos recursos às instâncias extraordinárias, e o fez ao instituir normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Dúvida não emerge do artigo 27 da Lei mencionada, o qual no segundo parágrafo assim estatui: “§2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Impende, pois, remeter a matéria ao juízo de origem, a quem cabe examinar e determinar, a tempo e modo, a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Tenho dito, em votos justamente voltados a fazer prevalecer o entendimento consagrado no, agora superado, HC 84.078-MG, que **nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal** resulta da não vinculação de magistrados à clara divisão de competências entre os diversos órgãos judiciários, com base na qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República.

Em verdade, como acentua a doutrina mais abalizada:

A violação à interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é uma insubordinação institucional da mais alta gravidade no Estado Constitucional. E isso não só pelo fato de existir uma divisão de trabalho muito clara entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, mas fundamentalmente pelo fato de a violação ao precedente encarnar um duplo e duro golpe no Direito - a um só tempo viola-se autoridade da legislação, consubstanciada na interpretação a ela conferida, e viola-se a autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, constitucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito do significado da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. Nesse contexto, afastar-se do precedente deve ser visto como uma falta grave em relação ao dever judicial de fidelidade ao Direito.



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

Em duas palavras, deve ser visto como uma evidente arbitrariedade. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, p. 96-97).

No mesmo sentido:

O juiz é uma "peça" no sistema de distribuição de justiça e não alguém que é investido de Poder estatal para satisfazer as suas vontades. Para que esse sistema possa adequadamente funcionar, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário possa se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional de forma isonômica e sem ferir a coerência do direito e a segurança jurídica. Portanto, a absurda e impensada ideia de dar ao juiz o poder de julgar o caso como quiser, não obstante ter o Tribunal Superior já conferido os seus contornos, é hoje completamente insustentável. Desconsidera que as Supremas Cortes, na atualidade, tem a função de dar sentido ao Direito e desenvolvê-lo ao lado do Legislativo.

(MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, p. 129-130).

A esse respeito, o Ministro Edson Fachin, no limiar de seu voto, fez percuciente remissão ao pensamento de Robert Jackson, que integrou a Suprema Corte norte-americana em meados do século passado. Referindo-se à judicatura suprema, asseriu aquele magistrado: "nós não damos a última palavra porque somos infalíveis, mas nós somos infalíveis somente porque damos a última palavra" (*we are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final* – *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 – 1953).

É caso, portanto – com as ressalvas susoindicadas – de dar efetivo e imediato cumprimento à nova interpretação dada, pelo Supremo Tribunal Federal, aos limites e ao alcance da presunção de não culpabilidade (art. 5º, inc. LVII).

**Dispõe o art. 105 da Lei nº 7.210/1984 (que deve ser, na espécie, conjugado com o art. 2º da mesma lei, respeitante à execução provisória da pena):** "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução."

Sobre o tema, é apropriado o escólio de Espínola Filho, ao pontuar que a **"regra geral é a de que cabe ao juiz da ação a competência para a execução da sentença, nela proferida, afinal"**. Vale dizer, o início da execução da reprimenda compete ao juiz **"perante o qual correu a ação penal, pouco importando tenha a executar a sentença por ele próprio proferida, ou a substituída a essa, em virtude do provimento dado, no todo ou em parte, a recurso, ordinário, extraordinário ou misto (revisão), interposto contra aquela sentença"** (*Código de processo penal brasileiro anotado*. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavotenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 352-353).

Essa também é a inteligência de Mirabete, ao enfatizar que



# PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

## 1ª Câmara Criminal Extraordinária

"**competete aos tribunais superiores a execução quando se trata de competência originária da respectiva Corte, ainda que o acórdão por esta proferido tenha sido reformado pelo Supremo Tribunal Federal** (MIRABETE, Julio Fabrini. *Execução penal*. 11ª ed. rev. e at. por Renato Fabbrini São Paulo: Atlas, 2004, p. 299).

### V. Dispositivo

À vista do exposto, **rejeito os embargos de declaração do recorrente e acolho o pedido do Ministério Público Federal**, determinando a expedição de mandado de prisão, com envio de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – juízo da condenação – para **que encaminhe guia de recolhimento provisória ao juízo da VEC**, para efetivo início da execução provisória das penas impostas ao recorrente."

(STJ - REsp n. 1484415/DF - 6ª T. – Trecho do Voto Vencedor do **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** - j. 03.03.2016).

Com essas considerações, **afasta-se a preliminar arguida** e, no mérito, **nega-se provimento** à apelação defensiva. Porém, **de ofício**, afasta-se a imposição da pena de multa, mantendo-se, quanto ao mais, a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. Oficie-se à Origem para as providências necessárias, inclusive se expedindo, imediatamente, mandado de prisão para o réu, consoante o recente julgamento, no STF, do HC n. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki.

É como voto.

**AIRTON VIEIRA**

**Relator**

[assinatura eletrônica]