



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

APELAÇÃO-CRIME. ASSEDIAR, POR QUALQUER MEIO DE COMUNICAÇÃO, CRIANÇA, COM O FIM DE COM ELA PRATICAR ATO LIBIDINOSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARMAZENAR, POR QUALQUER MEIO, FOTOGRAFIA, VÍDEO OU OUTRA FORMA DE REGISTRO QUE CONTENHA CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONCURSO MATERIAL.

1. PRELIMINAR. PROVA ILÍCITA. NULIDADE

INOCORRENTE. *Hipótese em que a apreensão de diversas mídias na residência do acusado e o acesso imediato ao seu conteúdo foram deferidos por decisão judicial fundamentada, o respectivo mandado de busca e apreensão sendo cumprido pelos policiais, na companhia de peritos oficiais do Instituto Geral de Perícias do Estado do Rio Grande do Sul, os quais foram os responsáveis pelo exame do material e localização das imagens de pornografia infantil. Defesa que não trouxe aos autos qualquer elemento concreto que respaldasse minimamente a alegação de invalidade da prova ou irregularidade na diligência efetivada, ônus que lhe cabia (art. 156 do CPP). Não reconhecimento de quebra da cadeia de custódia, preservada a história cronológica das evidências que ampararam o édito condenatório. Irrelevância da presença ou não do réu no local da apreensão durante a perícia preliminar. Inocorrência de ilicitude das provas derivadas. Nulidade processual inócurrenente. Preliminar rejeitada.*

2. MÉRITO. ASSEDIAR, POR QUALQUER MEIO DE COMUNICAÇÃO, CRIANÇA, COM O FIM DE COM ELA



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

PRATICAR ATO LIBIDINOSO (1º FATOS). ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. *Prova amplamente incriminatória. Relatos da vítima, criança de apenas 10 anos de idade à época dos fatos, coerentes e convincentes, confirmando que foi reiteradamente assediada pelo réu, por meio de **sites** de relacionamento e **chat** na **internet**, com utilização de **WebCam**, a fim de que se despisse, exibisse o seu corpo em frente e praticasse atos libidinosos. Narrativa vitimária corroborada pela prova documental acostada aos autos, em especial as cópias das mensagens trocadas com o agente. Acusado que, em seu interrogatório judicial, admitiu ter incentivado o menor "a se exhibir" mostrando "a parte íntima", recusando apenas ter pedido que ele se despisse. Tipo penal que não exige a coação da vítima, sendo irrelevante, à sua configuração, o fato de a criança demonstrar curiosidade ou interesse pela temática sexual. Prova segura à condenação, que vai mantida.*

3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (2º FATOS). ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. *Prova amplamente incriminatória. Relatos coerentes e convincentes da vítima, criança de apenas 10 anos de idade à época dos fatos, dando conta de que, em duas oportunidades, manteve contato com o réu, pessoa que conheceu pela **internet**, por meio de **WebCam**, oportunidade em que ele se despiu, passando a praticar masturbação, instando-o a também manipular seu pênis, com o que concordou, ambos se masturbando simultaneamente. A palavra da vítima, em delitos que atentam contra a dignidade sexual, porque geralmente praticados sem testemunhas, assume*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

*especial relevância, principalmente quando encontra amparo no restante do contexto probatório, notadamente os diálogos anexados aos autos, dos quais se depreende claramente que o réu efetivamente praticava atos libidinosos diversos da conjunção carnal com o menor. Relatos vitimários corroborados, ainda, pelas declarações de seu genitor, acerca da descoberta dos abusos e deflagração da investigação policial, em consonância com os dizeres dos policiais civis que atuaram na ocorrência, esclarecendo que o increpado foi localizado por meio dos IP's dos locais onde ele utilizava o perfil falso que mantinha na rede social **Facebook**. Acusado que, embora negando ter se masturbado na frente da vítima, admitiu, em seu interrogatório judicial, que em uma oportunidade visualizou o menino manipulando o órgão genital por meio da **WebCam**, sustentando que "ambos se estimularam a se exhibir". Ação delituosa praticada pelo indigitado que se enquadra perfeitamente na conceituação de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, dedicados a satisfazer a libido deturpada do agente. Tipo penal que pode se configurar a despeito da ausência de contato físico, quando suficiente a mera "contemplação lasciva". Precedentes do E. STJ. Tipicidade incontroversa.*

4. ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA. *Tese exculpatória vertida em juízo pelo incriminado, no sentido de que desconhecia a idade da vítima totalmente incomprovada e inverossímil. Evidenciado pela fotografia do ofendido inserida em seu perfil na página da rede social **Facebook** os traços absolutamente infantis da criança – que possuía*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

apenas 10 anos de idade à época dos fatos –, denotando claramente sua tenra idade. Inviável o acolhimento da tese de erro de tipo. Precedente do E. STJ. Condenação mantida.

5. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA OS PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 241-D, PARÁGRAFO ÚNICO, II DO ECA OU NO ART. 215-A DO CP. INVIABILIDADE.

Ação delituosa praticada pelo indigitado que denota perfeitamente a intenção de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a vítima. Releva neste tipo de crime o conteúdo finalístico da ação, se possui carga libidinoso, dirigida ao prazer sexual. Precedentes do E. STJ. Conduta que, em pelo menos duas oportunidades, foi além do mero assédio, concretizado o ato libidinoso da conjunção carnal, circunstância que inviabiliza a desclassificação para o delito previsto no art. 241-D, parágrafo único, II do ECA. Da mesma forma, inviável operar-se a desclassificação para o tipo penal do art. 215-A do CP, que tipifica a conduta de “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, não possuindo, como elementares, a violência e grave ameaça, tampouco condizendo com o cometimento de abuso sexual contra pessoa vulnerável, no qual se concretiza a violência presumida. Precedentes do E. STJ. Atos praticados que são tão aviltantes, quanto outros atos mais invasivos, reclamando severidade de repressão. A desproporção, como tal interpretada, resolve-se com apenamento mais contundente para atos mais invasivos, nos limites preconizados pelo legislador. Inexistência de



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

violação ao princípio da proporcionalidade. Estupro de vulnerável configurado. Desclassificação inviável.

6. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO.

IMPOSSIBILIDADE. *O princípio da correlação decorre de cláusula pétrea constitucional que reconhece aos acusados o direito a mais ampla defesa, impedindo que sejam julgados e condenados por conduta que não encontre correspondência com a narrativa fática contida na inicial. Agente ministerial que, ao ofertar a denúncia, descreveu com precisão os abusos sexuais atribuídos ao imputado, constando expressamente que os ilícitos “foram cometidos por comunicação via internet”, conceito no qual se inserem ambos os **sites** mencionados pelo ofendido. Inexistência de violação ao princípio da correlação. **Delictum continuatum** configurado.*

7. ARMAZENAR, POR QUALQUER MEIO, FOTOGRAFIA, VÍDEO OU OUTRA FORMA DE REGISTRO QUE CONTENHA CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (4º FATO). ÉDITO CONDENATÓRIO.

MANUTENÇÃO. *Prova amplamente incriminatória. Relatos dos policiais civis inquiridos em juízo confirmando a apreensão de diversas mídias na residência do acusado, nas quais localizadas, por peritos oficiais do Instituto Geral de Perícias do Estado do Rio Grande do Sul, grande quantidade de imagens atinentes à pornografia infantil. A palavra dos agentes de segurança pública tem valor probante igual ao de qualquer outra testemunha e, como tal, pode e deve ser considerada para efeito probatório, não havendo qualquer indicação concreta de que*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

tivessem interesse em prejudicar o inculpado. Acusado que, em ambas as fases de ausculta, admitiu que efetivamente armazenava em seus arquivos as imagens de pornografia infantil localizadas, em que pese alegando ausência de dolo em seu agir. Prova segura à condenação, que vai mantida.

8. PENAS. DOSIMETRIA. Crime de estupro de vulnerável 2º fato. *Basilar de 8 anos e 11 meses que se mostrou excessiva à luz do exame das operadoras do art. 59 do CP. As **consequências** realmente foram graves, projetando-se para além da previsão típica, considerando o abalo sofrido pelo menino, que externou em audiência sentimentos de culpabilização e reprodução de comportamento de risco, inclusive necessitando de acompanhamento psicológico depois dos eventos. Da mesma forma, a **culpabilidade**, tida como grau de reprovabilidade da conduta, efetivamente excedeu o ordinário, porquanto o inculpado era estudante de medicina à época dos fatos, esta especial condição tornando muito mais reprovável a conduta porque dele se esperava maior empatia e respeito à dignidade alheia. Todavia, as **circunstâncias** o favoreceram, porque o grau de invasividade da conduta não foi intenso como outros tantos que também caracterizam o estupro de vulnerável, diante do **modus operandi** empregado – contato libidinoso virtual. Princípio da proporcionalidade. Basilar reduzida para **8 anos e 6 meses de reclusão**, que, aumentada em 1/6 pela continuidade delitiva, resulta, agora, fixada em **9 anos e 11 meses de reclusão. Crime previsto no art. 241-D, parágrafo único, II, do ECA (1º***



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

fato). *Penal-base adequadamente fixada em **1 ano e 4 meses de reclusão**, negativas as operadores **culpabilidade** e **consequências**, o que vai mantido nos termos da fundamentação exposta da dosimetria do 2º fato. Por fim, presente a **continuidade delitiva**, a pena foi elevada em 1/6, resultando a reprimenda final em **1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão** – e não 1 ano, 7 meses e 6 dias, como constou na sentença, erro material que se corrige, de ofício, porque em benefício do réu. **Crime previsto no art. 241-B do ECA (4º fato).** Penal-base adequadamente fixada em **1 ano e 4 meses de reclusão**, negativas as operadores **culpabilidade** e **circunstâncias**. **Culpabilidade** que efetivamente excedeu o ordinário, pelas razões já expostas, quando da dosimetria do estupro. As **circunstâncias** foram igualmente negativas, diante do substancial número de imagens localizadas nas mídias do increpado (cerca de 12.000). Basilar mantida em **1 ano e 4 meses de reclusão**, ausentes outras causas modificadoras. Concurso material. Somadas as reprimendas, resta o réu definitivamente condenado, agora, à pena privativa de liberdade de **12 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão**.*

9. VALOR MÍNIMO REPARATÓRIO. *Inexistência de qualquer elemento, nos autos, que pudesse justificar a fixação de valor mínimo reparatório, à vítima, não havendo demonstração de prejuízo material concreto eventuais danos morais devendo ser buscados e aferidos na seara cível, no âmbito criminal só possibilitada a reparação de danos materiais, porque, de fácil quantificação. Verba reparatória afastada.*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

10. STATUS LIBERTATIS. *Manutenção da prisão preventiva do acusado pelos mesmos fundamentos que a determinaram no curso do processo. Gravidade concreta das condutas e risco de reiteração delitiva, tudo reforçado pela superveniência da condenação, com pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime fechado. Garantia da ordem pública. Descabimento de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Inteligência do art. 312 c/c art. 387, § 1º, ambos do CPP. Custódia preventiva preservada.*

PRELIMINAR REJEITADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE REDIMENSIONADA PARA 12 ANOS, 9 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO. MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS.

APELAÇÃO CRIME

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

A.C.B.

APELANTE

..

M.P.

APELADO

..



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, EM REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA REDIMENSIONAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO RÉU PARA 12 ANOS, 9 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO; MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES.^a NAELE OCHOA PIAZZETA (PRESIDENTE) E DES. DÁLVIO LEITE DIAS TEIXEIRA.**

Porto Alegre, 29 de janeiro de 2020.

DES.^a FABIANNE BRETON BAISCH,

Relatora.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

RELATÓRIO

DES.^a FABIANNE BRETON BAISCH (RELATORA)

Adoto, de início, o relatório constante na sentença de fls. 742/763, **publicada em 05.12.2018** (fl. 763), que passo a transcrever:

"(...)

*O **MINISTÉRIO PÚBLICO** apresentou denúncia contra **A. C. B.**, brasileiro, solteiro, nascido em 23/07/1990, (...), como incurso nas sanções do artigo 241-D, parágrafo único, inciso II, do ECA; artigo 217-A, c/c art. 61, inciso II, alínea "h", em continuidade delitiva, ambos do Código Penal; artigo 240, em continuidade delitiva; 241-B, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelos fatos a seguir transcritos:*

'FATOS DELITUOSOS:

I – DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 241-D, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PERPETRADO PELO DENUNCIADO A. C. B. CONTRA A VÍTIMA J. H. S. S.

Em datas e horários diversos não informados no inquérito, porém até o dia 13 de abril 2015, o denunciado A. C. B., por diversas vezes, assediou, por meio de comunicação através do site de relacionamentos



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Facebook, a criança J. H. S. S., então com 10 anos de idade, com o fim de com ele praticar ato libidinoso.

Os crimes foram cometidos por comunicação via internet, estando o denunciado em Porto Alegre, utilizando plano de internet pessoal e o sistema de internet da Pontifícia Universidade Católica, onde cursa medicina e a criança na residência dos pais (...) em São Paulo/SP.

O denunciado A. C. B. conheceu J. H. S. S., através do site "OMEGLE", utilizando o perfil de "P. D.", após questionar o menino se o mesmo possuía perfil no Facebook, pediu para J. H. que o adicionasse em seus contatos de amizade, então, passou a ter conversas de cunho sexual com a vítima, pedindo para o menino despir-se diante da webcam, se masturbar e "abrir a bunda", bem como em uma das ocasiões, lhe mostrou o pênis diante da webcam dizendo que gostaria de fazer sexo com o menino.

A transmissão das imagens se dava, dentre outros métodos, através de sistemas do Facebook e Skype.

Registre-se que foram acostadas às fls. 08/17 dos autos, cópias das páginas do site de relacionamentos Facebook do perfil de "P. D." e de J. H. nos quais constam os referidos diálogos, dentre os quais, destacam-se algumas conversações abaixo transcritas:

DATA 08/04/2015 (quarta-feira)

"P. D.: libera a cweb

J. H.: pronto

tá me vendo?

P. D.: aee

ss

J. H.: posso mostrar o pau comigo peladinhos?

P. D.: ss

J. H.: então tira a roupa aí



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

P. D.: tira junto

J. H.: ok

you consegue vir aqui amanhã?

P. D.: não dá

moro longe

J. H.: pq queria fazer um sexo com vc

P. D.: dlc eu também

gostosao

J. H.: consegue que dia

P. D.: não sei

mas vamos nos falando por aqui

mostra teu corpo

J. H.: ok

viu?

P. D.: ham

consegue bater mostrando o pau?

J. H.: vou tentar

P. D.: gostoso

J. H.: mano to de pau durinho tem carro?

P. D.: sim

J. H.: você mora em sp?

P. D.: nn

RS

é longe

queria muito te come

e te chupa

J. H.: mas você viaja as vezes para ca?



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

P. D.: as vz

mas pouco

J. H.: esse ano você consegue?

P. D.: ainda não sei

mostra o pau aí

consegue por a cam mais baixa?

Delíciaa

J. H.: mano eu quero MUUUUUUUUITO chupar seu pau

P. D.: então vemm

chupa todo

J. H.: como você tá aí no rs

P. D.: bemm

kkkk

meio frio

kkkk

você me esquenta

J. H.: como vou aí hein?

P. D.: kkkk

poise

J. H.: mano

queria muito que você também chupasse meu pau

que eu enfiasse na sua bunda

P. D.: queria enfiar toda boca nele

J. H.: também

P. D.: issou

mete no meu cu

J. H.: seria melhor sexo em grupo né kkkk



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

P. D.: kkkkkk

gostooso

tenho que sai porque tá chegando gny

J. H.: gny?

P. D.: gente

kkkk

J. H.: mas o que quer dizer isso?

P. D.: gent

J. H.: beleza falou nunca vou esquecer de chupar seu pinto

P. D.: tenho q sair

Após isso, J. H. ligou, via webcam, para "P. D.":

J. H.: ok

P. D.: dps nos falamos

J. H.: falou

P. D.: falou

J. H.: mas 12:30 ok

P. D.: se der eu votlo

ate mais

J. H.: ate

DATA 12/04/2015

J. H.: eae cara do pinto delicioso

P. D.: kkkk... oi meu delícia

faz um skype p gente se falar melhor

e ver esse pinto aí



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

DATA: 13/04/2015

João Henrique: eae

blz?

P. D.: oii

blz

J. H.: tudo bem

P. D.: aham

e tu?

J. H.: bem

você já sabe quando vai viajar para ca?

Vamo nos falar pela web?

"P. D." não atendeu a 03 (três) ligações de chamada de vídeo de J. H.

P. D.: oii

não deu p ligar a cam

tem gente perto

J. H.: não tem ngm aqui

P. D.: mas aqui tem

:(

J. H.: que pena

P. D.: sim

J. H.: bom tenho que ir dormir flw

P. D.: ok

ate mais

flw



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

J. H.: ate

Em razão do assédio praticado pelo denunciado – pessoa com cerca de 24 anos à época do fato e dotado de alta inteligência, eis que estudante de medicina em conceituada universidade -, a criança passou a praticar atos libidinosos com seu interlocutor e a realizar vídeos com cenas de sexo e pornografia.

II – DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL PERPETRADO POR A. C. B.

Em datas e horários diversos não informados no inquérito, porém até o dia 13 de abril de 2015, o denunciado A. C. B., em ocasiões diversas, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal – masturbação – com a criança J. H. S. S., então com 10 anos de idade, através de comunicação online via internet.

Após assediar a criança via comunicação por internet conforme descrito no item I, o denunciado convenceu-se a realizar simultânea masturbação para o alcance da satisfação da sua libido. Estando ambos conectados, orientava a criança a tirar a roupa, praticar masturbação, exibir a região anal e peniana, além de conversar sobre feleção e coito anal.

Ainda que não houvesse contato físico entre ambos, as práticas libidinosas diversas da conjunção carnal – masturbação -, foram realizadas de forma simultânea no mesmo ambiente virtual, como se juntos estivessem.

Os crimes foram cometidos por comunicação via internet, estando o denunciado em Porto Alegre, utilizando plano de internet pessoal e o sistema de internet da Pontifícia Universidade Católica, onde cursa Medicina, e a criança na residência dos pais (...).

Em situação análoga, o Egrégio Superior de Justiça, RECURSO EM HABEAS CORPUS No 70.976 – MS (2016/0121838-5), já decidiu,



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

estribando na doutrina, que a prática de atos libidinosos não é condicionada ao contato físico entre abusador e vítima:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA DE MENOR DESNUDA. ATO LIBIDINOSO CARACTERIZADO. TESE RECURSAL QUE DEMANDA REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

O Parquet classificou a conduta do recorrente como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado contra vítima de 10 anos de idade. Extrai-se da peça acusatória que as corrés teriam atraído e levado a ofendida até um motel, onde, mediante pagamento, o acusado teria incorrido na contemplação lasciva da menor de idade desnuda.

Discute-se se a inocorrência de efetivo contato físico entre o recorrente e a vítima autorizaria a desclassificação do delito ou mesmo a absolvição sumária do acusado. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.

O delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal. (...)"

A prática de atos sexuais diversos da conjunção carnal via internet é realidade presente nas relações da sociedade atual, e dela exsurtem variações de práticas libidinosas perfeitamente acolhidas nos tipos penais já previstos.

III – DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 240 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PERPETRADO PELO DENUNCIADO A. C. B. CONTRA A VÍTIMA J. H. S. S.

Em datas e horários diversos não informados no inquérito, porém até o dia 13 de abril de 2015, o denunciado A. C. B., por diversas vezes, produziu cena de sexo explícito e pornográfica, mediante dispositivo de formulação de vídeo através de seu computador, em que a criança J. H. S. S., então com 10 anos de idade, estava envolvida em cena de sexo explícito – masturbação – e pornográfica – exposição de genitália da região anal com fins libidinosos.

Os crimes foram cometidos por comunicação via internet, estando o denunciado por Porto Alegre, utilizando plano de internet pessoal e o sistema de internet da Pontifícia Universidade Católica, onde cursa medicina, e a criança na residência dos pais (...) São Paulo/SP.

Durante as comunicações via internet, o denunciado orientava a criança a despir-se em frente à câmera acoplada ao computador, a ativar a transmissão e registro de cena, realizando masturbação e exposição genitália e região anal.

IV – DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 241-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PERPETRADO POR A. C. B.

Em datas e horário diversos não informados no inquérito, porém até o dia 19 de setembro de 2017, o denunciado A. C. B. armazenou milhares



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

de vídeos e fotografias envolvendo crianças e/ou adolescentes em cena de sexo explícito ou pornográfica.

Após a prática dos delitos descritos nos itens I e II supra, o qual fora noticiado à autoridade policial pelos genitores da vítima J. H. S. S., foi determinada pelo Juízo a realização de busca e apreensão na residência do denunciado A. C. B., sendo que, efetivada a referida busca e apreensão (fl. 124), foram apreendidos os objetos a seguir identificados, consoante se verifica do auto de apreensão de fl. 127:

- 01 aparelho celular Sony Ericsson modelo W580A, com carregador e chip;*
- 01 aparelho celular Samsung, modelo GT-19190, sem chip, e sem cartão de memória;*
- 01 notebook Sony com carregador;*
- 01 pendrive 8GB marca Kingston;*
- 01 aparelho celular Motorola com chip.*

Registre-se que, por ocasião da realização de tal diligência na residência do denunciado, foram encontradas no notebook de propriedade de A. C. B., em busca preliminar, cerca de 12.000 (doze mil) imagens contentando pornografia infantil, consoante se verifica no auto de constatação da fl. 09A do procedimento n. 001/2.17.0080813-1 em apenso.

O laudo pericial n. 150238/2017, apontou que foi encontrada juntamente com a pasta anteriormente solicitada várias outras pastas com conteúdo similar (imagens – fotografias e vídeos – de jovens nus ou parcialmente nus, algumas envolvendo cenas de sexo explícito ou pornografia explícita). Estas pastas estão localizadas principalmente em Arquivos\XX\novapasta\ do segundo volume/partição do HD, sendo várias dessas identificadas com nomes próprios ou a possível origem do conteúdo (“baixadas”, “novas whats”, “facebook”, por exemplo). Foram identificadas algumas imagens envolvendo notoriamente



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

crianças, consoante se verifica do item 2.2 Resultados (fl. 253).

Registre-se que, a pasta citada no Laudo Pericial n. 148651/2017, juntamente com todo seu conteúdo, foi extraída e gravada na mídia física, CD de n. 2843, bem como os arquivos citados no Laudo Pericial n. 150238/2017, foram extraídos e gravados na mídia física, DVD de n. 2821, os quais se encontram no envelope acostado à fl. 256 dos autos.

Nessa extração parcial de dados por ora submetidas à análise, já foram constatados aproximadamente 4600 (quatro mil e seiscentas) imagens contendo crianças e adolescentes em cena de sexo explícito e pornográficas, assim definidas pelo artigo 241-E, do ECA.

A extração ainda demonstra extrema organização dos arquivos de pedofilia por pastas de arquivos denominadas por "classes", como, por exemplo:

- "minas", formada por pessoas do sexo feminino;*
- "IK", formada por arquivos com nomes masculinos brasileiros contendo imagens de meninos nus em atividades sexuais;*
- "novas do wats", com mistura de conteúdo de jovens nus e atividades sociais e acadêmicas do denunciado;*
- "novos vídeos", com inúmeros vídeos de jovens masculinos em atos sexuais.*

A fim de demonstrar a gravidade do conteúdo dos dados extraídos do computador pessoal do denunciado, algumas destas imagens estão acostadas à inicial acusatória.

Os fatos foram descobertos quando o genitor da criança J. H. S. S., então com 10 anos de idade, percebeu que o filho conversava com outra pessoa sobre assuntos sexuais, levando ao conhecimento da autoridade policial paulista, municiando-a com prints do Facebook e das conversações.

Através de informações dos provedores e companhias de comunicações, chegou-se até a rede de informática e comunicações da PUC-RS e do nome do usuário A. C. B., ora denunciado, residente em



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Porto Alegre.

Em razão da competência, os autos da investigação aportaram no Foro Central de Porto Alegre e após remessa ao Ministério Público chegou-se à imagem e atividades lícitas do investigado, dentre elas a condução de estudante de medicina, seu currículo e a participação em algumas atividades voluntárias junto a crianças.

Diante do contexto de atividades na área ligada à sexualidade e proximidade com crianças, foi requerida e deferida a expedição de Busca de Mandado e Apreensão.

Cumprido o mandado, na residência do denunciado foi encontrado o notebook Sony, que já na constatação inicial dos peritos do IGP apresentou conteúdo com grande quantidade de imagens ligadas à pedofilia, razão pela qual foi dada voz de prisão em flagrante delito pela autoridade policial e logo após decretada a prisão preventiva pelo Magistrado Plantonista.

A denúncia foi recebida em 17/10/2017 (fl. 310).

O réu foi preso em flagrante, sendo a prisão convertida em preventiva.

Citado (fl. 436/437), o acusado apresentou, por meio de Defesa Constituída, resposta à acusação (fls. 347/382).

Afastadas as hipóteses de absolvição sumária, seguiu-se a instrução do feito com a oitiva da vítima, inquirição das testemunhas, bem como o interrogatório do réu (CD de fl. 540, 432 e 632).

Encerrada a instrução em 20/03/2018 e substituído o debate



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

oral pela apresentação de memoriais (fl. 628).

Em 04/10/2017, o Ministério Público requereu a reabertura da instrução, pugnando pela expedição de ofício ao IGP-RS, para remessa do laudo relativo à perícia não concluída (fl. 634).

Com a juntada dos laudos periciais pendentes (fl. 683), a instrução foi encerrada em 30/10/2018 e o debate oral substituído pela apresentação de memoriais (fl. 684).

O Ministério Público (fls. 686/695), em memorial, postulou a condenação do réu pela prática dos fatos I, II e IV da denúncia, absolvendo-o em relação ao fato III, forte no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Por sua vez, o defensor constituído (fls. 697/741) requereu, preliminarmente, o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas a partir da busca e apreensão realizada. No mérito, pediu a absolvição de todas imputações feitas na exordial acusatória. Quanto ao delito do artigo 217-A do CP, pediu, alternativamente, a desclassificação da conduta para a infração prevista no artigo 241-D, parágrafo único, inciso II, do ECA. Ao fim, pugnou pela revogação da prisão preventiva do acusado.

(...)”



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

No ato sentencial, a magistrada *a quo* **JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A DENÚNCIA**, para **absolver A. C. B.** da imputação prevista no art. 240 do ECA (3º fato), com base no art. 386, VII do CPP, e **condená-lo** como incurso nas sanções do art. 241-D, parágrafo único, II do ECA, na forma do art. 71 do CP (1º fato); art. 217-A, *caput*, na forma do art. 71, ambos do CP (2º fato); e art. 241-B, *caput* do ECA (4º fato), todos na forma do art. 69 do CP, às penas de **14 ANOS, 2 MESES E 11 DIAS DE RECLUSÃO** (1º FATO – ART. 241-D, § ÚNICO, II DO ECA: 1 ANO, 7 MESES E 6 DIAS: pena-base de 1 ano e 4 meses, aumentada em 1/6 pela continuidade delitiva; 2º FATO – ESTUPRO DE VULNERÁVEL: 10 ANOS, 04 MESES E 25 DIAS DE RECLUSÃO: pena-base de 8 anos e 11 meses, aumentada em 1/6 pela continuidade delitiva; 4º FATO – ARMAZENAMENTO DE PORNOGRAFIA INFANTIL: 1 ANO E 4 MESES: pena-base de 1 ano e 4 meses, assim definitivada), no regime inicial **FECHADO**, e multa de **25 DIAS-MULTA** (1º FATO – ASSÉDIO DE MENOR: multa de 10 dias-multa; 4º FATO – ARMAZENAMENTO DE PORNOGRAFIA INFANTIL: multa de 10 dias-multa), à **razão unitária mínima**. Mantida a segregação cautelar. Fixado o valor de reparação civil à vítima em R\$ 10.303,20 por danos morais. Custas pelo réu.

Inconformada, a defesa apelou do **decisum** (fl. 770).

Em seu arrazoado, suscitou, preliminarmente, a ilicitude da prova obtida por ocasião da diligência de busca e apreensão na residência do acusado,



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

porquanto o exame preliminar do conteúdo das mídias se deu sem a presença do acusado, acarretando a quebra da cadeia de custódia e violando o seu direito de defesa. No mérito, sustentando as teses de insuficiência probatória e atipicidade das condutas, postulou a absolvição do acusado quanto aos três delitos pelos quais condenado. Ainda quanto ao delito de estupro de vulnerável, sustentou a ocorrência de erro de tipo por desconhecimento da idade da vítima, requerendo, subsidiariamente, a desclassificação para o delito previsto no art. 241-D, parágrafo único, II do ECA ou para o crime previsto no art. 215-A do CP. Caso mantidas as condenações, pugnou pela redução das basílicas ao mínimo legal, bem como pelo afastamento da continuidade delitiva no tocante ao delito de estupro de vulnerável. Por fim, requereu o afastamento da reparação de danos ao ofendido e a revogação da prisão preventiva do acusado (fls. 777/831).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 841/856v), os autos foram remetidos a esta Corte.

Aqui, o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Roberto Neumann, manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 872/887).

Os autos foram encaminhados ao setor de degravação, sendo os termos juntados às fls. 892/909.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Sobreveio petição, protocolada pela defesa, requerendo a revogação da prisão preventiva do acusado e, alternativamente, a substituição por medidas cautelares alternativas (fls. 912/917), o pleito sendo indeferido em 05.12.2019 (fls. 918/919).

Vieram conclusos.

Esta Câmara Criminal adotou o procedimento informatizado utilizado pelo TJRS, tendo sido atendido o disposto no art. 207, II do RITJERGS.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a FABIANNE BRETON BAISCH (RELATORA)

PRELIMINAR.

ILICITUDE DA PROVA.

Busca a defesa, preliminarmente, o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência do acusado, sustentado que o exame preliminar do conteúdo das mídias ocorreu sem a presença do acusado, acarretando a quebra da cadeia de custódia e violando o seu direito de defesa.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Em que pese indiscutível a importância de se manter íntegra a cadeia de custódia relativamente aos materiais apreendidos em diligências policiais, preservando-se a prova e, via de consequência, sua utilidade à elucidação das questões controvertidas, não se verifica, *in casu*, a apontada mácula no manuseio dos equipamentos eletrônicos encontrados na residência do acusado.

A propósito, bem destacou a sentenciante ao examinar a ***questio***.

"(...)

1-Prefacial de ilicitude da prova decorrente diligência de busca e apreensão, pela quebra da cadeia de custódia.

Suscitou, a defesa, preliminar de ilicitude das provas obtidas a partir da busca e apreensão, sob o argumento de que a diligência policial não observou normas procedimentais e as garantias constitucionais que revestem a prova. Segundo apontado em memorial, não houve preservação da integridade da prova ou sua comprovação, pois os peritos que acompanharam a Polícia Civil realizaram a verificação inicial no notebook sem a presença do acusado e os dispositivos informáticos apreendidos não foram lacrados.

Não merece acolhida a preliminar invocada, adianto.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Em que pese os argumentos aventados pela Defesa, não vislumbro no caso concreto a ocorrência da quebra da cadeia de custódia, uma vez que inexistem quaisquer indícios de adulteração das provas coletadas na diligência policial de busca e apreensão domiciliar. Isso porque, o policial civil Marcelo afirmou em juízo que o acesso aos dispositivos informáticos foi feito na presença do acusado Andrio, enquanto o policial Adriano aduziu que não presenciou o momento desse acesso, pois estava fazendo buscas naquele momento. Por outro lado, o próprio denunciado confirmou na diligência policial, bem como nos interrogatórios realizados nas fases inquisitorial e judicial que armazenava o conteúdo apreendido com pornografia e cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes.

Não há, portanto, dúvida acerca da origem, do conteúdo e do percurso das mídias digitais apreendidas na residência do denunciado.

Na espécie, procedo ao distinguishing quanto ao precedente exposto na preliminar, porque se tratam de hipóteses diferentes, uma vez que o julgamento do HC 160.662/RJ realizado pelo Superior Tribunal de Justiça versa sobre interceptação telemática extraviada na Polícia, cujo conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado conforme captado, existindo a omissão de alguns áudios. No caso em tela, a Defesa



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

não trouxe ao feito dados concretos que demonstrem o extravio, a omissão ou adulteração da prova, se limitando a afirmar que os dispositivos eletrônicos não foram devidamente lacrados, e a contraditar a diligência e palavras dos policiais civis, cujos atos gozam de presunção de validade e legitimidade, com a versão isolada de Andrio quanto ao momento do acesso aos eletrônicos apreendidos. Reforço, aqui, que o denunciado admitiu a propriedade e o conteúdo das mídias apreendidas, razão pela qual não subsiste nenhuma controvérsia.

Em termos de raciocínio jurídico e fático verifico mais correto ao caso concreto a aplicação do seguinte precedente:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE DENUNCIADO POR CRIMES DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO ATIVA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO, DESCAMINHO, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE LACRE EM TODO O MATERIAL APREENDIDO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRESUNÇÃO DE VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. QUESTÃO QUE ENVOLVE APROFUNDADO EXAME DE PROVAS. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS A EMBASAR A DENÚNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. É assente na jurisprudência desta Corte e do STF que a demonstração do prejuízo é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. Art. 263 do CPP. (RHC 110.623/DF, 2ª T., Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ 26/3/2012 e o AgRg no AREsp. 699.468/PR, 6ª T., Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe 24/5/2017 e HC 275.203/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, 5ª T., DJe 15/3/2017). 2. Não há falar em nulidade se a busca e apreensão



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

*obedeceu fielmente ao disposto no art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal. **A ausência de lacre em todos os documentos e bens - que ocorreu em razão da grande quantidade de material apreendido - não torna automaticamente ilegítima a prova obtida a partir da medida, a ensejar a nulidade da ação penal, mormente quando afirmado pelo MM. Juiz e pelo Tribunal a quo que a prova coletada na referida busca e apreensão foi uma das utilizadas para embasar a denúncia, mas não foi a única.** 3. Compete a defesa infirmar a presunção de validade e legitimidade dos atos praticados por agentes públicos, demonstrando de forma concreta o descumprimento das formalidades legais e essenciais, e especificamente no caso concreto, que o material apreendido e eventualmente não lacrado foi corrompido ou adulterado, de forma a causar prejuízo a defesa e modificar o conteúdo da prova colhida. 4. Não alegado ou apontado real prejuízo, nem sequer afirmada a nulidade da decisão que determinou a busca e apreensão ou o descumprimento dos ditames do art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal, bem assim que os documentos ou bens apreendidos foram efetivamente corrompidos, limitando-se a defesa a inferir/deduzir que a ausência de lacre em todo o material colhido era suficiente para transformar a prova em ilegítima e a nulidade em absoluta. 5. É inviável, no âmbito do habeas corpus, a apreciação de questões que demandam o revolvimento aprofundado de material fático-probatório. 6. Recurso Ordinário desprovido.” (RE no RHC 59.414/SP, Rel. Min. Humberto Martins, publicação 30/10/2017). - destaque meu-*

Com lastro em tais fundamentos, afasto a preliminar invocada.

(...).”



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Acrescento.

No caso, em que pese o policial Adriano tenha afirmado que não presenciou o momento em que os peritos que acompanharam a diligência iniciaram as verificações nas mídias apreendidas, esclarecendo que “Eu estava em outro ambiente, eu não posso afirmar com certeza” (fl. 894), o policial civil Marcelo foi categórico ao afirmar que a verificação somente teve início na presença do acusado:

“(...)

Nós fomos fazer uma busca, acompanhado do Ministério Público, da Polícia Civil, do DECA, aí no local ele não estava. Tinha uma amiga dele no local morando... junto à residência ali, onde nós batemos pra entrar, mas a gente viu barulho, e não abriam a porta. A gente arrombou. Lá tinha uma moça, acho que era futura médica, tava estudando medicina também, mas que não sabia da situação. Nós entramos. Aí nós fomos até o serviço dele, pegamos ele e levamos até a residência. Lá, com os peritos, verificando o notebook, o computador dele na residência, os peritos localizaram pastas, conteúdos de pornografia infantil, juvenil, cenas de sexo. Numa dessas pastas estava um dos alvos, uma das vítimas que foi identificada pela Polícia, pela força-tarefa contra pedofilia. Depois ele foi levado até o DECA pros trâmites administrativos.

Juiz: Isso é o que o senhor acompanhou?

Testemunha: Sim.

(...)



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Defesa: O senhor mencionou que ele não estava. Só para esclarecer, a análise do material apreendido, o senhor mencionou que peritos do IGP estavam juntos na operação.

Testemunha: Sim.

Defesa: Ela se iniciou em que momento?

Testemunha: A partir do momento que o rapaz chegou na residência.

Defesa: Apenas na chegada do Andrio, do hospital?

Testemunha: Sim. E toda a verificação foi acompanhada junto com ele.

(...)” (grifei)

Ainda que assim não fosse, ao examinar o pedido de expedição de mandado de busca e apreensão e autorização de acesso formulado pelo Ministério Público, o magistrado singular fez constar expressamente que deferia a expedição do referido mandado “(...) a fim de que sejam apreendidos materiais e equipamentos alusivos ao delito objeto de investigação, tais como computadores e mídias que possam armazenar materiais de cunho pornográfico, bem como fotografias de crianças ou adolescentes em cenas pornográficas ou de sexo explícito, além de cartas, bilhetes (...) de eventuais mídias que estejam em poder do investigado ou no interior do veículo de que eventualmente possua ou se utilize (...)”, consignando, ainda, que (fls. 85/89):



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

*“DEFIRO o requerimento formulado pelo Ministério Público, para **autorizar o acesso imediato ao conteúdo das mídias apreendidas**, para viabilizar o prosseguimento das investigações.” (grifei)*

Portanto, independente da presença ou não do acusado no local da apreensão, a autoridade policial estava munida de autorização judicial para acessar o conteúdo das mídias apreendidas, o que, ademais foi procedido por peritos oficiais do Instituto Geral de Perícias do Estado do Rio Grande do Sul, consoante se depreende do auto de constatação de fl. 55, termos de declaração de fls. 64/65 e 66/67 e Relatório do Inquérito Policial de fls. 280/283, ratificados em juízo pelos relatos dos policiais civis inquiridos (fls. 892/894).

E o próprio acusado, em sede de interrogatório judicial, admitiu que efetivamente armazenava em seus arquivos as imagens de pornografia infantil localizadas, em que pese alegando ausência de dolo em seu agir (CD à fl. 632, 20min55seg).

Por fim, a defesa não trouxe aos autos qualquer elemento concreto que respaldasse minimamente a alegação de invalidade da prova, ou



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

mesmo de qualquer irregularidade na diligência efetivada, ônus que lhe cabia, nos termos do art. 156 do CPP.

Não se verifica, nesse contexto, a quebra da cadeia de custódia, plenamente preservada a história cronológica das evidências que ampararam o édito condenatório, não se havendo falar em ilicitude das provas derivadas, a apreensão e acesso das mídias ocorrendo mediante expressa autorização judicial, não ferindo o art. 5º, LVI da CF, arts, 6º, 157 e 245, § 6º do CPP.

Vai, portanto, rejeitada a preliminar.

MÉRITO.

Quanto à **responsabilidade criminal do apelante**, mais uma vez adoto a sentença de lavra da ilustre Juíza de Direito, Dr.^a Tatiana Gischkow Golbert, agora em seus fundamentos, especificamente em relação à análise da prova, integrando-os ao presente, como razões de decidir, com a devida vênia:

"(...)

De início, registro que a análise dos atos executórios dos crimes descritos na exordial acusatória resultará do exame do contexto probatório como um todo, com a contextualização dos fatos em uma sequência lógica, sincronizando as ações delitivas imputadas ao



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

sentenciado A. C. B.

A materialidade delitiva dos crimes narrados na denúncia está positivada nos documentos de fls. 02/28, 41/56, 71/76 e 92 do expediente em apenso, registros de imagens extraídas dos eletrônicos apreendidos na residência do acusado, instantes às fls. 11/41, históricos de boletins de ocorrências de fl. 49 e de fl. 92 do apenso, certidão de nascimento da vítima J. H., que comprova sua vulnerabilidade absoluta (fl. 10 – 03/04/2005), auto de apreensão de fl. 06, auto de cumprimento de MBA da fl. 54, (...) auto de constatação de fl. 55, documentos de fls. 97/106, perícias de fls. 293/309 e 636/671, bem como pela prova oral coligida.

***A. C. B.,** ao ser interrogado (CD de fl. 431), informou que conheceu a vítima J. H. no site de relacionamentos omegle, onde trocaram apenas mensagens de texto. Disse que até se tornarem amigos no facebook, não sabia com quem estava falando. Acentuou que J. lhe informou que tinha “uns 16 anos” de idade e, mesmo depois de adicioná-lo no facebook, não pensou que o menino pudesse ter 10 anos de idade, em razão do conteúdo das conversas que mantinham. Admitiu que se falaram pela webcam, mas declarou que, mesmo assim, não conseguiu perceber que J. tinha 10 anos. Ao ser questionado, explicou que utilizava*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

um perfil falso na rede social omegle e no facebook para se comunicar com J. e outras pessoas do sexo masculino, porque tinha medo da exposição de sua preferência sexual. Afirmou que não queria comentários dessas pessoas nas fotos do seu perfil pessoal ou que eles pudessem levantar alguma suspeita. Declarou que manteve uma conversa por vídeo com a criança J. H. no facebook, de teor sexual. Explicou que iniciou a conversa pensando que seriam apenas “dois guris falando sacanagem”, mas acabaram avançando. Negou que tenha se masturbado durante a conversa com a vítima, porém afirmou que o infante praticou esse ato sexual, uma vez. Disse que o infante fez isso, mas assegurou que a conversa iniciou sem essa intenção. Aduziu, ainda, que não tinha intenção de praticar os atos sexuais simultaneamente. Contou que incentivou J. H. a mostrar o pênis para ele, o que foi atendido. Ademais, afirmou que houve uma estimulação sexual mútua para que ocorresse essa exibição. Entretanto, negou que tenha exposto o corpo ou o pênis para o infante. Ao ser lido o teor do terceiro fato narrado na exordial acusatória, negou ter produzido imagens contendo cenas pornográficas do ofendido expondo a parte anal ou se masturbando, aduzindo que ele mostrou o pênis uma vez. Além disso, negou ter orientado o infante durante o ato ou gravado essas imagens. Quanto ao armazenamento de milhares de



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

imagens envolvendo crianças e adolescentes em cenas de sexo explícito ou pornográficas, confirmou que tinha essas imagens no seu computador, porém aduziu que não sabia a quantidade. Informou que não armazenava as imagens por necessidade ou desejo de se satisfazer sexualmente. Explicou que nos anos de 2014 e 2015 passou a identificar sua preferência sexual pelo sexo masculino, mas não por crianças. Referiu que armazenou as imagens como válvula de escape por medo de se relacionar com homens, esclarecendo que as recebeu em grupos do whatsapp destinado a pornografia envolvendo adultos. Disse, ainda, que após entrar em alguns grupos, foi adicionado involuntariamente em outros, por isso seguiu recebendo imagens de pornografia infantil sem pedir e, ao fazer o backup do celular em seu computador, as imagens foram transferidas automaticamente. Declarou que sempre saía dos grupos quando recebia tais imagens. Mencionou que não tinha ideia do conteúdo de todas as imagens, afirmando que as fotos que baixou no google eram de pessoas com mais idade. Asseverou que nunca buscou por fotografias pornográficas infantis. Reforçou, ao fim, que nunca pensou que J. H. tivesse 10 anos de idade e que não buscou fotografias pornográficas de crianças. Destacou que estava em um período de amadurecimento acerca da sua sexualidade, informando que não se



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

relacionou com outros homens até 2016. Em seguida, se retratou afirmando que teve uma experiência homossexual na adolescência a título de curiosidade e, somente em 2016 e 2017 manteve relação sexual. Assegurou que não tinha o hábito de olhar as fotos apreendidas em seu computador. Ao ser questionado sobre a quantidade de fotos de pornografia infantil recebida e a inexistência de fotos do mesmo conteúdo envolvendo adultos, afirmou que também recebeu estas últimas nos grupos de whatsapp, porém em número bem inferior as que envolvem crianças e adolescentes. Perguntado, afirmou que o acesso ao site omegle tinha o limite etário mínimo de 13 ou 14 anos de idade. Disse que não combinou ou encontrou pessoalmente com o ofendido. Negou qualquer pretensão de manter relação sexual com a vítima J. H., ou ainda, que se satisfazia sexualmente vendo a criança se expor pela internet, seja praticando atos sexuais de masturbação ou expondo o corpo desnudo. Repetiu que não tinha ciência da idade do ofendido. Explicou que participou desses atos "só pela sacanagem", porque "se deixou levar pela conversa em si e foi indo", negando qualquer excitação. Assegurou que não intimidou ou chantageou J. H. para ele se expôr sexualmente, negando novamente a masturbação simultânea. Disse que teve acesso as fotos do infante porque ele lhe enviou e que só



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

conversaram duas ou três vezes. Com relação a busca e apreensão domiciliar, informou que a polícia o conduziu do Hospital onde estava laborando até sua residência e, no local, encontrou a porta arrombada. Declarou que perguntaram sobre J. H., mas não lembrava quem ele era. Afirmou que os policiais já tinham acessado as imagens em seu computador quando chegou em casa acompanhado dos policiais. Esclareceu que possui cinco estágios curriculares no curso de medicina, nos quais atendia pacientes, sempre com a supervisão de professores. Referiu que o estágio na área de pediatria era obrigatório e que fazia os atendimentos em dupla com um colega, sempre na presença do familiar da criança e com orientação do professor. Assegurou que nunca ocorreu nenhum incidente durante esses atendimentos. Acerca das atividades complementares, informou que era necessário ter um número mínimo de horas para sua graduação. Declarou que participou da "liga de sexologia", a qual não tinha foco em crianças, mas sim na discussão de questões relacionadas a transsexualidade e identidade de gênero. Naquela época, não existia nenhuma matéria sobre esse tema na faculdade, por isso criaram essa liga com orientação de professores. Afirmou que a liga auxiliava no atendimento dos pacientes. Contou que a faculdade promovida atividades em comunidades e incentivava os alunos a



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

participarem, o que reputava importante para as provas de residência, posteriores a graduação. Confirmou a realização de atividades com super-heróis na comunidade São Judas Tadeu, afirmando que essa era uma das atividades oferecidas pela faculdade, nas quais os professores participavam ativamente. Ao final, afirmou que sua área de preferência de atuação é a cardiologia, na qual fazia parte de grupo de estudos e de uma liga. Ao ser questionado sobre as amizades que mantinha no seu perfil do facebook falso, alegou não recordar qual o perfil das pessoas que adicionava no facebook "P. D.". Informou que adicionava pessoas que conhecia no omegle, não para ter conversas do mesmo cunho que tinha J. H., mas "por adicionar". Ao ser informado que o perfil continha diversas crianças adicionadas, repetiu que não recorda quais amigos tinha na página do facebook, afirmando que não tinha como saber a idade das pessoas que adicionava. Ao ver a foto do seu perfil acostada nos autos, declarou que não sabe dizer se foi ele quem adicionou ou se foi adicionado pelas crianças.

N. K. L., informante, em juízo (CD de fl. 431), abonou inteiramente a conduta do réu. Explicou que o denunciado é seu colega na faculdade de medicina e, ao ser questionada, declarou que o estágio de pediatria é obrigatório. Confirmou que atendem crianças nesse



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

estágio, porém sempre na presença de algum familiar delas. Declarou que, após o atendimento, discutiam o caso com o seu orientador. Acrescentou que nunca tomou conhecimento de nenhuma conduta inapropriada adotada pelo réu durante esses atendimentos. Referiu, ainda, que eram obrigados a fazer horas extracurriculares, sendo que uma das opções era participar das "ligas". Aduziu que fez parte da primeira montagem da "liga de sexologia", junto com A., a qual foi criada para obterem horas curriculares complementares. Explicou que a liga tinha orientação de um professor e que se destinava a analisar questões relativas a adultos homossexuais e transgêneros. Informou que o denunciado também fazia parte de outras ligas, como a de neurocirurgia, cardiologia e oncologia. Esclareceu que um dos professores era responsável pelas atividades na comunidade São Judas, vinculada a faculdade. Ao fim, disse que o réu morava sozinho.

*O informante, **F. M. V.**, em juízo (CD de fl. 431), abonou a conduta do denunciado, corroborando na íntegra o relato de N. acerca das atividades curriculares da faculdade de medicina que cursavam com A. Acrescentou que fez atendimentos com o acusado, negando qualquer conduta inapropriada do réu naquelas ocasiões. Confirmou que a "liga de sexologia" organizou um simpósio da transsexualidade, com aprovação e*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

orientação de alguns professores. Afirmou que a área de preferência do acusado era de cardiologia. Aduziu, ainda, que as atividades na comunidade São Judas Tadeu são voluntárias, organizadas por alguns professores, mas não eram exclusivamente médicas. Disse que essa atividade também computava pontos para graduação. Mencionou que o denunciado residia sozinho.

T. V. D., V. M. B. G., informantes, em juízo (CD de fl. 431) abonaram a conduta do acusado.

Por outro lado, J. H. S. S., vítima (CD de fl. 540), informou que tinha 10 ou 11 anos de idade na época dos fatos e que, no site Youtube, tomou conhecimento da existência de um outro site chamado omegle. Explicou que esse é um site que permite estabelecer conversas com pessoas de qualquer lugar do mundo, no qual é possível se comunicar por mensagens e, caso tenha webcam, por chamada de vídeo, como um "skype". Afirmou que era possível optar por uma dessas formas de comunicação e escolheu a que mostrava o seu rosto pela webcam. Revelou que A. se comunicava com ele com um perfil falso, em que se chamava P. e, apesar de usar a webcam, ele não mostrava o rosto, deixava a câmera direcionada ao corpo, mostrando do pescoço até a barriga. Declarou que pelas imagens percebia que se tratava de um adulto, entre



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

20 e 30 anos. Disse que quando começaram a conversa já usava o site há muito tempo, mas ainda era "inocente", "conhecia muito pouco da vida". Contudo, certo dia, o denunciado pediu que tirasse a roupa, o que foi atendido, e, simultaneamente, o réu passou a se masturbar em frente a webcam. Assegurou que conseguia ver o pênis do réu durante o ato sexual, bem como que também se masturbou após tirar a roupa. Contou que se adicionaram na rede social facebook e afirmou que se sentiu "burro" por ter aceitado o pedido para trocarem os perfis. Acentuou que no perfil do facebook o denunciado também não mostrava o rosto e não viu nenhuma outra foto dele. Informou que o contato com o acusado iniciou em 2016, pouco tempo depois do seu aniversário, no mês de abril. Mencionou que no facebook o denunciado seguiu com a mesma conduta, pediu que fizessem uma chamada de vídeo para que simultaneamente tirassem a roupa e se masturbassem, o que foi feito. Referiu que o réu A. interrompeu os atos libidinosos, informando que outras pessoas estavam por perto, porém seguiu trocando mensagens de texto. Afirmou que não ligou mais a câmera para fazer vídeos com o réu A., mas recordou que perguntou se ele tinha carro e onde morava. O acusado respondeu que morava no Rio Grande do Sul e confirmou que tinha veículo. Negou que tenham combinado de se encontrar com ele,



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

esclarecendo que o acusado seguiu lhe enviando mensagens. Explicou que seu celular quebrou em um dado momento, por isso entregou o aparelho ao seu pai para o conserto. Ocorre que o seu facebook estava conectado no celular, por isso as mensagens de texto trocadas nessa rede social entravam automaticamente no aparelho. Explicou que seus genitores são separados e que reside com a mãe. Certo dia, foi surpreendido com uma visita do seu pai e dois tios paternos. Disse que o pai L. lhe pediu que acessasse o facebook, afirmando que queria ver se sua prima estava online. Quando entrou na rede social, A., utilizando o perfil de P., estava online, por isso seu pai pediu que o chamasse. Disse que o acusado respondeu somente 30 minutos depois, afirmando que não podia falar porque estava cercado por outras pessoas. No dia seguinte foram para Delegacia com o seu computador. Declarou que entre o início da sua comunicação com A. e a revelação do ocorrido decorreu o período aproximado de um mês, informando que falou com ele por diversas vezes nesse ínterim. Declinou que após os dois atos de masturbação simultânea, um na rede social omegle e o outro no facebook, só trocou mensagens de texto com o réu. Referiu que ficou isolado na escola e depressivo após os abusos praticados pelo sentenciado, principalmente porque perdeu o acesso ao computador.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Admitiu que teve outro envolvimento pela internet de cunho sexual no ano passado, razão pela qual também perdeu o direito de usar o aparelho celular. Ao ser questionado, explicou não é necessário fazer cadastro para acessar o omegle, inclusive destacou que o site adverte que não se responsabiliza pelo que for compartilhado durante o uso. Disse que não precisava indicar a idade e que existe um outro seguimento do omegle para adultos, o qual exigia que houvesse cadastro e que fosse efetuado um pagamento.

L. C. S., pai do ofendido, ao ser inquirido (CD de fl. 540), confirmou os fatos narrados na exordial acusatória. Informou que J. H. reside com a mãe, mas lhe visita nos finais de semana. Em uma dessas ocasiões, em abril de 2016, o infante usou o aparelho celular da sua atual esposa e deixou o facebook logado. Disse, então, que sua esposa teve acesso as conversas do ofendido com o acusado e lhe mostrou. Após, foi até a residência do filho, acompanhado de dois irmãos, e acessou o computador dele, onde mantinha as conversas com o réu. Registrou ocorrência no dia seguinte. Explicou que J. lhe contou que teve contato com o sentenciado pelo omegle, um site de relacionamento para crianças e adolescentes, onde acredita que os pedófilos se infiltram para ter acesso a esses vulneráveis. Declarou que ao ver as conversas do filho,



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

percebeu que o denunciado dava muita atenção para ele, destacando que J. ficava muito tempo no computador. Assegurou que, na época dos fatos, o infante não tinha ciência da gravidade dos fatos, mas admitiu que réu pedia para ele se despir, enviar fotos e se masturbar na frente da webcam, o que era atendido por J. Contou que quando soube dos fatos proibiu o filho de usar o computador e o submeteu a tratamento psicológico, o que faz até hoje. Acentuou que os fatos prejudicaram sua relação com o filho, pois percebe que ele não se sente à vontade para conversar. Mencionou que na época dos abusos, antes de terem ciência, o ofendido já apresentava sérios problemas na escola de comportamento, contando mentiras para evitar as aulas. Constatou, posteriormente, pelo histórico do computador, que a vítima utilizava o eletrônico do turno da manhã até a noite, para falar com o acusado e fazer outras coisas, como jogar. Declarou que o ofendido não reprovou no ano escolar, mas destacou que foi um ano difícil, pois "perdeu a conta de quantas vezes foi na escola". Afirmou que o ato de se masturbar ocorreu em casa. Referiu que não teve acesso às conversas de cunho sexual do filho com outras pessoas naquela época, somente constatou que ele falava com o denunciado A. Salientou que J. era uma criança tímida ao vivo, mas pela internet conseguia dialogar com maior facilidade.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

***Marcelo Matzenbacher Siqueira**, policial civil, inquirido em juízo (CD de fl. 431), explicou que a investigação iniciou na comarca de São Paulo, onde o denunciado se tornou um dos alvos por suspeita da prática de crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Em razão disso, foi expedido mandado de busca e apreensão para residência do acusado. No cumprimento da medida, arrombaram a porta, pois havia uma música, mas ninguém atendeu. Informou que uma mulher estava na casa e que buscaram o denunciado no Hospital onde ele laborava e o conduziram até a residência. No local, acessaram, junto com os peritos, os aparelhos eletrônicos do réu e constataram que ele armazenava imagens de pornografia e cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes. Mencionou que existia uma pasta com esse conteúdo da vítima identificada pela polícia na comarca de São Paulo. Depois da diligência, o acusado foi conduzido ao DECA. Ao fim, assegurou que o acesso aos aparelhos eletrônicos do acusado foram feitos na presença dele.*

***Adriano Fraga Pinto**, policial civil, ao ser inquirido na fase judicial (CD de fl. 431), informou que participou do cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência do denunciado, onde na companhia de peritos do Instituto Geral de Perícias, acessaram o computador dele. Em perícia preliminar, foi constatada a existência de*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

armazenamento de imagens de pornografia e cenas de sexo infantil. Declarou que no momento da diligência uma mulher estava no local, a qual informou que o computador era de propriedade do réu. Posteriormente, quando foi levado ao local, o próprio A. confirmou a propriedade. Após, o réu foi preso em flagrante e conduzido até a Delegacia. Ao ser questionado, informou que o computador foi acessado na presença do denunciado, mas não sabe precisar em que momento exato o perito acessou. Contudo, destacou que o acusado A. confirmou que armazenava os arquivos e que lhe chamou atenção que as pastas estavam todas organizadas com nomes de crianças, correspondentes as imagens de pornografia infantil.

Como se percebe do conjunto probatório, a autoria dos crimes narrados na exordial acusatória é inequívoca. Isso porque, o caso em análise envolveu complexa investigação policial realizada por mais de uma unidade da Federação, que culminou na identificação do sentenciado como autor de práticas sexuais contra o ofendido J. H. S. S., por meio da internet.

Segundo apurado pela autoridade policial da comarca de São Paulo, cidade onde o ofendido reside, J. H. mantinha conversas de cunho sexual pelas redes sociais "omegle" e "facebook" com um indivíduo que



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

utilizava o perfil denominado "P. D.". Após esquecer o perfil do seu facebook logado no aparelho celular, o genitor do infante teve acesso as conversas mantidas entre ele e proprietário do referido perfil, razão pela qual registrou ocorrência em 14/04/2015 (fl. 92). Naquela fase, ao ser ouvido, J. relatou que além das mensagens de texto, o sentenciado pedia que ficasse despido na frente da webcam, bem como se masturbasse e "abrisse a bunda" para que ele assistisse.

A investigação prosseguiu com a quebra de sigilo de dados para identificação do abusador, sendo apurado que os endereços dos IP's de origem dos acessos ao usuário falso denominado "P. D." eram provenientes da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – faculdade onde o sentenciado estava frequentando curso superior de medicina- e das contas domésticas (...), registrados no nome de A. C. B.

Declinada a competência para esta comarca, a Polícia Civil cumpriu mandado de busca e apreensão domiciliar no endereço supramencionado. No notebook apreendido, foi constatado, em laudo preliminar, a presença de aproximadamente 12.000 (doze) mil imagens com inúmeras pastas, nomeadas na maioria com nomes próprios do gênero masculino, contendo pornografia, pornografia infanto-juvenil e sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes. Ainda, foi verificada a



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

existência de uma pasta com o nome J. H. contendo 04 (quatro) imagens de uma criança do sexo masculino nua (fl. 55).

Como se não bastassem esses elementos coligidos, a prova oral acusatória confirma o armazenamento de grande quantidade de pornografia infantil, bem como o envolvimento virtual de A. e J. H., com conversas de cunho sexual, atos de masturbação e exposição do corpo desnudo, em transmissão ao vivo pela webcam.

Feitas essas ponderações, passo, primeiramente, a análise dos crimes praticados contra o ofendido J. H. S. S., criança com 10 (dez) anos de idade na época dos fatos.

No item I da denúncia é imputado ao acusado o delito previsto no artigo 241-D, parágrafo único, inciso II, do ECA pela prática de assédio ao ofendido J. H., pelas mídias sociais "omegle" e "facebook", onde A. estabeleceu conversas de cunho sexual, constrangendo o infante a se exibir pela webcam, despindo seu corpo, se masturbando e "abrindo a bunda".

Com efeito, na etapa judicial, vítima e acusado confirmaram que iniciaram o contato pela rede omegle e, depois, se adicionaram no facebook, sites em que estabeleceram conversas de cunho sexual e usaram a webcam, para a criança J. H. expôr o pênis e se despir para que



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

o denunciado assistisse.

*Incontroverso, portanto, que o acusado praticou uma das condutas alternativas previstas no tipo penal, consistente em **assediar** criança com a finalidade de submetê-la a exibição do órgão genital e do corpo despido.*

Importante registrar que consta nos autos prova documental desse assédio praticado por A., com conversas entre ele o infante no ano de 2015 que já demonstravam a existência de uma intimidade e de uma relação pré estabelecida com interação sexual.

Em 08/04/2015 e 12/04/2015 a vítima J. H. e o réu A., utilizando o perfil "P. D.", estabeleceram o seguinte diálogo pela rede social facebook. Vejamos:

"P. D.: libera a cweb

J. H.: pronto

tá me vendo?

P. D.: aee

ss

J. H.: posso mostrar o pau comigo peladinhos?

P. D.: ss

J. H.: então tira a roupa aí

P. D.: tira junto



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

J. H.: ok

você consegue vir aqui amanhã?

P. D.: não dá

moro longe

J. H.: pq queria fazer um sexo com vc

P. D.: dlc eu também

gostosao

J. H.: consegue que dia

P. D.: não sei

mas vamos nos falando por aqui

mostra teu corpo

J. H.: ok

viu?

P. D.: ham

consegue bater mostrando o pau?

J. H.: vou tentar

P. D.: gostoso

(...)

P. D.: ainda não sei

mostra o pau aí

consegue por a cam mais baixa?

Deliciaa

J. H.: mano eu quero MUUUUUUUUITO chupar seu pau

P. D.: então vem

chupa todo

(...)

J. H.: mano



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

queria muito que você também chupasse meu pau

que eu enfiasse na sua bunda

P. D.: queria enfiar toda boca nele

J. H.: também

P. D.: issou

mete no meu cu

(...)

DATA 12/04/2015

J. H.: eae cara do pinto delicioso

P. D.: kkkk... oi meu delícia

faz um skype p gente se falar melhor

e ver esse pinto aí

Como se percebe, A. solicitava que o ofendido mostrasse o órgão genital para ele pela webcam e dava orientação sobre a forma como a câmera deveria ser posicionada para sua melhor visão.

Ressalto que não é crível que as conversas de cunho sexual fossem abruptamente estabelecidas por uma criança de apenas de 10 anos de idade, como sustentou o denunciado na versão autodefensiva. É certo que um adulto incutiu o infante nesse contexto, fazendo que pudesse crer na naturalidade de tais atos, razão pela qual abordava com A. e, segundo informado pelo genitor do ofendido, somente com ele, tais



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

assuntos de cunho sexual com total liberdade. Assuntos estes, que fogem do alcance de uma criança da faixa etária de J. H..

Nessa linha, inexistem dúvidas de que por mais de uma vez, A. assediou o ofendido através dos sites omegle e facebook e o constrangeu a se despir e mostrar seu órgão genital pela webcam, o que basta para configuração do delito descrito no item I da denúncia.

De rigor, o reconhecimento da continuidade delitiva, sopesada a palavra do ofendido e a prova documental coligida, que demonstram a ocorrência de mais de uma interação sexual pela internet, com exposição do corpo da vítima despido, mostrando inclusive seu órgão sexual, tudo nas mesmas condições de tempo e modo de operação.

Quanto ao delito previsto no artigo 217-A, caput, do Código Penal, narrado no item II da denúncia, da mesma forma tenho a autoria e materialidade delitiva estão bem demonstradas nos autos.

Trata-se de um caso sem precedentes, cuja análise permeia a tutela da dignidade sexual de uma criança em sintonia com a evolução legislativa convencional, constitucional e infraconstitucional destinada a sua proteção integral e com as exigências impostas nas inovações ético-jurídicas da pós modernidade.

Nesse aspecto, registro parte do voto do Ministro Herman



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Benjamin acerca dos desafios da internet e a tutela da dignidade da pessoa:

"5. A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. 6. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de subprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro." (Resp 1117633/RO, Rel Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, Dje 26/03/2010)

Como bem asseverou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a internet não é um universo sem lei, portanto, as práticas violadoras de direitos efetuadas nessa esfera cibernética também estão sujeitas as sanções necessárias para garantia da máxima efetividade da dignidade humana, valor fundamental do qual decorre a tutela da dignidade de crianças e adolescentes, incluída a sexual.

A esse propósito, é expresso o artigo 227 da Constituição Federal ao impor ao Estado o dever de salvaguardar toda a criança e adolescente de todas as formas de violência e exploração.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Outrossim, a Convenção sobre os Direitos da Criança¹, ratificada pelo Governo brasileiro e promulgada por intermédio do Decreto n.º 99.710/90, dispõe expressamente em seu artigo 34 que os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração sexual.

E na mesma diretriz é o constante no Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, do qual o Brasil é signatário, tendo o mesmo ingressado no ordenamento jurídico nacional através do Decreto n.º5007, de 08 de março de 2004.

Assim, inegável a existência de uma evolução legislativa que busca assegurar a proteção de crianças e adolescentes, as quais fazem parte de um grupo vulnerável e mais exposto ao risco de serem alvo de diversas formas de violência, entre elas a sexual. Por essas razões, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 12.015/2009 que tutela com mais rigor a dignidade sexual dos vulneráveis, cujo artigo 217-A, caput, do CP, imputado aqui ao denunciado, adotou o critério etário para configuração do crime, presente no caso concreto, assim como as demais elementares

¹Artigo 1. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

do tipo penal.

Segundo relatado pelo ofendido, o início do contato entre eles ocorreu no pelo site omegle2, o site de chat anônimo que não exige cadastro para o acesso da versão mais simples, onde os usuários se comunicam por mensagens de texto e vídeo, abrindo imediatamente uma "live" entre os comunicantes, após a aceitação dos termos de uso. Após, seguiram o contato pela rede social facebook.

Com o uso dessas ferramentas, o denunciado A. logrou manter contato com a vítima e, por duas vezes, o constrangeu a praticar atos de masturbação de forma simultânea, pela webcam, nessas redes sociais.

Ressalto que, diferente do alegado pela Defesa, que tenta subverter a ordem do processo tornando a vítima no algoz, o teor das conversas mantidas entre J. H. e o acusado (fls. 08/28 expediente em apenso) demonstram que o infante foi inserido precocemente na vida

²Omegle é um website usado para qualquer pessoa comunicar-se com outras pessoas anônimas através da internet via chat. (...) Ao entrar no site, o usuário começa um bate-papo. O serviço escolhe aleatoriamente dois usuários para o chat, uma tela similar a um mensageiro instantâneo se abre para uma conversa reservada; usando os nicks "You" (Você) e "Stranger" (Estranho). (...) Pela troca de mensagens, com sorte, é possível conhecer novas culturas por meio de pessoas espalhadas pelo globo e conectadas ao site. (...) **Muitas vezes, senão na maior parte delas, os usuários que frequentam este site estão procurando sexo virtual. (...). A versão "video" é ainda pior, pois há uma grande probabilidade de se encontrar alguém (na maioria das vezes do sexo masculino) se masturbando em frente da câmera - o que torna o site inapropriado para ser acessado em ambientes familiares.** Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Omegle#História_e_Uso



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

sexual, a ponto de manter conversas que não condizem com a sua idade na época dos fatos, qual seja, 10 (dez) anos.

A literatura especializada reforça essa conclusão, pois o período etário em que J. H. foi constrangido a interação sexual com o sentenciado, através da internet, é exatamente o período em que, segundo Freud, a libido sexual da criança está adormecida, denominada da fase da latência:³

"Freud situa o início desse processo inibitório no período de latência sexual da infância, o qual é compreendido entre o quinto ano de idade e a puberdade. Santiago (2005) argumenta que podemos dizer que os poderosos componentes inibitórios adquiridos, ou seja, as forças psíquicas referidas por Freud, os quais se constroem e se erguem como obstáculos sobre o livre curso da pulsão sexual, vêm reforçar a sublimação e consolidar o processo de inibição da pulsão quanto ao seu objetivo, e que, nesse sentido, a inibição trabalharia, de certa maneira, a serviço da sublimação. Dessa forma, de acordo com o pensamento freudiano, o período de latência compreende as forças inibitórias, cuja ação visa ao refreamento da pulsão sexual, "que escapa ao processo de sublimação" (Santiago, 2005, p. 124), possibilitando a

³ (PERÍODO DE LATÊNCIA E TEMPO PARA COMPREENDER NAS APRENDIZAGENS – artigo de Cristia Rosineiri Gonçalves Lopes Corrêa e Gláucia da Silva Pinheiro, Psicologia em Estudo, Maringá, v. 18, n. 1, p. 61-69, jan./mar. 2013)



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

dessexualização do intelectual, e, por conseguinte, o desenvolvimento cognitivo da criança: Em relação ao pensamento, essa concepção da inibição difere daquela encontrada nos primeiros escritos de Freud em um ponto preciso: não se trata mais de suspensão do pensamento em consequência do sexual, mas de um processo não sujeito à sexualidade, cuja função precisa é a de criar um espaço 64 *Corrêa & Pinheiro Psicologia em Estudo, Maringá, v. 18, n. 1, p. 61-69, jan./mar. 2013 não sexual, no qual o pensamento pode se exercer. (Santiago, 2005, p. 124)“.*

Não fosse isso, é cediço que a situação de vulnerabilidade decorrente da idade tem caráter absoluto, constituindo como instrumento legal de proteção à dignidade sexual do menor de quatorze anos, ante a sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento inválido ou prévia experiência sexual para a configuração do delito de estupro.

É bem evidente que o acusado adotou diversos mecanismos para preservar sua identidade – usando foto do perfil do facebook sem mostrar o rosto e com nome falso- ao mesmo tempo em que constrangeu o incapaz J. H. a praticar a conduta ativa de se masturbar simultaneamente com ele pela webcam. Os atos perpetrados por A., sem dúvida, violaram a dignidade sexual do infante.

Ao contrário do alegado pela Defesa, a ausência de contato físico entre a criança e o acusado não torna o ato atípico, uma vez que o



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

estupro é um ato de violência em que se busca a satisfação da lascívia por meio de atos libidinosos, com intuito de subjugar, humilhar e submeter à vítima a manipulação e domínio do agente, bastando para tanto que fique evidente o propósito lascivo do agente, como ocorreu nos autos.

É inquestionável a relevância do precedente aventado pelo órgão ministerial, pois no julgamento do RHC nº 70.976/MS, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a prescindibilidade do contato físico para contemplação lascívia na configuração dos tipos penais previstos nos artigos 213 e 217-A, ambos do CP. A norma jurídica criada a partir do fato analisado pelo Tribunal de Cidadania extrai uma solução que possui a mesma base da discussão posta no presente feito, razão pela qual é apta para balizar a interpretação do caso em análise.

Registro que o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC nº 70.976/MS, estabeleceu, em suma, que a ofensa a dignidade sexual dispensa a ocorrência de efetivo contato físico para que tenha consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual de um menor, sendo que a maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal. Naquele caso, foi admitida a ação



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

penal para apuração da prática do crime de estupro de vulnerável, mesmo sem contato físico entre abusador e a criança.

Dito isso, o distinguishing feito pela Defesa não demonstra que as premissas adotadas na decisão do STJ afastam a incidência do paradigma. Isso porque, a argumentação defensiva aduz que a infante estava exposta a ambiente inadequado, dissociado do seu melhor interesse, permitindo, assim, que o ofensor se prevalecesse dessa condição, porque tinha a possibilidade de imediato contato ou agressão, sem que a ofendida tivesse chance de defesa. Ademais, sustentou ser necessária a existência de um "contexto de atemorizamento", no qual a criança pudesse restar impossibilitada de exercer qualquer forma de resistência.

Há um equívoco técnico na análise defensiva, pois alega ausência de disposição da vítima J. H. para satisfazer a lascívia de A., pela impossibilidade de imediato contato físico em ambiente inadequado. Ocorre que tanto no julgado do STJ, quanto no caso sub judice, houve disposição das vítimas para contemplação da lascívia dos abusadores, sendo que o contato direto entre agressor e vítima constituiria mero exaurimento, pois os crimes se perfectibilizaram sem a necessidade de toques ou atos sexuais mais invasivos. E, ainda que A. e J. H. estivessem



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

em locais distintos, não subsistem dúvidas de que o infante estava à disposição do agressor e que satisfaz os anseios sexuais dele.

De outro turno, também não subsiste a imprescindibilidade de que a vítima fosse incapaz de oferecer resistência em razão do espaço físico e de grave ameaça, pois a vulnerabilidade absoluta de J. H. decorre da idade, qual seja, 10 (dez) anos, sendo a elementar de incapacidade aventada pela Defesa caracterizadora e indispensável para configuração de outro tipo penal, previsto no artigo 217-A, § 1º, CP. Como já dito, o constrangimento decorre da ausência de compreensão para a prática sexual, o que impede o ofendido de consentir validamente com os atos sexuais que é submetido por adulto plenamente capaz, condição de vulnerabilidade que, indubitavelmente, o tornou alvo de A., ante as demonstradas predileções sexuais infantis do sentenciado (auto de constatação de fl. 55 e laudos periciais de fls. 293/309 e 636/671 que comprovam o armazenamento de extensa quantidade de pornografia infantil pelo réu).

In casu, a violência sexual ocorreu porque o denunciado perpetrou atos de masturbação com a vítima em tempo real, enquanto um assistia o outro pela webcam, o que, inquestionavelmente, transcendeu de um comportamento passivo de A. como espectador, para



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

sua atuação ativa com uma criança, como se juntos estivessem, desimportando, assim, que os atos sexuais tenham sido praticados dentro de um quarto, pela internet ou em outro local. Os dados relativos ao ambiente dos fatos não alteram o resultado almejado pelo abusador, que satisfaz seus desejos sexuais ao constranger a vítima a uma interação sexual ativa e simultânea com ele, violando a dignidade sexual do infante.

Nessa esteira, o fato de o crime ter sido praticado no ciberespaço, não o torna apenas um produto da imaginação ou algo irreal, pois houve efetiva manipulação genital de um adulto com uma criança, de forma simultânea e presenciada por ambos. O meio de execução não obistou a prática sexual, pelo contrário, a ferramenta utilizada para o delito, a internet, apenas facilitou a aproximação do agente ao seu alvo, ao mesmo tempo que dificultou identificação e rastreamento enquanto usava o perfil criminoso para contemplação da sua lascívia.

Ad argumentandum, não há falar em erro de tipo, uma vez que da simples análise da foto do perfil do facebook de J. H. na época dos fatos, acostada na fl. 09 do expediente em apenso, é indiscutível que se trata de uma criança e não de um adolescente de 16 (dezesseis) anos de idade, como alegou o acusado. Ainda que o perfil tenha informações de



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

que o ofendido nasceu em 1995, é notório para qualquer pessoa a incompatibilidade do dado com a fotografia, pela compleição física do ofendido, da qual A. teve plena ciência pela comunicação estabelecida por vídeo, na webcam. Aliás, reforço, que a vulnerabilidade etária de J. H. foi o grande atrativo sexual para A.

Demonstrada, portanto, a prática de estupro de vulnerável pelo réu A. C. B. contra a vítima J. H. S. S., não havendo que se falar em absolvição por insuficiência de provas ou atipicidade, já que o ofendido tinha menos de 14 anos na época dos fatos (fl. 10), e a conduta típica praticada pelo acusado está expressamente prevista no artigo 217-A, do Código Penal, não havendo argumentação que enseje interpretação diversa.

Afasto a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do CP, uma vez que a condição de criança da vítima é inerente ao crime de estupro de vulnerável, razão pela qual deixo de reconhecer sua incidência, atenta ao princípio do bis in idem.

De rigor o reconhecimento da continuidade delitiva, uma vez que a vítima aduziu que os atos aconteceram por duas vezes, em ocasiões distintas, uma pela rede social omegle e outra utilizando o facebook, sempre em transmissão ao vivo pela webcam. Descabida a



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

alegação defensiva de que o reconhecimento da continuidade viola o princípio da correlação, uma vez que a denúncia refere que os atos libidinosos foram praticados através de comunicação online via internet, inexistindo imprecisão ou omissão na peça inicial. A descrição feita pelo órgão acusador é suficiente e está de acordo com a situação fática demonstrada durante a persecução penal. Assim, tendo os fatos sido praticados sob o mesmo modus operandi, reconheço a continuidade delitiva, observando que o patamar de incremento da censura penal será estabelecido na terceira fase da dosimetria.

Quanto ao pedido subsidiário da Defesa, inviável o seu acolhimento, pois a desclassificação para o crime previsto no artigo 241-D, parágrafo único, II, do ECA, representa mais do que a negativa de vigência à disciplina da proteção integral da criança e do adolescente, na medida em que se constitui afronta ao ordenamento jurídico pátrio, já que subverte a ordem do processo e centra nas vítimas o encargo de suportar as consequências da ação ilícita de um adulto imputável.

Os fatos nos moldes narrados pela vítima configuram o delito mais grave de estupro de vulnerável, pela natureza dos atos sexuais praticados pelo réu com o infante, de apenas 10 anos de idade, conforme já debatido nesse feito.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Com efeito, descabe ao operador do direito retirar a proteção dada pela lei em casos como este. Isso acarretaria na legitimação da cultura do estupro, pois legitimar esse abuso de poder, é reduzir uma criança, a um objeto, retirando sua humanidade e livre arbítrio. Por isso, é essencial olhar atentamente para esses casos de maior vulnerabilidade da vítima e, assim, seguir o espírito da lei para evitar que o avanço almejado pelo legislador se torne apenas uma utopia.

O mesmo raciocínio se aplica ao princípio da proporcionalidade, uma vez que sua aplicação resultaria na proteção deficiente do Estado, pois em vez de aplicar uma medida que favorece um direito fundamental e promove direito e objetivos comunitários, seria positivada uma conduta que fere gravemente o bem jurídico protegido, sem qualquer observância do sistema constitucional de valores.

Sobre o princípio da proporcionalidade, o ilustre doutrinador Daniel Sarmento discorre⁴:

“A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção suficiente (Untermassverbot) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que

⁴Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho. Cláudio pereira Souza Neto e Daniel Sarmento, 2º edição, página 482.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais – mesmo os de matriz liberal-, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente.”

Aprofundando o tema, Daniel Sarmento dispõe⁵:

“A operacionalização do princípio da proporcionalidade por proibição de proteção deficiente baseia-se nos mesmos subprincípios acima descritos. Assim, quando o Estado se abster, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreceria a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental ou objetivo de envergadura constitucional, caberá indagar: (a) se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou na promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).”

No caso em comento, não vislumbro a incidência dos três subprincípios elencados e a consequente legitimação para aplicação do

⁵ Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho. Cláudio pereira Souza Neto e Daniel Sarmento, 2º edição, página 483



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

princípio da proporcionalidade em detrimento do bem jurídico tutelado, qual seja, a liberdade sexual de crianças e adolescentes, a qual tem proteção constitucional e infraconstitucional.

De pronto, afasto, também, a incidência do artigo 215-A do CP, pois o caso concreto constitui crime mais grave, em face da condição da vítima criança.

Por essas razões, afasto o pedido subsidiário da Defesa.

(...)

Outro crime imputado ao réu pela exordial acusatória é o previsto no 241-B, do ECA, porque o acusado armazenava fotografias e vídeos com cenas de pornografia envolvendo adolescentes e crianças.

A materialidade delitiva está comprovada pelos registros de imagens extraídas dos eletrônicos apreendidos na residência do acusado, instantes às fls. 11/41, auto de apreensão de fl. 06, auto de cumprimento de MBA da fl. 54, auto de prisão em flagrante de fls. 61/32, auto de constatação de fl. 55, documentos de fls. 97/106, perícias de fls. 293/309 e 636/671, bem como pela prova oral coligida.

A autoria delitiva também é inquestionável.

No interrogatório, o réu A. C. B. apresentou justificativa



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

inverossímil acerca dos fatos, aduzindo que recebeu os arquivos encontrados no seu notebook em grupos de pornografia no whatsapp, os quais não se destinavam a pornografia infantil. Contudo, confirmou que armazenou as imagens e que fez backup do aparelho celular para o notebook, porém aduziu que não tinha ciência da quantidade de imagens envolvendo crianças e adolescentes em cenas de sexo explícito e pornografia, mas disse que as manteve em seus dispositivos informáticos como válvula de escape.

A par das oitivas colhidas na fase judicial e já transcritas, registro que os policiais civis responsáveis pela apreensão dos objetos na residência do acusado, confirmaram a existência de grande quantidade de imagens de pornografia e cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes, cujo o auto de constatação de fl. 55 atesta que foram encontradas cerca de 12 (doze) mil imagens no notebook do denunciado.

O resultado dos laudos nº 148651/2017, nº 150238/2017, nº 148644/2017, confirmam que foram localizados no notebook e no pen drive de propriedade do denunciado, imagens de jovens nus ou parcialmente nus, algumas com cenas de sexo explícito ou pornografia explícita, dentre as quais algumas envolvem notoriamente crianças. Consta, ainda, que a maioria das imagens foram obtidas através de



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

acessos na internet, incluindo redes de relacionamento e serviços de mensagens eletrônicas. O conteúdo extraído dos dispositivos informáticos do réu estão copiados nos CD's de fls. 304, 640 e 679, demonstrando que A. obteve e guardou consigo extenso material com cenas de nudez e sexo envolvendo crianças e adolescentes.

Da análise da prova produzida e já referida nesse decisum, verifica-se que a conduta do agente se amolda perfeitamente àquela prevista no artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois adquiriu, possuiu e armazenou fotografias e vídeos com cenas pornográficas e de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes, praticando, assim, as três condutas típicas previstas no tipo penal, das quais a exordial descreve o verbo "armazenar".

Em atenção as alegações defensivas, registro que violação da quebra da cadeia de custódia da prova já foi analisada e afastada quando do exame da preliminar. Assim, imperiosa a condenação do acusado.

(...)"

Acresço.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

**ASSEDIAR, POR QUALQUER MEIO DE COMUNICAÇÃO,
CRIANÇA, COM O FIM DE COM ELA PRATICAR ATO LIBIDINOSO (1º FATO).**

Tocante ao delito previsto no art. 241-D, parágrafo único, II do ECA (1º fato), a denúncia atribui ao réu a conduta de **assediar** a vítima, criança com apenas 10 anos de idade à época do fato, por diversas vezes, por meio de comunicação através do site de relacionamentos, com o fim de com ela praticar atos libidinosos.

Acerca do referido tipo penal, leciona Nucci⁴ que: "*aliciar (seduzir, atrair), assediar (perseguir, importunar), instigar (incentivar, fomentar) e constranger (incomodar, obrigar pela força) são as condutas componentes de tipo misto alternativo, cujo objeto é a criança. A finalidade do cerco empreendido pelo agente é a prática de ato libidinoso (envolvimento lascivo, apto a gerar prazer sexual). O tipo incriminador é inédito e corretamente inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 11.829/2008. Volta-se, primordialmente, ao agente que se comunica, via Internet (embora a lei mencione qualquer meio de comunicação), por intermédio de salas de bate-papo, sites, mensagens eletrônicas, dentre outros instrumentos, com crianças, buscando atraí-las para a manutenção de relacionamento sexual. (...) Note-se que não se exige o efetivo*

⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 863/864.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

envolvimento sexual, pois, se tal ocorrer, configura-se estupro ou atentado violento ao pudor, uma vez que a violência é presumida (art. 224, a, CP). Vale destacar que o tipo penal é essencialmente preventivo: punindo-se o pedófilo em atividade de captação do menor, evita-se o mal maior, que é, justamente, a ocorrência da relação ou outro envolvimento sexual."

Pois bem.

Dos relatos do ofendido, criança de apenas 10 anos de idade à época dos fatos (nascido em 03.04.2005, fl. 10), ouvido em juízo aos 12 anos (fl. 534), emerge cristalino o assédio praticado pelo réu, por meio de sites de relacionamento e **chat** na **internet**, a fim de que se despisse e praticasse atos libidinosos, inclusive pedindo expressamente que o menor ligasse a câmera e tirasse a roupa ("**Juíza:** Então um dia você estava na sua casa e estava usando o Omegle. O que aconteceu? **Vítima:** Entrava pessoa, saía pessoa. Conversa vem, conversa vai. Até que eu me deparei com essa pessoa. (...) **Vítima:** Ele já tava sem camiseta na imagem, na câmera que ele tava vendo, e não mostrava o rosto dele. **Juíza:** Só mostrava o pescoço até a barriga aqui? **Vítima:** Sim, daqui pra cá. **Juíza:** Isso, essa parte aí. Mostrava isso. Dava para ver que idade tinha? **Vítima:** Ele pessoalmente parecia ser alguém até que jovem ainda – entre vinte e trinta anos, uns vinte e cinco, vinte e seis. **Juíza:** Entre vinte e trinta anos, mas não era criança. Você via que era uma pessoa adulta.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Você começou a conversar com o Pedro, uma pessoa adulta, pelo site. O que aconteceu?
*Me conta. **Vítima:** Ele já, infelizmente... Já começou a entrar a conversa, coisa do tipo, até que ele simplesmente pediu pra eu tirar a roupa. **Juíza:** Pediu para você "tira a roupa aqui na frente da Webcam"? **Vítima:** Sim. **Juíza:** E aí? **Vítima:** Ele começou a se masturbar. **Juíza:** Você via também ele? **Vítima:** Sim, eu via. **Juíza:** Ele levantou? **Vítima:** Não, ele não levantou. **Juíza:** Ele abaixou a câmera? **Vítima:** Não, é... Dava pra ver... **Juíza:** Dava para ver o pênis dele? **Vítima:** Dava pra ver. Até que ele pediu pra eu passar o Facebook dele. Eu, como um burro, passei o Facebook. **Juíza:** O seu Facebook? **Vítima:** Na realidade, a gente trocou Facebook. Ele passou o meu, eu passei o dele. (...) **Juíza:** Vocês se falavam quantas vezes: todos os dias? **Vítima:** Todos os dias, não. Eu e o Pedro, a gente não se falava todo dia, não. Depois daquilo lá, eu nunca mais abri a câmera com ele. Depois, ele só ficava mandando mensagem. "Ô, abre a câmera, (...) Skype". **Juíza:** Você diz depois das duas vezes que vocês se masturbaram se vendo? **Vítima:** Sim, as duas vezes... **Juíza:** A primeira vez no Omegle e a primeira vez no Face? **Vítima:** Tudo no mesmo dia. **Juíza:** Foram duas vezes no mesmo dia? **Vítima:** Exato. **Juíza:** Depois desse primeiro dia que vocês fizeram isso, vocês só continuaram se falando por um mês, não todo dia, mas por mensagem de texto? **Vítima:** Sim." - grifei).*

Não fosse o suficiente, a conduta do increpado restou claramente delineada também nos diálogos extraídos da rede social **Facebook**, acostados às fls. 97/105, nos quais o réu orienta o vitimado a ativar a câmera e posicioná-la



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

da melhor maneira, instando-o a mostrar o corpo e indagando se "*consegue bater mostrando o pau*".

E o próprio acusado, em seu interrogatório judicial, admitiu que instou o menor "a se exhibir" mostrando "a parte íntima", embora negando ter pedido que ele se despisse (CD à fl. 632, 7min20seg).

Quanto ao mais, irrelevante tivesse ou não o réu ameaçado ou coagido o ofendido, ou mesmo de quem partiu o contato inicial, se do réu ou do menor, e se este último também manifestava interesse no diálogo de conotação sexual, não se podendo perder de vista que a conduta em julgamento é a do réu – homem adulto, com 25 anos de idade, plenamente imputável e estudante de medicina à época dos fatos – e não da vítima, criança de apenas 10 anos de idade, que manifestava a natural curiosidade precedente à puberdade.

Aliás, chama a atenção a evidente pouca idade da criança, que de forma alguma poderia se passar por maior de 14 anos, quiçá 16 como afirmado pelo acusado, consoante se depreende da fotografia inserida em seu perfil na página da rede social **Facebook**, à fl. 09 do apenso.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Ainda, atenta às alegações defensivas, ressalto que o acusado não apenas tinha nítida intenção de praticar atos libidinosos com o lesado, como de fato concretizou tal objetivo em pelo menos duas oportunidades, como será analisado na sequência (2º fato).

Portanto, insubsistentes as teses de insuficiência probatória e atipicidade da conduta quando ao 1º fato, razão pela qual vai mantida a condenação do indigitado.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (2º FATO).

Tocante ao delito previsto no art. 217-A do CP (2º fato), a inicial acusatória atribui ao réu a conduta de, em ocasiões diversas, praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal – masturbação – com a vítima, criança de apenas 10 anos de idade, através de comunicação online via *internet*.

Ab initio, há que se referir que a conduta do incriminado não é atípica, porquanto não apenas o toque lascivo é capaz de configurar o delito em comento, o resultado naturalístico/jurídico, podendo, inclusive, advir de situações em que aquele não ocorra.

Como já assentado pela Colenda Quinta Turma do E. STJ, por ocasião do julgamento do RHC 70.976/MS, em 02.08.2016, de relatoria do ilustre



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Ministro Joel Ilan Paciornik, o que pontuado pela magistrada singular, prescinde à consumação dos tipos penais do art. 213 e art. 217-A a ocorrência de contato físico entre a vítima e o abusador, bastando a mera "contemplanção lasciva" à configuração de tais delitos, a situação presente guardando perfeita sintonia com a hipótese enfocada no precedente.

No mesmo norte, o seguinte precedente da Corte Cidadã:

*"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ART. 214, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONTATO FÍSICO ENTRE O AGENTE E A VÍTIMA. DESNECESSIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA. CONSUMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. **De acordo com o novel entendimento consagrado por esta 5ª Turma, à unanimidade de votos, em julgamento de caso semelhante, decidiu-se que a "contemplanção lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido" (RHC 70.976-MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016).** 2. **No caso concreto, a conduta do agente que, valendo-se de sua condição de conselheiro tutelar, tranca o adolescente nas dependências do Centro de Triagem e lhe ordena, mediante graves ameaças, que tire toda a roupa e se***



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

masturbe (entregando-lhe inclusive uma revista pornográfica, com o escopo de estimular a libido), que faça poses para fotografias de cunho pornográfico e mostre seu órgão genital, além de obrigar a vítima, contra sua vontade, a assistir esse mesmo agente se masturbando, tudo com o propósito de obter a satisfação da lascívia do recorrido, configura, sim, o "ato libidinoso diverso da conjunção carnal" descrito no tipo do art. 214 do Código Penal, em sua modalidade consumada. 3. Recurso especial provido para condenar o réu como incurso nas penas do art. 214, caput, do Código Penal e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que proceda à dosimetria da pena." (REsp 1640087/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017) (grifei)

Por fim, arremata Cleber Masson que "*o estupro de vulnerável e também o estupro) realmente não depende de contato físico entre o agente e a vítima. Exige-se, contudo, o envolvimento físico desta no ato sexual, mediante a prática de ato libidinoso (exemplos: automasturbação, relação sexual com animais etc.)*" (*in* Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H) – vol. 3. 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 63).



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Portanto, a solução é casuística, devendo-se observar se o bem jurídico tutelado pela norma penal – dignidade sexual do menor de 14 anos –, restou atingido.

Isto assentado, não me assaltam dúvidas de que o incriminado cometeu o crime previsto no art. 217-A do CP, a prova acusatória mostrando-se apta ao decreto condenatório, a vítima, criança de apenas 10 anos de idade ao tempo dos fatos, de forma coerente, narrando a violência sexual à que submetida, esclarecendo que, em duas ocasiões, manteve contato com o réu por meio de **Webcam**, oportunidade em que ele se despiu, passando a se masturbar, solicitando que fizesse o mesmo, o que atendeu, a primeira por meio do site "**Omegle**" e a segunda, da rede social **Facebook** ("**Vítima:** Ele já, infelizmente... Já começou a entrar a conversa, coisa do tipo, até que ele simplesmente pediu pra eu tirar a roupa. **Juíza:** Pediu para você "tira a roupa aqui na frente da Webcam"? **Vítima:** Sim. **Juíza:** E aí? **Vítima:** Ele começou a se masturbar. **Juíza:** Você via também ele? **Vítima:** Sim, eu via. **Juíza:** Ele levantou? **Vítima:** Não, ele não levantou. **Juíza:** Ele abaixou a câmera? **Vítima:** Não, é... Dava pra ver... **Juíza:** Dava para ver o pênis dele? **Vítima:** Dava pra ver. Até que ele pediu pra eu passar o Facebook dele. Eu, como um burro, passei o Facebook. **Juíza:** O seu Facebook? **Vítima:** Na realidade, a gente trocou Facebook. Ele passou o meu, eu passei o dele. **Juíza:** Deixa eu entender. Nesse primeiro dia, você tirou



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

a sua roupa e você viu ele se masturbar. Você se masturbou também? **Vítima:** Sim.

Juíza: O que aconteceu depois? Me conta. **Vítima:** Depois que a gente trocou o Facebook, eu fui ver a imagem de perfil dele. Ele tava a mesma coisa. Não mostrava o

rostos. **Juíza:** Era uma foto que não mostrava o rosto. Tinha foto no perfil dele do Facebook? **Vítima:** Não, eu não cheguei a olhar as fotos de perfil dele. **Juíza:** O que

aconteceu? (...) **Juíza:** Que você conheceu ele pelo Omegle e que vocês fizeram essa coisa de se masturbar um vendo o corpo do outro. O que aconteceu depois? **Vítima:**

Depois que trocou (...), eu vi a imagem dele. Não mostrava o rosto dele. Ele pediu pra começar um... Como é que fala? Um chat de imagem, que mostra a imagem toda, só

que via Facebook. (...) **Vítima:** Aí ele continuou a mesma coisa que antes. Tirou a roupa e continuava a mesma coisa que... Tava no Omegle, porém dessa vez no Facebook.

Juíza: Então ele tirou a roupa dele, começou a se masturbar, pediu para você tirar a sua roupa e se masturbar também. **Vítima:** Sim. **Juíza:** Só que isso agora via Facebook. E

depois? **Vítima:** Depois ele disse que ia desligar porque tava chegando gente na casa dele. Ele simplesmente desligou. Só que assim, um detalhe, a gente ficar se comunicando

no chat de contato no Facebook, só que assim... Depois continuou um tempo isso. Eu pessoalmente não me (...) com ele, só que ele ficou enviando mensagem, dizendo pra eu

baixar Scribe pra ficar vendo tal coisa, não sei o quê. (...) **Juíza:** Vocês se falavam quantas vezes: todos os dias? **Vítima:** Todos os dias, não. Eu e o Pedro, a gente não se falava

todo dia, não. Depois daquilo lá, eu nunca mais abri a câmera com ele. Depois, ele só



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

*ficava mandando mensagem. "Ô, abre a câmera, (...) Skype". **Juíza:** Você diz depois das duas vezes que vocês se masturbaram se vendo? **Vítima:** Sim, as duas vezes... **Juíza:** A primeira vez no Omegle e a primeira vez no Face? **Vítima:** Tudo no mesmo dia. **Juíza:** Foram duas vezes no mesmo dia? **Vítima:** Exato. **Juíza:** Depois desse primeiro dia que vocês fizeram isso, vocês só continuaram se falando por um mês, não todo dia, mas por mensagem de texto? **Vítima:** Sim." - grifei).*

E, vale registrar, a palavra da vítima, em delitos de natureza como a do presente, porque geralmente praticados na clandestinidade, assume especial relevância.

Nesse sentido, os recentes julgados do E. Superior Tribunal de Justiça:

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REVALORAÇÃO DOS ELEMENTOS FÁTICOS E PROBATÓRIOS DELINEADOS NO ACÓRDÃO. PALAVRA DA VÍTIMA COERENTE COM AS DEMAIS PROVAS. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. OFENSA AO ART. 255, §4º, III, DO RISTJ. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **"O entendimento desta corte é no sentido de que nos crimes sexuais, a palavra da vítima, desde que coerente com as demais provas dos autos, tem grande validade como elemento de convicção, sobretudo porque, em grande parte dos casos, tais delitos são perpetrados às escondidas e podem não***



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

deixar vestígios" (REsp 1.336.961/RN, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES - Desembargador convocado do TJ/PR -, DJe de 13/09/2013). 2. "A reavaliação dos elementos fático-probatórios delineados pelas instâncias ordinárias não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. Precedentes." (AgRg no REsp 1.678.599/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017). 3. No caso em apreço, consoante destacado pelo voto-vencido do acórdão, que nos termos do art. 941, § 3º, CPC, é considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento, e pela sentença, a vítima, sempre que foi questionada, apresentou o mesmo relato sobre os fatos, os quais encontram respaldo nas demais provas produzidas nos autos, quais sejam o laudo psicológico, o testemunho da co-denunciada e o da diretora da escola. 4. Por fim, no que tange ao pedido de anulação da decisão embargada por ofensa ao art. 255, §4º, III, do RISTJ, consoante já decidiu esta Corte Superior, "a oportunidade concedida à parte para contrarrazoar o recurso especial atende à vista referida no art. 255, §4º, III, do RISTJ que, em outras linhas, reproduz a dicção do art. 932, V, do CPC/2015, segundo o qual o Relator, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, pode dar provimento ao recurso, nas hipóteses ali referidas" (AgInt no REsp 1526765/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 21/03/2019). 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg nos EDcl no REsp 1834872/RS, Rel.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 16/12/2019) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 156 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Corte de origem concluiu pela existência de prova apta a amparar o édito condenatório, de modo que a reversão do julgado demandaria incursão fático-probatória, vedada no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 2. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, praticados, em regra, de modo clandestino, a palavra da vítima possui especial relevância, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios. 3. Ausente violação do art. 156 do CPP na hipótese em que a condenação encontrar respaldo nos elementos probatórios dos autos, não logrando a defesa êxito sua na desconstituição. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 1493646/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 24/10/2019) (grifei)

Isso não bastasse, a narrativa do lesado – ainda que sozinha, insisto, pudesse lastrear o decreto condenatório –, veio corroborada pelos diálogos anexados aos autos, dos quais se depreende claramente que o réu



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

efetivamente praticava atos libidinosos diversos da conjunção carnal com o menor, oportunidades em que ambos se masturbavam, concomitantemente, durante contato mantido por meio de **WebCam** (fls. 97/105).

Quanto ao mais, os abusos, assim com a descoberta pelo pai do ofendido e a deflagração da investigação policial foram narradas pormenorizadamente em juízo pelo pai do lesado, em consonância com as declarações dos policiais civis que atuaram na investigação criminal, esclarecendo que o increpado foi localizado por meio dos IP's dos locais onde ele utilizava o perfil falso que mantinha na rede social **Facebook** (fls. 892/894 e 899v/902).

Ainda, o próprio acusado, quando interrogado em juízo, em que pese negando ter se masturbado na frente da vítima, admitiu que em uma oportunidade visualizou o menino manipulando o órgão genital por meio da **WebCam**, mencionando que "ambos se estimularam a se exibir" (CD à fl. 632, 6min5seg e 7min46seg).

Nesse prisma, não subsiste a alegação da defesa técnica, veiculada em seu arrazoadado recursal, de inexistência de "*mínimo de interação sexual entre o ofensor e o infante*" (fl. 799), plenamente demonstrada, a prática, pelo apelante, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com vulnerável, de modo que inaplicável, *in casu*, a técnica de **distinguishing**, ante a similitude



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

das circunstâncias fático-jurídicas dos fatos em julgamento ao entendimento consolidado pela Colenda 5ª Turma do E. STJ.

Por fim, despicienda à caracterização do tipo penal a presença física do agente a fim de impossibilitar a resistência da vítima, porquanto o óbice consiste justamente na tenra idade do ofendido, circunstância que retira a sua capacidade de externar o consentimento válido, caracterizando, via de consequência, a presunção de vulnerabilidade que o tipo reclama, lembrando que na figura penal prevista no art. 217-A do CP não há previsão da elementar "constrangimento, porque a violência é ínsita à conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA.

Por outro lado, no que concerne à tese de **erro de tipo** vertida pelo acusado em defesa direta, bem como pela defesa técnica em seu arrazoado recursal, melhor sorte não lhe assiste.

Consoante já referido alhures, ao simples vislumbre da fotografia do ofendido inserida em seu perfil na página da rede social **Facebook**, à fl. 09 do apenso, à época dos fatos, salta aos olhos a tenra idade do ofendido.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

E não se está aqui a falar de adolescente, com idade próxima aos 14 anos de idade, circunstância que poderia emprestar mínima plausibilidade à tese de erro de tipo, mas sim de **criança com apenas 10 anos de idade**.

Assim, absolutamente inverossímil a afirmação do acusado, de que acreditou que o ofendido possuía 16 anos de idade à época dos fatos (CD à fl. 632, 2min32seg), conclusão reforçada pelo contexto de sua prisão em flagrante, oportunidade em que apreendidas diversas mídias contendo grande quantidade e material pornográfico infantil (4º fato), bem como pela imagem da tela inicial do perfil falso utilizado pelo inculpado na rede social **Facebook**, evidenciando que a maioria de seus "amigos" virtuais eram crianças (fl. 08 do apenso).

E nem se diga que **chats e sites** de relacionamento exigem que o usuário possua determinada faixa etária, porquanto sabidamente não há qualquer verificação quanto à real idade das pessoas cadastradas, circunstância indiscutivelmente de conhecimento do acusado, estudante universitário e sabedor do modo de funcionamento de tais ferramentas, até mesmo porque, como já referido, possuía muitas crianças no círculo de amizade "virtual" que criara mediante a utilização de perfil falso.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Nesse contexto, inarredável a conclusão de que "*(...) O erro de tipo em face à ignorância em torno da idade da vítima, não obstante tenha resguardo jurídico, se tornou um modo corriqueiro de se eximir da condenação penal. (...)*".
Todavia, "*(...) É preciso que haja proteção de fato e de direito às crianças e adolescentes brasileiros, pois de nada adiantará todo o aparato judicial preventivo se não aplicado de forma efetiva.*" (REsp 1464450/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017) (grifei)

Sob qualquer enfoque, então, descabe o pleito de reforma, o decreto condenatório estando bem fundamentado.

**DESCLASSIFICAÇÃO PARA OS TIPOS PENAIIS DO ART. 241-D,
PARÁGRAFO ÚNICO, II DO ECA OU DO ART. 215-A DO CP. DESCABIMENTO.**

Pretende a defesa, de modo subsidiário, a desclassificação para o delito previsto no art. 241-D, parágrafo único, II do ECA ou no art. 215-A do CP.

Na hipótese em comento, o agente convenceu a vítima, criança de apenas 10 anos de idade, a se despir em frente à câmera e com ele praticar masturbação simultânea, em pelo menos duas oportunidades.

Assim, o que se vê é que, o comportamento ilícito do denunciado, tendo a lascívia como seu elemento propulsor, de cunho evidentemente sexual,



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

portanto, chegando à efetiva prática dos atos libidinosos, ainda que sem contato físico com a vítima, foi muito além do mero assédio, encontrando enquadramento típico no crime do estupro de vulnerável, na modalidade atentado violento ao pudor.

E consoante já assentado por ocasião da análise da prova quanto ao 1º fato, a conduta típica prevista no art. 241-D, parágrafo único, II do ECA – *"aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança"*, com o fim de com ela praticar ato libidinoso – trata-se de crime autônomo, que se concretiza sem o efetivo envolvimento sexual, *"pois, se tal ocorrer, configura-se estupro ou atentado violento ao pudor, uma vez que a violência é presumida (art. 224, a, CP)."*⁵

In casu, o referido delito restou bem caracterizado quanto ao 1º fato, tais condutas ocorrendo, todavia, em momento diverso dos estupros descritos no 2º fato constante da denúncia – uma vez que antes e após os abusos sexuais o réu manteve diálogos com a vítima por cerca de um mês, sempre insistindo para que o menino ligasse novamente a câmera – razão pela qual descabida a desclassificação pretendida.

⁵ NUCCI, Guilherme de Sousa. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 864.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Da mesma forma, inviável operar-se a desclassificação para o tipo penal do art. 215-A do CP, que tipifica a conduta de "*praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro*", não possuindo, como elementares, a violência e grave ameaça, tampouco condizendo com o cometimento de abuso sexual contra pessoa vulnerável, no qual se concretiza a violência presumida, de natureza absoluta.

A esse respeito, os seguintes julgados do E. Superior Tribunal de Justiça:

*"PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. INVIABILIDADE. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do art. 619 do Código de Processo Penal - CPP, e erro material, conforme art. 1022, III, do Código de Processo Civil - CPC. 2. Houve efetivamente omissão no julgado no tocante à alegação de que o acórdão embargado deixou de analisar os termos da petição constante às fls. 809/816, com pedido de desclassificação do delito de estupro de vulnerável para importunação sexual. 3. **É firme o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior no***



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

sentido da "impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que o referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos" (AgRg na RvCr 4969/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 1º/7/2019). 4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes." (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1276776/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 217-A, CAPUT, DO CP. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. JULGADO QUE NÃO REVOLVEU MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ELEMENTARES CARACTERIZADAS. DESCLASSIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE SE IMPÕE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A DO CP: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. 1. A questão veiculada no recurso especial não envolve a análise de conteúdo fático-probatório, mas, sim, a possibilidade de caracterização do delito de estupro de vulnerável, notadamente em razão do Superior Tribunal de Justiça ter entendimento de a prática de ato lascivos



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

*diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos) poder subsumir-se ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal. Dessa forma, não se configura a hipótese de aplicação do óbice constante da Súmula 7/STJ, haja vista a análise eminentemente jurídica do caso. 2. Conforme disposto na decisão ora agravada, o Superior Tribunal de Justiça entende que a prática de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos) se subsume ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal. 3. O tipo descrito no art. 217-A do Código Penal é misto alternativo, isto é, prevê as condutas de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. [...] "A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (AgRg no AREsp n. 530.053/MT, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 29/6/2015), em cuja expressão estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente (Rogério Greco, in Curso de Direito Penal, Parte Especial, v.3, p. 467) - (AgRg no REsp n. 1.702.157/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 4/2/2019). 4. **Inviável a desclassificação da conduta para aquela prevista nos moldes do art. 215-A do Código Penal, inserido por meio da Lei n. 13.718, de 24/9/2018, porquanto não há como se aplicar a nova lei nas hipóteses em que se trata de vítimas menores, notadamente diante da***



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

presunção de violência. 5. A Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça. [...] Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes (AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/3/2019). 6. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1761248/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019) (grifei)

E a manutenção do enquadramento da conduta do réu nos lindes do art. 217-A do CP não malfere qualquer princípio de envergadura constitucional, na medida em que o comportamento do incriminado, conquanto não seja mesmo tão invasivo quanto a cópula anal ou o sexo oral, ou vaginal, ou mesmo toques lascivos, afigura-se tão aviltante quanto, reclamando igual severidade penal, até porque capaz de causar todas as repercussões de cunho psicológico-emocional ao infante.

Inviável, assim, a desclassificação pretendida.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

CONTINUIDADE DELITIVA.

Ainda no tocante ao delito de estupro de vulnerável, busca a defesa o afastamento da continuidade delitiva, sustentando que a denúncia descreve unicamente a ocorrência de abusos sexuais por meio da rede social **Facebook**, enquanto a vítima, em seu depoimento judicial, descreveu que a primeira ocorrência se deu por meio do site **Omegle** e, a segunda, da rede social **Facebook**, de modo que a condenação nesses termos, por dois delitos e, via de consequência, o reconhecimento da continuidade delitiva, configuram violação ao princípio da correlação.

Não colhe.

O princípio da correlação decorre de cláusula pétrea constitucional que reconhece aos acusados o direito a mais ampla defesa, impedindo que sejam julgados e condenados por conduta que não encontre correspondência com a narrativa fática contida na inicial.

Renato Brasileiro de Lima assim define o princípio da correlação (*Manual de Processo Penal*: volume único. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p.2155): *“A sentença deve guardar plena consonância com o fato delituoso descrito na denúncia ou queixa, não podendo dele se afastar, sendo vedado ao*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

juiz julgar extra petita, ou seja, fora do pedido – v.g., reconhecendo a prática de outro crime, cuja descrição fática não conste da peça acusatória –, nem tampouco ultra petita, leia-se, além do pedido – por exemplo, reconhecendo qualificadora não imputada ao acusado –, sob pena de evidente afronta ao princípio da ampla defesa, do contraditório e, até mesmo, ao próprio sistema acusatório.”

As condutas descritas no 1º fato constante da denúncia dizem com o crime de assediar, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso, pormenorizando, em razão disso, os pontos relevantes à imputação daquele delito.

Os crimes de estupro de vulnerável, por sua vez, foram narrados no 2º fato, razão pela qual desnecessário que houvesse sua pormenorização também no 1º fato.

Com efeito, tocante ao tipo penal do art. 217-A do CP, assim constou da inicial acusatória:

*“Em datas e horários diversos não informados no inquérito, porém até o dia 13 de abril de 2015, o denunciado A. C. B., em ocasiões diversas, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal – masturbação – com a criança J. H. S. S., então com 10 anos de idade, **através de comunicação online via internet.**”*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Após assediar a criança via comunicação por internet conforme descrito no item I, o denunciado convenceu-se a realizar simultânea masturbação para o alcance da satisfação da sua libido. Estando ambos conectados, orientava a criança a tirar a roupa, praticar masturbação, exhibir a região anal e peniana, além de conversar sobre felação e coito anal.

Ainda que não houvesse contato físico entre ambos, as práticas libidinosas diversas da conjunção carnal – masturbação -, foram realizadas de forma simultânea no mesmo ambiente virtual, como se juntos estivessem.

Os crimes foram cometidos por comunicação via internet, estando o denunciado em Porto Alegre, utilizando plano de internet pessoal e o sistema de internet da Pontifícia Universidade Católica, onde cursa Medicina, e a criança na residência dos pais (...).

Em situação análoga, o Egrégio Superior de Justiça, RECURSO EM HABEAS CORPUS No 70.976 – MS (2016/0121838-5), já decidiu, estribando na doutrina, que a prática de atos libidinosos não é condicionada ao contato físico entre abusador e vítima:

(...)

A prática de atos sexuais diversos da conjunção carnal via internet é realidade presente nas relações da sociedade atual, e dela exurgem variações de práticas libidinosas perfeitamente acolhidas nos tipos penais já previstos.” (grifei)



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Como visto, a peça incoativa descreve com precisão os abusos sexuais atribuídos ao imputado, afirmando expressamente que os ilícitos "*foram cometidos por comunicação via internet*", conceito no qual se inserem ambos os **sites** mencionados pelo ofendido, sendo por estes delitos condenados, em perfeita congruência com a exordial acusatória, não se havendo falar, então, em afronta ao princípio da correlação.

À denúncia, não se exige que conste detalhamento exaustivo acerca das circunstâncias fáticas dos delitos, mas sim que os acontecimentos sejam adequadamente delineados, permitindo ao imputado o exercício de sua ampla defesa, o que se concretizou no caso em julgamento.

O réu defende-se dos fatos que lhe são imputados, o que foi observado durante o andamento processual.

Logo, a decisora singular não atribuiu ao réu a prática de fato não descrito na exordial, não havendo violação ao princípio da correlação entre denúncia e sentença, não se justificando, portanto, o afastamento do continuísmo, nos termos postulados.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

**ARMAZENAR, POR QUALQUER MEIO, FOTOGRAFIA, VÍDEO OU
OUTRA FORMA DE REGISTRO QUE CONTENHA CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU
PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (4º FATO).**

No que concerne ao tipo penal do art. 241-B do ECA, postula a defesa a absolvição do indigitado sustentando a tese de nulidade da prova pericial em razão da quebra da cadeia de custódia.

Todavia, como já assentado por ocasião do exame da preliminar, inexistente qualquer mácula na apreensão e perícia das mídias de propriedade do incriminado, a autoridade policial e os peritos oficiais do Instituto Geral de Perícias do Estado do Rio Grande do Sul tendo atuado com a devida autorização judicial, não tendo a defesa se desincumbido de provar qualquer irregularidade na apreensão e nos exames periciais realizados, ônus que lhe cabia (art. 156 do CPP).

E a lisura dos procedimentos foi confirmada, em juízo, pelos policiais civis que atuaram na investigação (fls. 892/894), cumprindo destacar, também, que as referidas testemunhas prestaram compromisso com a verdade, não tendo sido, em nenhum momento, contraditadas. E o fato de tratar-se de policiais em nada desmerece a prova judicializada, até porque nenhum óbice



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

legal restou comprovado pela defesa. Não há qualquer indicação concreta de que aqueles servidores tivessem interesse em prejudicar o réu, imputando-lhe falsamente a prática da infração.

Ademais, consoante entendimento jurisprudencial, ao qual me associo integralmente, o depoimento de um policial tem valor probante igual ao de qualquer outra testemunha e, como tal, pode e deve ser considerado para efeito de prova, sobretudo quando, como ao concreto, encontra respaldo nos demais elementos colacionados aos autos.

O próprio acusado, em ambas as fases de ausculta, admitiu que efetivamente armazenava em seus arquivos as imagens de pornografia infantil localizadas, em que pese alegando ausência de dolo em seu agir, bem como atribuindo seu comportamento aos conflitos vivenciados em decorrência da aceitação de sua sexualidade (fls. 68/70 e CD à fl. 632, 20min55seg), o que não o exime da responsabilidade pelo ilícito cometido, sobrelevando destacar a imensa quantidade de material encontrada em suas mídias, cerca de 12.000 imagens, majoritariamente atinentes à pornografia infantil, como por ele próprio admitido em pretório (CD à fl. 632, 24min,18seg)



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Vai mantida, portanto, a condenação do increpado também no tocante ao 4º fato.

PENAS. DOSIMETRIA.

Crime de estupro de vulnerável (2º fato).

Na espécie, a magistrada singular, a partir do exame das operadoras do art. 59 do CP, fixou a pena-base em **8 anos e 11 meses de reclusão**, negativamente os vetores **culpabilidade** e **consequências**.

As **consequências** realmente foram graves, projetando-se para além da previsão típica, considerando todo o abalo sofrido pelo menino, que externou em audiência sentimentos de culpabilização e, como bem pontuou a sentenciante, contou ter reproduzido "*comportamento que coloca sua dignidade sexual em risco*", e, segundo seu pai, precisou de acompanhamento psicológico depois dos eventos.

Com relação à operadora **culpabilidade**, tida como grau de reprovabilidade da conduta, efetivamente excedeu o ordinário, não se podendo desconsiderar que o réu era estudante de medicina à época dos fatos, esta especial condição tornando muito mais reprovável a conduta porque dele se esperava maior empatia, respeito à dignidade alheia, como bem pontuou o



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

nobre Procurador de Justiça, ao lembrar a versão tida como original do juramento de Hipócrates.

Não obstante, as **circunstâncias** favorecem o acusado, porque o grau de invasividade da conduta não foi intenso como outros tantos que também caracterizam o estupro de vulnerável, diante do ***modus operandi*** empregado – contato virtual.

Não se pode punir no mesmo patamar o abusador que, por exemplo, efetiva a cópula vaginal, anal, cunilíngua, anilíngua, felação, introdução de dedos e outros mais invasivos, com aquele que satisfaz sua libido deturpada sem tocar a vítima, sob pena de malferimento ao princípio da proporcionalidade.

Por isso o legislador estabelece limites mínimo e máximo, justamente para possibilitar ao julgador que transite entre os extremos, no exercício do seu poder discricionário vinculado, buscando chegar a apenamento necessário e suficiente, ajustado ao caso concreto

Assim que, atendendo ao princípio da proporcionalidade, entendo por reduzir a pena de partida para **8 anos e 6 meses**.

Por fim, presente a continuidade delitiva, a pena foi elevada em 1/6, resultando a afluente final em **9 anos e 11 meses de reclusão**.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Crime de assédio, por qualquer peio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso (1º fato).

A magistrada singular, a partir do exame das operadoras do art. 59 do CP, fixou a pena-base em **1 ano e 4 meses de reclusão**, negativamente os vetores **culpabilidade** e **consequências**.

As **consequências** efetivamente foram graves, diante do abalo sofrido pelo menino, que externou em audiência sentimentos de culpabilização, bem como sua exposição a semelhantes situações de risco, conforme já assentado acima.

Da mesma forma, mantenho o desvalor da vetorial **culpabilidade**, nos termos da fundamentação exposta da dosimetria do 2º fato.

Assim que, mantenho a pena de partida em **1 ano e 4 meses de reclusão**.

Por fim, presente a continuidade delitiva, a pena foi elevada em 1/6, resultando a reprimenda final em **1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão** – e não 1 ano, 7 meses e 6 dias, como constou na sentença, erro material que se corrige, de ofício, porque em benefício do réu – mantida a pena de multa no patamar mínimo – 10 dias-multa, à razão unitária mínima.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Crime de armazenamento, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (4º fato).

A magistrada singular, a partir do exame das operadoras do art. 59 do CP, fixou a pena-base em **1 ano e 4 meses de reclusão**, negatizando os vetores **culpabilidade** e **circunstâncias**.

Com relação à operadora **culpabilidade**, tida como grau de reprovabilidade da conduta, efetivamente excedeu o ordinário, não se podendo desconsiderar que o réu era estudante de medicina à época dos fatos e, portanto, detinha plena ciência das nefastas consequências dos abusos sexuais praticados contra crianças, e, mesmo assim não titubeou ao manter um acervo de imagens de pornografia infantil em suas mídias.

As **circunstâncias** foram igualmente negativas, diante do substancial número de imagens localizadas nas mídias do inculpado – cerca de 12 mil.

Portanto, mantenho a pena de partida em **1 ano e 4 meses de reclusão**, assim definitivada, ante a ausência de outras causas modificadoras.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Igualmente inalterada a pena de multa, já fixada no patamar mínimo – 10 dias-multa, à razão unitária mínima.

Concurso material.

Somadas as reprimendas, resta o réu definitivamente condenado às penas de **12 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão**, em regime inicial **fechado**, e **20 dias-multa, à razão unitária mínima** (art. 72 do CP).

VERBA REPARATÓRIA. DANO MORAL.

Nos termos do art. 387, IV do Código de Processo Penal, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, redação dada pela Lei nº 11.719, publicada em 23.06.2008 e com vigência a partir de 22.08.2008.

Há que se fazer a ressalva de que a obrigação de reparar os danos na esfera cível já era prevista anteriormente, não havendo no ponto, qualquer inovação.

Trata-se de um efeito extrapenal automático, que prescinde de explicitação ou motivação, nos termos do art. 91 do CP: *“São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

crime”, fazendo da sentença penal condenatória um título executivo no cível, a chamada ação civil ***ex delicto***, disciplinada no art. 63 do CPP, nos seguintes termos: “*Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros*”.

O que surge, a partir da Lei nº 11.719/08, é a quantificação de um valor mínimo, ainda na esfera penal, dando liquidez a um título que já era previsto.

De modo que, através do dispositivo, viabilizou-se que, já na esfera criminal, seja fixado montante mínimo à indenização dos danos eventualmente sofridos pela vítima do crime, permitindo a imediata execução, não se obstando, por outro lado, que o *quantum* total venha a ser ainda debatido no cível e eventualmente descontado, se for o caso, o valor já arbitrado.

É o que deflui da conjugação com o art. 63, o qual dispõe que “*transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros*”, e, o parágrafo único, que “*transitada em*



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

De modo que a fixação do valor mínimo para a reparação dos danos, na sentença criminal, valerá, de pronto, como título executivo à parte ofendida.

No caso, como as condutas atribuídas aos réus ocorreram no ano de 2015, abrangidas estão pelas novas disposições legais.

Todavia, nada há nos autos que pudesse lastrear a fixação de valor reparatório mínimo, não comprovado prejuízo material concreto, eventual dano moral devendo ser buscado e aferido na esfera cível, no âmbito criminal só possibilitada a reparação de danos materiais, porque de fácil quantificação.

Pelo exposto, afasto os valores arbitrados como verba reparatória mínima.

STATUS LIBERTATIS.

No que diz com o ***status libertatis*** do inculpado, no ato sentencial foi mantida a prisão cautelar.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

A manutenção da prisão preventiva encontra lastro seguro nas disposições do art. 312 c/c art. 387, § 1º, ambos do CPP, fundamentada nas mesmas razões que a determinaram no curso do processo, isto é, a preservação da ordem pública, sob risco pela gravidade concreta das condutas, bem como pelo risco reiteração delitiva, tudo reforçado pela superveniência da condenação, com pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime fechado, insuficiente, via de consequência, a aplicação de medidas cautelares do art. 319 do Diploma Adjetivo Penal.

Por tudo, então, não prospera o pedido de soltura formulado.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA REDIMENSIONAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO RÉU PARA 12 ANOS, 9 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO; MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS.**



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

DES. DÁLVIO LEITE DIAS TEIXEIRA (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a NAELE OCHOA PIAZZETA (PRESIDENTE)

Acompanho a Eminente Relatora no caso em concreto, cumprindo realizar breve digressão em razão das peculiaridades do feito e do modo com que estas repercutiram em meu entendimento.

Em recentes julgados, analisando os fatos de modo extremamente objetivo, venho concluindo que condutas libidinosas diminutas não de ser diferenciadas daqueles ilícitos praticados com extrema perversidade ou violência como, por exemplo, os que envolvem conjunção carnal, felação, coito anal, etc.

Isso porque o aplicador do Direito deve aquilatar a hipótese que está *sub judice* e concluir se esta foi capaz de atingir ou não a dignidade sexual da vítima com a mesma pujança dos atos lascivos mais obscenos que um pode imaginar.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Pertinente a lição de Nélson Hungria⁶ ao afirmar que o delito

(...) não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um impessoal modelo de fábrica, mas um trecho flagrante da humanidade. A ciência que estuda, interpreta e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se numa sucessão de fórmulas vazias, numa platitude obsedante de mapa de mapa mural de geometria.

Ao ensinamento, acresço que também o magistrado não pode ser considerado um *impessoal modelo de fábrica*, aplicando o Direito de maneira indistinta a todo o acusado cujo processo lhe venha concluso. Deverá apreciar não só a *vexata quaestio*, mas, sobremaneira, aplicar a legislação em vigor de modo equitativo, observando as diversas nuances que por ventura existam nas agressões de cunho libidinoso de modo a fazer justiça no caso concreto.

Ainda assegura Nélson Hungria⁷, que não é verdadeiro jurista aquele que olvida o ensinamento de Jellineck:

É impossível alcançar um resultado jurídico cientificamente aceitável, se se ignora inteiramente o conteúdo das

⁶ **Comentários ao Código Penal**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 84.

⁷ *Op. Cit.*, p. 83-84.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

relações da vida. A jurisprudência ou construção jurídica não pode perder a visão desse conteúdo, pois, do contrário, se abastardaria na escolástica, isto é, naquela diretriz do pensamento e da especulação que cria um mundo de noções em realidade, de formas sem substância, de resultados sem valor.

De forma que as condutas de intensidade e durabilidade diminutas, ainda que libidinosas a ponto de atrair a incidência da norma penal incriminadora, não merecem reprovação nos termos antevistos pelo legislador infraconstitucional, devendo ser graduadas frente às particularidades e circunstâncias de cada caso.

Nessa linha, manifesto o conflito instaurado entre minha consciência e a lei, embora continue entendendo pela não previsão da tentativa aos delitos sexuais que atingem seu fim, outra alternativa não resta senão aceitá-la em pontuais casos, como forma de não deixar impune o ato criminoso nem elevar a pena a patamar não aceitável.

Cabe esclarecer que, ao perfilhar-me nesse sentido, não nego vigência a texto de norma federal, tampouco respaldo quaisquer condutas



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

depreciativas cometidas contra crianças e adolescentes, mas propugno a não banalização do *ius puniendi*.

Trata-se de opção pela aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo viés da proibição de excesso, cabendo a ponderação entre o bem jurídico violado, a gravidade da pena cominada e a restrição a ser imposta pelo Estado ao sujeito ativo em virtude da conduta praticada.

Parte da doutrina igualmente manifesta irresignação com o fato de o legislador ter cominado abstratamente a mesma pena para aquele que constringe a vítima, mediante violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal ou coito anal, bem como para aquele que, ainda que com inegável carga libidinoso, limita-se a apalpar os seios ou nádegas, ainda que por cima das vestes. Todas estas condutas devem ser reprimidas penalmente, mas com diferentes cargas punitivas, de modo que o legislador perdeu importante oportunidade, por ocasião da edição da Lei nº 12.015/2009, de corrigir estas discrepâncias.

Adotando este norte, destaco lição de José Henrique Pierangeli⁸:

⁸ PIERANGELI, José Henrique e DE SOUZA, Carmo Antônio. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 20-21.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

(...) o legislador penal brasileiro não seguiu o bom exemplo de nossos coirmãos portugueses, perdendo uma chance de ouro para fazer, como fizeram as legislações mais avançadas, uma nítida distinção entre os atos libidinosos relevantes e irrelevantes. E a consequência dessa opção é que são enquadráveis, no mesmo tipo penal, condutas tão dispares como um beijo lascivo e um coito anal. Nesse contexto, se para grande parte da doutrina parece exagerado um mínimo de 06 anos de reclusão para uma relação vaginal, anal ou oral forçada (lembrando que esse é o mesmo patamar inicial para o homicídio simples), parece-nos inconcebível cominar-se essa mesma pena para um beijo roubado, ainda que lascivo, ou para uma apalpadela nas partes pudendas da vítima.

Feito o necessário registro, embora esteja diante de crime de estupro cujas características são inéditas, praticado através de rede cibernética, estando a vítima e o réu a quilômetros de distância, apenas em contato por meio de uma câmera, tenho que a incidência da atenuante da tentativa - em razão do princípio da proporcionalidade - não se afigura a solução adequada para o caso em apreço.



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Debruçando-me sobre os autos, deparei-me com um agente de extrema periculosidade, estudante de importante Universidade deste Estado, utilizando-se das redes sociais e de sua ardileza para atrair o impúbere e com ele praticar os atos descritos na exordial, ferindo gravemente sua dignidade sexual e existindo indícios da execução de outros delitos em circunstâncias semelhantes.

Em atenção às mídias juntadas à fl. 305 dos autos, encontra-se mais de quatro mil e seiscentos arquivos digitais, entre fotografias e vídeos, de conteúdo sexual explícito envolvendo crianças e adolescentes.

Nestes mesmos discos, é possível verificar – no interior da pasta designada “lk” – aproximadamente 70 outras pastas intituladas com prenomes de meninos, sendo que em cada uma dessas há incontáveis fotografias de, ao que tudo indica, tais indivíduos, indiscutivelmente tratando-se de crianças e/ou adolescentes.

Ademais, igualmente constato que o denunciado possuía diversas “amizades” (contatos) com infantes em seu perfil falso na rede social *facebook*, a sugerir que este não é um evento isolado em sua vida, estando presente a



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

possibilidade de já haver tentado ou até mesmo praticado agressão da mesma natureza em face de outros impúberes.

Diante de tais informações, existindo indícios de que se trata de verdadeiro predador sexual, em muito diferenciado dos demais casos que esta Corte costumeiramente examina, inviável cogitar da aplicação da atenuante da tentativa como forma de observar a proporcionalidade entre fato típico e sanção.

Em conclusão, em razão das peculiaridades do caso em tela, no qual consta como réu agente ardiloso e possuidor de grave culpabilidade, acompanho a eminente Relatora na íntegra.

DES.^a NAELE OCHOA PIAZZETA - Presidente - Apelação Crime nº 70080331317,
Comarca de Porto Alegre: "REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM



FBB

Nº 70080331317 (Nº CNJ: 0005040-89.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA REDIMENSIONAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO RÉU PARA 12 ANOS, 9 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO; MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: TATIANA GISCHKOW GOLBERT