



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000395415

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000705-95.2021.8.26.0346, da Comarca de Martinópolis, em que é apelante DIVALDO PEREIRA MARTINS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, afastando-se, ex officio, os maus antecedentes reconhecidos na origem, sem efeito, contudo, na reprimenda final imposta, mantendo-se, no mais, a r. sentença proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0000705-95.2021.8.26.0346

Apelante: Divaldo Pereira Martins

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Martinópolis

MM. Juiz de Direito Dr.(a). Dayane Aparecida Rodrigues Mendes

Voto nº 7024

Julgamento Virtual.

Apelação Criminal – Estupro de vulnerável – Recurso defensivo – Absolução – Impossibilidade – Palavras da vítima merecem crédito e se revestem de indiscutível valor probante, sobretudo quando corroboradas pelos demais elementos probatórios amealhados – Erro de tipo não demonstrado – Condutas do réu que se amoldam ao descrito no art. 217-A, §1º, do Código Penal – Pessoa com deficiência intelectual – Violência Presumida – Condenação de rigor – Primeira fase – Pena-base fixada acima do mínimo legal – Maus antecedentes – Afastamento ex officio – Réu que não ostenta maus antecedentes – Segunda fase – Atenuante da confissão espontânea que não possui o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, a teor da Súmula ° 231 do C. STJ – Terceira fase – Ausentes causas de aumento ou diminuição – Regime fechado de rigor – Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou sursis penal – Recurso improvido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Divaldo Pereira Martins** contra a r. sentença de fls. 1000/1010 e 1052/1053, que julgou parcialmente procedente a ação e o condenou à pena de 8 anos de reclusão, no regime inicial fechado, por infração ao

artigo 217-A, § 1º, do Código Penal.

Irresignado, apela o réu, buscando a absolvição por erro de tipo e por falta de prova da incapacidade mental da vítima. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação para o crime de importunação sexual e, se operada a desclassificação, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (fls. 1015/1041)

Regularmente processado o apelo, vieram as respectivas contrarrazões (fls. 1065/1068), após o que a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso. (fls. 1082/1087)

É o relatório.

Divaldo Pereira Martins foi processado e condenado à pena já mencionada porque, nas condições de tempo e local descritas na exordial acusatória: *“durante o período noturno, no pátio do Terminal Rodoviário situado na Rua Coronel João Gomes Martins, nesta cidade e comarca, DIVALDO PEREIRA MARTINS, qualificado a fls. 142/143, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com Daiani Lino Teodoro, que, por doença mental, não possuía o necessário discernimento para a praticado ato.*

Consta ainda na mesma condição de tempo e lugar

DOUGLAS DANSIGER GENARO, qualificado a fls. 138/139, e ELIZANGELA APARECIDA DOS SANTOS MESQUITA, qualificada a fls. 144/145, agindo em concurso e com unidade de desígnios, instigaram DIVALDO PEREIRA MARTINS a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal com Daiane Lino Teodoro, que, por doença mental, não possuía o necessário discernimento para a prática do ato, concorrendo, assim, para a prática de tal crime.

Segundo se apurou, Daiane, portadora de síndrome de dependência de cocaína [na forma de “crack”], diagnosticada com o CID 10 F14.242, era, ao tempo do crime, inteiramente incapaz de consentir à prática dos atos de libidinagem a que foi submetida.

Apurou-se ainda que, notoriamente, a vítima era conhecida na cidade pelo consumo abusivo de drogas e que vivia a deambular e dormir pelas ruas.

Na data dos fatos, Douglas e Elisangela, de posse de um celular, passaram a gravar e tirar fotografias de Daiane e induziram a vítima a se despir e a permitir que Divaldo com ela praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal, em local público.

Nesse interim, enquanto a vítima estava despida, Douglas e Elisangela instigaram Divaldo a passar as mãos pelo corpo, seios e vagina dela.

Divaldo, aproveitando-se da condição mental da vítima e da incapacidade dela de se opor à prática dos atos libidinosos, beijou os seios da vítima e passou as mãos pelos seios e vagina dela.”
(fls. 8/9)

O processo foi desmembrado em relação ao réu **Divaldo**, que não foi encontrado para ser citado (fl. 491).

Após regular instrução criminal, a ação penal foi julgada parcialmente procedente para condenar o sentenciado **Divaldo** nos moldes acima mencionados.

E, na análise dos argumentos deduzidos em grau de recurso, cumpre reconhecer, desde logo, que o improvimento se impõe.

A materialidade do delito foi comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 12/13), auto de exibição e apreensão (fls. 14/15), auto de reconhecimento (fls. 21/23), relatórios médicos da vítima (fls. 60/78, 95 e 213/226), laudos periciais (fls. 99/111 e 112/144), parecer psicológico (fls. 471/472) e pelos vídeos de fls. 923/924, bem

como pela prova oral.

No que tange à responsabilidade criminal do sentenciado, também neste particular conclui-se que ela é evidente.

Na fase indiciária o réu Divaldo foi qualificado indiretamente (fl. 157).

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, confessou a autoria delitiva.

Nesse sentido, considerando-se que bem compilada a prova oral produzida nos autos, fica adotada, transcrevendo-se, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pelo D. Juízo *a quo*:

*“Interrogado o réu **Divaldo Pereira Martins** afirmou que tem 61 anos, estudou até a quarta série, sabe ler e escrever, tem dois filhos maiores, trabalhava na fazenda de Gabriel em Mucajaí, autônomo, nunca foi preso ou processado. Sobre os fatos disse que na época já morava em Roraima; que foi para Martinópolis passar o fim de ano; que chamou a ex esposa para morarem em Roraima mas ela não aceitou; que estava na rodoviária de Martinópolis para pegar o ônibus para Presidente Prudente/SP; que tocou na moça que estava dançando nua na rodoviária; que o seu ônibus sairia às 22h; que foi tudo muito*

rápido e não durou mais que cinco minutos; que quando chegou na rodoviária a mulher já estava dançando nua; que tinha bebido algumas cervejas antes; que não sabe o que passou na sua cabeça para lhe tocar; que ela parecia ser uma pessoa normal; que não é comum ver uma pessoa dançando nua mas não suspeitou que ela tinha problema mental; que de Presidente Prudente iria pegar um avião para Campinas e de Campinas foi para Manaus e de Manaus para Boa Vista; que veio para Boa Vista a serviço em outubro de 2014 para trabalhar; que quando foi preso em 2023 nem lembrava mais dos fatos; que trabalha na zona rural; que constituiu família na cidade de Boa Vista; que não conhecia a vítima; que a tocou nos seios e vagina, conforme gravação.” (fl. 1007)

Por seu turno, “*A vítima Daiani Lima Teodoro disse que não se recorda dos fatos; que na época dos fatos fazia tratamento psiquiátrico para bipolaridade e depressão; que lembra vagamente de episódios de surtos como se despir publicamente, como se fosse um surto psicótico, fez tratamento mas hoje em dia não faz mais o uso de medicamentos; que quando tinha os surtos psicóticos não tinha condições de entender o que acontecia; que não se recorda dos fatos porque na época só conhecia o acusado Douglas, sabe que*

ele vazou os vídeos, os vídeos foram mais ou menos mundial, pois seus parentes que moram em Aparecida do Taboado ficaram sabendo do vídeo e aí eles mandaram para a irmã da vítima que entrou com o processo contra eles, no caso do senhor (Divaldo) nunca viu e não sabe quem é, não conhece; que não se lembra do vídeo, mas lembra vagamente que ia no lanche, que uma amiga tinha um lanche quando abria, sempre frequentou o lanche dela e ajudava na montagem de mesas e nesse dia que aconteceu não lembra, só lembra que depois já estava internada, a irmã arrumou a internação e lhe internaram no hospital psiquiátrico e não se recorda de mais nada; que nunca assistiu o vídeo; que não entendia o que estava acontecendo; que não conhece o Divaldo, nunca viu e não sabe quem é; que na época dos fatos morava com o esposo e com o filho; que morava em Martinópolis; que ajudava a lanchonete de sua amiga a montar e desmontar as mesas, mas não era serviço; que não era contratada, apenas ajudava, a noite saía e ajudava ela por ser sua amiga, gostava e não ganhava nada, pela amizade que tinha com ela; que na época dos fatos usava entorpecentes; que não bebia bebidas alcóolicas; que não viu vídeo nenhum, quem entrou com o processo foi a irmã na época, ela quem acionou e entrou com pedido de sei lá, alguma coisa assim, de algum caso de indenização porque passou por muito constrangimento, pois tem um filho de doze anos

hoje em dia, mas na época, na escola, até hoje ele faz tratamento, ele passa por psicólogo, pagam particular para ele por uma coisa que ficou marcado, manchado, até uns três/quatro anos atrás a vítima servia de bullying na rua para as pessoas, tinha crianças, pessoas que passavam e falavam "a menina do vídeo da rodoviária, a menina é isso, a menina é aquilo", só isso; que não está interdita, pois sempre trabalhou, sempre recebeu seu benefício, sempre cuidou das suas coisas e sempre cuidou da sua casa, nunca foi interdita, apenas quando ficou internada a irmã ficou com o benefício para poder manter o filho da vítima, mas hoje em dia toma conta de tudo, mas nunca teve interdição, pois sempre cuidou de suas coisas; que não é interdita, conforme gravação.

A informante **Daniele Lino Teodoro** irmã da vítima, disse que se recorda dos fatos, mas faz bastante tempo, o que se recorda que soube do vídeo por uma prima de Mato Grosso e o vídeo foi parar em Mato Grosso, a prima mostrou e então a informante tomou conhecimento do vídeo e foi na Delegacia para fazer um boletim de ocorrência; que a vítima possui diagnóstico psiquiátrico de que ela era usuário de drogas; que a vítima tinha abstinências e vários surtos pelo uso de drogas; que a vítima ficava surtada no meio da rua, chamando

atenção do pessoal, às vezes ficava meio agressiva; que até que a vítima entendia o que estava acontecendo, mas muitas das vezes a vítima não lembrava o que fazia; que no vídeo aparece a vítima em um estabelecimento, na rodoviária, um vídeo da vítima nua com um senhor ao lado e algumas pessoas incentivando ele para ele passar a mão nela, se recorda disso; que na ocasião do vídeo a vítima estava em surto psicótico, mas não teria acontecido antes disso; que no vídeo se lembra que algumas pessoas falavam para o senhor passar a mão na vítima e ele passava a mão nela; que no dia dos fatos a vítima estava totalmente fora de si; que após a disseminação do vídeo a vítima ficou um bom tempo sem "cair em si", a depoente falava para a vítima, mas era a mesma coisa de nada, ela não entendia, foi passando um tempo que a vítima foi melhorando, saindo das drogas e lembra vagamente, pouca coisa; que não conhece o réu Divaldo, nunca o viu, mas aparentemente no vídeo ele também estava bêbado, algo assim que parecia, ele também era induzido pelas pessoas que pediam para filmar; que nunca viu Divaldo; que hoje em dia a vítima não é mais interditada, pois voltou tudo ao normal; que anteriormente teve várias coisas que a informante entrou com pedidos para a vítima, como pedido de internação, a informante ficou responsável pela vítima por um tempo, mas depois voltou ao normal; que não sabe informar se a vítima foi

interditada anteriormente; que quando a vítima estava em estado de surtos, a informante que tomava conta das coisas dela por um tempo; que na época entrou com pedido por conhecerem quem estava filmando e por ser uma situação chata, pois o vídeo viralizou e apontavam o dedo sempre na rua, tomou conhecimento e teve atitude; que não tem como saber se ajuizou ação de indenização, conforme gravação.

*A testemunha **Rodolfo Graciano da Silva** disse que como chegou lá e sentou no lanche da rodoviária, antes de tudo acontecer, a Daiani já estava numa discussão/desentendimentos com a moça do bar, foi quando a dona do bar pediu para que ela saísse de lá e ela atravessou pela rodoviária, nisso o depoente sentou de costas, pois sempre quando a Daiani o vê, uma que é cidade pequena, sempre que a vítima via o depoente, ela ia, brincava e conversava, então o depoente preferiu ficar de costas, mas não se lembra dos fatos, mas lembra que a Elisângela e o Douglas voltaram, sentaram à mesa e depois eles levantaram de novo, mas não se recorda se foi primeiro que teve o rapaz ou se foi antes ou depois, não se recorda disso; que na ocasião dos fatos e durante os acontecimentos, não viu a vítima, pois ficou de costas; que viu a vítima durante o lanche, mas não viu durante o ato que*

aconteceu; que não sabe se a vítima estava normal ou se tinha usado alguma substância entorpecente, mas supõe que a vítima estava nervosa, mas não cabe ao depoente falar se a vítima tinha usado alguma substância; que não conhece Divaldo; que nunca presenciou Daiani se despindo em público antes do ocorrido; que antes dos fatos não sabe se ela fazia tal ato; que não cabe ao depoente falar se a vítima era usuária de drogas e julgar se a pessoa estava ou não usando substâncias entorpecentes, conforme gravação.

*A informante **Maria Aparecida Batista Nogueira** disse que não estava em casa no momento dos fatos, mas ficou sabendo depois, pois falaram à ela; que a disseram que a vítima estava na rodoviária com um cara que morava com a depoente, Divaldo Pereira Martins, foi o que ficou sabendo; que na época dos fatos era companheira de Divaldo; que depois dos fatos, a depoente e o réu se separaram; que ficou sabendo o que aconteceu através de uma colega que falou à depoente que viu seu companheiro na rodoviária com a Daiani, aí se separaram; que não viu vídeos da situação; que foi a delegacia; que na delegacia não mostraram nenhum vídeo ou fotos do Divaldo; que não mostraram nada à ela; que ficou sabendo dos fatos porque uma conhecida viu o Divaldo com a Daiani na rodoviária; que*

a colega disse que os dois estavam na rodoviária; que os dois estavam se beijando; que a vítima tirou a roupa; que não falaram nada sobre o Divaldo ter feito algo com a vítima; que ficou desesperada e separou dele; que faz muito tempo que viu a irmã de Divaldo e ela disse que ele estava em Rondônia; que confirma o seu depoimento prestado na polícia, onde diz que a depoente discutiu com o Divaldo porque ele ia trabalhar em Boa Vista no estado de Roraima; que o réu disse que ia para lá, ele saiu de casa, pegou as roupas e disseram à depoente que ele foi para a rodoviária e depois disso nunca mais ele apareceu em sua casa; que não sabe se o réu ia de avião para Roraima; que o réu não falou se comprou passagens de avião, ela mesma arrumou as roupas dele, colocou na mala e ele disse que ia à Roraima; que o réu iria embora para Roraima; que quando Divaldo estava com ela, ele trabalhava em oficina, parece que era torneiro mecânico; que Divaldo trabalhava para o Gilmar; que viveu com Divaldo por 2 ou 3 anos; que depois dos fatos a depoente separou dele; que antes dos fatos tinha uma vida harmoniosa com Divaldo, conforme gravação.

A testemunha de defesa **Dilton Gabriel Machado Santos** disse que conhece Divaldo aproximadamente desde 2017, pois foi quando ele começou a trabalhar na fazenda do pai do depoente em

Boa Vista-Roraima, fazenda que hoje o depoente toma conta; que Divaldo trabalha na fazenda como operador de trator e como mecânico, sempre desenvolveu essas atividades como mecânico, mas também trabalha como operador, inclusive é um ótimo mecânico e operador; que a família de Divaldo vive na fazenda e também dos outros funcionários, outro caseiro que mora com a esposa e teve uma época que morou filhos e netos, também a esposa do depoente que vive na fazenda e sempre tiveram um convívio harmonioso com Divaldo, sempre foi uma pessoa prestativa, nunca tiveram problemas e queixas contra ele; que em Boa Vista, Divaldo vive com uma senhora e a senhora tem os filhos dela, então meio que ele faz parte da família dela, ele mora com ela; que Divaldo vive com uma companheira, acha que ele vive na casa dela e desde que ele trabalha com o pai do depoente, às vezes o depoente que ia pegar Divaldo para ele trabalhar na fazenda, então sempre o depoente ia buscar ele lá, neste local, Divaldo sempre morou lá; que Divaldo sempre foi um ótimo empregado, porque ele é bom operador de máquinas pesadas, inclusive estão sentindo falta dos serviços dele e um ótimo mecânico também; que Divaldo é responsável no serviço, mas sabe que o réu tem problemas com bebidas alcoólicas, mas na fazenda é proibido o uso de bebidas alcoólicas, o combinado que fizeram com Divaldo é que ele vai trabalhar, tanto que ele nem tem

carteira assinada por conta disso, pois ele prefere vir uns dias para a cidade, passa uns 40 dias trabalhando lá, vem para a cidade, fica uns 15/20 dias e depois ele volta de novo, ele trabalha como diarista lá, mas tem o conhecimento de quando o Divaldo não está trabalhando ele tem contato com bebida alcoólica; que conheceu Divaldo através de um amigo do pai do depoente que trabalha nessa área agrícola com outros fazendeiros e na época Divaldo trabalhava em outra fazenda, mas ele saiu de lá e o colega do pai do depoente indicou Divaldo para trabalhar, pois sabia que ele era um bom trabalhador; que soube dos fatos depois, pois no dia que Divaldo foi preso em Boa Vista, o depoente que estava levando o réu para fazenda, inclusive ele foi preso no trajeto para fazenda, pois pararam na barreira da polícia rodoviária e o policial rodoviário identificou que Divaldo tinha um mandado de prisão em aberto e aí ele foi preso, acha que foi num domingo ou sábado, mas estava levando ele para a fazenda para iniciar os trabalhos dele na segunda-feira, conforme gravação.” (fls. 1003/1007)

De tal modo, diante de todos os elementos obtidos no curso da instrução, verifica-se que a prova produzida sob o crivo do contraditório é segura no sentido de determinar a responsabilidade criminal do apelante pelos fatos narrados na exordial acusatória.

Depreende-se dos autos que a vítima **Daiani**, a despeito de ter referido não se lembrar do ocorrido, confirmou que, à época dos fatos, fazia tratamento psiquiátrico para bipolaridade e depressão, e fazia uso de entorpecentes. Relatou que, em algumas ocasiões, sofreu surtos psicóticos e se despiu em lugares públicos. Em tais ocasiões, não tinha condições de entender o que acontecia. Soube que os vídeos dos abusos foram vazados por Douglas, e ganharam grande repercussão, pois parentes que residiam em outro Estado tiveram acesso a tais vídeos e avisaram sua irmã, que registrou a ocorrência. Sofreu grande constrangimento pela repercussão dos fatos, pois as pessoas passavam, a apontavam e falavam *"a menina do vídeo da rodoviária, a menina é isso, a menina é aquilo"*. Possui um filho menor, e ele também sofreu muito com a divulgação das imagens, vindo a sofrer bullying na escola, e até os dias atuais passa por tratamento psicológico.

Apenas com base no relato da vítima já se pode concluir pela impossibilidade do decreto absolutório, pois, em crimes iguais ao aqui apurado, o relato da ofendida se reveste de indiscutível importância para a busca da verdade real, já que ela não teria motivo algum para incriminar um inocente, sendo a sua única intenção ver responsabilizado aquele que lhe acarretou dano físico e emocional e,

com isso, se proteger de novos abusos.

Neste particular, válido lembrar que *“nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos” (AgRg no AREsp nº 1.646.070/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020).*

No mesmo sentido é o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal: *“...PALAVRA DA VÍTIMA VALIDADE. Nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima goza de relevante valor provatório, preponderando sobre a versão declinada pelo acusado e ostentando força para autorizar a formação de juízo condenatório. Reforçada a credibilidade das afirmações da ofendida pela inexistência de motivos para imputar ao agente criminoso prática que não tenha verdadeiramente ocorrido.”* (STF - ARE nº 885512/RS, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 31/03/2016, Data de Publicação: DJe-062 06/04/2016).

Ademais, o relato da ofendida foi corroborado pelo depoimento de sua irmã **Daniele**, bem como pela própria confissão do réu **Divaldo** em juízo, confirmando que tocou os seios e a vagina da

vítima.

Apenas com base na confissão judicial, já se pode concluir pelo acerto do decreto condenatório, pois a admissão de culpa é prova inquestionável de autoria, somente devendo ser afastada quando, por ela, se vislumbra algum interesse escuso do confitente, o que não se verifica no caso presente.

A corroborar todo o acervo probatório coligido, tem-se, ainda, as mídias contendo as gravações dos abusos (fls. 923/924). Denota-se dos vídeos que o réu estava na estação rodoviária, de onde embarcaria num ônibus, quando se aproximou da ofendida e passou a assediá-la de modo a induzi-la a despir-se. Embora estivessem em lugar público, a vítima assim o fez e ficou nua no terminal rodoviário. O réu passou então a apalpá-la, passando as mãos em suas nádegas e vagina e sugando o seu mamilo.

Respeitada a argumentação defensiva, também não há se falar em ausência de prova da incapacidade mental da vítima. E isso porque, restou sobejamente demonstrado nos autos que a ofendida não tinha condições de compreender o caráter libidinoso daquele episódio. Nessa toada, ela foi submetida a avaliação psiquiátrica forense, sendo diagnosticada como portadora de síndrome de dependência de

cocaína, bem como constatou-se que era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, *in verbis*:

“Examinada é portadora de Síndrome de Dependência de Cocaína. Na data do fato criminal desse processo (11.01.2015), por intoxicação aguda e crônica de cocaína, ela era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (fls. 317/318).

Também não há se falar em absolvição por erro de tipo. O dolo do agente não pode ser afastado sob tal alegação, uma vez que o apelante possuía conhecimento inequívoco, ou elementos fáticos suficientes para tanto, da condição de notória deficiência mental da vítima, com quem praticou os atos libidinosos capturados na filmagem.

Além disso, o comportamento da vítima – despir-se e dançar em um terminal rodoviário de uma cidade pequena – era tão incomum que o réu, um homem experiente, deveria ter percebido que ela estava sob forte efeito de substâncias entorpecentes, incapaz de controlar seus atos.

Assim, a análise dos fatos revela inequivocamente a

presença de dolo na conduta do apelante, o que inviabiliza o acolhimento da tese defensiva de exclusão da culpabilidade.

No mesmo sentido, ponderou a D. Procuradoria-Geral de Justiça, em prestimoso parecer:

“Como se vê, ao contrário do que sustenta a ilustre defensora, há prova técnico-pericial suficiente a demonstrar a incapacidade mental da vítima.

Evidentemente, o réu sabia disso; ou tinha suficientes elementos de percepção da realidade para sabê-lo. Não há como se reconhecer, no caso, o invocado erro de tipo, suscetível de afastar o dolo do agente. Resulta inegável que ele tinha elementos fáticos suficientes para saber que se relacionava sexualmente com uma mulher portadora de notória deficiência mental.

Afinal, não é cena normal do cotidiano urbano de uma pequena cidade do interior que uma mulher se desnude num terminal rodoviário e passe a dançar em meio às gargalhadas e gracejos das pessoas presentes. O réu é homem vivido e experiente, contando à época quase 60 anos de idade. Certamente saberia identificar uma pessoa sob forte influência de entorpecentes a ponto de

perder a capacidade de compreensão da realidade e os freios morais que alicerçam o pudor e inibem o desnudamento público.

Daí se conclui com certeza o dolo que animava seu proceder, não se podendo cogitar da exclusão de culpabilidade invocada pela defensora.” (fl. 1085)

Finalmente, importante salientar que as ações do réu de apalpar vítima, passando as mãos em suas nádegas e vagina e sugando o seu mamilo, são suficientes para configurar o crime do art. 217-A, §1º, do Código Penal, não cabendo qualquer tipo de desclassificação do delito, notadamente porque, contando a ofendida com enfermidade ou deficiência mental que lhe suprimia o necessário discernimento para a prática do ato, fica caracterizada a violência presumida, de modo a afastar o tipo penal previsto no artigo 215-A, do mesmo *Codex*.

Consoante entendimento pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça, *“Como é cediço, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior consolidaram a jurisprudência no sentido da impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, na medida em que o tipo penal previsto no art. 215-A do Código Penal,*

é praticado sem violência ou grave ameaça, ao passo que o delito imputado ao recorrente (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de vítima menor de 14 anos de idade, devendo ser observado o princípio da especialidade. (...) É firme o entendimento deste Superior Tribunal no sentido de que, 'para a consumação do crime de estupro de vulnerável, basta a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo suficiente a conduta de fazer a vítima sentar-se no colo do autor do fato e passar a mão em seu corpo, inclusive nas partes íntimas [...]' (AgRg no REsp n. 1.894.974/PR, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2021, DJe 12/3/2021), como na espécie. In casu, consoante asseverado pelas instâncias ordinárias, o conjunto fático-probatório constante dos autos é coeso, consistente e demonstra que o réu passava a mão nos seios e na genitália da vítima - sua neta, que contava à época dos fatos com 9 (nove) anos de idade (e-STJ fls. 380 e 486) -, por cima da roupa, com a finalidade de satisfazer sua lascívia, tendo a Corte a quo concluído pela configuração do delito do art. 217-A do CP em sua modalidade consumada. No contexto delineado pelo Tribunal local, com efeito, a prática do delito de estupro de vulnerável, em sua modalidade consumada, ficou evidenciada pela prática de atos libidinosos diversos

da conjunção carnal, não havendo se falar na forma tentada do crime.” (AgRg no AgRg no AREsp 1920009/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 19/11/2021).

Desta feita, vê-se que a prova oral coligida, analisada em cotejo com a prova pericial e documental, bem confirmou a responsabilidade criminal do réu, pelo que era, de fato, de rigor a condenação dele pelos fatos descritos na exordial.

Desse modo, tem-se que o decreto condenatório era mesmo de rigor.

Com isso, resta, apenas, analisar a pena imposta.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 8 anos e 4 meses de reclusão, em razão dos maus antecedentes do sentenciado.

No ponto, em análise a certidão estadual de distribuições criminais do réu (fls. 906/907) e sua folha de antecedentes (fls. 908/909), anoto que, respeitado o entendimento do D. Juízo *a quo*, ele não ostenta maus antecedentes, razão pela qual fica afastado, de ofício, o aumento da pena realizado na origem, retornando a reprimenda

ao piso legal, em 8 anos de reclusão.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, a qual não possui o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, a teor da Súmula nº 231 do C. STJ.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, a reprimenda tornou-se em definitiva.

O regime fechado para início de cumprimento da pena há de ser preservado, uma vez que é o único compatível com as circunstâncias fáticas em que o delito foi praticado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

In casu, o regime mais gravoso mostra-se adequado em razão do montante da pena imposta, da gravidade e hediondez do crime de estupro de vulnerável, que tanto intranquiliza a sociedade, e periculosidade concreta de quem o pratica, além do grande abalo emocional que os fatos ocasionaram à ofendida, fatores que exigem resposta enérgica, com a qual não é compatível solução mais branda.

Derradeiramente, por ausência dos requisitos legais, incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou o *sursis* penal, nos termos dos artigos 44 e 77 do Código



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Penal.

Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, afastando-se, *ex officio*, os maus antecedentes reconhecidos na origem, sem efeito, contudo, na reprimenda final imposta, mantendo-se, no mais, a r. sentença proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relatora