



CPG
Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTIGO 217-A, §1º, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO REFORMADA.

Falecendo os autos de provas seguras e suficientes de que a vítima não tenha consentido com a relação sexual ou de que não tenha podido oferecer resistência, a absolvição é medida que se impõe na esteira do princípio humanitário do *in dubio pro reo* e amparo legal no artigo 386, inciso VII, do CPP.

APELO DEFENSIVO PROVIDO PARA ABSOLVER O ACUSADO.

APELAÇÃO CRIME

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

F.B.M.

APELANTE

..

M.P.

APELADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em **dar provimento** ao recurso defensivo para absolver o acusado **F. B. M.** da imputação que lhe foi feita na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES.ª LIZETE ANDREIS SEBEN.**

Porto Alegre, 17 de julho de 2019.

DES.ª CRISTINA PEREIRA GONZALES,

Relatora.



CPG
Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

RELATÓRIO

DES.^a CRISTINA PEREIRA GONZALES (RELATORA)

O **MINISTÉRIO PÚBLICO** ofereceu denúncia contra **FÁBIO BIACHI MACHADO**, dando-o como incurso nas sanções do artigo 217-A, §1º, combinado com o artigo 61, inciso II, alínea “f”, ambos do Código Penal, pela prática do seguinte fato delituoso:

*“No dia 24 de fevereiro de 2017, por volta das 03h30min, na resistência situada à Rua São Nicolau, número 994/Casa, Bairro São João, nesta Capital, o denunciado **teve conjunção carnal com a vítima T. C. S., que no momento não possuía o necessário discernimento para a prática do ato e não podia oferecer-lhe resistência.***

Na oportunidade, o denunciado FÁBIO, na condição de motorista do aplicativo de transportes Cabify, recebeu chamada para buscar a vítima na Rua João Alfredo, nº 577, proximidades do bar “Silêncio”. Chegando ao local, embarcou a ofendida T. C. S., que se encontrava em estágio avançado de embriaguez alcoólica, e conduziu-a até o destino informado no aplicativo, qual seja, a residência da vítima.

Lá chegando, desembarcou junto com a vítima, sem finalizar a corrida no aplicativo em questão, e entrou com a mesma na residência. Uma vez no local, valendo-se do avançado estado de embriaguez alcoólica da ofendida, com ela praticou conjunção carnal, conforme evidenciado pelo teor do Laudo de DNA nº 31927/2017 (fls. 09/11), causando-lhe as lesões descritas no Laudo Pericial de Auto de Exame de Corpo de Delito nº 29400 (fl. 07). Na sequência, o denunciado saiu do local, levando consigo o celular da ofendida, e encerrando a corrida no aplicativo por volta das 04h20min.

Ao acordar, a vítima observou que ostentava as lesões corporais apontadas e sentia dores no corpo, bem como percebeu a falta de seu telefone celular. Por tal razão, a ofendida ligou em seguida para o seu número, tendo o denunciado atendido a ligação e perguntando-lhe se tinha alguma doença sexualmente transmissível e se lembrava do ocorrido, negando-se a devolver o aparelho celular da vítima, salvo se fosse pago o valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) pela corrida.

Posteriormente, no dia 02 de março, o denunciado deixou o celular da vítima na sede da empresa Cabify, que descredenciou o mesmo do quadro de motoristas e restituiu o aparelho à vítima. Na sequência, o denunciado compareceu à noite do mesmo dia na residência da ofendida, pedindo à mesma e a seus pais que não fosse dado andamento ao processo relativo ao fato, argumentando ser casado e pai de dois filhos, e que o fato iria prejudicá-lo.



CPG
Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

O denunciado praticou o fato com violência contra a mulher no âmbito da unidade doméstica, qual seja, residência da ofendida.”

A denúncia foi recebida em 30/10/2017 (fl. 86).

O acusado foi pessoalmente citado (fl. 99) e apresentou resposta à acusação através de defensor constituído (fls. 101/106).

Durante a instrução processual, foram ouvidas a vítima, as testemunhas e interrogado o acusado (mídia de fl. 152).

Encerrada a instrução, os debates orais foram substituídos por memoriais (fls. 154/161v e 163/174).

Sobreveio a sentença de **parcial procedência** da ação penal para condenar **Fábio Biachi Machado** à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado (fls. 175/182v).

A defesa apelou tempestivamente (fl. 188). Arrazoando, sustentou, preliminarmente, a nulidade da prova pericial encartada às fls. 88/91v dos autos, uma vez que produzida sem que tenha sido observado o princípio do contraditório. No mérito, requestou a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugnou pela exclusão da qualificadora e pela redução da pena com o abrandamento do regime (fls. 204/215).

Com as contrarrazões (fls. 216/223), os autos foram remetidos a esta Corte.

Nesta instância, a digna Procuradora de Justiça opinou pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 224/230).

Esta Câmara adotou o procedimento informatizado e foi observado o art. 613, I, do Código de Processo Penal.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

V O T O S

DES.ª CRISTINA PEREIRA GONZALES (RELATORA)



CPG
Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

Conheço do recurso porque adequado e tempestivo.

Da preliminar de nulidade do documento de fls. 88/91v por violação ao princípio do contraditório.

Não merece guarida a preliminar de nulidade do documento de fls. 88/91v, que não se trata de laudo pericial mas de mero parecer técnico elaborado por médicos integrantes do Serviço Biomédico do Ministério Público, por solicitação da Promotora de Justiça que ofertou a denúncia, e que versa sobre a absorção e os efeitos do álcool no organismo humano.

E nem se fale em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa na medida em que o estudo foi acostado aos autos antes mesmo da citação do réu, o qual teve a oportunidade de se manifestar sobre o estudo mas sem, contudo, produzir qualquer prova no sentido de infirmar as suas conclusões, as quais tampouco foram utilizadas para fundamentar a condenação.

Rejeito, assim, a prefacial.

Mérito.

Transcrevo, por oportuno, a sentença a partir da fundamentação:

“Da preliminar de nulidade:

Não assiste razão ao arguir nulidade da peça pericial acostada às fls. 89v-91v., pelo Ministério Público. A questão, ademais, já foi objeto de apreciação, quando da análise da resposta à acusação, às fls. 112-3, à qual reporto-me e adoto como razão de decidir, a fim de evitar tautologia, restando operada a preclusão.

Rejeito, pois, a preliminar suscitada.

*No mérito, a **existência do fato** encontra-se demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 20-1), laudos periciais (fls. 24 e 26-8), laudo de verificação de violência sexual (fls. 109-10), bem como pela prova oral produzida em juízo.*

*A **autoria**, embora negada, é certa.*

O réu FÁBIO BIACHI MACHADO, em interrogatório, negou a prática do crime. Relatou que recebeu uma chamada pelo aplicativo do Cabify e se deslocou até o local para buscar a passageira. Ao chegar no lugar, a vítima



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

embarcou no veículo e deu-se início a viagem. Salientou que durante o trajeto, não houve paradas. E, segundo se recorda, a corrida teria durado cerca de quinze minutos, no máximo, até a residência da ofendida. Declarou que durante o deslocamento até o destino final, ambos conversaram e que ela teria demonstrado interesse na sua pessoa. Ao chegar no endereço final, ela o convidou para entrar e ele aceitou. Ao descer do carro, deixou seu celular no suporte e, conseqüentemente, não encerrou a corrida. Abriu a porta do veículo para a vítima e dirigiram-se até o portão de entrada, nesse momento relatou que ela estaria tendo dificuldades em encontrar a chave dentro da bolsa e entregou-lhe junto com o telefone. Na seqüência, ele teria guardado o aparelho celular no bolso da sua calça. Descreveu, ainda, que a residência possuía dois andares, sendo que a ofendida residia no andar superior, cujo acesso seria por uma escadaria externa. Alegou que T. abriu o portão de acesso à residência, assim como a grade e a porta de maneira para adentrarem na casa. Logo que entraram, ela haveria feito sinal para o réu ficar em silêncio, até então ele não sabia quem estava no local. Foram em direção ao quarto da vítima e ela pediu para que ele aguardasse e, então, dirigiu-se ao banheiro. Ao retornar, ele questionou se realmente ela queria que ele ficasse, ela respondeu que sim e novamente fez sinal para fazer silêncio. Ao fechar a porta do quarto, a vítima teria se deitado na cama e, na seqüência, tirado a calcinha. Ele começou a se despir, colocou suas vestimentas na cadeira ao lado da cama e deitou ao lado da vítima. Começaram a se beijar e deram início ao ato. Salientou que T. já possuía as lesões roxas, antes de terem se relacionado. Finalizado o ato, foi até o banheiro e quando retornou ela ainda estava despida, deitada na cama. Questionou a ela que, se quisesse, poderia abrir os portões e devolver a chave na seqüência, mas ela disse que não. Assim, ela se vestiu e o acompanhou até a saída, onde se despediram com um beijo a pedido dela. Quando entrou no carro, percebeu que não tinha encerrado a corrida, nesse momento finalizou a viagem no aplicativo. Sentindo-se culpado por ter traído sua esposa, deslocou-se até um Mc'Donalds para comprar um lanche para sua companheira, na hora de efetuar o pagamento colocou a mão no bolso e percebeu que havia ficado com o telefone da vítima. Informou que em nenhum momento passou pela sua cabeça que T. não tivesse consciência, considerando as atitudes dela. Por fim, referiu que, posteriormente, teria voltado a casa da vítima com a intenção de esclarecer a situação.

A versão apresentada pelo acusado não se sustenta diante das demais provas carreadas aos autos.

A vítima T. C. S. relatou que no dia do fato, saiu do trabalho e foi até o restaurante "Só Comes" com um amigo. Chegaram por volta das 18h30min e começaram a beber cerveja, ficando no estabelecimento até umas 23 h. Na seqüência, outros amigos chegaram e os convidaram para ir a uma



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

festa. Aceitaram o convite e deslocaram-se até a casa noturna “Silêncio”, localizada no bairro Cidade Baixa. Ao chegarem na festa começaram a ingerir bebida destilada. Narrou que em determinado momento teria se sentindo mal, mas depois não lembra o que teria acontecido. Contou que seu amigo Felipe achou melhor chamar um carro pelo aplicativo para levá-la embora, mas que não recorda de ter chegado em casa. No dia seguinte, quando acordou, deu por falta do seu celular e não sabia o que tinha ocorrido. Foi tomar banho e relatou ter sentido muitas dores no corpo, nesse momento teve “flashes” do fato, porém não tinha certeza quanto a veracidade. Entrou em contato com sua amiga Samanta e contou que achava que tinha acontecido alguma coisa. Na sequência, Samanta teria ligado para o celular da mesma, no intuito de saber com quem estava. O réu teria atendido a ligação afirmando que só devolveria o telefone para a vítima e que era para ela entrar em contato. A ofendida, declarou ter ficado com medo e preferiu não entrar em contato com o acusado. Posteriormente, olhou-se no espelho e percebeu que haviam roxos no seu corpo, momento que teve um pouco mais de certeza do que poderia ter acontecido. Esperou seu amigo Felipe chegar na sua residência e pediu para que ele ligasse para o seu celular, com o objetivo de tê-lo de volta. O réu, que estava com o aparelho, teria cobrado o valor de R\$ 50,00 para devolver o telefone. Foi dito ao acusado que não pagariam o valor, então, o réu declarou que só devolveria para a vítima, insistindo em falar com ela. T. atendeu o telefone e, nesse momento, Fábio perguntou se ela lembrava do que tinha acontecido e que para a segurança dele, questionou se ela teria alguma doença sexualmente transmissível. T. respondeu que não e ele afirmou ser casado, ter filhos e que isso poderia prejudicá-lo. Muito nervosa, a vítima não conseguiu mais ouvir o réu, pois teve certeza do que tinha acontecido e passou o telefone para o seu amigo. Felipe apenas informou ao acusado que a questão seria resolvida diretamente com a empresa responsável pelo aplicativo. Após, T. dirigiu-se até a Delegacia da Mulher e fez um boletim de ocorrência. Na quinta-feira, posterior ao fato, foi até a empresa Cabify buscar seu telefone e mostrou o boletim de ocorrência que havia feito, em consequência disso o réu foi desligado da empresa. Declarou ainda, que no mesmo dia, à noite o réu teria ido até a sua residência ameaçá-los. Por fim, informou que em decorrência dos fatos faz tratamento psicológico e psiquiátrico, bem como uso de medicamentos.

A testemunha SAMANTA ANDRIELE FERNANDE LUZ relatou que estavam em uma festa e a vítima estava totalmente embriagada. Narrou que T. passou mal, então foi necessária a ajuda do segurança do local para conduzi-la para fora do estabelecimento. Já fora da festa, ela e o amigo Felipe, levaram um tempo para descobrir a senha do celular de T., para que pudessem ter acesso ao aplicativo e, assim, chamar um carro para levá-la em casa. Ela, junto com o amigo Felipe, teriam colocado a vítima no banco traseiro do carro. No dia seguinte, a ofendida teria entrado em contato com



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

a testemunha para avisar que estava sem celular e que achava que havia perdido. Declarou para a vítima que ela poderia ter dormido dentro do veículo e esquecido o aparelho no mesmo. Então, ligou para o celular e foi atendida pelo motorista do aplicativo. Mencionou, ainda, que ao atender o telefone, o réu teria sido ríspido com a testemunha. Na sequência, ela teria avisado a vítima que seu celular estava com o acusado, como suspeitavam. Disse que manteve contato com T. ao longo do dia e que ela teria informado que algo de errado havia acontecido, inclusive havia percebido a presença de hematomas em seu corpo. Referiu que a vítima também entrou em contato com o réu e conversou com ele. Posteriormente, ambas perceberam que a corrida tinha levado em torno de uma hora para chegar até a residência de T., o que segundo a testemunha normalmente não levaria quinze minutos. Mencionou que quando a ofendida, entrou em contato com o acusado ele teria perguntado a ela se fazia uso de anticoncepcional. Na sequência, a testemunha orientou que ela procurasse uma delegacia, pois era possível que tivesse sido abusada sexualmente enquanto estava inconsciente. Por fim, disse que a vítima não lembrava de ter tido relações sexuais com o réu.

A testemunha JOSÉ OTÁVIO FERREIRA MONTEIRO relatou que tomou conhecimento do ocorrido no dia do fato. Informou que inclusive estava de viagem e que no retorno a vítima teria relatado o fato, mas que não lembrava exatamente o que tinha acontecido. Mencionou que a ofendida contou que o réu esteve com ela durante a corrida e que depois na sua residência. Afirmou que no dia do ocorrido, estava em casa, dormindo com a porta fechada. Posteriormente, o acusado teria ido até sua casa para solicitar que a vítima retirasse a ocorrência que teria feito, alegando que era casado e que tinha família para sustentar. Por fim, informou que levou T. até a delegacia para relatar o que tinha acontecido.

A testemunha NAJARA DE CASTRO CRUZ relatou que ficou sabendo do fato no dia que o réu apareceu no portão da sua casa querendo falar com sua filha. A vítima teria ficado desesperada e nesse momento contou o que tinha acontecido. A testemunha abriu a janela e pediu para que o acusado aguardasse. Desceu, foi até o portão e ficou pelo lado de dentro, enquanto o réu estava pelo lado de fora. O acusado queria explicar o que tinha ocorrido, que tudo não passava de um mal-entendido. A testemunha, nervosa com a situação, apenas pediu para que o mesmo fosse embora. Mas ele insistiu que queria conversar e começou a fazer relatos e a descrever coisas que haviam dentro da casa. Assustada, a testemunha, questionou se ele estava ameaçando-a, ele teria dito que não e só estava falando o que tinha dentro da residência. Referiu que sua filha havia dito que tinha sido abusada sexualmente e que não lembrava de absolutamente nada, porque estava totalmente alcoolizada na ocasião. Afirmou ter visto



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

marcas roxas no pescoço da filha, assim como nas pernas. Por fim, declarou que desde o ocorrido, T. faz tratamento com psicóloga e psiquiatra.

A testemunha FELIPE DA SILVA ALMEIDA relatou que estava em uma festa e precisou sair, pois a vítima teria passado mal. Declarou que T. estava tão alterada que não conseguia nem desbloquear o aparelho celular, para então, chamar um carro pelo aplicativo, no intuito de levá-la para casa. Chegando o carro no local, puseram a vítima no banco de trás e ela teria deitado. A testemunha informou que tomou conhecimento dos fatos, quando uma amiga em comum entrou em contato informando que T. queria falar com ele. Entrou em contato com a mesma, e ela pediu para que ele fosse até a sua casa. Ao chegar na sua residência, ela explicou o que suspeitava ter acontecido, acreditava ter esquecido o telefone celular dentro do carro. No intuito de recuperá-lo, ligaram para o celular, sendo atendidos pelo réu. Felipe solicitou a devolução do aparelho, mas o acusado teria exigido o valor de R\$ 50,00 para fazer a entrega ou que fossem até a casa dele buscar. Por fim, haveria insistido em falar com a vítima. Diante da declaração feita pelo acusado, acharam um absurdo a situação e resolveram entrar em contato com a empresa Cabify. Posteriormente, T. referiu para a testemunha que Fábio havia perguntado se ela teria alguma doença sexualmente transmissível. Assim, a vítima teria descoberto que manteve relações sexuais com o acusado. Felipe afirmou ter visto as marcas nos braços da vítima no dia que foi até a sua casa.

A testemunha DANIELA SANTOS RODRIGUES relatou que ficou sabendo sobre o fato duas semanas, mais ou menos, após o ocorrido. Referiu que normalmente ela e Fábio buscavam as crianças na escola, mas que naquele dia, ele teria pedido para que sua sogra os buscasse. Na ocasião, ela saiu direto do trabalho para casa e ao chegar na sua residência o réu relatou o que aconteceu. Declarou que a narrativa de Fábio foi de que teria traído ela e em virtude disso surgido uma acusação de estupro. Mencionou que o acusado teria descrito os fatos com riqueza de detalhes. Segundo relatado, ele teria pego uma passageira pelo aplicativo Cabify em uma casa noturna. Durante o trajeto começaram a conversar até o destino final. Ao chegarem, a ofendida teria convidado o réu para descer, ele respondeu que não, pois estava trabalhando, era casado e tinha filhos. Mas que ela haveria insistido, alegando que estava sozinha e só queria companhia. Ele aceitou, desceram do carro e foram em direção ao portão, momento esse, que a vítima alcançou sua bolsa e celular ao réu, pois estava tendo dificuldades em achar as chaves da casa. Ao localizar sua chave na bolsa, abriu os portões e subiram as escadas que dava acesso à parte superior da residência, onde moraria a ofendida. Ao adentrarem na casa Fábio teria questionado se realmente ela queria que ele ficasse, T. teria respondido que sim. Posteriormente, ela foi em direção ao banheiro e ao retornar iniciaram e finalizaram o ato sexual. A testemunha referiu que ao retornar para casa,



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Fábio teria ficado com peso na consciência por tê-la traído e, durante o trajeto, parou em um Mc'Donalds para comprar um lanche para ela. Nesse momento, ao efetuar o pagamento, percebeu que havia ficado com o telefone da vítima. Pelo adiantado da hora, preferiu não voltar na residência da ofendida e foi direto para casa. Segundo a testemunha, nos dois primeiros dias seguintes, o acusado apenas declarou que uma passageira havia esquecido seu telefone celular no carro e que ele teria feito contato com a mesma. Em relação as tratativas para devolver o telefone, a testemunha declarou que houve problemas, mas que chegaram ao acordo que seria melhor deixar na empresa que Fábio trabalhava. Por fim, narrou que o réu tomou conhecimento sobre a acusação quando dirigiu-se até a empresa Cabify para devolver o telefone e ela estava junto nesse momento.

A testemunha MELQUIADES EDMAR SANTOS RODRIGUES relatou que estava em Torres e o acusado ligou para ele pedindo para conversar, afirmando que o assunto era sério. Retornou para Porto Alegre e encontrou com o réu, na ocasião ele relatou o que tinha acontecido. Declarou que o acusado Fábio contou que havia pego uma passageira e levado para casa, no trajeto começaram a conversar e ela teria o convidado para subir, na sequência tiveram relações sexuais. Informou que o acusado deu detalhes a respeito de como era a casa da vítima, assim como teria sido ela quem abriu os portões da casa. Mencionou que quando soube dos fatos, foi com o acusado até a delegacia buscar esclarecimentos.

A prova autoriza a condenação.

Não há dúvidas – até porque admitido pelo réu – de que o réu mantivera conjunção carnal com a vítima T., estando a certeza baseada não só na prova oral coligida aos autos, como também no laudo de verificação de violência sexual (fls. 109-10) - que atestou a presença de espermatozoides na secreção vaginal da vítima -, e no laudo pericial das fls. 26-8 dos autos, em que restou atestado pelos experts que ... O material biológico masculino presente no swab coletado da região vaginal de Tatiane Cruz Schutz apresenta perfil genético compatível com o de Fábio Biachi Machado.

Não assiste razão à defesa, contudo, ao asseverar que não existem provas de que o réu tenha agido de forma dolosa.

No tocante ao crime previsto no art. 217-A, §1º, do CP, ensina Cleber Masson¹ o seguinte:

“... São vulneráveis as pessoas que, embora maiores de 14 anos de idade e sem qualquer tipo de enfermidade ou deficiência mental, por qualquer outra causa não podem oferecer resistência ao ato sexual. ...Pouco importa se a vítima foi colocada em estado de impossibilidade de resistência pelo agente, como na hipótese de quem

¹ MASSON, Cleber: Direito Penal - Parte Especial, Vol. 3, Editora Método, Rio de Janeiro: 2015, pág. 56



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

embriaga completamente alguém, mediante o uso de álcool ou substância de efeitos análogos, para com ele ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso, ou então se o sujeito simplesmente abusa da circunstância de a vítima estar previamente impossibilitada de resistir ao ato sexual ...”.

Pela análise da prova dos autos, tenho que restou incontroverso que a vítima estava, na noite dos fatos, em estado de embriaguez completa, de modo a restar impossibilitada de opor resistência prática delituosa. A assertiva se faz, embora inexistente laudo pericial atestando o estado de embriaguez da vítima, pela análise das demais provas carreadas aos autos, que demonstram, de forma segura, a situação de vulnerabilidade a que estava sujeita a ofendida na noite dos fatos.

Senão, vejamos.

A vítima narrou que na noite do evento delituoso estivera ingerindo bebida alcoólica desde as 18h30min, inicialmente cerveja, e que depois das 23h, em uma festa, começara a ingerir bebidas destiladas. Em decorrência do excessivo consumo de álcool, passou mal na festa, motivo pelo qual seus amigos, Felipe e Samanta, com a ajuda de um segurança, a conduziram à parte externa do estabelecimento e, depois de muitas tentativas, conseguiram desbloquear o celular da ofendida e chamarem um carro, mediante aplicativo Cabify.

Ainda que a vítima não lembre de detalhes sobre o desenrolar dos fatos, compreendidos entre o momento em que saíra da festa até a manhã posterior ao fato, quando acordara, restou claro que, mesmo em dúvida sobre o ocorrido, trazia consigo a sensação de que algo estranho havia passado. Tanto que, em seu depoimento, afirmou que durante o banho, embora não conseguisse lembrar como havia chegado em casa, suspeitava que algo de ruim havia acontecido; ao perceber hematomas em seu corpo, teve suas dúvidas aumentadas. Quando, por fim, com o objetivo de recuperar seu telefone celular, que ficara em poder do réu, foi por ele indagada se possuía algum tipo de doença venérea, a dúvida deu lugar à certeza, podendo, confirmar, assim, a veracidade dos flashes de memória que desde seu acordar estava tendo.

Verifica-se que não existem divergências entre o depoimento da vítima e o das demais testemunhas arroladas pela acusação.

Neste ponto, inicialmente, refuto a alegação de que as testemunhas arroladas pela acusação, por serem amigos ou parentes da vítima, apresentaram versão favorável a ela, mormente porque prestaram depoimento seguro e coerente perante o juízo, não havendo nenhum indício de tivessem alguma motivação para destorcerem a verdade e, corolário, imputarem falsamente o delito ao acusado.



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Como já salientado, Felipe e Samanta, que acompanharam a ofendida nos fatos que antecederam à ação delituosa, confirmaram que a vítima se encontrava totalmente embriagada, sem condições de autogerir-se, necessitando de ajuda para ser retirada do estabelecimento (por um segurança) e para desbloquear o celular; até mesmo a chamada de um carro, via aplicativo, não foi por ela realizada, mas sim por Felipe, já que a vítima não tinha condição de fazê-lo. Ainda, foram uníssonos em afirmar, que a vítima saiu do local deitada no banco atrás do carro, o que reforça a certeza de que sua capacidade cognitiva estava comprometida.

Já as testemunhas Samanta e José Otávio, que acompanharam os fatos posteriores ao evento descrito na denúncia, foram seguras ao afirmar que a vítima somente teve consciência do ocorrido no dia posterior ao fato, tendo a certeza vindo após ter mantido conversa com o réu, na qual ele a indagara sobre seu histórico de saúde sexual. Referiram o verdadeiro temor vivenciado pela vítima quando o réu a procurou em sua residência, para entregar-lhe o celular e aclarar o fato ocorrido, alegando que não poderia ter problemas, posto que era casado e tinha família para sustentar. As referidas testemunhas foram uníssonas ao afirmarem que a vítima referiu não recordar detalhes de como teria chegado em casa na noite dos fatos, tampouco de tudo o que ocorrera entre ela e o réu, por estar sob efeito de álcool.

Em contrapartida, impede salientar que os relatos das testemunhas Daniela e Melquiades em nada contribuíram para elucidação do fato, já que não presenciaram os momentos que antecederam à ação, tampouco os que a sucederam, limitando-se a narrar a versão dada a eles, pelo acusado, sobre o evento. Ressalto que seus depoimentos devem ser havidos com reservas, já que se tratam de esposa e sogro, respectivamente, razão pela qual pode-se notar certo favorecimento ao acusado quanto ao desenrolar dos fatos.

*A prova dos autos, pois, é clara ao demonstrar que a vítima tinha sua **capacidade de resistência totalmente anulada (vulnerabilidade)**, diante de elevada ingestão de bebida alcoólica, não sabendo, sequer, precisar fatos decorridos dentre o momento em que estava na festa bebendo com amigos e o acordar na manhã seguinte, percebendo, contudo, o agir do acusado nos breves momentos em que recobrava a consciência, não conseguindo reagir, não sabendo explicar como chegou em casa.*

Ressalto que, em situação traumática como essa, e estando sob efeito de substâncias que causam torpor e sonolência, é compreensível que a vítima perca a noção do tempo.

Destaco que a palavra da vítima se reveste de importante valor probatório, e não merece ser desacreditada, tendo em vista a clareza e a segurança com que prestou seu depoimento. Ainda, que a narrativa da vítima não representa ter sido decorada ou inventada, possuindo coerência com a



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

versão prestada perante a Autoridade Policial, se revestindo, portando, de verossimilhança.

Restou amplamente comprovado que a vítima estava com sua capacidade de reação anulada, por embriaguez completa, ao ponto de ter que ser conduzida por terceiros (segurança do estabelecimento), necessitar de ajuda dos amigos para desbloquear o celular e chamar um carro, e de deitar-se no banco traseiro do veículo, não sendo crível, pois, a alegação da defesa de que, durante o deslocamento do local da festa até sua casa, teria recobrado a consciência, ao ponto de manter fluente conversação com o acusado e, assim, teria consentido em manter relações sexuais.

Ainda, o laudo pericial da fl. 24, reforçado pelas imagens fotográficas das fls. 12-3, afirma que a ofendida possuía ... duas escoriações em região lateral do pescoço à direita, com a maior área de cinquenta milímetros por vinte e cinco milímetros. Três equimoses em coxa esquerda com a maior diâmetro de dez milímetros ... , em consonância, também, com o depoimento da vítima e da testemunha Felipe, que refere, ainda, que somente notou as marcas no dia posterior ao fato (ou seja, quando a vítima foi colocada no veículo do réu, não apresentava escoriações aparentes).

A condenação, portanto, é de rigor.

Neste sentido,

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 1. EXISTÊNCIA DO CRIME E AUTORIA DEMONSTRADAS. **Comprovadas pelos depoimentos prestados pela vítima e pelas testemunhas somados a prova documental, fotografias da vítima nua e do cenário do crime, ficha de atendimento ambulatorial do hospital, atestado médico e auto de exame de corpo de delito, que não deixam dúvida da existência do crime descrito na denúncia e de sua autoria. 2. CAPITULAÇÃO DA SENTENÇA. A conduta praticada amolda-se perfeitamente ao conceito de vulnerável insculpido no §1º do art. 217-A do CP, pois a vítima estava desacordada, em coma alcoólico, ou seja, em estado de embriaguez letárgica que lhe retirou completamente o discernimento e a capacidade de entendimento e resistência. 3. REGIME CARCERÁRIO. Alterado para o semiaberto. 4. DETRAÇÃO. Direito reconhecido. 5. Demais disposições da sentença mantidas. APELO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70076108844, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 30/05/2018)**



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

Ressalto, por fim, que o fato de outras pessoas estarem na casa da vítima não impediu a prática e consumação do delito, visto que o réu agiu como se estivessem sozinhos na residência, fazendo uso do banheiro após o coito, segundo ele mesmo referiu, não bastando esta circunstância para frear os instintos lascivos do acusado.

Contudo, não assiste razão à acusação ao postular a incidência da agravante prevista no art. 61, II, f, do CP, uma vez que o crime não ocorreu com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade ou com violência contra a mulher na forma da lei específica – razão pela qual a condenação será em parte.”

Com a vênua devida ao Magistrado sentenciante, tenho que a prova carreada aos autos não autoriza a manutenção da condenação do acusado.

Isso porque, pelo que se extrai da prova oral, a vítima estava em uma casa noturna, chamada Silêncio, situada na Rua João Alfredo nº 577, na Cidade Baixa em Porto Alegre. Em tal local, assim como já havia feito momentos antes na lancheria Só Comes, ingeriu bebidas alcólicas. A certa altura, a ofendida teria passado mal, diante da ingestão de álcool e solicitou, através de seus amigos, uma corrida para casa por meio do aplicativo Cabify, tendo o acusado aceitado a viagem.

O acusado (motorista do aplicativo) chegou ao local combinado, a vítima embarcou e a corrida se iniciou. Chegando ao destino (casa da vítima), a ofendida teria convidado o acusado para entrar. No local, o acusado e a vítima mantiveram relações sexuais e, por fim, o apelante foi embora.

A vítima referiu que não lembrava de nada, uma vez que “apagou” em razão de seu estado etílico. Referiu que apenas tem uns “flashes”, onde lembrou do acusado em cima dela. Aduziu que, no outro dia, como havia esquecido o telefone celular em posse do acusado, esse ligou para tratar dos detalhes da devolução e, aproveitando o ensejo, perguntou se ela tinha alguma doença sexualmente transmissível.

A ofendida relatou que a partir daí notou que tinha marcas no pescoço e pernas e, diante disso, orientada por seus amigos, resolveu registrar ocorrência.

O acusado, por seu turno, referiu que a vítima o convidou para entrar na casa dela e, no local, mantiveram relações sexuais consentidas. Não notou que ela estivesse



CPG
Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

alcoolizada a ponto de perder os sentidos ou não saber o que fazia, mas disse que a ofendida tinha hálito alcoólico.

Como se vê a controvérsia reside no consentimento ou na ausência dele, eis que a ofendida, em tese, não teria discernimento para tanto.

Todavia, a **ausência de consentimento por parte da vítima**, decorrente da impossibilidade de oferecer resistência (pela embriaguez) não ficou demonstrada.

Primeiro porque a ofendida admitiu o consumo de álcool naquele dia, o que ocorreu por sua livre e espontânea vontade.

Segundo porque as testemunhas de acusação que estavam no bar e teriam acompanhado a vítima até o transporte afirmaram que T. estava alcoolizada, não estava bem, mas não referiram que o estágio etílico chegava a ponto de perder os sentidos.

Terceiro porque se a ofendida estivesse em um estágio que necessitasse ser carregada, certamente, um de seus amigos a teria acompanhado até a sua residência.

Quarto porque justamente por ninguém a ter acompanhado, há sérias dúvidas quanto ao que se passou no carro ou até mesmo na residência da ofendida, não se podendo descartar que o acusado esteja dizendo a verdade, até mesmo porque a vítima afirmou não lembrar de nada e não podendo a condenação se fundar em meras presunções.

Quinto porque o Ministério Público não fez prova do estado de embriaguez da ofendida, que a teria impossibilitado de oferecer resistência à investida do acusado, já que **inexiste, nos autos, exame toxicológico que atestasse o nível de álcool no sangue da vítima ou o uso de qualquer outra substância**. Sem essa prova, é inviável afirmar que ela perdera a capacidade de resistência ao suposto ataque sexual, mormente porque a prova oral não é conclusiva a esse respeito.

Sexto porque a vítima voluntariamente ingeriu bebida alcoólica. Nesse ponto, cabe ressaltar o ensinamento de NUCCI² a respeito:

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 40-1.



CPG

Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

*“Quanto à necessidade de oferecer resistência, deve-se ponderar, igualmente, o grau de vulnerabilidade: se relativa ou absoluta. A incapacidade relativa permite a desclassificação da infração penal para a figura do art. 215. A incapacidade absoluta faz incidir o art. 217-A, §1.º. Nesse campo, costuma-se mencionar como exemplo a pessoa que está completamente embriagada ou sob efeito de drogas, incapaz, portando, de oferecer resistência. Algumas observações devem ser sublinhadas: a) em primeiro lugar, a lei menciona o fato de não poder oferecer resistência (defender-se, negar-se, opor-se). Pode-se interpretar, então, encontrar-se em estado de absoluta vulnerabilidade, sem qualquer discernimento em relação ao ato sexual; b) a incapacidade relativa, como já frisado, pode levar à desclassificação para o art. 215, ainda assim se houver embriaguez acidental; c) **quando determinada pessoa colocar-se, propositadamente, em estado de embriaguez ou sob efeito de droga análoga, para divertir-se, manter relação sexual ou participar de qualquer ato sexual grupal, não pode figurar na posição de vítima de estupro. Ninguém se exime da responsabilidade penal em caso de embriaguez voluntária ou culposa (art. 28, II, do CP), aplicando-se a teoria da actio libera in causa (...). Ora, se para cometer o crime pode o agente estar completamente embriagado, para apresentar-se como vítima de crime sexual, também embriagada, a resposta deve ser negativa. Em outros termos, ilustrando, o agente, completamente embriagado, sem discernimento, portanto, ataca uma mulher na via pública, mantendo com ela conjunção carnal, sob ameaça de faca. Comete estupro (art. 213). Se o agente, completamente embriagado, sem discernimento, tem conjunção carnal com uma mulher, igualmente embriagada por completo, sem discernimento, num local de diversão pública qualquer, inexistente estupro. Desaparece qualquer ranço de violência, pois não há vulnerável a tutelar. A vítima embriagou-se para divertir-se; porém, se após a relação sexual caiu em si e não gostou do resultado, não se pode punir o agente por conta disso. Houve, no mínimo, consentimento do ofendido durante o ato sexual. Se o direito penal admite a responsabilidade jurídica objetiva, supondo o consentimento do agressor embriagado para o cometimento da infração penal, deve, por questão de isonomia, entender também presente o consentimento para a relação sexual, quando a vítima estiver voluntariamente embriagada em lugar apto ao contato sexual.”***

Ora se a ofendida bebeu por conta própria, dentro de seu livre arbítrio, não pode ela ser colocada na posição de vítima de abuso sexual pelo simples fato de ter bebido.

Sétimo porque a vítima admitiu que por vezes já se colocava nesse tipo de situação de risco, ou seja, de beber e depois não lembrar do que aconteceu.



CPG
Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

Oitavo porque a ofendida, em tese, teria descoberto pelo próprio acusado que havia mantido relações sexuais com ele, quando falaram por telefone e F. lhe perguntou se ela tinha alguma doença sexualmente transmissível.

Nono porque não se pode descartar a possibilidade de as marcas apresentadas no pescoço e pernas da vítima decorrerem do próprio ato sexual.

Décimo porque a vítima não relatou os fatos, apenas disse que não lembrava de nada, pois “apagou” e, depois, constatou (supôs) ter sido abusada sexualmente.

Décimo primeiro porque a ofendida não tem condições de afirmar que a relação sexual ocorreu porque perdera os sentidos. Em realidade, isso resulta apenas uma presunção ou suposição de que tais fatos tenham ocorrido, o que não é suficiente para a condenação do apelante, até porque a dúvida deve ser sempre solvida em favor do acusado na esteira do princípio do *in dubio pro reo*.

Décimo segundo porque o acusado não se negou a fornecer material genético para a realização de exame de DNA, mesmo sabendo que havia ejaculado dentro da vagina da vítima.

Décimo terceiro porque o apelante, após ter sabido que estava sendo acusado de estupro, procurou a vítima e familiares para tentar esclarecer os fatos.

Ora, a meu sentir, o relato da vítima não se reveste de suficiente segurança ou verossimilhança para autorizar a condenação do acusado, não podendo ser descartada a possibilidade de algum arrependimento ou descontentamento posterior daquela com relação ao ocorrido, decorrente do fato de o acusado ter perguntado se ela tinha alguma doença sexualmente transmissível, haja vista que foi justamente o que ficou assentado que teria “chocado” a ofendida. Além disso há o fato de F. ser casado e de ter havido desentendimento sobre a entrega de seu telefone celular de T.

É importante referir, por fim, que não se está dizendo que os fatos não ocorreram, mas apenas que não há prova segura para condenar o acusado, pelo que deve ser aplicado o princípio humanitário *in dubio pro reo*.



CPG
Nº 70080574668 (Nº CNJ: 0029375-75.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

Assim, diante da ausência de elementos probatórios capazes de estabelecer o juízo de certeza, mormente no tocante à ausência de discernimento para a prática do ato ou da impossibilidade de oferecer resistência, indispensáveis para sustentar uma condenação, decido a favor do acusado, com fundamento no princípio do *in dúbio pro reo*.

Dispositivo.

Por tais razões, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso defensivo para absolver o acusado **F. B. M.** das imputações que lhe foram feitas na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a LIZETE ANDREIS SEBEN - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO - Presidente - Apelação Crime nº 70080574668, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO PARA ABSOLVER O ACUSADO F. B. M. DAS IMPUTAÇÕES QUE LHE FORAM FEITAS NA DENÚNCIA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO VII DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: JOSE LUIZ JOHN DOS SANTOS