

Registro: 2019.0000403421

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005731-38.2017.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante R. F. DE A., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento em parte ao recurso para desclassificar o delito para aquele previsto no artigo 215-A, do Código penal (Lei nº 13.718/2018) e condenar o réu à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime aberto e, face ao tempo em que recolhido em prisão preventiva, declarar sua extinção pelo cumprimento, com expedição de alvará de soltura clausulado, vencido o Relator, Des. Leme Garcia, que dava parcial provimento em menor extensão e declara. Acórdão com o Revisor, Des. Newton Neves.

Sustentou oralmente o Dr. Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira e fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Paulo Juricic.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEWTON NEVES, vencedor, LEME GARCIA, vencido, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente).

São Paulo, 7 de maio de 2019.

Newton Neves
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica

diligência para que os advogados dativos nomeados para atuar em favor das vítimas fossem intimados a apresentar contrarrazões (fls. 656/657).

É o relatório.

Respeitado o entendimento do douto Des. Relator, Dr. Leme Garcia, dele ousei divergir, assim o fazendo para dar parcial provimento ao recurso da defesa, desclassificando a conduta imputada ao apelante para o crime tipificado no art. 215-A, do Código Penal, pelos fundamentos a seguir expostos.

As teses sobre a materialidade do delito e a responsabilidade penal do réu em relação à vítima L.M., já foram minuciosamente analisadas no r. voto do eminente Relator Sorteado, Desembargador Leme Garcia, razão pela qual peço vênua para adotar os fundamentos ali expostos como razão de decidir.

A divergência é parcial e resulta no tocante à absolvição do apelante em relação às vítimas M.E.G.S. e J.M. e à possibilidade de desclassificação da conduta.

O apelante foi processado e condenado porque, segundo a denúncia, no dia 01 de julho de 2017, entre 0h e 10h, na [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] São Caetano do Sul, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com as adolescentes L.M, J.M. e M.E.G.S. (dados protegidos conforme a Lei n. 13.431/17), nascidas em 06 de agosto de 2004, 10 de setembro de 2005 e 17 de dezembro de 2004, respectivamente.

Narra a inicial que o acusado mantinha relacionamento amoroso com C.T.S., genitora da

adolescente R.T.S., que estudava com L.M., J.M. e M.E.G.S. Na data dos fatos, L.M., J.M. e M.E.G.S. combinaram com R.T.S. em pernoitar na residência dela. Em tal local, o apelante instalou um *videogame* e convidou as vítimas para jogar. Durante o jogo, formou dupla com L.M. e, sempre que vencida, passava a mão em sua cintura, bem como na região próxima aos seios dela. Em determinado momento, aproveitando-se que estava sozinho com ela, agarrou-a por trás e pressionou seu corpo contra ela, encostando o pênis nas costas de L.M. No mais, o acusado disse que iria ensinar os movimentos de um jogo de boliche para a vítima J.M. e passou as mãos pelos seios, barriga e cintura dela. Após, tentou trazer M.E.G.S. para perto de si, mas ela conseguiu se desvencilhar. Em certo momento, a vítima J.M. se debruçou na porta do banheiro para procurar pela cadela de propriedade de R.T.S. e o acusado se posicionou por trás dela, esfregando o pênis das nádegas da ofendida.

A conduta do acusado perdurou durante a madrugada e, temendo dormir na mesma residência que ele, L.M. entrou em contato com sua genitora, que foi buscá-la. J.M. e M.E.G.S. foram dormir em um dos quartos e, após C.T.S. ter adormecido, o apelante foi para tal local e se deitou sobre M.E.G.S., que acordou e começou a gritar, acordando J.M. Ambas se trancaram no banheiro e M.E.G.S. entrou em contato com sua genitora para buscá-la. A genitora de M.E.G.S. tomou conhecimento do ocorrido e elas se dirigiram à Delegacia de Polícia para registrar o ocorrido, o que também foi feito posteriormente pela

genitora de L.M.

Embora destacado o empenho da d. defesa de absolvição não há se cogitar, já que materialidade e autoria em relação às três vítimas restaram sobejamente comprovadas ao longo da instrução processual.

A vítima J.M., ouvida mediante escuta protetiva somente na fase policial, narrou que M.E.G.S. e L.M. ficaram jogando *videogame* com o acusado e R.S.T. dormiu, mas acordava de tempos em tempos. Aduziu que C.T.S. e o apelante ficaram bêbados e, quando estava jogando, ele passava as mãos nos seus seios, barriga e cintura. Em certo momento, a cadela desapareceu e foi buscar por ela. Neste instante, o apelante a *encoxou* e encostou em sua nádega. Asseverou ter visto o acusado abraçando L.M. e, no dia seguinte, ela lhe contou o que ocorreu. Após L.M. ter ido embora, o acusado e C.T.S. fizeram *um montinho*, sendo certo que ele deitou sobre elas e C.T.S. em cima do apelante. Após, dormiu no local e foi acordada por M.E.G.S., que estava desesperada e o acusado estava no quarto. Ela a levou para o banheiro e narrou que, quando acordou, o apelante estava deitado em cima delas. M.E.G.S. acionou a genitora dela e, posteriormente, sua prima também foi buscá-la (fls. 95/103).

Embora não tenha sido J.M. ouvida em juízo, certo é que sua fala restou corroborada, sob o crivo do contraditório, pela vítima M.E.G.S. ao afirmar que "a cadela sumiu e, segundo J.M., ela se debruçou procurando pelo animal e o apelante se

debruçou em cima dela”.

Já com relação à vítima M.E.G.S, entendo que, apesar da denúncia não mencionar expressamente que o acusado teria passado as mãos em suas nádegas, é a exordial clara em individualizar a conduta do acusado em relação a cada uma das vítimas.

E o fato de o réu ter se deitado sobre a vítima M.E.G.S. enquanto estava ela dormindo e, em seguida, por ter ela acordado, se levantar e sentar na cama, como afirmado por ela em juízo, não pode ser afastado como fato relevante de sua intenção de satisfazer sua lascívia, mormente diante de todo o contexto probatório e das circunstâncias evidenciadas pela prova oral colhida.

Desse modo, respeitado entendimento em sentido contrário, a prova oral coligida, calcada no seguro relato das vítimas, bem como os demais elementos de convicção trazidos aos autos, permitem a segura conclusão quanto à responsabilidade penal do réu, de rigor a manutenção da condenação em relação às três vítimas.

Possível, no entanto, a desclassificação da capitulação delitiva, declarando-se ██████████ incurso nas sanções do artigo 215-A, do Código Penal.

De início, cumpre observar que referido tipo foi incluído na legislação material penal pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2.018, trazendo a figura da importunação sexual, delito menos grave e com apenação mais branda que o estupro.

Ao tratarem sobre atos libidinosos,

diferem-se os tipos entre si na medida em que, enquanto o do artigo 213 do Código Penal exige, para sua configuração, a presença de violência ou grave ameaça e ainda que o ato libidinoso tenha sido praticado com a vítima, o artigo 215-A prevê sanção àquele que, sem a anuência do ofendido, pratica ato libidinoso contra aquele.

Ou seja, enquanto o estupro exige a ciência e discordância da vítima, coagida pela efetiva violência ou grave ameaça, bem como a prática de ato libidinoso – quando o caso – com aquela, a importunação sexual deve ser observada em casos em que o ofendido, sem sequer a chance de se manifestar, é mero instrumento do ato do infrator, que pratica o ato contra aquele.

De se ver que, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.730.341, decidiu unanimemente a Sexta Turma do E. STJ, em acórdão relatado pela I. Ministra Laurita Vaz, pela possibilidade de aplicação retroativa do novo tipo porque mais benéfico ao réu.

E, na hipótese dos autos, afirmaram a vítimas terem sido surpreendidas pelas condutas do réu, quais sejam, passar as mãos nos seios, segurar a ofendida por trás com a intenção de “encoxá-las” e, ainda, se deitar sobre a vítima, sem sua anuência, a se depreender que praticou o réu atos libidinosos contra as ofendidas.

Não se está aqui a ignorar que o estupro de vulnerável, crime pelo qual foi ██████████ denunciado e condenado em 1ª instância, é delito

praticado mediante violência presumida, o que, a priori, poderia impossibilitar o reconhecimento do crime de importunação sexual.

Todavia, repise-se, não houve na hipótese ora debatida a participação ativa da vítima, surpreendida que foi pela atos praticados sem sua anuência, não se podendo afirmar tenha sido ela forçada a nada.

Assim, mostrando-se mais consentânea à realidade fática e também mais proporcional a apenação em relação aos atos praticados, desclassifica-se a conduta de [REDACTED] para a prevista no artigo 215-A, do Código Penal.

Operada a desclassificação, passa-se à análise da dosimetria da pena.

Mantida a fixação da pena-base para cada delito no mínimo legal, agora em 01 ano de reclusão, na segunda fase, não se observam elementos modificadores.

Contudo, na terceira etapa, no específico caso dos autos, mostra-se cabível o reconhecimento da figura do artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, entre os crimes cometidos contra as ofendidas.

O fato de se tratar, no caso, de crimes praticados contra vítimas diferentes, respeitado sempre duntas opiniões em contrário, não mais impede o reconhecimento da continuidade delitativa, pois assim agora está expressamente previsto pelo artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n° 7209/84, que criou o

que a doutrina denominou de "crime continuado específico", que se mostra diferente do "caput" do mesmo artigo, ou o denominado "crime continuado comum", que se reconhece quando o crime é praticado contra a mesma vítima.

Dessa forma, tratando-se de vítimas diferentes, é de se ver que foram os delitos cometidos com o mesmo *modus operandi*, no mesmo local e circunstâncias de tempo.

Possível, portanto, a exasperação de uma das penas, porque iguais, em 1/2 - fração essa adequada diante do número de vítimas, no caso, três - , restando finalmente sedimentada em 01 ano e 06 meses de reclusão.

Por fim, verifica-se que a pena ora imposta já foi integralmente cumprida, vez que decretada a prisão preventiva de ██████████, com o cumprimento do respectivo mandado em 03/08/2017, encontra-se ele preso por este processo, conforme pesquisa junto ao sistema Intinfo, razão pela qual, de ofício, julga-se extinta a punibilidade, restando prejudicada a questão referente ao regime prisional e à possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Ante o exposto, e pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso para, desclassificada a conduta delitativa para a prevista no artigo 215-A, do Código Penal, condenar o réu ao cumprimento da pena 01 ano e 06 meses de reclusão e declarar de ofício, extinta a punibilidade pelo integral cumprimento da reprimenda.

Expeça-se alvará de soltura pelo
processo.

Newton Neves
Relator