



ACÓRDÃO Nº.:  
APELAÇÃO PENAL  
PROCESSO Nº 0003545-95.2014.8.14.0075  
COMARCA DE ORIGEM: Porto de Moz  
APELANTE: L.D.P. (Adv. Rosimar Machado de Moraes)  
APELADA: A Justiça Pública  
PROCURADOR DE JUSTIÇA: Ricardo Albuquerque da Silva  
RELATORA: Des. Vania Fortes Bitar

ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ART. 217-A, DO CP – DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PLEITO PREJUDICADO – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS APTAS A ENSEJAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – ABSOLVIÇÃO – CRIME IMPOSSÍVEL OU IN DUBIO PRO REO – IMPROCEDÊNCIA – REDUÇÃO DA PENA PELA EMBRIAGUEZ – IMPOSSIBILIDADE – CONSUMO VOLUNTÁRIO DE BEBIDA ALCOÓLICA, QUE NÃO SERVE DE CAUSA PARA REDUÇÃO DA REPRIMENDA – EXEGESE DO ART. 28, II, §2º, DO CP – REPRIMENDA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL PELO JUÍZO A QUO – REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE TÃO SOMENTE NA HEDIONDEZ DO DELITO – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, §1º, DA LEI 8.072/1990 – FUNDAMENTO INIDÔNEO – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL DE OFÍCIO – APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A inadequação da via eleita para apreciação do pedido do apelante, para que aguarde em liberdade o julgamento do seu apelo, na medida em que tal pleito deveria ter sido trazido ao exame desta instância superior por meio de habeas corpus. Equívoco procedimental que prejudicou a análise da questão, visto que o almejado direito de recorrer tem por termo final justamente o julgamento do apelo defensivo nesta instância recursal.
2. Autoria e materialidade delitiva devidamente comprovadas pela certidão de nascimento de fls. 22, que comprovou que a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos, pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 42, o qual serviu apenas para comprovar que a aludida vítima é portadora de síndrome de down, já que ela se recusou a fazer exame físico, não sendo o referido laudo indispensável à comprovação da prática delitiva que, a princípio, não deixa vestígio e que resta comprovada por outros meios de provas, como na hipótese, mormente pelos depoimentos testemunhais coligidos aos autos, os quais não deixam dúvidas quanto à ocorrência do crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do CP, o qual se consumou com o ato do apelante de abraçar e beijar a vítima no pescoço e na região do busto, o qual foi encontrado despido na frente da aludida vítima, que além de ser menor de 14 (catorze) anos à época do fato, é portadora de síndrome de down, não havendo, ainda, que se falar em crime impossível, face a consumação do crime sexual.
3. Demonstrado nos autos que a embriaguez do apelante foi voluntária, não há que se falar na aplicação da causa de redução de pena prevista no §2º, do art. 28, do CP.
4. Pena base do apelante arbitrada no mínimo legal, ou seja, em 08 (oito) anos de reclusão, a qual restou definitiva, diante da ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, assim como de causas de diminuição e aumento de pena.
5. Regime inicial fechado fixado com base tão somente no art. 2º, §1º, da Lei 8.072/1990, o qual foi declarado inconstitucional pelo STF, sendo tal fundamento



inidôneo para a imposição de regime prisional mais severo do que o previsto em lei, mormente porque as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, não são desfavoráveis ao recorrente, tanto é assim que a sua reprimenda base foi arbitrada no mínimo legal. Alteração, de ofício, do regime inicial de cumprimento da pena do recorrente para o semiaberto, com fulcro no art. 33, §2º, “b”, do CP, c/c a Súmula 440, do STJ.

6. Recurso conhecido, improvido, e, de ofício, alterado o regime inicial de cumprimento da pena do apelante para o semiaberto. Decisão unânime.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe negar provimento, e, de ofício, alterar o regime inicial de cumprimento da pena do apelante para o semiaberto, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e dois dias do mês de novembro de 2016.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre.

Belém, 22 de novembro de 2016.

Desa. VANIA FORTES BITAR  
Relatora

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por L.D.P., inconformado com a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Porto de Moz que o condenou à pena de 08 (oito) anos de reclusão a ser cumprida em regime inicial fechado, por infração ao art. 217-A, do Código Penal.

Em razões recursais, alega o apelante ter o direito de apelar em liberdade, pois além de não estarem configurados os requisitos do art. 312, do CPP, possui condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita. Aduz, ainda, que as provas carreadas aos autos não são aptas a embasar o édito condenatório, em razão da fragilidade dos depoimentos testemunhais e em virtude da ausência de laudo de ato libidinoso, bem assim do relatório psicológico da vítima menor, motivos pelos quais requer a sua absolvição, seja pela configuração de crime impossível, seja em atenção ao princípio in dubio pro reo. Alternativamente, requer a redução da sua pena, pois no momento da ação, não tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em contrarrazões, o Ministério Público se manifestou pelo conhecimento e improvimento do apelo, no que foi seguido, nesta superior instância, pelo Procurador de Justiça Ricardo Albuquerque da Silva.



É o relatório.

## VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

De início, ressalta-se a inadequação da via eleita para apreciação do pedido para que o apelante aguarde em liberdade o julgamento do seu apelo, na medida em que tal pleito deveria ter sido trazido ao exame desta instância superior por meio de habeas corpus.

Assim sendo, verifica-se que o equívoco procedimental prejudicou a análise da questão, visto que o almejado direito de apelar em liberdade tem por termo final justamente o julgamento do apelo defensivo nesta instância recursal, razão pela qual, passo a análise do mérito recursal.

Narra a denúncia, que no dia 12 de outubro de 2014, por volta das 9:00h, a vítima Nilciane Pereira Barbosa, de 12 (doze) anos de idade e portadora de necessidade especial, foi deixada por sua mãe em casa, apenas na companhia do denunciado Luci Duarte Paiva, o qual estava ingerindo bebida alcoólica, sendo que por volta das 00:00h, o mesmo levou a vítima até o quintal da casa de Patrícia Pontes Filho, e, após se despir, passou a abraçá-la, beijando-a e acariciando-a em suas partes íntimas, valendo-se de uma boneca para entretê-la, tendo a menor, após os atos libidinosos, saído correndo de perto do denunciado.

Segue relatando a exordial, que vizinhos acionaram a polícia, tendo o acusado sido preso em flagrante, vestindo apenas uma bermuda, razão pela qual foi denunciado como incurso nas sanções punitivas do art. 217-A, do CP, delito pelo qual restou condenado.

Analizando-se o contexto fático e probatório extraído dos autos, conclui-se que a alegação do apelante, de ausência de provas suficientes para ensejar a sua condenação, de maneira alguma merece guarida, senão vejamos:

No presente caso, a materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada especialmente pelos depoimentos testemunhais coligidos aos autos, assim como pela certidão de nascimento de fls. 22, a qual comprovou que a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos, bem como pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 42, o qual serviu apenas para comprovar que a aludida vítima é portadora de síndrome de down, já que ela se recusou a fazer exame físico, não sendo o referido laudo indispensável à comprovação da prática delitiva que, a princípio, não deixa vestígio e que resta comprovada por outros meios de provas, como na hipótese, mormente pelos depoimentos testemunhais.

Do mesmo modo, não restam dúvidas quanto à comprovação da autoria delitiva, pois ao ser inquirida em juízo, a testemunha ocular Virgínia Keliene Pontes Filho (CD de mídia às fls. 90), alegou que estava dormindo em casa quando ouviu um estouro de rojão, momento em que acordou assustada pensando ser tiro, e ligou para a sua irmã Patrícia ir lhe buscar. Que abriu a janela da cozinha e olhou para o quintal, que é iluminado, tendo visto o apelante sem roupa sentado em frente à vítima, a qual estava vestida com um short e uma blusa, quando percebeu que esta



era menor de idade e portadora de síndrome de down. Que viu o apelante acariciando a vítima, chupando-a em seu busto e passando a mão em seu corpo, entretendo-a com uma boneca. Que sua irmã Patrícia, que chegou posteriormente, ainda viu o recorrente pelado e chamando a vítima para atrás de uma árvore, tendo acionado a polícia.

No mesmo sentido, a testemunha Patrícia Pontes Filho, a quando do seu depoimento judicial (CD de mídia às fls. 90), alegou que a vítima era menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos, e portadora de síndrome de down, que estava em frente de sua casa com o seu namorado, quando sua irmã Keliane lhe ligou informando que tinha um casal sentado num banco no quintal, e ao chegar, viu o apelante sentado de frente para a vítima, abraçando-a, tendo a impressão de que ele estava beijando-a pelo busto, e disse que o apelante aparentava estar vestindo a roupa no momento que chegou, e estava entretendo a vítima com uma boneca que cantava, a qual pedia pra ele vestir a camisa. Que o recorrente tirou o short e foi urinar e voltou sem roupa, sendo que a vítima ficou sentada no banco, e, posteriormente, o mesmo vestiu a roupa sem se importar com as pessoas que ali estavam, dizendo que era tio da vítima, e que queria sair do local com ela, sendo, contudo, impedido pelas pessoas ali presentes.

As testemunhas Robson Cley Lima da Silva, Nilcéia Pontes Filho e Ana Paula do Socorro Pontes Filho ratificaram tais alegações, conforme se constata no CD de mídia acostado às fls. 90 dos autos.

Por sua vez, as testemunhas arroladas pela defesa, Reginaldo dos Santos Oliveira, Jonas Mendonça de Oliveira e Santana Pinheiro do Nascimento, não presenciaram os fatos aduzidos nos autos, alegando, tão somente, a boa conduta social do apelante, sendo que as duas últimas não prestaram compromisso, em virtude de serem amigas do mesmo.

Ao ser interrogado perante a autoridade policial, às fls. 13-14, o recorrente confessou a prática delitiva, ocasião na qual alegou que realmente praticou atos diversos da conjunção carnal com a vítima, e que assim procedeu devido a ingestão de bebida alcoólica, tendo ficado namorando com a mesma na rede, mas não chegaram a fazer sexo, e que depois de tomarem banho juntos, levou a aludida vítima para o quintal da casa de Patrícia, onde foi flagrado pelado com a menor.

Vê-se, portanto, ter restado cabalmente configurado o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do CP, o qual se concretizou com o ato do apelante de abraçar e beijar a vítima no pescoço e na região do busto, encontrando-se o mesmo despido na frente da aludida vítima, que além de ser menor de 14 (catorze) anos à época do fato, é portadora de síndrome de down, fato esse confirmado tanto pelo laudo de fls. 42, quanto pelos depoimentos testemunhais existentes nos autos.

Vê-se, portanto, que o pedido de absolvição, fundado na configuração de crime impossível, não merece guarida. A hipótese prevista no art. 17, do CP, se configura nos casos de tentativa, situação esta não verificada na hipótese em tela, pois houve a consumação do crime sexual imputado ao apelante, o qual beijou e



acariciou a vítima no pescoço e na região do busto, conforme demonstra a prova colacionada.

Alternativamente, o apelante pugna pela redução da sua pena, aduzindo que no momento da ação delituosa não tinha plena capacidade de entender o seu caráter ilícito ou de se determinar de acordo com esse entendimento, visando a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 28, §2º, do CP, pois havia ingerido bebida alcoólica.

Sem razão o recorrente.

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 28, II, aderiu à teoria da actio libera in causa, não excluindo a culpabilidade do agente nos casos de embriaguez culposa, voluntária e preordenada, sendo, portanto, reprovável a conduta típica e antijurídica perpetrada pelo agente embriagado, restando configurado o crime a ele imputado.

E assim o é, pois o §2º do referido artigo, prevê apenas uma hipótese de redução de pena, quando o agente, por embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuir, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Logo, a referida minorante não se aplica aos casos de embriaguez voluntária, como ocorreu in casu, o que se infere dos depoimentos do próprio apelante na polícia e em juízo, motivo pelo qual se mostra incabível o pleito de redução da reprimenda a si fixada.

Finalmente, em que pese não tenha havido insurgência contra a dosimetria da pena, sabe-se que em razão do efeito devolutivo amplo inerente ao recurso de apelação na hipótese, cabe a apreciação de tal matéria por esta Corte, inclusive de ofício, posto que de ordem pública, o que faço nos seguintes termos:

Às fls. 80v, vê-se que o juízo a quo fixou a pena base do apelante no mínimo legal, ou seja, em 08 (oito) anos de reclusão, quantum esse que se tornou definitivo, diante da ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, assim como de causas de diminuição e aumento de pena.

Entretanto, quando estabeleceu o regime inicial fechado, o fez tão somente com fulcro no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, ou seja, na hediondez do crime. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em 27.06.2012, ao apreciar o Habeas Corpus nº 111.840, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu ser inconstitucional o § 1º, art. 2º, da Lei 8.072/1990, com a alteração promovida pela Lei n. 11.464/2007, sinalizando, assim, a possibilidade de imposição de regime prisional diverso do fechado para os crimes hediondos e equiparados, seguindo-se as balizas do Código Penal aplicáveis à espécie.

Demais disso, o juiz fixou a pena do acusado no mínimo legal, sendo que da análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, verifica-se que algumas delas ou se encontram desprovidas de fundamentação, ou são neutras ou tiveram por fundamentos motivações ínsitas do próprio tipo penal, circunstâncias essas que não justificam a fixação de regime prisional mais gravoso do que o previsto em lei.

O Superior Tribunal de Justiça, em entendimento já sumulado (Súmula 440),



reconhece que “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base na gravidade abstrata do delito”, quanto mais in casu, em que as circunstâncias judiciais não justificam a fixação de regime mais gravoso, tanto que a pena base foi fixada no mínimo legal.

Assim, não havendo, na hipótese, fundamento idôneo para a imposição de regime de cumprimento prisional mais severo, mormente porque as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, não são desfavoráveis ao recorrente, tanto é assim que a sua reprimenda base foi arbitrada no mínimo legal, altera-se, de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena a si imposta para o semiaberto, com fulcro no art. 33, §2º, “b”, do CP, c/c a Súmula 440, do STJ.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento, alterando, de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena do apelante para o semiaberto, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Belém, 22 de novembro de 2016.

Desa. VANIA FORTES BITAR  
Relatora