

RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.195 - GO (2019/0122639-9)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
RECORRIDO : J R DE S
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, à pena de 8 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado (e-STJ fls. 141/150).

Contra a decisão condenatória o recorrido interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento *"para desclassificar o delito do artigo 217-A do Código Penal para a modalidade tentada, reduzindo a pena imposta na sentença, de ofício, alterar o regime para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos"* (e-STJ fl. 210), conforme a seguinte ementa (e-STJ fls. 209/210):

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 217-A, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO E DE RECONHECIMENTO DO CRIME IMPOSSÍVEL. CONJUNTO PROBATÓRIO FARTO E SUBSTANCIOSO. VIABILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ESTUPRO COM REDUTOR MÁXIMO DE 2/3. DE OFÍCIO, ALTERAÇÃO PARA O REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 1- Não há se falar em absolvição quando a condenação está embasada em relato firme e consistente da vítima, confirmado por prova testemunhal, de que o apelante praticou o fato delituoso. 2- Imperiosa a desclassificação para tentativa de estupro quando o arcabouço de provas fáticas é cabal no sentido de que réu quis praticar atos libidinosos, cuja conduta não foi consumada por circunstâncias alheias à sua vontade. 3. Fixada a pena inferior a quatro anos e, preenchidos o requisitos dos incisos I e III do artigo 44 do Código Penal, impõe-se, de ofício, a fixação do regime aberto (art. 33, § 2º, letra 'c', do CP) e a substituição por penas restritivas de direitos.

APELO CONHECIDO E PROVIDO, PARA DESCLASSIFICAR A

CONDUTA PARA O CRIME DE ESTUPRO NA MODALIDADE TENTADA, COM A DEVIDA REDUÇÃO DA PENA. DE OFÍCIO, ALTERADO O REGIME PARA O ABERTO E SUBSTITUÍDA SANÇÃO CORPÓREA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

Daí o recurso especial, no qual o *Parquet* estadual alega violação aos arts. 14, II, e 217-A do Código Penal, argumentando, em síntese, que *"a consumação do crime de estupro está demonstrada pela prática de ato libidinoso consistente em roçar o corpo nas costas da vítima e deitar-se sobre ela"* (e-STJ fl. 236).

Sustenta que *"o réu praticou efetivamente os atos libidinosos, e não apenas tentou fazê-lo"*, bem como que *"o delito de estupro resta consumado, nessas hipóteses, sem a ocorrência de conjunção carnal, já que bastam os atos libidinosos diversos"* (e-STJ fl. 236).

Por fim, aduz que *"o entendimento segundo o qual o crime de estupro ocorreu de forma tentada em razão de a mãe da vítima ter flagrado o autor não merece prosperar"* (e-STJ fl. 236).

Requer, assim, o provimento do recurso para que seja restabelecida a condenação de primeiro grau.

Contrarrazões às e-STJ fls. 284/292.

O Ministério Público Federal opinou pelo **provimento** do recurso especial (e-STJ fls. 344/349).

É o relatório.

Decido.

Acerca da prática, pelo recorrido, do delito de estupro de vulnerável, assim se manifestou o Tribunal de origem, no que interessa, *in verbis* (e-STJ fls. 211/215):

Sobreleva da denúncia de fls. 3/5 que, no dia 13-11- 2.015, por volta das 14horase30min, na residência situada à [...], em Cristalina-GO, o apelante, de forma consciente e voluntária, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, constrangeu a com ele praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal a vítima [M. E. M. B.], criança nascida em 05-01-2.007, que contava com 8 (oito) anos de idade ' época dos fatos.

Apurou-se que o denunciado é primo de [E. P. M.], mãe da vítima, e reside no domicílio vizinho ao da criança. No dia dos fatos, genitora da ofendida arrumava-se para ir trabalhar, razão pela qual deixou a vítima na casa da avó, local onde o apelante também se encontrava.

Ato contínuo, nas circunstâncias de tempo e espaço o supramencionados, [J. R. de S.], aproveitando-se da ausência d genitora da menor, deu início à prática de atos libidinosos distintos da conjunção carnal, ao roçar seu corpo nas costas da vítima, vindo a jogá-la na cama do quarto de sua avó. Na sequência, deitou-se sobre a vítima, com nítido cunho sexual, visando satisfazer sua lascívia, tendo cessado a violência ao ser surpreendido por [E. P. M.], mãe da vítima, que retornou à casa em razão do silêncio aparentemente suspeito.

Foi exatamente neste sentido a situação fática exposta na denúncia e devidamente comprovada durante a instrução criminal (mídia CD's fls. 92).

A materialidade do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, do Código Penal, mostra-se comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 7/14, certidão de nascimento da vítima [M. E. M. B.] de fls. 15, laudo preliminar de fls. 49 verso e depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (mídia CD fls. 92).

De igual modo, a autoria é incontroversa.

Ao ser ouvida em juízo, a vítima [M. E. M. B.], nascida em 5-1-2.007, declarou, com bastante clareza como os fatos ocorreram. Disse que o acusado é primo da mãe dela e, que, no dia dos fatos (13-11-2015), sua mãe a deixou na casa da avó, local onde também se encontrava o apelante [J. R. de S.]. Declarou que estava limpando o chão da casa da avó, quando o acusado lhe jogou na cama da sua avó e deitou em cima dela, começando a se esfregar nela. Declarou que o acusado saiu de cima dela quando sua mãe entrou à casa e começou a gritar com ele. Disse que, em seguida, sua mãe chamou a polícia que compareceu ao local.

As declarações da vítima se mostram harmônicas com as prestadas por [E. P. M.], mãe da vítima, a qual, em juízo, relatou que, no 13-11-2.015, precisou de sair para trabalhar e, que, por isso, deixou sua filha, ora vítima, na casa da avó, local onde também se encontrava o apelante [J. R. de S.]. Declarou que, após deixar a vítima na referida casa, em razão do silêncio, resolveu voltar e quando adentrou à residência, viu o acusado deitado em cima da vítima, ocasião em que gritou com ele. Em seguida, chamou a polícia, que compareceu ao local. Disse que, embora o acusado não tenha se despidido, percebeu que ele estava excitado, com o pênis 'volumoso.'

O depoimento acima descrito se mostra harmônico com os relatos judiciais dos policiais Anísio Brasileiro Filho e Augusto Naves Neto. Afirmaram que estiveram no local dos fatos, onde se encontravam a vítima, a mãe dela e o acusado [J. R.]. [E. P. M.] lhes contou que havia

deixado a vítima naquele local junto com o acusado e, que, em seguida, retornou, ocasião em que viu o acusado deitado sobre a vítima, ambos na cama da avó de [M. E.]. Relataram que o apelante afirmou que estava brincando com a vítima, vindo a escorregar e cair em cima da vítima.

Ao ser ouvido em juízo, [J. R. S.] negou a prática dos fatos que lhe foram imputados na denúncia, limitando-se a dizer que apenas brincava com a vítima e que não estava com ereção (mídia CD, fls. 92).

Contudo, analisando detidamente o caderno processual, verifico que as declarações da vítima encontram-se totalmente convergentes com as prestadas pelas testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ao passo que a negativa do apelante se mostra totalmente isolada dos demais elementos de provas juntados aos autos, razão pela qual não merece credibilidade.

Ressalta-se que em crimes contra dignidade sexual, a palavra da vítima, quando corroborada pelas provas carreadas aos autos, merece total amparo, visto que ilícitos dessa natureza, quase sempre ocorrem sem presença de testemunhas.

'In casu', a vítima relatou os fatos com minúcias de detalhes, dizendo que estava limpando o chão da casa da avó quando o acusado lhe jogou em cima da cama, deitou sobre ela, esfregando o corpo dele sobre o dela. Ao ser ouvida em juízo, [M. E. M. B.] apontou a parte genital como aquela que teria sido tocada pelo apelante.

Assim, ainda que por um breve momento, o apelante demonstrou, de forma inequívoca, a intenção de satisfazer sua lascívia.

[...]

Como se vê, ao contrário do que alega o apelante, as declarações prestadas pela ofendida e pelas testemunhas ouvidas em juízo mostram-se convergentes com todo o arcabouço probatório extraído da fase jurisdicionalizada, no sentido de que o apelante constrangeu esta, mediante grave ameaça, a com ele praticar atos libidinosos.

Ao revisar a dosimetria operada em primeiro grau, entretanto, a Corte estadual entendeu pela configuração da tentativa, nos seguintes termos (e-STJ fls. 215/217):

Contudo, entendo que o crime não passou da esfera da tentativa (art. 14 do CP), haja vista que o apelante, ao deitar-se sobre a vítima e esfregar seu corpo ao dela, visando à satisfação da sua lascívia, apenas deu início à execução do crime de estupro, sendo interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade, haja vista que a mãe da vítima chegou ao local e gritou.

[...]

Assim, desclassificado o delito de estupro de vulnerável para a modalidade tentada, passo ao redimensionamento da pena nos seguintes termos: adoto e incorporo a este voto a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, para fixar a pena-base em 08 anos de reclusão (mínimo legal) Na segunda fase, não há circunstâncias legais (atenuantes e agravantes). Na terceira e última etapa da pena, considerando que o 'iter criminis' foi interrompido logo no início, já que, conforme informou a vítima, o apelante 'esfregou nela', mas não chegou a tirar a roupa dele nem a dela, deve incidir o patamar máximo de diminuição, qual seja, 2/3 (dois terços), para fixar definitivamente a sanção corpórea em 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime aberto, nos termos do disposto no artigo 33, § 2º, letra 'c', do Código Penal.

Considerando que o apelante preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal, hei por bem substituir a pena acima imposta por duas restritivas de direitos, cuja forma de cumprimento deve ser estabelecida pelo juízo da execução penal.

Feitas essas considerações, fica o apelante [J. R. DE S.] condenado nas sanções do artigo 217-A, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos.

Considerando a desnecessidade de reexame de fatos e provas, haja vista a incontrovertibilidade das premissas fáticas inerentes à conduta delitiva, revela-se imperiosa, no caso, a necessidade de afastamento da tentativa.

É que a jurisprudência desta Casa firmou-se na compreensão de que o crime de estupro consuma-se com a prática de conjunção carnal ou de ato libidinoso diverso, ofensivo à integridade sexual da vítima.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSUMAÇÃO. DESNECESSIDADE DO REEXAME FÁTICO. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 213, § 1º, E 217-A, C/C O ART. 14, I, TODOS DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A controvérsia atinente ao inadequado reconhecimento da tentativa do crime de estupro de vulnerável prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência aos arts. 213, § 1º, e 217-A, c/c o art. 14, I, todos do CP, quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (todas menores, duas delas

menores de 14 anos), se reconhece a tentativa dos delitos, ao fundamento de que a consumação dos crimes em comento se dá tão somente com a efetiva prática do sexo vaginal, oral ou anal.

3. Recurso conhecido e provido, a fim de reconhecer a forma consumada dos delitos, readequando a pena para 12 anos e restabelecendo o regime fechado. (REsp 1.615.929/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 04/10/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSUMAÇÃO. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. PRÁTICA INCONTROVERSA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A discussão acerca da consumação do delito de estupro de vulnerável, em razão da prática incontroversa de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, é eminentemente de direito, não ensejando reexame de provas. Logo, não incide o óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes.

2. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que o momento consumativo do crime de estupro de vulnerável se dá com a simples prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Logo, sendo incontroversa a prática do ato, de rigor o afastamento da causa de diminuição da pena referente à tentativa.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 553.963/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

PENAL. CRIME DE ESTUPRO. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. REFORMA TRAZIDA PELA LEI N. 12.015/2009. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO.

1. A reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009 unificou em um único tipo penal as condutas anteriormente previstas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, constituindo, hoje, um só crime constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima" (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).

3. No caso, não há que se falar em tentativa, porquanto o contato

físico do acusado com a vítima, consistente em beijá-la na boca, passar as mãos nas nádegas e seios a fim de satisfazer a sua lascívia, é suficiente para caracterizar o delito descrito no art. 213 do CP.

4. Recurso especial provido para, reconhecida a consumação do delito previsto no art. 213 do Código Penal, fixar a pena do recorrido em 7 anos, 4 meses e 20 dias, mantido o regime fechado. (REsp 1.470.165/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015)

Desse modo, assentado na instância ordinária que **o agente deitou-se sobre a vítima e esfregou seu corpo ao dela**, ainda que por cima das vestes, com evidente fim lascivo, conduta essa que configura ato libidinoso diverso da conjunção carnal e amolda-se perfeitamente ao que estatui o art. 217-A do Código Penal, consumado foi o delito de estupro de vulnerável, na hipótese.

Assim, é necessário o restabelecimento da sentença condenatória.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial** para restabelecer a sentença condenatória de e-STJ fls. 141/150, reconhecendo a consumação do delito.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator