



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL MAJORADO (ART. 217-A C/C ART 226, INC. II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL).**

**PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO RECONHECIDA. CASO DOS AUTOS EM QUE A MAGISTRADA TOMOU PARA SI, DURANTE TODA A INQUIRÇÃO DA TESTEMUNHA, A BUSCA DA VERDADE/PROVA, UTILIZANDO AS DECLARAÇÕES DA TESTEMUNHA PARA CONDENAR O RÉU, EVIDENCIANDO, DESSA FORMA, CLARO PREJUÍZO À DEFESA.**

**INTELIGÊNCIA DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO VIOLADO. PREJUÍZO EVIDENCIADO. NULIDADE DECRETADA.**

Caso em que a Magistrada que presidiu a solenidade de oitiva da testemunha Maria [...] desatendeu aos ditames do artigo Art. 212 do Código de Processo Penal.

A Magistrada, ao realizar a inquirição da testemunha Maria [...], além de produzir ela própria a integralidade da inquirição, formulou à testemunha perguntas fechadas e ratificativas de hipótese de viés acusatório, revelando vinculação psicológica à tese acusatória, ainda que sem o perceber, o que é incompatível com a isenção interna e psicológica,



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

pressuposto constitucional (de validade) de imparcialidade do Juiz.

Na ocasião, o Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, conforme está nos autos, somente recebeu a palavra ao final de longa inquirição protagonizada pela Magistrada, limitando-se, o *Parquet*, a dizer que não tinha perguntas a formular, ratificando, dessa forma, a inquirição da juíza, ao mesmo tempo em que irregularmente se viu dispensado de seu mister acusatório, esgotado na inquirição da Magistrada.

Assim sendo, pois, não somente restou violado o princípio acusatório, mas, casuisticamente, ficou evidenciado prejuízo ao acusado, já que o depoimento da testemunha Maria [...] foi utilizado na formação da convicção do julgador para a condenação do apelante. O ato processual é, pois, nulo e tem de ser renovado.

**PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA.**

**MÉRITO DO RECURSO DEFENSIVO PREJUDICADO.**

APELAÇÃO CRIME

SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

J.L.S.S.

APELANTE

..

M.P.

APELADO



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

..

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, EM DECRETAR A NULIDADE DO DEPOIMENTO PRESTADO PELA TESTEMUNHA MARIA [...], NA SOLENIDADE DO DIA 13/04/2015 (FLS. 194/202), DESCONTITUINDO A SENTENÇA, PARA QUE SEJA RENOVADA A OITIVA DA TESTEMUNHA MARIA [...] NOS ESTRITOS TERMOS DO PRESVISTO NO ART. 212, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, JULGANDO PREJUDICADO O MÉRITO DO RECURSO DEFENSIVO.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY.**

Porto Alegre, 28 de junho de 2018.

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA,

RELATOR.



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

## RELATÓRIO

### DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público contra JORGE [...], nascido em XXXXXXXXXXXX, como incurso nas sanções do Art. 213, *caput*, e do Art. 214, *caput*, por diversas vezes, c/c o Art. 224, "a", e com o Art. 226, II, na forma do Art. 71, *caput*, todos do Código Penal (Fato I), do Art. 217-A, *caput*, c/c o Art. 226, II, por diversas vezes, na forma do Art. 71, *caput*, todos do Código Penal (Fato II), e do Art. 217-A, *caput*, c/c o Art. 226, II, ambos do Código Penal (Fato III).

A denúncia restou assim lavrada:

*"I.) Entre 16 de julho de 2006 e 09 de agosto de 2009, em dias e horários não especificados nos autos, nos turnos da manhã e da noite,, na Rua (...), nesta cidade, o denunciado JORGE [...], por diversas vezes, **constrangeu**, mediante violência legalmente presumida (art. 224, "a", do Código Penal), a vítima Milena [...], entre os 06 e 09 anos de idade, a conjunções carnis e a praticar e a permitir que fossem cometidos atos libidinosos diversos de conjunção carnal.*

*O denunciado JORGE [...], padrasto da vítima Milena [...] (artigo 226, II, Código Penal), para satisfazer sua lascívia, se dirigia até o quarto da vítima e obrigava esta a chupar seu pênis (felação), bem como introduzia o pênis no ânus e na vagina da menina.*

*JORGE [...] perpetrava os fatos sob o prevailecimento de relações domésticas, no ambiente intrafamiliar, utilizando*



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*de tal acesso e proximidade à vítima para cometer as condutas delituosas (artigo 61, II, "f", Código Penal).*

**II.)** *Entre 10 de agosto de 2009 e 07 de fevereiro de 2014, em dias e horários não especificados nos autos, nos turnos da manhã e da noite,, na Rua (...), nesta cidade, o denunciado JORGE [...], por diversas vezes, **teve conjunções carnais e praticou outros atos libidinosos** contra a vítima Milena [...], entre 09 e 13 anos de idade.*

*O denunciado JORGE [...], padrasto da vítima Milena [...] (artigo 226, II, Código Penal), para satisfazer sua lascívia, se dirigia até o quarto da vítima e obrigava esta a chupar seu pênis (felação), bem como introduzia o pênis no ânus e na vagina da menina.*

*JORGE [...] perpetrava os fatos sob o preavalecimento de relações domésticas, no ambiente intrafamiliar, utilizando de tal acesso e proximidade à vítima para cometer as condutas delituosas (artigo 61, II, "f", Código Penal).*

**III.)** *Na data de 08 de fevereiro de 2014, por volta da 00h30min, na residência situada na Rua (...), nesta cidade, o denunciado JORGE [...] **praticou atos libidinosos** contra a vítima Milena [...], com treze anos de idade.*

*JORGE [...], padrasto da vítima Milena [...] (artigo 226, II, Código Penal), para satisfazer sua lascívia, foi até o quarto de Milena [...], aproximou-se da vítima e passou as mãos em seus seios e em sua genitália praticando assim, atos libidinosos diversos da conjunção carnal.*

*O denunciado cometeu o fato sob o preavalecimento de relações domésticas, no ambiente intrafamiliar, se utilizando de tal acesso e proximidade à vítima para*



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*cometer as condutas delituosas (artigo 61, II, "f", Código Penal).*

*Em avaliação psíquica de Milena [...] perante o DML, foram constatados na vítima sintomas compatíveis com hipótese de abusos sexuais (Laudo n.º 34481/2014 - fls. 145-150).*

*A vítima contou o fato para sua mãe e a Polícia Militar foi chamada, a qual logrou prender JORGE [...] em flagrante. O auto de prisão em flagrante foi homologado pelo Poder Judiciário (fl. 57 do procedimento)."*

Homologado o auto de prisão em flagrante e concedida a liberdade provisória ao réu mediante condições em 08/02/2014 (fls. 62-64).

Recebida a denúncia em 26/09/2014 (fl. 160).

Procedida à citação do réu (fl. 171v), que ofereceu resposta à acusação por intermédio de defensor constituído (fls. 107-164).

Em audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas a vítima (CD à fl. 196), as testemunhas arroladas pela acusação (CDs às fls. 237 e 301), a informante arrolada pela acusação (fls. 197-202), as informantes arroladas pela defesa (CDs às fls. 237 e 250), homologada a desistência da oitiva das testemunhas de defesa Fátima e José Ricardo (fls. 224 e 248), e efetuado o interrogatório do réu (CD à fl. 312).

O réu passou a ser assistido pela Defensoria Pública (fl. 244).

Foram atualizados os antecedentes criminais do réu (fls. 313-314).

As partes apresentaram memoriais (fls. 315-322v e 323-327).



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

Sobreveio sentença (fls. 328-338), prolatada em 17/11/2017, julgando procedente, em parte, a denúncia para condenar JORGE [...] como incurso nas sanções do Art. 217-A, *caput*, c/c o Art. 226, II, na forma do Art. 71, *caput*, todos do Código Penal, nos seguintes termos:

*"Passo à dosimetria da pena. Na primeira fase da individualização, a culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é normal ao próprio crime. Em relação aos antecedentes, nada consta em desfavor do acusado. Nada foi colhido quanto à conduta social e personalidade do agente. Quando aos motivos do crime, são ínsitos ao tipo penal. No que se refere às circunstâncias do crime, este foi cometido em prevalência de relação de parentesco; no entanto, tal circunstância tem status de causa de aumento de pena específica, de forma que não se pode majorar a pena por tal motivo na primeira fase. Em relação às consequências do crime, verifica-se que a vítima apresentou alterações psicológicas significativas, inclusive relatando tendências suicidas. Quanto ao comportamento da vítima, esta em nada contribuiu para o crime. Dessa forma, fixo a pena base em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 9 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, para cada um dos crimes do artigo 217-A do Código Penal.*

*Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes. A agravante genérica do art. 61, II, "f" do CP não será aplicada, pois constitui causa de aumento.*

*Já na terceira fase, a pena deve ser acrescida de metade, visto que o réu é padrasto da vítima, por imposição do art. 226, II, do Código Penal, alcançando*



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*Ante a continuidade delitiva, também deve ser majorada em 2/3, por força do art. 71 do Código Penal. Por oportuno, no que se refere ao critério do aumento na hipótese de continuidade delitiva, já se decidiu:*

*“Esta Corte sedimentou o entendimento de que, na fixação do quantum de aumento de pena pela continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas. Na espécie, tendo em vista que a reiteração delituosa perdurou do ano de 2006 a 2014, não tendo sido apontado um número exato de infrações, todavia sendo ressaltado pela vítima (enteada do paciente) que ocorreu com regularidade por reiteradas vezes, não há qualquer impropriedade no incremento em 2/3.” (STJ, HC n. 351.849-MS, j. 07.06.2016, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura).*

*Assim, a pena final irá perfaz o montante de 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão.*

*A pena deve ser cumprida em regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, “a” do Código Penal, considerando o quantum aplicado e a hediondez do delito.*

*Diante da quantidade de pena aplicada, não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e, igualmente, a suspensão condicional da pena.*

*O réu permaneceu solto durante quase todo o processo. Ausentes os requisitos da prisão preventiva, o réu poderá recorrer em liberdade.*

*A despeito da inovação trazida pela Lei 11.719/2008, objetivando aproximar a vítima do processo penal e*



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*racionalizar a reparação do dano, evitando que tenham de ser percorridas as instâncias ordinárias para a obtenção da reparação civil pelo ato ilícito contra ela praticado, indefiro o pedido de indenização por dano requerida na denúncia, uma vez que não houve, na instrução criminal, pedido formal de apuração do valor devido, o que impossibilitou o exercício do contraditório e da ampla defesa (Apelação Crime Nº 70073580169, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 29/06/2017)*

[...]

*Condeno o réu ao pagamento das custas (Código de Processo Penal, artigo 804), ficando suspensa a exigibilidade do pagamento das custas e despesas judiciárias, uma vez que assistido pela Defensoria Pública.*

*Transitada em julgado: a) lance-se o nome do réu no rol dos culpados; b) oficie-se ao Instituto Estadual de Antecedentes Criminais; c) comunique-se o TRE/RS para os fins do artigo 15, III, Constituição Federal/88; d) forme-se o PEC, remetendo-a à VEC.*

*P. R. I."*

O Ministério Público opôs embargos de declaração (fls. 341-342), para que fosse sanada a contradição presente na sentença com relação à dosimetria da pena e o seu resultado.



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

Os embargos declaratórios foram acolhidos (fls. 343-345), sendo retificado o quantum de pena definitiva aplicada ao réu para 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, nos seguintes termos:

*"Passo à dosimetria da pena. Na primeira fase da individualização, a culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é normal ao próprio crime. Em relação aos antecedentes, nada consta em desfavor do acusado. Nada foi colhido quanto à conduta social e personalidade do agente. Quando aos motivos do crime, são ínsitos ao tipo penal. No que se refere às circunstâncias do crime, este foi cometido em prevalência de relação de parentesco; no entanto, tal circunstância tem status de causa de aumento de pena específica, de forma que não se pode majorar a pena por tal motivo na primeira fase. Em relação às consequências do crime, verifica-se que a vítima apresentou alterações psicológicas significativas, inclusive relatando tendências suicidas. Quanto ao comportamento da vítima, esta em nada contribuiu para o crime. Dessa forma, fixo a pena base em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 9 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, para cada um dos crimes do artigo 217-A do Código Penal.*

*Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes. A agravante genérica do art. 61, II, "f" do CP não será aplicada, pois constitui causa de aumento.*

*Já na terceira fase, a pena deve ser acrescida de metade, visto que o réu é padrasto da vítima, por imposição do art. 226, II, do Código Penal, alcançando 14 (quatorze) anos de reclusão.*



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*Ante a continuidade delitiva, também deve ser majorada em 2/3, por força do art. 71 do Código Penal. Por oportuno, no que se refere ao critério do aumento na hipótese de continuidade delitiva, já se decidiu:*

*“Esta Corte sedimentou o entendimento de que, na fixação do quantum de aumento de pena pela continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas. Na espécie, tendo em vista que a reiteração delituosa perdurou do ano de 2006 a 2014, não tendo sido apontado um número exato de infrações, todavia sendo ressaltado pela vítima (enteada do paciente) que ocorreu com regularidade por reiteradas vezes, não há qualquer impropriedade no incremento em 2/3.” (STJ, HC n. 351.849-MS, j. 07.06.2016, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura).*

*Assim, a pena final irá perfaz o montante de 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.*

*A pena deve ser cumprida em regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, “a” do Código Penal, considerando o quantum aplicado e a hediondez do delito.*

*Diante da quantidade de pena aplicada, não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e, igualmente, a suspensão condicional da pena.*

*O réu permaneceu solto durante quase todo o processo. Ausentes os requisitos da prisão preventiva, o réu poderá recorrer em liberdade.*

*A despeito da inovação trazida pela Lei 11.719/2008, objetivando aproximar a vítima do processo penal e*



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*racionalizar a reparação do dano, evitando que tenham de ser percorridas as instâncias ordinárias para a obtenção da reparação civil pelo ato ilícito contra ela praticado, indefiro o pedido de indenização por dano requerida na denúncia, uma vez que não houve, na instrução criminal, pedido formal de apuração do valor devido, o que impossibilitou o exercício do contraditório e da ampla defesa (Apelação Crime Nº 70073580169, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 29/06/2017)*

*Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o pedido e CONDENO JORGE [...], como incurso no artigo 217-A, caput, combinado com art. 226, II, na forma do artigo 71, caput, todos do Código Penal, à pena de 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, sendo-lhe facultado o direito de recorrer em liberdade."*

O réu passou a ser assistido por defensor constituído (fl. 348).

Inconformado, apelou o réu (fl. 349).

Em razões de apelação (fls. 350-363), a defesa suscita, preliminarmente, a nulidade da audiência de instrução e julgamento ante a violação ao disposto no Art. 212 do Código de Processo Penal, uma vez que o Magistrado *a quo* tomou a iniciativa probatória quando da solenidade. Sustenta que "*por diversas vezes, durante o depoimento da mãe da vítima, a juíza sugestiona as suas respostas, inclusive interrompendo a Defesa durante as perguntas*" (*sic*). No mérito, sustenta que o acervo



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

probatório colhido nos autos é insuficiente para fundamentar a sentença condenatória. Assevera que os depoimentos colhidos na Delegacia de Polícia não podem embasar a condenação, tendo em vista que não produzidos sob o crivo do contraditório, conforme dispõe o Art. 155 do Código de Processo Penal. Aduz que a vítima apresenta versões diversas sobre como se davam os fatos, sendo que na Delegacia de Polícia ela disse que o apelante entrava no seu quarto quase todos os dias e a obrigava a manter relações sexuais com ele, enquanto em juízo afirma que os atos consistiam em apenas passar as mãos pelo seu corpo e deitar ao seu lado na cama. Ressalta que o laudo de conjunção carnal juntado à fl. 139 aponta que a ofendida possui hímen íntegro e contínuo, o que contraria a afirmativa da vítima na Delegacia de Polícia, de que aos 08 anos de idade teria mostrado um *"short com sangue"* (sic) em razão de ter perdido a virgindade com o apelante. Destaca que há dúvidas quanto ao desvirginamento da vítima, tendo em vista que o laudo pericial aponta que ela possui hímen dubitativo, razão pela qual a condenação do réu não deve ser mantida. Assevera que da análise da entrevista da vítima com a médica psiquiatra percebe-se que a ofendida possui um sentimento de abandono em relação ao pai biológico e à mãe, razão pela qual *"transfere a sua raiva ao apelante"* (sic), atribuindo a ele o sofrimento de abandono e de traição em razão de o réu ter traído a sua genitora com a irmã desta. Destaca que *"o temor de não identificar um abuso que tenha efetivamente acontecido, bem como o medo de permitir que a criança possa passar por um novo abuso"* prejudica a avaliação psicológica. Aduz que a ofendida não possui *"nenhum sentimento comum em vítimas que sofreram abusos"*



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*sexuais" (sic)*, tendo em vista que ela afirmou que não possui dificuldade para dormir, e que não teve dificuldades na escola, tendo reprovado de ano em razão de *"conversar demais e gostar de frequentar bailes funks" (sic)*. Ressalta que a vítima afirmou que o réu não concordava com seu namoro precoce com um vizinho. Frisa que o apelante apresentou versão coerente ao negar os fatos e afirmar que o motivo da imputação se deu em face de *"um sentimento de vingança por parte da sua ex-esposa (mãe da vítima) e da vítima" (sic)*. Ressalta que o réu afirmou que a *"acusação"* de sua enteada ocorreu em razão de ele ter se envolvido com a irmã da genitora da vítima, o que causou na ofendida sentimento de mágoa e vingança. Destaca que a mãe da vítima, **Maria C.**, não aceitava o envolvimento do réu com sua irmã, razão pela qual passou a induzir a sua filha a prejudicar o apelante. Frisa, ainda, que os *"supostos abusos sofridos pela vítima"* aconteceram na mesma época em que o apelante se envolveu com a tia da ofendida. Enfatiza que a palavra da ofendida não é digna de credibilidade, tendo em vista que até a sua mãe disse, por diversas vezes, ter dúvidas acerca do relatado pela vítima, afirmando que *"ela sempre foi mentirosa assim" (sic)*. Ressalta que as testemunhas arroladas pela acusação não presenciaram os fatos, bem ainda que em razão de serem policiais militares suas versões devem ser analisadas com cautela. Enfatiza que não há comprovação nos autos de que o réu tenha cometido os fatos a ele imputados, razão pela qual a sua condenação não deve ser mantida. Busca a absolvição do apelante com base no princípio *In dubio pro reo*. Subsidiariamente, postula a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para a contravenção penal prevista no Art. 65 do Decreto-Lei nº



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

3.688/1941, uma vez que a vítima afirmou que o réu apenas deitava do seu lado e passava a mão pelo seu corpo. Pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal. Propugna pelo afastamento da majorante prevista no Art. 226, II, do Código Penal, uma vez que o seu reconhecimento configura afronta ao princípio *Ne bis in idem*, tendo em vista a agravante descrita na denúncia. Pleiteia a diminuição da fração de aumento aplicada em face do reconhecimento da continuidade delitiva. Postula a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto. Busca, ainda, a concessão da assistência judiciária gratuita em observância a situação econômica do réu. Requer o acolhimento da preliminar suscitada, no mérito, a absolvição do réu e, subsidiariamente, a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para a contravenção penal prevista no Art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, o redimensionamento da pena imposta ao apelante com a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a concessão da assistência judiciária gratuita.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 375-389v).

Remetidos os autos a esta Corte, a douta Procuradoria de Justiça exarou parecer pela rejeição da preliminar suscitada e, no mérito, pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 395-405).

Vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

## VOTOS

### DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)

A defesa suscitou, em preliminar, a nulidade da audiência de instrução e julgamento sob a alegação de que a Magistrada conduziu os depoimentos colhidos na solenidade, tomando a iniciativa probatória quanto à comprovação da autoria e da materialidade do crime, o que afrontou o disposto no Art. 212 do Código de Processo Penal em fatal violação ao princípio acusatório.

Acolho a preliminar suscitada pela defesa, para declarar nulo, pontualmente, o depoimento prestado pela mãe da vítima, na solenidade realizada em 13/04/2015 (fls. 194/202), desconstituindo a sentença.

Como é cediço, a imparcialidade do julgador é pressuposto processual de validade, que decorre do princípio do juiz natural<sup>12</sup>.

---

<sup>1</sup> Artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da CF. Aqui vale anotar-se a observação de Alexandre de Moraes, DIREITO CONSTITUCIONAL, 17ª Ed. Pág. 76, São Paulo, Ed. Atlas, S.A.: “A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram-se no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis.” Vide tb ROXIN, Claus, SCHÜNEMANN, Bernd. **STRAFVERFAHRENSRECHT**. München: Verlag C.H. Beck. 2019. S. 31 (§ 6/11), ou ainda, HARTMANN, Arthur, SCHMIDT, Rolf. **STRAFPROZESSRECHT**. Bremen: Verlag Rolf Schmidt. 2012. 4º Auflage. S. 63. “Aus dem Grundsatz des gesetzlichen Richters folgt der Anspruch auf einen unvoreingenommen, d.h. persönlich am Ausgang des Verfahrens nicht interessierten Richter, der mit der nötigen Distanz eines unbeteiligten Dritten über den Rechtsstreit entscheidet. Folgerichtig ist der Grundsatz des gesetzlichen Richters verletzt, wenn ein Richter mitwirkt, der diese Unvoreingenommenheit nicht besitzt. (...). Em tradução livre: “Do princípio do juiz natural segue a exigência de um juiz imparcial, isto é, sem interesse pessoal no resultado do processo, que decida o litígio



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

Não somente não se pode trabalhar com juiz *ex post facto*, isto é, não é possível escolher-se o juiz depois do fato ocorrido (o juiz da causa tem de estar previamente definido pela lei antes da ocorrência do fato), como também o juiz competente tem de ser **imparcial** (teoria da tridimensionalidade).

No direito alemão, segundo PIEROTH e SCHLINK, o princípio do Juiz Natural, ou o direito ao "juiz legal", está insculpido no Artigo 101, Parágrafos 1 e 2, da Lei Fundamental alemã (Grundgesetz), que expressa que este princípio é parte importante do Princípio do Estado de Direito no seio da Lei Fundamental alemã<sup>3</sup>.

Na doutrina nacional, Gilmar Mendes adverte que é indiscutível a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais, sua estrita obrigação de obediência a eles até mesmo na simples aplicação do direito.<sup>4</sup>

O sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, extraído de seu Artigo 129, inciso I<sup>5</sup>, trouxe para o processo penal nacional a

---

com a necessária equidistância de um terceiro imparcial. Conseqüentemente, a violação do princípio do juiz imparcial dá-se se um juiz, não tendo imparcialidade, vem a atuar no processo."

<sup>3</sup> PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernard. GRUNDRECHTE STAATSRECHT II. München: C.F. Müller. 2011. S. 290.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar. DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. São Paulo: Saraiva. 2014. 3ª edição. 3ª Tiragem. 2007. Pág. 118.

<sup>5</sup> FISCHER, Douglas. CUSTOS LEGIS, Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2011/2011\\_Dir\\_Penal\\_fischer.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf) (consulta em 10.05.2016). "Desde já deixamos expresso e claro que, segundo nossa leitura, não há previsão expressa na Constituição Federal de 1988 de que o sistema adotado no Brasil seria o acusatório. Mas tal circunstância não impede que, a partir da compreensão



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

triangulação subjetiva processual, composta pelas partes, em nível de igualdade, e do juiz, um ente eqüidistante (independente e imparcial), o qual tem a tarefa de garantir o trâmite do processo dentro das imposições legais, e, ao final, inabalados esses pressupostos, tem o dever de declarar o seu veredicto<sup>6 7</sup>.

O sistema acusatório, conforme Aury Lopes Jr.:

---

(aberta e sistêmica) dos princípios, regras e valores insertos na Carta dirigente, possa ser extraída conclusão que o nosso sistema se pauta pelo princípio acusatório. Com efeito, nos termos do art. 129, I, CF, compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Portanto, o titular da ação penal (ressalvado os casos específicos), de regra, é o parquet. E a função de julgar pertence ao Judiciário, observado o princípio (fundamental) do juiz natural.”

<sup>6</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2001. p. 34.

<sup>7</sup> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DE MAGISTRADO FEDERAL. HIPÓTESES DO ART. 254 DO CPP. NÃO TAXATIVIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA POR AUSÊNCIA DA FASE DE INSTRUÇÃO. NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. 1. Se é certo que o impedimento diz da relação entre o julgador e o objeto da lide (causa objetiva), não menos correto é afirmar que a suspeição o vincula a uma das partes (causa subjetiva). 2. Tanto o impedimento quanto a suspeição buscam garantir a imparcialidade do Magistrado, condição sine qua non do devido processo legal, porém, diferentemente do primeiro, cujas hipóteses podem ser facilmente pré-definidas, seria difícil, quicá impossível, ao legislador ordinário prever todas as possibilidades de vínculos subjetivos (juiz e partes) susceptíveis de comprometer a sua imparcialidade. 3. Para atender ao real objetivo do instituto da suspeição, o rol de hipóteses do art. 254 do CPP não deve, absolutamente, ser havido como exaustivo. É necessária certa e razoável mitigação, passível de aplicação, também e em princípio, da cláusula aberta de suspeição inscrita no art. 135, V, do CPC c/c 3º do CPP. (...) 8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada, ficando sem efeito a liminar. (HC 146.796/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 08/03/2010). (grifei)



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*"assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois evita-se eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz "apaixonado" pelo resultado de sua labor investigadora e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos da justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação" <sup>8</sup>.*

No caso dos autos, a Magistrada que presidiu a solenidade em que foi realizada a oitiva da testemunha Maria [...] não observou a impositividade da norma prevista no Art. 212 do Código de Processo Penal<sup>9</sup>, que é corolário do princípio acusatório (aliás, é quiçá, atualmente, o mais típico regramento afirmativo do princípio acusatório no processo penal nacional), tomando para si a produção probatória.

Como se vê da degravação do depoimento da mãe da vítima (fls.

---

<sup>8</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 165.

<sup>9</sup> Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

197/202)<sup>10</sup>, ficou evidente que a Magistrada inquiriu, com exclusividade, a oitiva da testemunha Maria [...]. Ou, em dito de outro modo, a Magistrada produziu sozinha a prova.

Não fosse isso, igualmente está atestado nos autos que a Magistrada realizou perguntas fechadas e ratificativas de hipótese de viés acusatório, conforme se lê dos trechos colacionados a seguir:

***J: É que também ela pode ter alguma dificuldade de falar pra senhora, porque bem ou mal a senhora não acreditou nela mais de uma vez, não é?***

*T: Não por isso. Acho que pra ela é difícil falar pra mim que sou mãe, né. Pra mim também é difícil ouvir. No fundo eu não quero ouvir. Acredito. Agora eu acredito. Uma coisa é tu ta de fora, outra coisa é tu ta dentro. Eu era insegura.*

[...]

*T: Ela me falou que eu saía com (pausa) levava o guri no colégio e ele ia mexer com ela. Só que aí eu falei com ele e ele disse que era mentira, que ela tava mentindo e não sei o quê, e eu acreditei.*

***J: Sim. Aí aconteceu que ela ficou mais anos ali. Porque depois ela tinha treze. É, mas talvez aí a dificuldade. Depois dele ter sido preso a senhora disse que voltou, mesmo que seja só se dá com ele, voltou né.***

*T: Porque assim, eu fiquei na dúvida porque ela tava fazendo muitas coisas que eu não tava sabendo. Eu trabalho demais,*

---

<sup>10</sup> Não consta nos autos a mídia referente a gravação do depoimento da testemunha Maria [...].



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*quando eu não trabalhava eu também saía pra levar (inaudível) no colégio. E eu soube por ele mesmo, falando que ela tava (pausa). O ano passado ela se superou. Tava fugindo pra baile funks, tava se envolvendo com umas (pausa).*

***J: Sim. Mas isso tudo não poderia ser para chamar sua atenção?***

*T: Mas eu vou saber?*

***J: Sim, mas ela tinha lhe dito com nove anos. Eu me sinto culpada, sabe, de não ter enxergado isso. Mas é difícil pra mim.***

*J: Ela fez acompanhamento psicológico ou só aquela avaliação?*

*T: Avaliação. Eu tentei, é porque assim (pausa). Aí depois ela fugiu de casa. Eu já passei por muita coisa. Ano passado eu passei por muita coisa. Esse ano ta bem, ta tranquilo, mas ano passado ela tava bem rebelde.*

***J: E a senhora não acha que essa rebeldia pode ter sido pelo abuso, pela falta de proteção em casa?***

*T: Acho. Mas eu como não entendo de nada, né. Mas eu acho que poderia ser sim por causa disso. E ela sempre foi revoltada comigo, e eu não entendia. Eu perguntava: 'Milena, o que tu ta revoltada comigo? Eu não tenho culpa de nada'. Eu não sabia de nada e ela se revoltava comigo. Agora a gente ta mais próxima e tudo. Eu disse pra ela: "Eu te prometo que nunca mais, aqui dentro de casa ele não vem". Mas aí também ela procurava ele, sabe? Aí uma vez no Conselho Tutelar ela me falou assim, porque ela procurava ele, e ela disse que apesar de tudo, ele entendia ela. E ele fazia de tudo. Ele fazia todos os papel, o de pai e o de sem vergonha.*

*[...]*

*D: (inaudível). A senhora disse que tem três filhos?*



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*T: Tenho.*

*D: Poderia dizer a idade deles?*

*T: O mais velho tem dezessete e o mais novo tem onze.*

*D: Eles nunca viram nada?*

*T: Nunca viram nada. O mais velho saía cedo pro colégio comigo. Cada um tem seu quarto. O pequeno ficava dormindo. Não via nada. Ele ia fazer as coisas na frente dos irmão.*

*D: (inaudível) a senhora chegou alguma vez (inaudível)?*

*T: Não.*

***J: Não completamente, mas a senhora disse que com nove anos ela lhe disse.***

*T: Sim. Não se abriu contando os detalhes, né. Só comentou, mas como ela as vezes ficava com raiva e mentia. Ela sempre foi mentirosa assim. Eu aquele dia achei que poderia ser uma mentira dela, mas depois de todos esses casos aí, agora ela já tá maiorzinha, né. Ela não pode tá continuando mentir, ela não pode ser uma atriz tão boa assim.*

*D: (inaudível) esses baile funk que ela fugia de casa para ir?*

***T: Não. Isso foi umas duas vezes.***

***J: E foi quando?***

***T: Foi o ano passado.***

***J: Então já tinha o processo, já tinha tudo.***

***T: Já tinha tudo.***

Conforme se verificou dos trechos colacionados, sobretudo quando pergunta/afirma "E a senhora não acha que essa rebeldia pode ter sido pelo abuso, pela falta de proteção em casa" (sic), a Magistrada trafegou na via



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

acusatória, tendo em vista que os fatos a serem apurados dizem respeito exatamente à possibilidade de existência de abuso sexual praticado (supostamente) pelo imputado. Dito de outro modo, ao questionar a testemunha de que a rebeldia da vítima poderia ter ocorrido como decorrência do abuso sexual, a Magistrada já adiantou posicionamento de mérito, ao deixar implícita a hipótese de que, de fato, houve um abuso sexual.

Com efeito, tal ilação/hipótese poderia até mesmo ser veiculada ou questionada pelo órgão da acusação, no caso o Ministério Público, mas jamais pelo julgador, que tem o dever legal de manter-se equidistante de hipóteses e ilações, mais ainda de viés acusatório.

É exatamente para evitar essa "contaminação" da prova pelo julgador que o legislador editou o atual artigo 212 do CPP.

E não estou a dizer que a Magistrada tenha obrado conscientemente, muito menos de má-fé. Acredito que a intenção da juíza foi a melhor, a de descoberta da verdade real. Mas aí é que está o problema: o artigo 212 do CPP não permite mais essa prática, impondo limites!

Dito em outras palavras, ainda que sem intenção, restou estampada a vinculação psicológica da Magistrada, no ato, à tese acusatória, o



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

que fere o princípio da imparcialidade do Juiz, pressuposto processual de validade do ato.

Por fim, é interessante enfatizar que o Ministério Público, na solenidade, somente recebeu a palavra da juíza após ela ter longamente inquirido a testemunha, tendo o Parquet limitado-se a dizer que não tinha perguntas a fazer. Ora, o que fez o representante do Ministério Público foi claramente ratificar a inquirição da juíza, que fez, sem perceber, o trabalho do Promotor de Justiça.

Ainda a propósito, vale trazer à colação lição de GIACOMOLLI<sup>11</sup>:

*“o parágrafo único do art. 212 autoriza o magistrado a perguntar às testemunhas. Mesmo sendo o julgador o destinatário da prova, cabe às partes perguntar o que interessa ao direcionamento do convencimento que desejarem, num jogo dialético entre elas, próprio de um modelo acusatório de processo penal. A função do juiz é manter o equilíbrio processual na colheita da prova. Entretanto, para os que admitem a atuação do magistrado, o parágrafo único do art. 212 há de ser interpretado restritivamente, ou seja, a intervenção do magistrado é supletiva, somente sobre pontos não esclarecidos, em face do que foi perguntado e respondido pelas testemunhas, vedando-se perguntas sobre pontos não levantados pelas partes em suas perguntas. Sendo*

---

<sup>11</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) do Processo Penal Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 57.



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

*admissível sua intervenção subsidiária, esta ocorrerá após a das partes.”*

Por fim, nem se diga que não houve prejuízo ao acusado. Com efeito, ficou evidenciado nos autos o desequilíbrio entre a acusação e a defesa, uma vez que o depoimento da mãe da vítima também foi utilizado como prova para a condenação do apelante.

De tudo então, outra alternativa não há senão a de ser decretada a nulidade da oitiva da mãe da vítima na solenidade realizada em 13/04/2015, devendo ser renovada tal oitiva.

Ante o exposto, **decreto a nulidade do depoimento prestado pela testemunha Maria [...], na solenidade do dia 13/04/2015 (fls. 194/202), desconstituindo a sentença, para que seja renovada a oitiva da testemunha Maria [...] nos estritos termos do previsto no Art. 212, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal.**

É o voto.

**DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE E REVISOR)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY** - De acordo com o(a) Relator(a).



JCKS

Nº 70076905272 (Nº CNJ: 0055739-21.2018.8.21.7000)

2018/Crime

**DES. IVAN LEOMAR BRUXEL** - Presidente - Apelação Crime nº 70076905272,  
Comarca de Porto Alegre: "DECRETARAM A NULIDADE DO DEPOIMENTO  
PRESTADO PELA TESTEMUNHA MARIA [...], NA SOLENIDADE DO DIA 13/04/2015  
(FLS. 194/202), DESCONTITUINDO A SENTENÇA, PARA QUE SEJA RENOVADA A  
OITIVA DA TESTEMUNHA MARIA [...] NOS ESTRITOS TERMOS DO PRESVISTO NO  
ART. 212, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL,  
JULGANDO PREJUDICADO O MÉRITO DO RECURSO DEFENSIVO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: PAULA YOSHINO VALERIO