RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.198 - RS (2019/0083949-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	A B (PRESO)
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 14, I E II, DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO CONFIGURADA. AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. RESTABELECIMENTO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, *A*, DO CP.
Recurso especial provido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público do Rio Grande do Sul**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local prolatado na Apelação Criminal n. 70078503703.

Segundo a denúncia de fls. 1/3, ao recorrido A B, nascido em 4/1/1966, foi imputada a prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal.

Consta da sentença de fls. 183/195, que foi cominada a pena carcerária de 8 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 227/243).

A Corte de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para afastar a valoração negativa dos vetores judiciais dos antecedentes, da culpabilidade e das circunstâncias, bem como para reconhecer a minorante genérica da tentativa; redimensionando as reprimendas a 2 anos, 8 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional aberto, mantidas as demais determinações da sentença.

Eis a ementa do objurgado aresto (fls. 284/285):

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA.
>
> Não prevalece a alegação de insuficiência de provas relativamente à autoria do crime de estupro de vulnerável imputado ao réu, tendo em vista o robusto conjunto probatório coligido aos autos, de onde se destaca o relato firme, coerente e detalhado da vítima.
>
> ATIPICIDADE.
>
> Caso em que a conduta do réu subsumiu-se no tipo previsto no artigo 217-A do Código Penal, uma vez que a prova revelou que o réu praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal mediante violência presumida, considerando que a vítima tinha 13 (treze) anos de idade na ocasião dos fatos.
>
> O tipo penal em epígrafe abrange, além da própria conjunção carnal, todo e qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, isto é, todo e qualquer ato lascivo praticado com a intenção do agente de obter prazer sexual, o que é a espécie dos autos, não havendo falar em atipicidade da conduta do apelante.
>
> DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.
>
> Os fatos descritos na denúncia e comprovados durante a instrução criminal não autorizam a desclassificação para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, pois que os fatos perpetrados são efetivamente de maior envergadura e reprovação social, tipificando crime de estupro de vulnerável, como acertadamente decidiu o sentenciante.
>
> MINORANTE GENÉRICA DA TENTATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A FEIÇÃO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO. INCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO.
>
> Caso dos autos que recomenda a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a feição da proibição de excesso ante a insuficiência tipológico -penal que o legislador nacional traz à disposição do aplicador da norma penal, considerando a diversidade de modos e da gravidade objetiva de condutas abarcadas pela norma.
>
> DOSIMETRIA DA PENA.
>
> Caso em que cabível a redução da pena-base com o afastamento da valoração negativa das vetoriais antecedentes, culpabilidade e circunstâncias.
>
> Na terceira fase da dosimetria, reconhecida a minorante genérica da tentativa, cabível a redução da pena na fração de 2/3.
>
> REGIME CARCERÁRIO. ABRANDAMENTO.
>
> Considerando o redimensionamento da pena privativa de liberdade, o regime inicial de cumprimento da pena passa a ser o aberto, nos termos do Art. 33, § 2°, "c", do Código Penal.
>
> APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA EM PARTE.

Opostos embargos infringentes (fls. 314/321), foram desacolhidos (fls. 374/383).

> EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE

VULNERÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENA-BASE. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. O Sentenciante, no exercício de sua discricionariedade vinculada, na primeira fase da dosimetria da pena, obedeceu ao preceito contido no art. 68 do CP, atendendo o critério previsto no art. 59 do mesmo Diploma Legal, e arbitrou, de forma fundamentada, a reprimenda que entendeu necessária e suficiente para a reprovação do crime a que restou o embargante condenado. Na individualização da pena, examinou com acuidade os elementos que diziam respeito ao fato (objetivo) e ao agente (subjetivo). É uníssona a jurisprudência das Cortes Superiores no sentido de que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, que confere pesos absolutos a cada moduladora, mas sim o exercício do arbítrio do Julgador, limitado às disposições legais, especialmente aos critérios pré-estabelecidos e às balizas da pena abstratamente cominada ao tipo legal infringido, princípios constitucionais e critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

- EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Adesão ao entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do HC 126.292/SP. Possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada por esta segunda instância, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. Determinada a execução provisória da pena.

Embargos infringentes desacolhidos.

POR MAIORIA.

No presente recurso, o recorrente indica a violação do art. 14, I e II, do Código Penal, porque *a Sétima Câmara Criminal do Tribunal Estadual, desclassificou o delito de estupro de vulnerável, imputado ao recorrido, para a sua forma tentada. Para tanto, invocou a incidência do princípio da proporcionalidade, sob o argumento de que "não há como se conceber que condutas consistentes em passadas de mãos no corpo da vítima pelo agente, ainda que o ofendido seja criança, tenham o mesmo conteúdo do injusto que a cópula vaginal ou o coito anal, e, portanto, com maior repulsa/reprovação social, sem falar no risco objetivo de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, tais como a AIDS, Hepatites, etc."* (fl. 346).

Reforça sua tese informando que *a conclusão alcançada pelo órgão fracionário não poderia, simplesmente, desconsiderar que as condutas perpetradas contra menor consistiram, na prática, ações prontas e acabadas, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.* [...] *Isso porque o tipo objetivo do crime de estupro de vulnerável, quando se trate de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, "inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a*

vítima durante o apontado ato voluptuoso", como já teve ensejo de assentar o Superior Tribunal de Justiça (fls. 348/349).

Ressalta, por fim, que *uma vez consumada a infração, com a prática de atos suficientes para tanto, o avançar do réu na trilha criminosa, com vista a prática de investidas libidinosas mais invasivas, encontraria adequada solução jurídica na etapa da dosimetria da pena-base, em respostas às vetoriais das circunstâncias e consequências do delito, e não na desclassificação do crime para sua forma tentada. Não se pode olvidar que, para isso, servem os parâmetros apenatórios mínimo e máximo, a permitir que o julgador entre eles transite, no afã de dar vida ao princípio constitucional da individualização da pena* (fl. 356).

Pede o conhecimento e provimento do recurso para que seja reformado o combatido acórdão, afastando-se a desclassificação operada pelo Tribunal de origem, restabelecendo-se a condenação do recorrido pelo delito consumado de estupro de vulnerável.

Oferecidas contrarrazões (fls. 407/411), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 413/420).

> RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ATOS LIBIDINOSOS. CRIME CONSUMADO. RECURSO ADMITIDO.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento da insurgência (fls. 454/458).

> RESP. PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTIGO 217-A DO CP. ACÓRDÃO DO TJRS QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA SUA MODALIDADE CONSUMADA PARA TENTADA. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO SOBRE PROPORCIONALIDADE DO *ITER CRIMINIS* TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE CONJUNÇÃO CARNAL. ENQUADRAMENTO NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, NÃO EXIGE CONJUNÇÃO CARNAL PARA SUA CONSUMAÇÃO, BASTA A PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ATO CONSUMADO CONSISTENTES EM PASSAR AS MÃOS PELAS NÁDEGAS E PRÓXIMO AOS SEIOS DA OFENDIDA. PRECEDENTES DO

STJ.

- Parecer pelo PROVIMENTO do recurso especial.

É o relatório.

O objeto do presente recurso diz respeito à consumação do crime de estupro de vulnerável a despeito da ausência de conjunção carnal.

Na exordial acusatória foi exposto *que* ***o denunciado A B praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em passar suas mãos no corpo adolescente G L F, que contava com 12 anos de idade no período dos fatos (nascida em 30.10.2004)***. [...] ***Por ocasião dos fatos, o denunciado, na condição de vizinho da vítima, aproveitando-se da vulnerabilidade desta em razão da idade, tendo conhecimento que G se encontra sozinha no período da tarde em sua casa, ingressou no interior desta, a pretexto de pedir que a vítima lhe desse aulas de informática e tomar um copo d'água. Dentro da casa, chaveou a porta da cozinha, aproximou-se da vítima, passando a tocar em seus seios, coxas e nádegas. Diante da oposição da vítima, o denunciado saiu da casa***. [...] *Dias após, tendo em vista o retorno do denunciado à casa da vítima, foi a Brigada Militar acionada, conduzindo o denunciado à Delegacia de Polícia. Em razão dos fatos, foi decretada a prisão preventiva do denunciado* (fls. 1/2 - grifo nosso).

Consta da sentença condenatória que: [...] *no que diz respeito ao pedido de desclassificação da conduta para a forma tentada, uma vez que basta a prática de qualquer ato licencioso tendente à satisfação do apetite sexual do agente para se ver implementado, dispensando que ao final se realize penetração.* [...] *Ademais,* ***o ato libidinoso diverso da conjunção carnal restou plenamente consumado a partir da existência de contato físico entre o agressor e a vítima, a revelar satisfação da lascívia***. [...] (fl. 192 – grifo nosso).

Por sua vez, extrai-se do guerreado acórdão o seguinte trecho, que revela o fundamento apresentado pela Corte gaúcha para a aplicação da modalidade tentada (fls. 297/299 – grifo nosso):

[...]

De outro lado, **viável a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso, reconhecendo-se a minorante genérica da tentativa**.

Com efeito, **o quadro fático-probatório ajusta-se bem ao entendimento consolidado nesta Câmara quanto à aplicação da figura da tentativa em casos de menor gravidade**. Em outros termos, a pena "cheia" prevista no tipo penal deve ser reservada a casos mais graves, em que haja maior invasão corporal, ou seja: a penetração de membros corpóreos ou objetos no corpo da vítima.

A "ratio" de tal posição é a exigência ético-jurídica de reconhecimento da desproporção entre condutas que, dentro de um mesmo tipo penal, embora com conteúdos diversos do injusto, têm previstas a mesma punição mínima.

Não há como se conceber que condutas consistentes em passadas de mãos no corpo da vítima pelo agente, ainda que o ofendido seja criança, tenham o mesmo conteúdo do injusto que a cópula vaginal ou o coito anal, e, portanto, com maior repulsa/reprovação social, sem falar no risco objetivo de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, tais como a AIDS, Hepatites, etc.

É importante que se diga que com tais considerações não se está a arredar o fato de que todos os atos violadores da dignidade sexual, em particular contra crianças e adolescentes, sejam graves e venham marcados por intensa repulsa social, justamente pelo sofrimento psíquico da vítima. Todavia, não menos evidente está que o Direito Penal da contemporaneidade reclama proporção, cuja face deve espelhar mínimos e máximos de tempo de pena de privação da liberdade em correspondência com elementos objetivos, exteriores e que permitam comparação de diferenças casuísticas, e não exclusivamente visualizados sob o prisma subjetivo e moral.

As sequelas psicológicas que decorrem do crime sexual, que têm sido utilizadas como ponta de lança contra a aplicação do princípio da proporcionalidade, são, sem dúvida, elementos componentes da dignidade individual constitutivos do bem jurídico protegido pela norma penal nos crimes sexuais. Entretanto, a questão não é simples assim como parece. O argumento do sofrimento da vítima, como elemento monolítico de justificação para que em todo e qualquer caso o apenamento deva manter-se elevado, peca por trafegar em pista de perigosa subjetividade, assim como também a referência à enorme danosidade social (de marcada inspiração na prevenção geral) que este tipo de crime produz, pois este argumento desconsidera a migração teórica e legislativa dos crimes sexuais da esfera da moralidade pública para a privada, com a adoção do conceito de crime contra a dignidade sexual em superação dos então denominados crimes contra os costumes da lei anterior.

Em resumo, **o que se defende é a proporção, que tem estatura constitucional. E proporção reclama análise objetiva que permita a aceitação de que, repito, diversidade de condutas e de intensidades do dolo exigem correspondência de tempos de pena diferentes**.

É por isso que tenho dito iterativamente que a previsão legal de mesma punição (i.é. partindo-se de igual quantitativo penal mínimo) para todas as hipóteses viola o direito, a imperativa observância da individualização da pena e particularmente o princípio maior da proporcionalidade, sob a feição da proibição de excesso (Übermagverbot), que está em nosso sistema jurídico em nível constitucional, sendo pacífico hoje na doutrina que o princípio da proporcionalidade se trata de verdadeira cláusula geral ou princípio geral de direito.

As alterações da Lei n. 12.015 de 2009 evidenciam, em seu próprio texto, que a

> diversidade de condutas incriminadoras foram indevidamente aglomeradas no mesmo tipo penal, sem sequer maior distanciamento entre o mínimo e o máximo da pena abstratamente prevista, o que possibilitaria mais adequado ajustamento da punição em face das circunstâncias e particularidades de cada caso concreto ao aplicador da lei, que, ante a tipicidade formal, já tem que partir, no caso do artigo 217-A, de 8 (oito) anos de reclusão.
>
> No caso em tela, **vê-se dos relatos prestados pela vítima que o réu não realizou qualquer penetração, resumindo-se os seus atos libidinosos em passar as mãos pelas nádegas e próximo aos seios da ofendida**.
>
> Deste modo, é imperioso o reconhecimento, na espécie, e na linha do exposto, da tentativa, aplicando-se a minorante genérica prevista no Art. 14, inciso II e parágrafo único, do Código Penal.
>
> [...]

Da leitura dos trechos acima transcritos, tem-se que a decisão colegiada merece reparos.

A Corte de origem, ao afastar a forma consumada do delito de estupro de vulnerável ao fundamento de que não houve penetração, vai de encontro ao entendimento da jurisprudência acerca do tema.

É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

> RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSUMAÇÃO. DESNECESSIDADE DO REEXAME FÁTICO. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. VIOLAÇÃO DO ART. 217-A, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. 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.
>
> 2. **Nega-se vigência ao art. 217-A, c/c art. 14, II, ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (criança de 7 anos de idade), se reconhece a tentativa do delito, ao fundamento de que a consumação do crime em comento se dá tão somente com a efetiva prática do sexo oral ou anal.**
>
> 3. Recurso conhecido e parcialmente provido, a fim de reconhecer a forma consumada do crime de estupro de vulnerável praticado pelo recorrido, readequando a pena para 8 anos de reclusão, mantido o regime semiaberto.
>
> (REsp n. 1.583.349/RJ, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/5/2016 – grifo nosso)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. **ESTUPRO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CRIME CONSUMADO.** MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DO *WRIT*. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO. QUANTUM DE PENA E REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. **A reforma introduzida pela Lei n. 12.015/2009 condensou num só tipo penal as condutas anteriormente tipificadas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, constituindo, hoje, um só crime o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Como ato libidinoso deve ser entendido qualquer ato diverso da conjunção carnal revestido de conotação sexual**.

3. **Considerando os atos lascivos aos quais a vítima foi submetida, claramente atentatórios à sua dignidade sexual, resta consumado o crime de estupro, não havendo se falar, portanto, em tentativa**. De mais a mais, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-comprobatório dos autos, o que não se coaduna com a via do habeas corpus.

4. Nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, *"consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada"*. Mais recentemente, em 14/9/2016, a Terceira Sessão aprovou a Súmula n. 582, com a mesma redação. Além disso, evidenciado o emprego de violência na prática delitiva, elementar do crime de roubo, descabe a desclassificação da conduta para o tipo penal do art. 155 do CP.

5. Tratando-se de crimes de espécies distintas, ainda que praticados em um mesmo contexto fático, forçoso reconhecer a impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre as condutas e, por consectário, deve ser mantida a somatória das penas impostas ao réu pela prática de cada um dos delitos por ele perpetrados. Destarte, permanecendo inalterado o quantum de reprimenda definido pelas instâncias ordinárias, deve ser igualmente mantido o regime prisional fechado, nos moldes do art. 33, § 2º, "a", do CP.

6. *Writ* não conhecido.

(HC n. 390.463/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22/6/2017 – grifo nosso).

Portanto, entendo violado o art. 14, I e II, do Código Penal, de modo que deve

ser reconhecida a forma consumada do delito de estupro contra a vítima G L F.

Em função do afastamento da forma tentada do delito de estupro, impõe-se o redimensionamento da pena do recorrido.

Preservo os cálculos realizados pelo Tribunal *a quo*, atinentes à estipulação da pena-base em **8 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão** (fl. 300), pena esta que se torna definitiva em face da carência de atenuantes e agravantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição de pena.

Diante do quanto disposto no art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal, restabeleço o regime prisional fechado, conforme delineado na sentença condenatória (fl. 194).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial para afastar o reconhecimento da tentativa e redimensionar a pena privativa de liberdade do recorrido nos termos da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator