

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.730.555 - RS (2018/0061885-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **A DOS S F**
ADVOGADOS : **RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676**
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL manifestado com fundamento no art. 105, inciso III, "a", da CRFB/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o recorrido, em primeira instância, foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 217-A, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (estupro de vulnerável tentado), sendo-lhe imposta a pena definitiva de 2 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos (e-STJ fl. 159).

Em apelação criminal manejada pela defesa, a sentença foi mantida em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 267):

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. ÉDITO CONDENATÓRIO MANTIDO. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA DELITIVA DEMONSTRADAS. MANUTENÇÃO DA MINORANTE DA TENTATIVA. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. APENAMENTO RATIFICADO. PREQUESTIONAMENTO.

1. Existência do fato e autoria delitiva demonstradas. Nos delitos da espécie, a palavra da vítima merece ser valorizada, e, no caso, a vítima, que contava com 11 anos de idade à época do fato, relatou que o acusado, com 50 anos de idade, passou a mão em seus seios e tentou lhe beijar. Relato seguro e coerente em ambas as fases, o que é corroborado pela fala de sua genitora. Logo, a manutenção da condenação resta autorizada.

2. No caso concreto, considerando-se a situação fática analisada, os princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e adequação - os quais servem para sintonizar o fato à pena corporal dos indivíduos vai mantido o reconhecimento da tentativa e, conseqüentemente, a redução da pena.

3. Basilar mantida no mínimo legal. Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase, pelo reconhecimento da tentativa, persiste a redução da reprimenda na fração de 2/3. Pena definitiva confirmada em 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime aberto. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária), eis que ausente insurgência da acusação no ponto.

4. No que diz respeito ao prequestionamento, saliento, por imperioso, que o Julgador não está obrigado a se manifestar, de forma explícita, sobre todos os dispositivos legais e teses invocados pelas partes, sendo suficiente que exponha, de forma clara, os fundamentos da sua decisão.

RECURSOS DESPROVIDOS.

Quanto ao reconhecimento da tentativa, o acórdão recorrido destacou as seguintes razões (e-STJ fl. 283):

Pois bem, no caso dos autos, o acusado tocou, em uma única oportunidade, a ofendida nos seios, situação esta que se amolda à segunda figura típica do dispositivo (praticar outro ato libidinoso).

Contudo, ainda que resista ao reconhecimento da forma tentada, no particular, excepcionalmente, estou mantendo a sentença, reconhecendo a figura da tentativa.

Irresignada, a acusação então interpôs recurso especial, alegando negativa de vigência ao art. 14, I, e ofensa ao inciso II do mesmo artigo, ambos do Código Penal, sob os seguintes argumentos (e-STJ fl. 306):

Diante do quadro fático desenhado no acórdão recorrido, 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 atentado violento ao pudor dirigido contra menor de 14 anos.

Requer, portanto, a reforma do acórdão atacado para que o réu seja condenado pelo delito consumado de estupro de vulnerável (e-STJ fl. 313).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial em parecer assim ementado (e-STJ fl. 393):

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DE CONJUNÇÃO CARNAL – TOQUES NO SEIO E PERNAS DA VÍTIMA, DE APENAS 11

Superior Tribunal de Justiça

ANOS -, PARA SATISFAÇÃO DA PRÓPRIA LASCÍVIA. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA, COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. DELITO CONSUMADO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso para reconhecer a forma consumada do crime imputado ao recorrido, alterando-se a pena e o regime prisional e afastando-se, conseqüentemente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

Decido.

A irresignação merece prosperar.

Os fatos considerados foram, consoante os dizeres do acórdão, os seguintes (e-STJ fls. 279/288):

Complementando a análise do feito, verifica-se que a vítima contou de forma muito clara como o delito ocorreu. Referiu ter ido até a residência dos tios e, lá chegando, só estava o acusado. Mencionou que A. passou a perguntar sobre a escola e as amigas, bem como se já havia beijado na boca e perdido a virgindade. Lembrou que o acusado sentou ao seu lado no sofá, passou a mão em seus seios e pernas, dizendo "nunca vi esse seio tão pequeno". Contou, ainda, que o réu verbalizou que lhe achava "bonitinha" e passou a esfregar o nariz e a boca em seu rosto. Assustada, disse ter ido embora da residência. Referiu ter contado sobre o fato para duas amigas que, posteriormente, contaram para seus pais. Ademais, disse que o abuso ocorreu somente naquela oportunidade.

Destaca-se que o acusado possuía 50 anos de idade à data do fato, enquanto a vítima contava com 11 anos de idade.

Sabe-se que, no delito em questão, a palavra da vítima adquire especial relevância, visto que o agente utiliza de relação de confiança com a criança e pratica os atos libidinosos fora da vista de testemunhas, na clandestinidade. A própria natureza do crime dificulta sua comprovação por meio pericial, já que a conduta, muitas vezes, pode não deixar vestígios físicos. Nessas condições, desconsiderar o depoimento da ofendida seria facilitar a impunidade.

[...]

Ademais, a genitora da ofendida confirmou que esta contou sobre o abuso cerca de uma semana depois. Além disso, referiu que Y., após o fato, estava bem desanimada e chorava bastante.

As testemunhas E.R.M.M. e E.H. apenas abonaram a conduta do acusado.

Já a testemunha T.V.F., companheira do acusado, além de abonar a conduta do réu, contou que, na data do fato, a vítima esteve na sua

residência e passou a falar sobre os amigos da escola e a se queixar do pai, que não lhe dava dinheiro. Disse que soube, pelo réu, que a vítima tirou o seio para fora, para mostrar o sutiã novo. Por conta disso, lembrou que o réu pediu para a vítima ir embora.

O réu, por sua vez, negou a prática do delito. Contou que a vítima esteve na sua residência e passou a se insinuar, mostrando interesse em manter relação sexual, pela quantia de R\$ 30,00.

Nesse contexto, embora o acusado tenha negado a prática do abuso, verifico que o restante das provas produzidas no presente feito, em especial a palavra da vítima e o depoimento de sua genitora, são robustas e autorizam a manutenção do decreto condenatório.

Importante destacar, ainda, que não restou demonstrado, nos autos, ainda que minimamente, qualquer interesse da vítima ou de sua genitora em prejudicar o acusado ou imputar-lhe falso crime.

Assim, entendo presentes provas suficientes da ocorrência do crime descrito no artigo 217-A do Código Penal, mostrando-se incabível o pleito absolutório.

O Ministério público postula o reconhecimento da forma consumada do delito, o que não lhe assiste razão. Explico.

Confesso ter dificuldade de aceitar a forma tentada para o crime de estupro (seja contra maior de 14 anos ou vulnerável, caso dos autos), especialmente depois da alteração legislativa (Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009), que unificou as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor.

Com a alteração, os arts. 213 e 217-A, ambos do CP, passaram a prever as condutas ter: a) conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique; b) outro ato libidinoso, para fins tipificação do crime sexual, ou seja, tanto a conjunção carnal quanto a prática de outro ato libidinoso passaram a desenhar a conduta típica do crime de estupro.

A única diferença dos tipos está na violência, pois nos casos amoldados ao art. 217-A, do CP, é presumida, ante a situação de vulnerabilidade das vítimas (menores de 14 anos de idade ou acometidos de enfermidade ou deficiência mental).

Pois bem, no caso dos autos, o acusado tocou, em uma única oportunidade, a ofendida nos seios, situação esta que se amolda à segunda figura típica do dispositivo (praticar outro ato libidinoso).

Contudo, ainda que resista ao reconhecimento da forma tentada, no particular, excepcionalmente, **estou mantendo a sentença, reconhecendo a figura da tentativa.** No ponto, pertinente transcrever trecho da sentença do Magistrado singular, que muito bem fundamentou o reconhecimento da referida minorante no caso concreto (abreviaturas ausentes no original):

[...]

Não estou dizendo que o fato não é grave. Pelo contrário, é gravíssimo. Porém, tenho que toda sanção deve ser proporcional ao crime (fato) praticado. Portanto, no caso concreto, mantenho o

Superior Tribunal de Justiça

reconhecimento da tentativa (art. 14, inc. II, do Código Penal) e, consequentemente, a diminuição da pena do apelante.

Por tais fundamentos, confirmo a condenação de A.S.F. nas sanções do art. 217-A, caput, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal. (Grifei.)

A jurisprudência do STJ firmou-se na compreensão de que a gravidade da conduta – maior ou menor – não pode ser considerada para fins de tipificação do delito, mas tão somente para a culpabilidade do agente, sendo certo que o delito de estupro de vulnerável consuma-se com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REEXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAÇÃO PENAL. VÍTIMA CRIANÇA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A DO CP. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

- 1. Não há necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório acostados aos autos quando a conclusão esposada no acórdão atacado deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que os delitos foram perpetrados - incluindo todos os elementos do tipo descritos no art. 217-A do Código Penal.*
- 2. Muito embora, em determinados crimes, a conduta do agente possa ensejar dúvida quanto ao fim pretendido e, para a aferição da finalidade, imperioso se faz o exame do arcabouço probatório colacionado, outro não é o dolo do agente, ao praticar atos como os descritos nestes autos, senão o de satisfazer a sua lascívia.*
- 3. A Corte de origem, conquanto haja delineado e reconhecido a ocorrência de todos os elementos contidos naquele dispositivo do Código Penal, invocou a contração penal descrita no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 para eximir o acusado de reprimenda mais severa.*
- 4. Ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal.*
- 5. 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. Precedentes.*
- 6. Agravo regimental provido, para dar provimento ao recurso especial, com o fim de condenar o réu como incurso no art. 217-A do Código Penal, devendo os autos retornar ao Tribunal de Justiça daquele Estado, para que se proceda à dosimetria da pena.*

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no AREsp 804.768/SC, Sexta Turma, Rel. p/ o Acórdão
Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 11/03/2016)

Dessa forma, demonstrada a ilegalidade na desclassificação para a modalidade tentada efetuada pelo Tribunal de origem, e, ainda, considerando a desnecessidade de reexame de fatos e provas, haja vista serem incontroversas as premissas fáticas inerentes à conduta delitiva, revela-se imperiosa a necessidade de readequação típica do fato imputado.

Consoante relatado anteriormente, a conduta do agente que ensejou a condenação consistiu em passar as mãos nos seios da vítima e tentar beijá-la, à época, com 11 anos de idade (e-STJ fl. 267). Pois bem.

A inovação legal introduzida pela Lei n. 12.015/2009 modificou significativamente as figuras típicas relativas aos crimes contra a dignidade sexual, tanto para os preceitos normativos primários quanto para os secundários. Atento às alterações legais e lecionando a respeito do tema, notadamente no que concerne à conduta prevista no art. 217-A, assim descreve Rogério Sanches Cunha:

*Pune-se o agente que tem conjunção carnal ou **pratica outro ato libidinoso com a vítima com menos de 14 anos (caput)** ou portadora de enfermidade ou deficiência mental ou incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, sem condições de oferecer resistência (...). Trata-se de crime de execução livre.*

(CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal - Parte Especial*, p. 472) (Grifei)

Da leitura de tais considerações, depreende-se claramente que o legislador optou por aglutinar os revogados tipos penais que distinguiam o estupro, consubstanciado na hipótese de conjunção carnal, apenas, do ato libidinoso, que se caracterizava como qualquer outro comportamento atentatório à dignidade sexual de outrem.

Nesse passo, saliente-se que não cabe ao órgão julgador, ao examinar e gravidade da conduta, considerá-la para fins de classificação do tipo penal ou de

configuração da modalidade tentada, em flagrante violação ao que preceitua o art 14, II, do Código Penal.

Proceder de tal forma mostra-se teratológico e contrário à toda dogmática penal, haja vista que o grau de reprovabilidade da conduta deve incidir tão somente na culpabilidade do agente, para fins de dosimetria da pena.

Assim sendo, considerando que a vítima possuía apenas onze anos de idade à época dos fatos, e, ainda, que o agente passou-lhe a mão nos seios e tentou beijá-la com evidente fim libidinoso – *vide* a dinâmica relatada no acórdão –, conclui-se que a conduta amolda-se perfeitamente ao que estatui o art. 217-A do Código Penal ("Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos"), não havendo que falar em desclassificação em nome de possível desproporcionalidade entre a conduta e o preceito normativo secundário, nos moldes da fundamentação alhures.

No mesmo sentido opinou o Ministério Público Federal, cujo excerto do parecer passo a transcrever, *in verbis* (e-STJ fls. 402/403):

Vale registrar que, nos termos em que definido o crime de estupro de vulnerável, no art. 217-A, do Código Penal – ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos –, para a caracterização do tipo previsto na segunda parte, consistente em praticar outro ato libidinoso – nos termos da legislação pretérita, era definido como atentado violento ao pudor –, certamente diverso da conjunção carnal – esta caracterizada pela introdução do membro viril na vagina –, basta a prática de qualquer ato de conotação sexual tendente à satisfação da lascívia do réu, como apalpação ou toques nas partes íntimas da vítima, beijo lascivo na boca ou nos seios, coito anal, etc., sendo indispensável, portanto, que haja contato físico e que a vítima seja menor de 14 anos.

No caso, segundo apontado pelo acórdão, restou inequívoco o intento do réu de satisfazer sua própria lascívia, pois segundo registrado pela vítima, “A. passou a perguntar sobre a escola e as amigas, bem como se já havia beijado na boca e perdido a virgindade. Lembrou que o acusado sentou ao seu lado no sofá, passou a mão em seus seios e pernas, dizendo “nunca vi esse seio tão pequeno”. Contou, ainda, que o réu verbalizou que lhe achava “bonitinha” e passou a esfregar o nariz e a boca em seu rosto.” (Nosso o destaque) Caracterizada, portanto, a prática do crime de estupro de vulnerável, visto que a vítima tinha apenas 11 anos, à época do fato.

Relativamente ao reconhecimento da forma tentada, em atenção ao princípio da proporcionalidade, convém lembrar que, como dito pelo Ministro Felix Fischer, não cabe ao Poder Judiciário, “de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como ser mais justo e proporcional ao caso concreto,

Superior Tribunal de Justiça

em razão da alegada menor gravidade da conduta”, reconhecer forma tentada de determinado crime ou aplicar pena cominada a outro, apenas porque entende que a sanção prevista para o delito efetivamente praticado pelo agente é assaz rigorosa.

Diante do exposto, de rigor o provimento do recurso para reformar o acórdão hostilizado e aplicar a pena do delito de estupro de vulnerável em sua forma consumada.

Passo à dosimetria da pena.

Em razão de não haver circunstância judicial negativa, a pena-base é fixada em seu mínimo legal de 8 anos.

Ausentes atenuantes, agravantes, causas de aumento ou diminuição, a pena definitiva é fixada em 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, acolho o parecer ministerial e **conheço do recurso especial para dar-lhe provimento**, a fim de reformar o acórdão e condenar A DOS S F, nas sanções do art. 217-A, a 8 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator