

RECURSO ESPECIAL Nº 1.752.181 - RS (2018/0162876-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : A M
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TORTURA E MAUS TRATOS. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS EM RELAÇÃO AO CRIME CONEXO. OCORRÊNCIA.

A decisão do Conselho de Sentença é soberana, merecendo reforma apenas se completamente desgarrada da prova dos autos. No caso dos autos, não há nos autos corrente probatória a sustentar a condenação do réu pelo crime de estupro de vulnerável. Os profissionais da área de saúde, especialmente os médicos que atenderam a vítima, relataram que menino estava com o abdômen bastante distendido, com presença de fezes, líquido e gás na cavidade abdominal, sendo que a dilatação da bolsa escrotal do menino poderia ser decorrência do líquido do abdômen que desce para a bolsa. Tal circunstância explicaria a presença de fluidos nas fraldas do menino. Em relação às fissuras no ânus da vítima, consignado pelas testemunhas que é um achado comum em crianças por qualquer motivo, constipação, assadura e não significa, necessariamente, a ocorrência de violência sexual, mormente no caso, em que imputada, como crueldade do homicídio, introdução de objeto contundente no ânus da vítima. Nem mesmo o relato do réu de que "colocou o dedo médio no ânus do filho" ampara a tese acusatória. Primeiro, pela falta de correlação com a denúncia, que descreve literalmente e apenas, coito anal. Segundo, porque o próprio apelante declarou que "não sentia prazer fazendo isso". Inexistente, portanto, elemento subjetivo do tipo (fim libidinoso) na confissão policial do réu. Ainda, o auto de necropsia não se mostra conclusivo no ponto.

RECURSO PROVIDO." (e-STJ, fl. 1.120).

Nas razões recursais, a Acusação sustenta, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 593, III, "d" e § 3º, do Código de Processo Penal, bem como do art. 217-A c/c art. 226, II, ambos do Código Penal.

Nesse sentido, alega que o Tribunal recorrido não poderia ter afastado a condenação pelo crime sexual, pois não houve condenação manifestamente contrária à

prova dos autos.

Assim, busca seja restabelecida a decisão do Tribunal do Júri.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 1.214-1.222).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 1.283-1.289).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, anote-se que a doutrina destaca que o Tribunal de Justiça, no julgamento de apelação contra decisão do Júri, "exerce ... apenas o juízo rescindente (*judicium rescindens*), cassando a decisão anterior dos jurados, e não o juízo rescisório (*judicium rescisorium*), que autoriza a substituição da decisão anterior por outra." (*Tribunal do Júri: Teoria e Prática*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 423). Isso porque, entendimento contrário importaria afronta ao princípio da soberania dos veredictos.

No caso dos autos, o acórdão concluiu que a decisão dos jurados revelou-se manifestamente contrária à prova dos autos. Apresentou os seguintes argumentos:

"Adianto que assiste razão ao apelante. A inicial acusatória descreve, no fato 02, que em data incerta, entre os dias 22 e 26 de setembro de 2013, entre 07h e as 15h, em várias oportunidades, [A] praticou, com o menino [D da S S], de um ano de idade, ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente em coito anal, ao introduzir-lhe o pênis no ânus.

Do contexto probatório, tem-se que a vítima foi levada ao hospital na noite de 29 de setembro de 2013, vindo a falecer em 30 de setembro.

A declaração de óbito de fl. 25 aponta como causa da morte: "hemorragia interna, lacerações múltiplas de duodeno, fígado, mesentério e mesocolon sigmóide por politraumatismo e ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Entretanto, o auto de necropsia não conclui pela ocorrência de estupro. O perito consignou à fl. 258 "(...) presença de duas lacerações anais, a uma hora e seis horas (sistema cronográfico)."

Os depoimentos prestados na fase policial, atinentes ao ponto recorrido, podem ser assim resumidos: **[T da S S], mãe da vítima**, relatou "(...) Que no dia dos fatos, domingo, 29/9/2013, como de costume foi trabalhar na padaria Ceterpan, às 7 horas da manhã e ao retornar por volta das 16 horas, estavam em casa, [A] e seus três filhos. [D] estava dormindo. A declarante tentou aproximar-se de [D], tendo [A] a impedido, dizendo que o menino estava dormindo. Deixou [D] dormindo e foi providenciar o jantar, tomar banho e então desconfiou que [D] estava dormindo demais, já era por volta de 19:30 horas aproximadamente. E então a declarante tirou a roupa que agasalhava [D] e ele estava todo roxo, com vários hematomas pelo corpo, na barriga, no corpo, no rosto, estava gemendo e batendo o queixo. Nisto, [A] já saiu de sua casa e nada disse. A declarante pegou [D] no colo, tentou animá-lo, ele acordou, mamou no peito da declarante e seu filho [G] disse que o papai havia batido em [D]. [G] não disse de que forma o papai bateu em [D]. **Que a declarante ainda antes de levar [D] ao hospital, trocou a fralda dele e viu uma 'gosminha', com cheiro similar ao espermatozoide, a declarante limpava [D] contraía o ânus e soltava mais 'gosminha' (...)**" (fls. 85/86).

Annelise Winge, médica pediatra, atendeu a vítima na UTI pediátrica do Hospital Criança Conceição. Disse que "(...) a criança já apresentava lesões desde o intestino delgado; Que a criança tinha o ânus dilatado e uma fissura anal; Que primeiramente acharam que poderia ser caso de estupro, mas durante a cirurgia verificaram que a criança estava com lesões desde o estômago e intestino delgado, provavelmente causado por trauma. (...) a depoente informa que a fissura anal poderia ser antiga pois não havia sangramento ativo" (fls. 123/124).

Liziane Vendruscolo, enfermeira, relatou que juntamente com a enfermeira Loiva, a técnica de enfermagem Maristela e os médicos Annelise e Policarpo realizaram o atendimento de [D]. Contou que "a depoente durante o atendimento a [D] ouviu o Dr. Policarpo falar que aparentemente havia lesão na região anal. A depoente não visualizou lesão anal (fls. 241/242).

A enfermeira Loiva Maria Schwarzer disse que atendeu a criança e que "quando o Dr. Policarpo abriu a fralda da criança ele disse que estava suspeitando de algo mais, como suspeita de abuso" (fls. 243/245).

Reinquirida em 17 de outubro de 2013, [T] relatou que "ao trocar o menino notou que havia umas gosmas nas fraldas e que o órgão genital do menino estava bastante inchado" (fls. 281/283).

[A M], quando ouvido na fase policial, aduziu que "colocou o dedo médio no ânus do filho e que não sentia prazer fazendo isso".

Em Juízo, o médico pediatra intensivista Policarpo Blanco Lopez disse que atendeu [D], e que o menino estava em choque e inconsciente; "como havia suspeita de maus-tratos, é de praxe médica examinar a genitália; Verificou que o menino apresentava fissuras anais, mas como ocorrem em várias situações não poderia afirmar a ocorrência de abuso sexual" (fl. 255).

Em juízo, a enfermeira Liziane Vendruscolo, em relação à violência de ordem sexual, disse que: **"Olha, o que eu lembro claro, muito claro, que era muito grotesco, evidente assim, a região perianal dele estava muito machucada, o pênis, o escroto, esta região estava muito machucada"** (fls. 581/582).

A médica Annelise Winge disse que, inicialmente, desconfiaram que era caso de estupro, mas que "examinando o ânus ali, ele estava um pouco dilatado, mas não tinha sangramento, não tinha fissura, alguma coisa mais..."

Nesta fase, o réu, permaneceu em silêncio (fl. 767).

Em plenário, Policárpio corroborou as declarações anteriormente prestadas: "sempre que a gente recebe um paciente com trauma, o exame inclui a genitália. No caso dessa criança ela tinha, eu não me lembro exatamente, mas depois eu acho que foi afastada, porque o aspecto da genitália combinava com o quadro clínico. Ou seja, o paciente tinha o orifício anal dilatado, mas isso ocorre já quando está ocorrendo uma prostração ou choque, ele dilata porque a musculatura toda dilata, então eu não posso afirmar que houve abuso". Novamente perguntado, a testemunha respondeu que a ocorrência de fissura anal em criança não significa necessariamente a ocorrência de abuso: "A fissura anal é um achado comum em crianças por qualquer motivo, constipação, assadura, não significa necessariamente que haja violência sexual". O médico, em vários,

trechos do depoimento destaca, ainda, que eventual lesão anal ou retal não era visível no exame clínico. Tais questões poderiam ser dirimidas pelo perito, em auto de exame de necropsia. **[T], perante o Tribunal do Júri, confirmou que trocou as fraldas na criança antes de levá-la ao hospital e constatou a ocorrência de uma "gosminha" que saía do ânus.**

[A] optou pelo silêncio, em plenário.

Observa-se na descrição do fato 02 da denúncia que em data incerta, entre os dias 22 e 26 de setembro de 2013, entre 07h e as 15h, em várias oportunidades, [A] praticou, com o menino [D da S S], de um ano de idade, ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente em coito anal, ao introduzir-lhe o pênis no ânus.

[T] contou, inicialmente, que havia "gosma" no ânus da criança, com cheiro similar ao de esperma. Disse que percebeu a circunstância na noite do dia 29 de setembro, por volta da 19h30min, quando trocou as fraldas de [D], antes de levá-lo ao hospital.

Entretanto, os laudos periciais de fls. 260/261, realizados a partir de material coletado no dia 30 de setembro de 2013, apresentam resultado negativo (ausência de espermatozóides), a infirmar o relatado por [T]. Ademais, quando reinquirida na fase policial e quando ouvida em plenário, disse que notou a presença de "gosmas" na fralda do menino, deixando de fazer qualquer outra referência.

Os profissionais da área de saúde, especialmente os médicos Policarpo e Annelise, relataram que [D] estavam com o abdômen bastante distendido, com presença de fezes, líquido e gás na cavidade abdominal. Policarpo, inclusive, afirma que o a dilatação da bolsa escrotal do menino poderia ser decorrência do líquido do abdômen que desce para a bolsa. Tal circunstância poderia explicar a presença de fluidos nas fraldas do menino.

Ainda, a denúncia aponta que o delito de estupro teria sido praticado entre os dias 22 e 26 de setembro de 2013, em descompasso, portanto, com o depoimento de [T].

Consigno, também, que nem mesmo o relato do réu de que "colocou o dedo médio no ânus do filho" ampara a tese acusatória.

Primeiro, pela falta de correlação com a denúncia, que descreve literalmente e apenas, coito anal. Segundo, porque o próprio apelante declarou que "não sentia prazer fazendo isso". Inexistente, portanto, elemento subjetivo do tipo (fim libidinoso) na confissão policial do réu.

No tocante às lacerações anais, apontadas no auto de necropsia de fls. 258/259, não encontro nos autos substrato a atestar que foram decorrentes do estupro imputado no segundo fato da inicial acusatória. As enfermeiras Liziane e Loiva afirmaram que não visualizaram lesões anais e que o exame clínico compete ao médico.

Os médicos Annelise e Policárpio confirmaram a ocorrência de laceração anal, mas acabaram por descartar a hipótese de estupro.

Segundo Policárpio, o aspecto da genitália e ânus da criança era compatível com o quadro clínico apresentado. Relatou que [D] estava em choque e que a musculatura toda dilata em tais circunstâncias, o que pode ter ocasionado as lacerações. Argumentou, ainda, que haveria necessidade de perícia para atestar a ocorrência de abuso sexual, vez que o exame clínico, realizado no hospital, não se presta para tal finalidade.

Assim, é de ser o réu submetido a novo julgamento em face da decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos no tocante ao delito de estupro de vulnerável.

Voto, pois, pelo provimento do recurso defensivo para submeter o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, restando prejudicada a análise do recurso no tocante ao apenamento." (e-STJ, fls. 1.127-1.133, grifou-se)

Como se vê, o esforço argumentativo despendido pelo Relator no órgão *a quo*, bem como os trechos acima negritados do acórdão demonstram que a versão acolhida pelo Tribunal do Júri não era manifestamente contrária à prova dos autos. Ao contrário, era bastante plausível com vários elementos de prova a ratificá-la. Por essa razão, não poderia ter sido objeto de anulação pelo Tribunal local.

Assim, cabe salientar que, na apelação contra decisão do Juri, "para que o Tribunal invalide o veredicto, é preciso que não haja qualquer respaldo probatório na decisão". Ou seja, "optando os jurados por uma das versões existentes nos autos, desde que minimamente verossímil, não há porque se cassar a decisão do Conselho de Sentença" (CAMPOS. Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri: Teoria e Prática*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 423).

Confira-se a jurisprudência desta Corte sobre o tema:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NULIDADE. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUANTO À PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE E EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. REVERSÃO DAS CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO MATERIAL FÁTICO E PROBATÓRIO. INCOMUNICABILIDADE DA QUALIFICADORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. CONSTATAÇÃO, DE OFÍCIO, DE ERRO MATERIAL NO CÁLCULO DA PENA DO PACIENTE. CORREÇÃO.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

4. Em processos da competência do Tribunal do Júri, somente é dado ao órgão ad quem, em relação aos elementos probatórios existentes nos autos e submetidos à apreciação dos jurados componentes do Conselho de Sentença, a realização da análise acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja manifestamente contrário à prova dos autos.

5. Decisão manifestamente contrária às provas dos autos é aquela que não encontra amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo, inquestionavelmente, de todo o acervo probatório, não estando a Corte de Justiça autorizada a promover a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, simplesmente por discordar do juízo de valor resultado da interpretação das provas.

[...]

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda." (HC 358.963/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 08/06/2017);

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (TRÊS VEZES CONSUMADO E DUAS VEZES TENTADO). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

IMPROVIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO A EMBASAR O ÉDITO REPRESSIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

2. Interposto recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, sob o fundamento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, ao órgão recursal se permite apenas a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença, somente se admitindo a cassação do veredicto se flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido." (HC 229.847/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014)

Assim, conforme assentado pelo Órgão Julgador competente para apreciar os fatos e provas, não há decisão do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova dos autos. Estabelecida essa premissa, deve-se concluir que o acórdão impugnado deve ser reformado de modo a se restabelecer o que restou decidido pelo Tribunal do Júri.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial, para reformar o acórdão e restabelecer a decisão do Tribunal do Júri. Determino ainda que o Tribunal *a quo* examine a apelação no que toca à pena aplicada.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator