

RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.132 - SP (2019/0325855-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **E DE O**
ADVOGADO : **ADALBERTO TOMAZELLI - SP102715**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o recorrido foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 217-A, *caput*, c.c. o art. 226, inciso II, ambos do Código Penal (estupro de vulnerável). O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente a denúncia para desclassificar a conduta imputada ao acusado para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41, com imposição da pena de 19 dias de prisão simples, no regime aberto, declarando-se, em seguida, a extinção da punibilidade diante da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal (fls. 217/222).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso defensivo para absolver o acusado nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal - CPP e julgou prejudicado o recurso ministerial. O acórdão ficou assim ementado, *verbis* (fl. 307):

ESTUPRO DE VULNERÁVEL - Conjunto probatório que não demonstra estreme de dúvidas a materialidade do delito - Dúvidas que devem ser interpretadas em favor do réu - Decretação da absolvição, com fulcro no art. 386, VII, CPP - Recurso defensivo provido e ministerial prejudicado (voto n. 39664).

Diante disso, o Ministério Público interpôs recurso especial alegando violação ao art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal - CPP e ao art. 217-A, *caput*, do Código Penal - CP.

Sustenta que Corte Paulista admitiu a existência da prova acusatória, mas se negou a admiti-la como suficiente para a condenação. Alega que o Tribunal *a quo*

Superior Tribunal de Justiça

reconheceu não apenas que a vítima confirmou, ao ser ouvida em Juízo, a ocorrência dos fatos descritos na denúncia, mas também, a inexistência de qualquer indício de que quisesse incriminar falsamente o acusado, entretanto, optou pelo desfecho absolutório por falta de provas, menosprezando a palavra da vítima.

Aduz que o acórdão impugnado não apresentou qualquer argumento válido para desconstituir as declarações da ofendida, que confirmou ter sido submetida a atos libidinosos praticados pelo acusado.

Requer o provimento do recurso especial para cassar o acórdão impugnado e condenar o recorrido pela prática do crime de estupro de vulnerável.

Contrarrazões às fls. 347/349.

Decisão de admissibilidade à fl. 354.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial para condenar o recorrido pela prática do delito previsto no art. 217-A, caput, c.c. art. 226, II, ambos do Código Penal (fls. 365/374).

É o relatório.

Decido.

O recurso não merece prosperar.

O Juízo de primeiro grau desclassificou a conduta imputada ao acusado para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41. Transcrevo, no que interessa, os seguintes trechos da sentença (fls. 217/222):

A materialidade se encontra comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 02/04), laudo de exame de corpo de delito (fls. 18/21) além dos depoimentos prestados em juízo.

A autoria restou certa e segura.

Os depoimentos da vítima, de seus tios e de sua genitora, foram muito coerentes, corroborando a versão da vítima.

É de se destacar, inicialmente, que o depoimento da vítima foi harmônico, firme e forte, fornecendo detalhes precisos sobre os fatos. Frisa-se que, em se tratando de conduta contra a dignidade sexual, normalmente praticada na clandestinidade, é de urna importância que se dê relevante valor à palavra da ofendida.

Ficou claro que o acusado, tio da vítima, aproveitou-se do momento em que sua esposa estava tomando banho para molestar a vítima, a qual narrou tais fatos com detalhes em juízo. Também é certo

que o acusado aproveitou-se da sua superioridade e ascendência sobre a pequena vítima para tentar convencê-la que seu ato era normal.

O depoimento da vítima foi coerente tanto na esfera policial, bem como em juízo. Desse modo, a prova oral acima descrita, em especial a palavra da ofendida, aliada com o depoimento de sua mãe, e de seus tios, confirma, de forma segura, que o acusado molestou a vítima. E não há nos autos qualquer elemento de prova que indique eventual motivo para que a menor, seus tios e sua genitora estivessem tentando incriminar o réu falsamente.

Todavia, por mais reprovável que possa ser a conduta perpetrada pelo acusado, inviável sua condenação pelo delito de estupro de vulnerável.

O caso se enquadra na contravenção penal do art. 65 do Dec.-lei 3688/41: "Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável".

Com efeito, não é qualquer ato de cunho libidinoso que configura o delito imputado ao réu, uma vez que somente aquelas condutas potencialmente lesivas, que realmente afrontem a dignidade sexual da criança, podem ser enquadradas no referido tipo penal (art. 217-A). Por conseguinte, a conduta do réu, de ter tocado a vítima, molestando-a, não deve ser equipara aquela que efetivamente procede à conjunção carnal, mediante violência real ou presumida.

[...]

Repita-se: para a configuração do crime do art. 213 ou 217-A, mostra-se necessária a ofensa efetiva da dignidade sexual, incluindo a liberdade, o que no presente caso não se verifica.

Ademais, é oportuno ressaltar que o laudo pericial de fls. 18/21 não constatou lesão, a qual poderia ter acontecido com eventual introdução do genital ou dos dedos do acusado, demonstrando que o acusado não praticou ato invasivo, com lesividade própria do delito descrito no art. 217-A do CP.

Assim sendo, à luz do princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, necessário se realize adequada ponderação dentro dos parâmetros legais, a fim de fixar a resposta penal mais adequada, evitando-se o excesso da intervenção estatal na liberdade do réu, cujas consequências em sua esfera jurídica não ultrapassem o necessário.

À vista disto, a pena aplicada deve guardar proporcionalidade com a relevância da lesão ao bem jurídico, sob pena de incorrer em inevitável afronta a preceitos de ordem constitucional.

Dessa maneira, diante dos elementos de prova acima explicitados, conclui-se pela desclassificação do crime previsto no art. 217-A, para a contravenção penal tipificada no artigo 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento ao recurso defensivo para absolver o acusado nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal - CPP e julgou prejudicado o apelo ministerial. O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls. 306/319):

Encerrada a instrução processual, houve por bem o N. Magistrado desclassificar o crime imputado na denúncia para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, porquanto "não é qualquer ato de cunho libidinoso que configura o delito imputado ao réu, uma vez que somente aquelas condutas potencialmente lesivas, que realmente afrontem a dignidade sexual da criança, podem ser enquadradas no referido tipo penal (art. 217-A). Por conseguinte, a conduta do réu, de ter tocado a vítima, molestado-a, não deve ser equiparada àquela que efetivamente procede a conjunção carnal, mediante violência real ou presumida" (fls. 177).

[...]

E, bastando a isso a prova produzida sob o crivo do contraditório, não há se falar em suficiência à condenação do réu por tão gravosa infração.

Certo é que a vítima, sempre que ouvida, garantiu ter sido abusada pelo réu, afirmando que, em diversas ocasiões, ele passou as mãos em seu corpo e ainda chupou sua vagina, relato que, conforme Cristina e Júlio, repetiu para eles.

Contudo, há nos autos também elementos que indicam a possibilidade de os fatos não terem ocorrido.

De se ver que, ao que consta, os abusos foram descobertos porque Érica comentou com Cristina e Júlio ter visualizado, em certa ocasião, o marido tocando inapropriadamente a vítima.

Érica, no entanto, prestando seu depoimento devidamente compromissada após se declarar ex-esposa do acusado, negou veementemente ter presenciado qualquer ato suspeito ou ter conversado sobre o assunto com o irmão e a cunhada, afirmando ter esta falseado a verdade porque "Branco" a impediu de seguir cuidando das sobrinhas, com o que, segundo Ieda, Mariana também não se confirmou.

Cumprir observar que, ao que se depreende da representação de fls. 09/10 e também de folha de antecedentes atualizada, instaurou-se inquérito policial para se apurar a conduta de

Everton também em relação a Júlia que, segundo sua genitora Cristina afirmou ter sido tocada pelo acusado, mas o feito foi arquivado.

Destaque-se que, diante das provas colidentes entre si, seria de grande valia a conclusão dos laudos psicológico e psicossocial a

fim se de dirimir a dúvida.

No entanto, restou asseverado pela Psicóloga que, pese atendida de outubro de 2.014 a fevereiro de 2.015, Mariana não relatou sobre os fatos investigados, constando ainda que "a adolescente e seus familiares demonstram dificuldade de adesão ao tratamento, o que compromete, também, a avaliação da situação" (fls. 143/144).

Outra profissional, na elaboração do relatório psicossocial, confirmou que a menina nada informa sobre os supostos abusos, restando asseverado que "O CREAS encaminhou a adolescente para o Núcleo de Saúde Mental para acompanhamento psicológico, mas abandonou o tratamento (Abril/2015), alegando a genitora que a filha estava cansada com tantas atividades e não quis dar continuidade às terapias, abandonando o atendimento. Sra. Ana Maria informa que a filha superou o 'trauma' sofrido e não vê necessidade de retornar às terapias, sendo percebido um certo descaso por parte da genitora com relação às dificuldades da mesma" (fls. 154/155).

Não se está aqui a olvidar que, em casos como os dos autos, a fala da vítima tem grande peso, mormente porque se tratam de delitos praticados geralmente de forma clandestina.

Na hipótese em debate, no entanto, há elementos nos autos, como acima esposado, que fragilizam a prova acusatória, não sendo os depoimentos produzidos sob o crivo do contraditório aptos sequer à comprovação cabal da materialidade delitiva.

Assim é que, na hipótese examinada, não se vislumbra a certeza indispensável ao alicerce condenatório. E a dúvida, ainda que mínima, impõe a absolvição, face ao elevado gravame decorrente da condenação criminal¹. E debruçando-se de modo imparcial e atento sobre os elementos de convicção trazidos aos autos, afere-se ser a prova por demais frágil a sustentar uma condenação, em exercício do livre convencimento motivado.

Dessa forma, diante da dúvida mínima, deve ser o apelado favorecido, em atenção ao princípio "in dubio pro reo".

Frise-se que o direito penal não se coaduna com juízos hipotéticos e superficiais. Imprescindível estruturar, pois, o decreto condenatório em robustos elementos de prova, existentes nos autos, sobre a real e efetiva participação do agente na prática da infração penal. A dúvida, remanescendo nos autos, é autorizadora da absolvição.

O pleito ministerial, em decorrência do resultado acima, resta prejudicado.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso defensivo para se absolver Everton de Oliveira nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ficando prejudicado o recurso ministerial.

Da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que o Tribunal de origem

entendeu que a prova coligida aos autos é insuficiente para sustentar a condenação, consignando que há elementos nos autos que fragilizam a prova acusatória, razão pela qual absolveu o recorrido com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Para desconstituir a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, que à unanimidade de votos absolveu o recorrido por ausência de prova da materialidade, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, verbis: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

Nesse sentido, são os precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONDENAÇÃO. FUNDAMENTO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte entende que "(...) é absoluta a presunção de violência na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, de forma que o suposto consentimento da vítima, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso com o agente não tornam atípico o crime de estupro de vulnerável (AgRg no REsp 1.577.738/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/3/2016, DJe 16/3/2016)" (AgRg no HC 470.458/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

2. Embora o argumento referente à relativização da presunção de violência não se sustente, no caso dos autos, a Corte de origem concluiu que não há elementos probatórios suficientes a embasar a condenação, e, para alterar aludida conclusão, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1360854/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 25/10/2019).

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. A Corte de origem deixa claro que as provas apresentadas não conduzem à autoria do acusado, diante das nítidas inconsistência e contradição.

2. Para desconstituir essa conclusão - afirmar que houve, sim, a prática do ato libidinoso descrito na denúncia -, necessário seria o reexame das provas acostadas aos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7 desta Corte.

3. Recurso especial não conhecido (REsp 1735173/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 02/08/2019).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem não reconheceu provas suficientes a atribuir o ato delituoso de estupro de vulnerável ao ora recorrido. Vale dizer, a Corte de origem teve dúvida - devidamente fundamentada sobre o dolo de satisfação da lascívia por meio de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

2. Para desconstituir essa conclusão - afirmar que houve, sim, a prática do ato libidinoso descrito na denúncia -, necessário seria o reexame das provas acostadas aos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7 desta Corte.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1643855/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2017).

Diante do exposto, com fundamento na súmula n. 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator