



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2012.0000176725**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005453-79.2009.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante MAYKON EDUARDO MODESTO DIAS sendo apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo defensivo para desclassificar a conduta do apelante para o art. 61 da Lei de Contravenções Penais, e julgaram extinta a punibilidade do apelante pelo advento da prescrição da pretensão punitiva. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO MENIN (Presidente sem voto), ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA E BORGES PEREIRA.

São Paulo, 17 de abril de 2012.

**Souza Nucci**  
**RELATOR**  
Assinatura Eletrônica



**Apelação criminal nº 990.10.102276-1**

Comarca: Itu

Apelante: Maykon Eduardo Modesto Dias

Apelado: Ministério Público

**VOTO Nº. 3689**

Atentado violento ao pudor. Falta de provas. Não ocorrência. Seguros depoimentos testemunhais somados à avaliação psicossocial da vítima. Tipicidade material. Necessidade de desclassificação para importunação ofensiva ao pudor. Breve apalpamento. Ausência de lesão à liberdade sexual. Detração. Extinção da punibilidade. Apelo parcialmente provido.

Pela sentença de fls. 164/173, proferida em 13/11/09 pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Marcelo Barbosa Sacramone, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itu, MAYKON EDUARDO MODESTO DIAS foi condenado à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, dando-o como incurso no art. 214, c.c. art. 224, a, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defensoria do réu maneja o presente recurso de apelação alegando, preliminarmente, a desproporcionalidade da reprimenda e o afastamento do art. 9º da Lei 8.072/90; no mérito, pleiteia a absolvição por falta de provas (fls. 187/199).

O Ministério Público se bateu pelo acerto



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do *decisum* (fls. 205/209) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (fls. 232/241).

É o relatório.

Inicialmente, anoto que as teses preliminares são, em verdade, questionamentos meritórios, razão pela qual serão abordadas oportunamente.

Segundo consta, em 03/04/09, os genitores da vítima promoviam um churrasco em sua residência, para o qual foi convidado, além de outras pessoas, o apelante.

Na ocasião, aproveitando-se do afastamento dos pais da ofendida e dos demais convidados, o apelante aproximou-se de Ana Júlia, que contava 6 anos de idade, e proferiu: “*você é gostosa*”. Em seguida, introduziu a mão na parte interna da calça da ofendida e deslizou-a das nádegas à vagina.

Em solo policial, o apelante negou as imputações que lhe são feitas. Afirmou jamais ter ficado sozinho com a infante e não sabe informar por qual razão estaria sendo acusado. No mais, indica que a genitora da vítima teria um caso extraconjugal.

Interrogado sob o crivo do contraditório, voltou a negar a acusação. Confirmou ter participado do churrasco na residência dos pais da ofendida, apontando ter ficado próximo à churrasqueira durante todo o evento, estando sempre em local em que poderia facilmente ser visto pelas outras pessoas. Afirmou já ter sido assediado pela genitora da vítima; afirma também que os pais da vítima comercializam



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

filmes pornográficos, tendo a ofendida livre acesso aos mesmos. Por fim, reiterou que a genitora da ofendida mantém caso extraconjugal.

Kátia, mãe da vítima, narra que, dias após o churrasco, estava dando banho em sua filha, ocasião em que, ao dizer à infante para lavar sua genitália, a mesma afirmou que não mais gostaria de se aproximar do apelante. Inquirida sobre o motivo de tal assertiva, a ofendida contou-lhe o ocorrido. Ato contínuo, alertou a filha sobre a gravidade do ocorrido, pedindo que contasse apenas a verdade, ao que a infante relatou novamente os fatos, sem qualquer alteração. No dia seguinte, levou a filha a uma psicóloga a fim de verificar a veracidade da narrativa, tendo recebido como resposta da terapeuta que não havia sinais de fantasia. Afirmou que no dia dos fatos passou considerável tempo cantando no videokê, juntamente com os demais participantes do churrasco, tendo o apelante permanecido junto à churrasqueira.

A vítima, nas duas oportunidades em que foi ouvida, narrou que se encontrava próxima à churrasqueira, enquanto sua mãe cantava com outros convidados; em dado momento o apelante se aproximou e a chamou de “gostosa”, em seguida, colocou a mão por dentro de sua roupa, passando a mão.

Laudenir, por sua vez, pai da vítima, narra que, dias após o churrasco, ao chegar em casa, foi chamado por sua esposa, que dava banho na filha, ocasião em que a primeira pediu à infante que repetisse ao pai exatamente o que havia lhe



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contado a pouco. A vítima, então, relatou ao genitor o ocorrido, afirmando que não mais gostaria de ver o apelante. Confirma que a filha foi levada à psicóloga.

Milene, que também se encontrava no churrasco, afirmou ter recebido ligação da genitora da vítima, a qual lhe contou o ocorrido. Ao depois afirma ter ouvido da própria vítima a narrativa dos fatos.

Lilian, assistente social, afirma que o relato da vítima aparentava ser verdadeiro e que não havia indícios de que sua mãe a tivesse influenciado. Esclarece que a vítima foi ouvida isoladamente e dava sinais de ter sido abusada.

A testemunha de defesa, Karla, esposa do acusado, afirma ter certeza de que o acusado nada fez contra a menor. Assim como o apelante, diz possuir a genitora da vítima relação extraconjugal, chama-a de louca, e a acusa de comercializar filmes pornográficos.

As afirmações feitas pelo acusado e por sua esposa contra a genitora da ofendida em nada influenciam o presente caso. Trata-se de tentativa de imputar à mesma a criação fantasiosa dos fatos, o que, porém, não há de lograr êxito, uma vez que todos os elementos convergem em desfavor do apelante.

Soma-se a isso a avaliação psicossocial, que após acompanhamento da vítima e seus familiares, concluiu haver indícios de que a ofendida tenha sido tocada sexualmente, por imposição física.

Dessa forma, verifico bem demonstrada a



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

existência do fato e a autoria da conduta.

Contudo, entendo mereçam os fatos definição jurídica diversa. Como é sabido, os tipos penais são hoje analisados sob dois prismas: o formal e o material. Nada obstante a conduta ora em análise possa enquadrar-se, formalmente, ao art. 214 c. c. art. 224, *a*, ambos do Código Penal (atual art. 217-A), a conduta do apelante não alcançou o *grau de lesividade e reprovabilidade* necessários para o reconhecimento do delito de estupro de vulnerável.

A *elementar ato libidinoso* deve ser interpretada de acordo com o princípio da ofensividade, sendo entendida como a conduta que fere, de forma intensa e profunda, a dignidade sexual da vítima. Não basta se sinta a vítima incomodada ou desrespeitada; é preciso se sinta agredida em sua intimidade e liberdade.

No presente caso, entretanto, tratou-se de um apalpamento, de brevíssima duração, valendo-se unicamente da desatenção da vítima.

Entendo, portanto, deva ser a conduta desclassificação para importunação ofensiva ao pudor, uma vez que a conduta do apelante foi suficiente tão somente para abalar o sentimento de vergonha da ofendida, não chegando a imiscuir-se em sua liberdade sexual.

Por outro lado, carece a legislação penal brasileira de um tipo penal intermediário, entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor, possivelmente o quadro ocorrido neste processo. À falta disso, mais adequado optar-se



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela situação favorável ao réu, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.

No que tange à reprimenda, tendo o acusado permanecido custodiado por período de tempo superior a um ano, mister se faz seja reconhecida a detração e a consequente extinção da punibilidade do apelante.

Mas também houve a prescrição, pois entre a data da sentença e a deste julgamento passou período superior a dois anos, o que atinge a pena em abstrato destinada à contravenção do art. 61 da LCP.

Por interesse do próprio acusado, deve prevalecer a carência de pretensão punitiva, que nem mesmo maus antecedentes será capaz de gerar.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo defensivo para desclassificar a conduta do apelante para o art. 61 da Lei de Contravenções Penais, e julgar extinta a punibilidade do apelante pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

**SOUZA NUCCI**

**Relator**