



ACÓRDÃO N° _____
PROCESSO N° 0000690-89.2007.8.14.0049
1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA
APELAÇÃO PENAL
COMARCA DE SANTA IZABEL/PA – VARA ÚNICA
APELANTE: D.A.M.R.
ADVOGADO: DR. MARCELO DE OLIVEIRA CASTRO RODRIGUES VIDINHA
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
PROCURADOR DE JUSTIÇA: DR. FRANCISCO BARBOSA DE OLIVEIRA
RELATORA: DESª. MARIA EDWIGES DE MIRANDA LOBATO
REVISORA: DRA. ROSI MARIA GOMES FARIAS

EMENTA: APELAÇÃO PENAL. CRIME SEXUAL. ART. 217-A DO CPB. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 386, INCISO VII DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. Note-se que a materialidade delitiva foi sobejamente comprovada pelo Laudo de exame de corpo de delito de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, realizado na vítima (fls. 95 e 96), o qual o qual atesta a presença de vestígio de ato libidinoso, consistindo equimose avermelhadas em ambas região mamária de forma ovalar, discreta equimose avermelhada na região anal e hiperemia na região vulvar. Constata-se ainda que os depoimentos colhidos durante a instrução processual confirmaram o abuso sexual sofrido pela vítima, que na época dos fatos contava com 05 (cinco) anos de idade. Na espécie, há que se dar elevada credibilidade ao depoimento da vítima e de sua genitora, pois geralmente o crime de estupro de vulnerável é quase sempre cometido às ocultas, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração. Dúvidas não há quanto a sua efetiva e decisiva participação do réu no evento delituoso. 2. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA LEI PENAL ANTERIOR, POR CONSIDERÁ-LA MAIS BENÉFICA AO RÉU. CRIME PRATICADO AINDA SOB SUA VIGÊNCIA. IMPEDIMENTO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/1990. LEI DERROGADA E PREJUCIAL AO RÉU. 3. DA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS. O fato delituoso praticado nos autos ocorreu no ano de 2007, e a Lei 11.719/2008 (DOU 23/06/2008) que trouxe a inclusão do inciso IV no Art. 387 do Código de Processo Penal só entrou em vigor 60 (sessenta) dias após a publicação. Sabendo-se que a novatio legis in pejus não pode retroagir a fatos ocorridos anteriores a sua vigência, de ofício, faço a exclusão da indenização a título de reparação pelos danos morais por não ser aplicada ao presente autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Egrégia 1ª Câmara Criminal Isolada, à unanimidade de votos, conhecimento do recurso, e improvimento, porém de ofício, redimensionar a pena de D.A.M.R. para 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, pela prática do delito descrito no art. do , da antiga redação do Código Penal Brasileiro e excluir da condenação a indenização arbitrada a título de reparação de danos morais sofridos pela vítima, nos termos do Voto da Desembargadora Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos doze dias do mês de julho de 2016.
Belém, 12 de julho de 2016.

Desa. Maria Edwiges de Miranda Lobato
Relatora

RELATÓRIO

Tratam os autos de recurso de apelação interposto por D.A.M.R., através de



Advogado constituído, às fls. 147/161, com fulcro no art. 593, inciso I, do CPP, contra a r. sentença (fls. 132/143) que o condenou à pena de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado pela prática do crime descrito no art. 217-A do CPB (estupro de vulnerável) do Código Penal Brasileiro e ao pagamento do valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de danos morais, nos termos do art. 387, inciso IV, do Código Penal.

Notícia a peça acusatória que no dia 07/05/2007, a criança B.C.S. M., de apenas 5 anos de idade foi vítima de atentado violento ao pudor, perpetrado pelo apelante.

Segundo a inicial por volta das 05:00 horas do dia indicado, o réu chegou na casa da vítima aparentando ter ingerido bebidas alcólicas. Em seguida a mãe da vítima saiu e ao retornar encontrou a menina com manchas vermelhas na região dos mamilos, característico de sucção. Consta que no laudo de fls. 89 que a vítima apresentava equimose avermelhada em ambas as mamas, na região anal e hiperemia na região vulvar.

A denúncia foi recebida em 29/11/2007 (fl. 98).

Às fls. 104/106 foi realizada a audiência de interrogatório do réu e às fls. 114/120 a audiência de oitiva de testemunhas.

A Defesa interpôs apelação penal e em suas razões às fls. 148/161, sustenta que se impõe a absolvição do apelante, nos termos do art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, a defesa alega que o fato é atípico e por consequência, seja absolvido. Em contrarrazões, às fls. 168/174 o representante do Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do apelo. No mesmo sentido foi o parecer do Custos Legis, às fls. 181/186.

É o Relatório.

Revisão cumprida pela Juíza Convocada Dra. Rosi Maria Gomes Farias.

VOTO

Conheço do apelo e passo a analisa-lo.

O apelante D.A.M.R. requer a sua absolvição, nos termos do art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

Pela análise minuciosa de todo o cotejo fático-probatório, verifica-se que não merecem prosperar as razões recursais trazidas pelo recorrente. Senão vejamos:

Note-se que a materialidade delitiva foi sobejamente comprovada pelo Laudo de exame de corpo de delito de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, realizado na vítima (fls. 95 e 96), o qual o qual atesta a presença de vestígio de ato libidinoso, consistindo equimose avermelhadas em ambas região mamária de forma ovalar, discreta equimose avermelhada na região anal e hiperemia na região vulvar

Constata-se ainda que os depoimentos colhidos durante a instrução processual confirmaram o abuso sexual sofrido pela vítima, que na época dos fatos contava com 05 (cinco) anos de idade.

Dúvidas não há quanto a sua efetiva e decisiva participação do réu no evento delituoso, conclusão extraída dos seguintes elementos probatórios que passo a apresentar:

A vítima B., disse em juízo, às fls. 118/119:

(...) com relação ao acusado o mesmo sempre tirava brincadeiras e que uma das últimas brincadeiras foi a de tirar o lençol; que perguntada sobre o que aconteceu na noite do ocorrido disse, no primeiro momento, que não se recordava, mas depois percebeu quando abriu os olhos, em certo momento, que alguém chupou seu peito, porém quando abriu o olho novamente não viu ninguém; perguntada se o Gato era quem estava nessa hora com ela, respondeu que não se recorda; perguntada se além dos seus mamilos alguém fez mais alguma coisa em outros lugares, respondeu não se recorda (...) que quando acordou só o Gato estava



sentado ao lado de seu colchão; que quando acordou no momento em que o acusado estava ao seu lado, a partir daí ficou acordada; que Gato lhe disse, no momento em que acordou que não era para falar nada, se não a mãe dela iria ficar muito aborrecida, que em outros momentos Gato não fez outras brincadeiras de pegar nos seios ou na perna, que perguntada se alguém mexeu em seu bumbum e se doeu, respondeu que doeu, acenando positivamente com a cabeça, que respondeu que não sabe quem mexeu no seu bumbum (...)

A genitora da vítima, Iraneide da Silva, às fls. 114/115, relatou em juízo:

(...) que o acusado é seu cunhado, pois vive em união estável com sua irmã; que porém essa relação é esporádica; que no dia dos fatos acordou por volta da cinco horas da manhã para ir ao banco juntamente com sua mãe; que nessa noite dormiu na casa de sua mãe em função de um desentendimento que teve com seu marido; que a casa de sua mãe é agregada com a casa onde morava, parede com parede, que próximo dessa hora o acusado chegou embriagado ao local, como fazia de vez em quando procurando a irmã da depoente; que então abriu a porta e o mesmo entrou na casa, indo diretamente para o quarto onde estava a irmã da depoente, que a casa referida é composta de 03 compartimentos: sala, quarto e cozinha; que na sala estavam dormindo a depoente e sua filha; (...) que então após chamar sua irmã foi tomar banho e em seguida se dirigiu ao banco juntamente com sua mãe, sendo que sua filha B., permaneceu dormindo na sala, no colchão; que ao retornar, por volta das 09:00 horas da manhã, sua sobrinha Michele Cristina viu que B. estava toda avermelhada e com manchas no corpo, fato que relatou de imediato à irmã da vítima, Maelki, que por vez informou a depoente, que imediatamente a depoente foi ver a situação da filha, tendo constatado manchas pelo seu corpo, principalmente nos mamilos; que então ficou muito preocupada e perguntou à B. o que havia acontecido, no que esta lhe respondeu que não sabia, acreditando que poderia ser algum bicho; que meia hora depois seu marido chegou ao local e vendo a situação levou sua filha ao Conselho Tutelar; que esclarece que nesse dia sua filha foi acordada por uma amiguinha de 02 anos de idade com quem costumava brincar; que quando a mesma foi despertada o acusado estava ao seu lado, segurando sua mão e lhe teria dito que não era para contar nada para a depoente; que essa circunstância foi a única que a vítima lhe relatou; que desconfiou da possibilidade de sua filha ter sido molestada pelo acusado, fato também compartilhado por seu marido que imediatamente levou sua filha ao Conselho Tutelas; que no Conselho Tutelar o caso foi encaminhado a uma psicóloga, Dra. Márcia; que em conversa com a vítima acabou relatando aos pais da possibilidade de ter havido uma violência sexual com sua filha; (...) que Michele foi quem viu o acusado sentado ao lado da vítima (...).

A testemunha Márcia Nazarena Lobato Monteiro, psicóloga que assistiu a vítima, relatou em juízo, às fls. 118:

(...) que é psicóloga vinculada ao programa Sentinela tendo o caso em epígrafe sendo levado a seu conhecimento através do Conselho Tutelar; que feita a primeira abordagem na residência da vítima, a equipe foi recebida com bastante susto pelos membros da família, tendo alguns inclusive alegado que nada havia ocorrido com a vítima; que após conversar e adquirir a confiança preliminar da vítima, a mesma apenas se reservou a revelar que quando acordou estava o rapaz chamado Gato lhe falou para que nada lhe falasse para sua mãe; que nesse momento a vítima manifestou muita auto defesa, se contorcendo em gestos de proteção e medo, muito medo; que diante desta manifestação da vítima recomendou imediato encaminhamento à delegacia; que na Delegacia a vítima repetiu a primeira revelação nada mais acrescentando; que porém em um dos



atendimentos mais recentes a vítima lhe revelou que o acusado teria na verdade lhe chupado os mamilos e que teria sido dolorido na parte de trás; que o médico legista revelou que além dos mamilos havia também manifestações no anus e na vagina, falando em fissuras; que isso assustou muito a família, principalmente a mãe quando isso lhe foi revelado, que como técnica acredita que o depoimento que a vítima lhe prestou em sua maior parte é verdadeiro, pouco permeado em fantasias infantis; que a vítima lhe revelou também que o acusado costumava fazer muitas brincadeiras. (...)

Na espécie, há que se dar elevada credibilidade ao depoimento da vítima e de sua genitora, pois geralmente o crime de estupro de vulnerável é quase sempre cometido às ocultas, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração.

Oportuno ressaltar o extraordinário valor probatório que adquire o depoimento da vítima em casos de investigação de cometimento de crimes contra a liberdade sexual. Conforme tranqüilo entendimento da jurisprudência pátria, a palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios (HC 135.972/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 07/12/2009).

Corroborado com os relatos da vítima, sua genitora e a da psicóloga que prestou atendimento, são os depoimentos das testemunhas que passo a transcrever:

A testemunha Michele Cristina Nascimento da Silva, em juízo, às fls. 115/116, disse:

(...) que estava dormindo na casa na noite do ocorrido no quarto juntamente com sua mãe, sua avó e sua prima; que se acordou por volta das 08 horas da manhã, não viu quando o acusado chegou em casa e quando acordou o mesmo estava dormindo no quarto ao lado de sua mãe; que quando acordou B. ainda estava deitada, possivelmente no colchão e brincando com uma menina de dois anos; que o acusado acordou praticamente na mesma hora; que a depoente foi tomar café na sala, ao mesmo tempo em que via televisão, que o acusado também foi pra cozinha, pegou café e sentou no colchão ao lado de B., saindo em seguida depois de ter tomado café indo para a cozinha; que B. neste momento, estava acordada brincando com uma menina de dois anos; que aparentava estar normal do mesmo jeito de sempre; que por volta das dez horas da manhã percebeu que B. estava com vermelhidão nos mamilos, e perguntou para ela o que havia acontecido, no que B. lhe disse que não sabia; que as vermelhidões pareciam machucados, mas que poderiam ser tipo chupadas (...)

A testemunha Maelki Cristina Nascimento da Silva, contou em juízo, à fl 116/117:

(...) quando chegou na sala viu o acusado sentado no colchão ao lado de Bruna, assistindo televisão; que B., nesse momento, estava coberta com um lençol; que a depoente em seguida saiu para cozinha preparar o café de B., antes porém pediu a uma vizinha para que acordasse B., já que eram amigas; que enquanto preparava o café o acusado saiu do local e foi tomar banho e em seguida deu café a B. e em seguida saiu para avisar a patroa de sua mãe que a mesma havia ido para o banco; que quando retornou viu o acusado indo para sua oficina; que quando saiu para avisar a patroa na casa ficaram seu tio, sua prima todos acordados; que não com exatidão onde estava sua tia Irene nesse momento, se com o acusado ou não; que chegou a ver o acusado, ainda no quarto, dormindo com sua enteada Michele e que voltou a dormir e quando despertou novamente viu que o mesmo estava no colchão onde estava deitada a vítima; que não se lembra onde Michele estava quando se levantou; (...) que não há visão entre os



cômodos da casa; que a testemunha acredita que o mesmo com todo mundo acordado houve a possibilidade de o acusado cometer o abuso contra a vítima; que ao contrário do que consta no seu depoimento assegura que viu o acusado sentado no colchão da vítima. (...)

Já a informante Maria Irene Nascimento da Silva, em seu depoimento em juízo, à fl. 116/117, conta que em nenhum momento viu o acusado sentar no colchão da vítima e que o mesmo apenas brincou com a vítima de cosquinha.

O apelante D. A. M. R., em seu interrogatório em juízo, às fls. 133/134, nega os fatos relatados na denúncia, mas afirma que:

(...) que também esclarece que a brincadeira que tirou com a vítima, também naquela manhã, por volta das seis horas da manhã, foi pegá-la pelos ombros e esfregar seu rosto no pescoço da vítima para lhe fazer cócegas, sendo que sua esposa viu a brincadeira (...) que confirma ter declarado que as manchas no mamilo da vítima podem ter sido em consequência das brincadeiras que fez com a criança (...)

Observa-se, conforme o relatado nos depoimentos, bem como pelo laudo pericial que o réu praticou contra a vítima atos libidinosos diversos da conjunção carnal, fato este comprovado pelo depoimento da vítima, de sua genitora e da Psicóloga Márcia Moneteiro.

O próprio réu apesar de negar ter praticado o crime, afirma que teve contato físico com a vítima através de brincadeiras, mas no entanto a materialidade é clara quanto a presença de vestígios de atos libidinosos, consistindo em equimose avermelhadas em ambas região mamária de forma ovalar, discreta equimose avermelhada na região anal e hiperemia na região vulvar.

Assim, restando inequívoca a autoria e materialidade delitivas, estando as provas claras, firmes e coerentes, impossibilitando a pretensa absolvição do réu por insuficiência de provas.

Subsidiariamente, a defesa alega que o fato é atípico e por consequência, seja absolvido.

Aduz que para condenar alguém pela prática de estupro de vulnerável em decorrência de ato libidinoso, é preciso concluir que o ato se reveste da mesma gravidade da conjunção carnal, senão torna o fato atípico.

Afirma que o apelante não violou o preceituado no art. 217-A, alegando que a dignidade sexual da menina não foi violada, pois não praticou conjunção carnal com a vítima e nem praticou outro ato libidinoso de igual gravidade com a menor.

Obtêm-se como resultado do laudo de exame de corpo de delito: equimose avermelhadas em ambas região mamária de forma ovalar, discreta equimose avermelhada na região anal e hiperemia na região vulvar

Logo, tais vestígios deixam claro que além de manipular a região mamária da criança, foram também manipuladas a região anal e vaginal, o que ofende em demasia a dignidade sexual da vítima. Tal atitude demonstra a conotação sexual perpetrada contra a vítima menor de 14 anos.

Ademais, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, na sua obra *Comentado*, conceitua atos libidinosos: é o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros (10 ed., Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 907).

Por conseguinte, resta demonstrado nos autos a ocorrência do estupro de vulnerável mediante prática de ato libidinoso.

No entanto entendo que deve ser aplicada ao apelante a lei anterior, por considerá-la mais benéfica ao réu, já que o crime foi cometido ainda sob sua vigência, mas devendo impedir a aplicação retroativa do art. 9º da Lei nº 8.072



/1990, por ter sido derogada e ser prejudicial ao réu.

O magistrado a quo ao sentenciar, reconheceu que a Lei nº 12.015/2009 que inclui o art. 217-A ao Código Penal é mais benéfica ao réu, em razão de que caso fosse aplicada a lei anterior, incorreria o apelante nas sanções do art. 213 c/c art. 224, 'a' do CPB c/c art. 9º da lei nº 8.072/90, que aumentaria a pena na metade, tornando a pena mais severa ao réu.

Assim, somente deve retroagir o art. 213 da antiga redação do Código Penal, cuja pena mínima é de 06 (seis) anos de reclusão, posto que o art. 9º da Lei nº 8.072/90 é prejudicial ao réu, pois agrava a pena.

No que tange a capitulação do delito, entendo por ser mais benéfico o crime definido no artigo do e não o art. 217-A. Isto porque embora o fato criminoso tenha sido praticado sob a égide da lei antiga, a lei /09 mostra-se mais benéfica para o acusado quando revoga a causa especial de aumento de pena do art. da lei /90. E a da República, em seu inciso XL é clara quanto a isso: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

A lei /09 revogou os arts. 214 e 224, e, com a revogação do art. 224, o art. 9º da lei 9.072/90 foi revogado por via reflexa.

A revogada norma do art. do era meramente explicativa, logo não tinha sanção. A pena base de quem pratica o crime de estupro é de 6 a 10 anos de reclusão. Se o estupro fosse praticado contra vítima menor de 14 anos de idade a pena era aumentada de metade em decorrência da causa especial de aumento de pena da , aumento esse que só poderia se dar na 3ª fase de aplicação da pena. Ora, revogada a causa de aumento de pena, a sanção base fica entre os limites de 6 a 10 anos de reclusão. Não é lícito, constitucionalmente, aplicar ao apelante a sanção de 8 anos e 6 meses de reclusão do crime de estupro de vulnerável, quando esse tipo penal incriminador não existia quando de sua conduta.

O princípio da irretroatividade da lei penal mais severa impede que assim se proceda. Dizer que o apelado iria sofrer uma imposição de pena de 9 anos à 15 anos de reclusão por força dos arts. c/c , a, do , na forma do art. da Lei /90, isto é, 6 anos (pena base) mais metade (causa especial de aumento de pena) e acabou sendo beneficiado (vide sentença em fls. 139) com pena de 8 anos e 6 meses de reclusão do tipo penal novo de estupro de vulnerável, é fazer tábula rasa das regras constitucionais de interpretação do direito penal.

Assim, em virtude da revogação expressa do art. do , pela Lei , de 7 de agosto de 2009, não será possível a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. da Lei , de 25 de julho de 1990.

Esta é a razão, de ofício, CONDENO o apelante a pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão pelo delito do art. do , da antiga redação do Código Penal Brasileiro, por ser a lei penal mais benéfica ao réu, sem qualquer incidência maléfica da Lei /2009, salvo, como já disse, na parte benéfica que revoga o art. do e, conseqüentemente, a Lei /90.

Hei por bem utilizar a mesma fundamentação do art. 59 do CPB, feita pelo Magistrado a quo.

Quanto ao regime de pena, concedo o regime semiaberto por ser mais compatível com o quantum de pena aplicado.

DA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS

Por fim, o MM. Magistrado, em atenção ao inciso IV, Art. 387 do Código de Processo Penal, e considerando o abalo sofrido pela vítima, em especial ao trauma psicológico, arbitrou os danos morais no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Importante ressaltar que o fato delituoso praticado nos autos ocorreu no ano de 2007, e a Lei 11.719/2008 (DOU 23/06/2008) que trouxe a inclusão do inciso IV no Art. 387 do Código de Processo Penal só entrou em vigor 60 (sessenta) dias após a publicação.



Sabendo-se que a novatio legis in pejus não pode retroagir a fatos ocorridos anteriores a sua vigência, de ofício, faço a exclusão da citada indenização a título de reparação pelos danos morais por não ser aplicada ao presente autos.

Nesse sentido:

(...) 5. Deve ser afastada a indenização por danos morais fixada pelo Juízo a quo com fundamento no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, uma vez que os crimes em apreço foram praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719, de 20/6/2008 (com vigência a partir de 22/8/2008), de modo que a lei mais gravosa não pode retroagir. 6. Recurso conhecido e parcialmente provido para, mantendo a sentença que condenou o apelante pela prática dos crimes de estupro (antigo atentado violento ao pudor), por quatro vezes, reduzir a pena para 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e para afastar a indenização por danos morais. (TJDFT. 20070810043203APR, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 14/04/2011, DJ 27/05/2011 p. 244)

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pela defesa, e nego-lhe provimento, em conformidade com o parecer Ministerial, e DE OFÍCIO, redimensiono a pena de D.A.M.R. para 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, pela prática do delito descrito no art. do , da antiga redação do Código Penal Brasileiro e excluo da condenação a indenização arbitrada a título de reparação de danos morais sofridos pela vítima.

É o voto.

Belém, 12 de julho de 2016.

Desa. Maria Edwiges de Miranda Lobato
Relatora