RECURSO ESPECIAL Nº 1.802.849 - RS (2019/0074392-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	G L (PRESO)
ADVOGADO	:	ROQUE SOARES RECKZIEGEL - RS021160

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,** com amparo no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo respectivo Tribunal de Justiça, assim ementado:

> "APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE. Os crimes ocorreram de forma continuada, abrangendo a data da entrada em que entrou em vigor a Lei n° 12.015/09. Ademais, de acordo com a Súmula 711, do STF, na hipótese de crime continuado, aplica-se a lei vigente à época em que cessa a prática delitiva.
> Preliminar rejeitada.
> MÉRITO. Materialidade e autoria comprovadas pela palavra da vítima, não revelando a prova dos autos qualquer motivo para a imputação injusta do delito.
> PALAVRA DA VÍTIMA. Nos delitos contra a liberdade sexual, de regra, cometidos sem a presença de testemunhas e sem deixar vestígios físicos ou visíveis, a palavra da vítima é merecedora de especial valor pelo magistrado, que, obviamente, deverá estar atento à existência de motivos para falsa imputação, cotejando depoimentos e analisando cada caso. Na hipótese dos autos, os relatos da vítima são coerentes e harmônicos, bem como foram corroborados pelo parecer psicológico.
> RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. Em que pese controvertida a questão, esta Câmara Criminal tem admitido a tentativa em casos como o dos autos, em observância ao princípio da proporcionalidade.
> APENAMENTO. Reduzido.
> REGIME DOMICILIAR. Não obstante as ponderações da defesa acerca da elevada idade do acusado, bem como de seu estado debilitado de saúde, a decisão sobre a necessidade da prisão domiciliar deve ficar a cargo do juízo da execução, que terá mais condições de avaliar se, em razão das patologias apresentadas, o acusado ficará impossibilitado de cumprir a pena.
> APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE." (e-STJ, fls. 237)

Os embargos infringentes e os aclaratórios opostos pela defesa foram rejeitados, respectivamente, às fls. 309-321 e 335-341 (e-STJ).

A acusação sustenta violação aos arts. 14, I e II, e 217-A, ambos do Código Penal.

Aduz que "o acórdão fustigado delineia expressamente elementos fáticos que corroboram ter o réu constrangido a ofendida a permitir que com ela praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em passar as mãos nas suas partes íntimas.

Diante de tal quadro fático, tem-se como nítido o percurso de todo o *iter criminis* pelo agente, pois esgotou ele os atos de execução previstos no tipo penal do crime de estupro de vulnerável, na modalidade de ato libidinoso diverso da conjunção carnal" (e-STJ, fl. 290).

Por isso, requer seja reconhecido o crime consumado.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 360-363).

Admitido o recurso, ascenderam os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 381-387).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece acolhimento.

Consoante se verifica dos autos, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento à apelação defensiva para, mantendo a condenação do réu, pela prática do crime previsto no art. 217-A, c/c o art. 65, I, art. 226, II, do Código Penal, reconhecer a incidência da forma tentada do delito (art. 71 do Estatuto Repressivo), reduzindo a pena de 14 anos para 09 anos e 04 meses de reclusão.

Ressalte-se, por oportuno, que, segundo a jurisprudência desta Corte, "a controvérsia atinente ao inadequado reconhecimento da tentativa do crime de estupro de vulnerável prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a revaloração de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido." (REsp 1.583.349/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016).

No caso concreto, a sentença condenatória reconheceu que a prática do crime restou devidamente comprovada, tendo asseverado:

> "A ação do acusado resultou descrita nas palavras da vítima, que foi coerente em todas as oportunidades em que foi ouvida, ao afirmar que o avô passava as mãos em seu corpo, nas partes íntimas, vagina, por cima das roupas. Note-se que a colheita do depoimento judicial da ofendida foi feita por gravação audiovisual, do qual se denota a resistência, o visível constrangimento e sofrimento ao relatar o abuso, o que atribui maior fidedignidade ao seu relato.
> (...)
> A apoiar a tese acusatória, tem-se a avaliação psíquica a que Vitória foi submetida, a qual atesta a credibilidade de seu relato e assenta a inocorrência de qualquer indício de que tenha sido influenciada ou de que possa se tratar de "falsa memória" (fls. 09/12 e CD)." (e-STJ, fls. 97 e 99)

O acórdão recorrido, por sua vez, destacou que a autoria e a materialidade foram devidamente comprovadas, entretanto entendeu que o ato foi apenas tentado. A propósito, confira-se o seguinte trecho extraído do aresto impugnado:

> "A prova colhida no feito não deixou margem para dúvidas quanto à existência dos fatos delituosos, o que inviabiliza a pretendida aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.
> O depoimento prestado pela vítima deixa clara a ocorrência dos abusos praticados pelo acusado, seu avô, não havendo quaisquer contradições, nem mesmo indícios de que tenha sido induzida a inventar tais fatos. Ademais, os coerentes e uniformes relatos da vítima foram corroborados pelo parecer psicológico (fls. 09-12), de forma que não há falar em absolvição.
> A ofendida - com 06 anos de idade à época dos fatos - contou que o réu **tentava passar as mãos em seu corpo, principalmente nas partes íntimas, por cima da roupa, mas em seguida o empurrava e fugia.**
> Sua resistência inicial em falar dos abusos, apresentando visível constrangimento e sofrimento ao relatar os fatos em juízo, reforça a ocorrência dos delitos e as consequências advindas de tais práticas, considerando, ainda, o histórico de abusos sofridos pela vítima durante a infância.
> Incontroversas, portanto, no meu ponto de vista, a materialidade e a autoria do delito, vai mantida a condenação.
> Impõe-se, contudo, o reconhecimento da tentativa.
> Em que pese controvertida a questão, esta Câmara Criminal tem admitido a tentativa em casos como o dos autos, onde o ato libidinoso consiste em o réu passar as mãos no corpo da vítima, diante do princípio da proporcionalidade.
> Assim, desclassifico o delito para os moldes do art. 217-A, c/c o art. 65, I, art. 226, II, e art. 14, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal." (e-STJ, fls. 259-260.)

Com efeito, cumpre destacar que "a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável constituiu a consumação do delito de estupro de incapaz, não havendo se falar em tentativa." (HC 332.113/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 27/04/2016).

Assim, encontra-se "consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o delito de estupro, na atual redação dada pela Lei 12.015/2009, inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima." (AgRg no AgRg no REsp 1.508.027/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 28/03/2016).

Ainda sobre o tema:

> "RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO. DESNECESSIDADE DO REEXAME FÁTICO. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. VIOLAÇÃO DO ART. 214, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, NA ANTIGA REDAÇÃO. HEDIONDEZ. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. REQUISITO SUBJETIVO. EXISTÊNCIA. SÚMULA N. 83 DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. A controvérsia atinente ao inadequado reconhecimento da

> tentativa do crime de atentado violento do pudor prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a revaloração de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.
> 2. Nega-se vigência ao art. 214 (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), c/c art. 14, II, ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual das vítimas (crianças), se reconhece a tentativa do delito, ao fundamento de que a consumação do crime em comento se dá tão somente com a introdução do membro viril nas cavidades oral ou anal, ou a introdução "de um seu substituto (do membro viril)" nas cavidades vaginal ou anal.
> 3. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.
> (...)
> 9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para que seja reconhecida a forma consumada dos crimes de atentado violento ao pudor contra as vítimas N. A. F. e B. G. I., bem como para reconhecer a hediondez dos crimes praticados." (REsp 1.028.062/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016)

Nestes termos, imperiosa a necessidade de afastamento da tentativa, pois, no momento em que o agressor, para satisfazer sua lascívia, passou a mão nas partes íntimas e no corpo da menor, percorreu todo o "iter criminis" delitivo.

Assim, merece ser afastada a incidência da tentativa (art. 14, II, do CP).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial, para reconhecer o crime consumado, restabelecendo a sentença de primeiro grau de jurisdição.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator