

RECURSO ESPECIAL Nº 1.839.798 - PR (2019/0285078-7)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO : MJL (PRESO)
ADVOGADO : JOSÉ RAKI THEODORO GUIMARÃES - PR035654

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A, na forma do art. 71, ambos do Código Penal (estupro de vulnerável).

Em segundo grau, foi dado parcial provimento ao recurso da defesa, para reconhecer a forma tentada do delito, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 367/369):

APELAÇÃO CRIMINAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ART. 217-A, DO CÓDIGO PENAL - ESTUPRO (TENTADO) - ATO LIBIDINOSO CONSISTENTE EM PASSAR A MÃO NO CORPO, POR SOBRE A ROUPA, DE MENINA DE 9 ANOS DE IDADE, EXIBINDO-LHE O ÓRGÃO GENITAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - APELO - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SOB ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - PROVA SUFICIENTE - PALAVRA FIRME E COERENTE DA VÍTIMA - PROVA TESTEMUNHAL ALIADA AO RELATÓRIO PSICOLÓGICO QUE COMPROVAM A AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO - CONDENAÇÃO MANTIDA - TODAVIA, RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA - CRIME DE ESTUPRO PRESSUPÕE “PENETRAÇÃO” POR CONJUNÇÃO CARNAL OU POR OUTRO ATO LIBIDINOSO (ANAL, ORAL) - SE A TANTO NÃO CHEGOU, O DELITO NÃO PODE SER TIDO EM SUA FORMA CONSUMADA - REFLEXÕES DOUTRINÁRIAS - DIREITO COMPARADO - ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - ALEGAÇÃO DE QUE O JUÍZO SENTENCIANTE DESCARTOU A RETRATAÇÃO FEITA PELA VÍTIMA E POR SUA MÃE - NÃO OCORRÊNCIA - PERCEPTÍVEL QUE A RETRATAÇÃO FOI FEITA COM O INTUITO PRESERVAR O AUXÍLIO QUE VINHA SENDO PRESTADO PELO SENTENCIADO AOS FAMILIARES DA

VÍTIMA - RELATO DA VÍTIMA EM JUÍZO DE QUE SUA MÃE ESTAVA RECEBENDO DINHEIRO DO APELANTE - PEDIDO DE SUPRESSÃO DA PENA DE MULTA APLICADA EM SENTENÇA - PROVIMENTO - CRIME SEM PREVISÃO DE SANÇÃO PECUNIÁRIA - ORDEM DE PRISÃO - POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO PROFERIDO EM SEGUNDO GRAU - DOSIMETRIA DA PENA - APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DA PENA EM 1/2 (ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, CP) - REGIME SEMIABERTO - CONDIÇÕES A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DE ORIGEM.

I – Exegese. Na interpretação do tipo penal, o exegeta deve considerar não só os núcleos do preceito primário, como também o *nomen juris* atribuído ao crime, como no caso em que, por definição, "estupro" pressupõe "penetração" em praticamente todos os países do mundo. Segundo a doutrina de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, em seu *Código Penal Comentado* (São Paulo: Forense, 14ª ed., 2014, art. 14, pág. 146), ao discorrer sobre a "estrutura do tipo penal", destaca que o "título ou — «*nomen juris*»": é a rubrica dada pelo legislador ao delito [...]. Sobre a importância do título, escreve DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO que «o legislador, ao utilizar o sistema de rubricas laterais, fornece uma síntese do bem protegido, apresentando importante chave hermenêutica »".

II – Conceito. "Estupro de vulnerável" é o *nomen juris* do crime previsto no art. 217-A do CP. Estupro pressupõe "penetração" em algum dos orifícios corporais da vítima, com qualquer parte do corpo do agente ou mesmo por algum objeto manuseado por este. De acordo com os núcleos do tipo penal, poderá consumir-se por duas formas de penetração, a saber, (1) pela conjunção carnal (pênis-vaginal) e/ou (2) pela prática de outro ato libidinoso (sexo anal, oral). Com a penetração, ainda que brevíssima, ligeira e superficial, consuma-se o delito. Sem penetração, todos os atos libidinosos praticados, serão tidos como parte do iter criminis visando aquele objetivo (penetração), configurando assim a mera tentativa de estupro, autorizando a diminuição da pena prevista ao crime consumado, de 1/3 a 2/3 na forma do parágrafo único do art. 14 do CP.

III – Os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Anulam-se os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade nas decisões judiciais criminais de estupro, quando aplicada uma mesma pena para condutas absolutamente diversas. Imagine-se, por exemplo, duas vítimas diferentes, vulneráveis ou não, uma que tenha sido objeto apenas de um toque lascivo, enquanto que a outra tenha sofrido sexo oral, seguido de uma dilacerante penetração vaginal, com ruptura hemorrágica do hímen e ainda uma sodomização violenta com destruição do esfíncter anal, durante horas a fio. A valer a interpretação atual (que não admite a tentativa), ambos os réus receberão a mesma pena! É justo isto? Onde estará a razoabilidade ou a proporcionalidade da pena? Certamente o legislador não desejou tamanha distorção, razão pela qual o Judiciário tem o dever de corrigi-la. O efeito modulador da pena nesses casos, só será

possível quando reconhecida a possibilidade da tentativa.

IV – Caso concreto. Não resta dúvida de que o apelante, na condição de conhecido da vítima, ao abordá-la propondo-se a “apadrinha-la” presenteando-a com doces e presentes em troca de favores sexuais (jamais conseguidos) , ao exhibir seu órgão genital masculino e passando as mãos no corpo da criança (por cima das roupas), mesmo sem conseguir que a criança tocasse com a mão em seu pênis, incorreu no delito previsto no art. 217-A, mas em sua forma tentada uma vez que inexistindo outro tipo penal em que tal conduta pudesse ser enquadrada, tal atitude deve ser tida como etapa inicial do iter criminis do delito de “estupro”, uma vez que este pressupõe “penetração”. Assim, é devido que responda por seu ato, mas na forma tentada. No caso, considerando que foram várias as investidas do apelante, cabível a redução da pena por metade (1/2) dentre a redução cabível para a forma tentada do crime. O regime semiaberto de cumprimento de pena é o aqui recomendável, ante a gravidade dos atos do agente.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Grifos no original).

Daí o presente recurso especial, no qual o *Parquet* alega terem sido violados o art. 217-A e o art. 14, II, ambos do Código Penal, pois, "*sendo fato incontroverso (ou seja, reconhecido pelo próprio Acórdão que o réu exibiu seu órgão genital masculino e passou as mãos no corpo da criança - por cima das roupas) que o ato imputado ao ora recorrido foi o de praticar ato libidinoso com a vítima menor de quatorze anos, a contrariedade, tanto ao art. 217-A, quanto ao art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, perpetrada pelo julgado, se revela na medida em que não reconheceu que tal ato praticado foi suficiente à consumação do delito de estupro de vulnerável, pois, em seu entender, 'Outros atos libidinosos sem que se verifique penetração em algum dos orifícios corporais da vítima (tais como apalpadelas, beijos lascivos, chupões, agarradelas, esfregadelas etc.), na ausência de outro tipo específico, deverão ser tidos como 'atos preparatórios' e por consequência, nessa linha de exegese não de configurar a tentativa de estupro, mas nunca o estupro consumado porquanto tais atos não podem ser equiparados com o gravíssimo ato de uma penetração não consentida ou vedada'" (e-STJ fl. 434, grifos no original).*

Sustenta que "a conclusão a que chega o Acórdão acerca da necessidade de haver 'cópula vagínica', ou ainda 'sexo oral' para a configuração de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, suficiente à tipificação material do delito de estupro de vulnerável, foge, por completo, de todo o entendimento doutrinário e

jurisprudencial (inclusive desta E. Corte Superior) sobre a correta interpretação a ser dada às elementares do tipo de injusto em questão" (e-STJ fls. 434/435).

Requer, ao final, seja reconhecida a prática do crime na forma consumada.

Contrarrazões às e-STJ fls. 446/451.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 472):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL (ART.105, III, 'A', CF/88). ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECONHECIMENTO DA TENTATIVA PELO TRIBUNAL A QUO QUE DEVE SER AFASTADA. CONSUMAÇÃO DO DELITO COM A PRÁTICA DE QUALQUER ATO LIBIDINOSO COM VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS CARACTERIZA ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO AO ART. 217-A, CAPUT, CP CONFIGURADA. ACÓRDÃO ATACADO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO PARA CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO E CONDENAÇÃO DO RECORRIDO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM SUA FORMA CONSUMADA.

É o relatório.

Insurge-se o órgão ministerial contra acórdão que reformou a sentença condenatória para estabelecer a forma tentada do crime de estupro de vulnerável, vazado nos seguintes termos (e-STJ fls. 372/376 e 392/396):

Destaca-se no farto conjunto probatório, os depoimentos judiciais das testemunhas [...] (seq. 1.60), psicóloga da APAE, escola que a vítima frequentava, da testemunha [...] (seq. 1.61), assistente social que trabalhava junto à APAE, [...] (seq. 1.80, p. 18, ouvido por carta precatória), primo da vítima e no depoimento da própria vítima, tanto o inquisitorial (seq. 1.6) como o judicial (seq. 1.71).

Importante a se pôr em destaque, a palavra da vítima em primeiro lugar (conforme texto elaborado pela douta relatora original):

*A vítima **M.V.S.M.**, relatou [seq. 1.6]: “que o réu não é nada seu; que o réu dizia que era seu padrinho e lhe dava dinheiro; que mentia para sua mãe que ia para a escola, mas não ia; que conhece o réu na casa de sua tia [...] ; que o réu começou a ir atrás dela; que o réu lhe dava dinheiro, doce, balas, chips e um monte de coisa; que o réu falava pra ela subir no carro pra darem uma voltinha; que descia para a casa correndo, que sua mãe perguntava quem lhe dava os doces e mentia dizendo que tinha comprado; que sua mãe questionou onde estava arrumando dinheiro para levar doces para escola, que ficou com medo e falou pra sua mãe e ela conheceu ele;*

que o acusado passava a mão em sua vagina por cima da roupa; que falava que estava com medo e o acusado a levava embora; que o acusado não fazia ela passar a mão nele; que nunca passou a mão nele; que ele não tirava a roupa; que ele passava a mão nela por cima da roupa; que o acusado deu um beijo em seu rosto e deu um abraço; que saiu correndo; que sua mãe perguntava onde estava e falava que estava na casa de sua avó; que o acusado falou para ela fazer sexo com ele; que o acusado passou a mão nela à força; que o acusado conheceu sua mãe e começou a dar dinheiro e coisas para sua mãe; que os abusos pararam quando foi embora; que o acusado continuava saindo com ela; que sua mãe sabia; que não se lembra mais do que sua mãe disse; que o acusado tinha uma pampinha prata e depois um carro cinza; que o acusado falou que ia fazer xixi e daí ele mostrou pra mim; que ficou quieta e baixou a cabeça, que uma vez o acusado pediu para passar a mão no 'negócio' dele, mas não pegou; que uma vez o acusado pediu para tirar a roupa, mas disse não; que foi pegar um carrinho de bebê para sua mãe, que estava descendo e o acusado a encontrou, alguém viu e ligou para a polícia; que o policial colocou ele dentro da viatura e levou ela para a delegacia; que sua mãe já sabia e que não sabe porque o acusado dava dinheiro para sua mãe”.

A vítima também foi ouvida em sede policial [seq. 1.71], apresentando o seguinte relato: “[recorrido] tem três carros, um cinza, um vermelho e um marrom. Ele me segue com esses três carros quando vai na casa de sua tia. Uma dessas vezes entrou no carro de [recorrido], no cinza, numa estrada de grama, perto de um campinho, sendo que [recorrido] ofereceu-lhe um chips (alimento) mandando entrar no carro. Após entrar no carro, [recorrido] passou a mão em seu corpo por cima da roupa, mas tirou sua mão e saiu de dentro do carro, dizendo-lhe que ia contar para sua mãe. [recorrido] saiu com o carro e foi embora. Pegou o chips e foi para casa de sua tia. Numa quinta-feira [recorrido] passou perto da declarante num carro vermelho e ofereceu-lhe dois reais. Pegou o dinheiro e não entrou no carro. [recorrido] entregou-lhe um papel com o número de seu telefone celular, mas rasgou e jogou na fossa. Nunca ligou para [recorrido] pedindo dinheiro. [recorrido] falou-lhe que queria transar, disse que não e que iria contar para sua mãe. Quando estava conversando com [recorrido], na porta de seu carro, o vermelho, o policial militar Marcio chegou e mandou a declarante entrar na viatura e a levou para a delegacia, sendo que [recorrido] tinha acabado de lhe entregar o chips, sendo que foi para a delegacia com o chips na mão. Todas as vezes que o [recorrido] a seguiu, fica falando que quer passar a mão no seu corpo e transar, mas fala que vai contar para sua mãe. Chegou a pegar três chips de [recorrido] e depois dois reais. Faz muito tempo que [recorrido] segue a declarante, desde o começo do ano. [recorrido] pediu para que a declarante abaixasse a roupa para que ele visse suas partes íntimas, mas não baixou e também pediu para deixa-lo passar a mão em suas partes íntimas, mas não deixou. [recorrido] estava no carro cinza, chamou a declarante na porta do carro e quando viu, seu pênis estava para fora e [recorrido] mandou que pegasse em seu pênis, mas virou a cara e só pegou o chips e saiu andando. Entrou no carro de [recorrido] três vezes e em todas as vezes [recorrido] tentou passar a mão em seu corpo e pediu para tirar a roupa, como não quis tirar, [recorrido] tentou tirar à força e foi quando disse-lhe que ia contar para sua mãe.

[...]

Portanto, ao contrário do que alegou a defesa, a condenação não se lastreou, exclusivamente, na palavra da vítima.

A nobre relatora original, sabiamente pôs em relevo na construção da prova, o conteúdo do boletim de ocorrência (seq. 1.4), com a seguinte descrição: “segundo solicitação anônima, desloquei-me até o local citado, para averiguar uma situação onde solicitante me informou que pela segunda vez, a pessoa de [recorrido], vem seguindo a criança (10 anos) M.V.S.M., no local me deparei com o Sr. [recorrido] conduzindo um gol vermelho (...) e na frente a pé estava a criança M.V.S.M. (...)”.

Igualmente, o ofício n. 26/2010 do Conselho Tutelar (seq. 1.11, p. 01), informa, no mesmo sentido: “(...) denúncias envolvendo M. J. L., que é vítima M.V.S.M. este conselho informa que foram recebidas denúncias anônimas no final do mês de março de 2010, onde relatava que sempre em ruas abandonadas ou ao entardecer e próximo à sua residência (residências estas em locais diferentes na cidade), havia encontro entre o acusado e a vítima (...) e por ser uma criança em tais locais, levantou suspeita de abuso”.

Conforme bem destacou a nobre relatora original, “É cristalino que várias pessoas, ainda que nenhuma delas tenha, pessoalmente, prestado depoimento em juízo, perceberam que a vítima entrou no carro do apelante, pois foram feitas denúncias neste sentido ao Conselho Tutelar e à Polícia Militar.

[...]

De tudo o que foi posto, resulta a possibilidade da tentativa por conclusão.

*Conforme visto, por definição do crime de estupro, segundo o nomen juris dado pelo legislador pátrio, podemos concluir que **sem penetração não há estupro consumado!***

[...]

No caso in concreto, diante do fato de que a conduta do agente não poderia ser enquadrada em outro tipo penal, mas apenas nesse do art. 217-A (estupro de vulnerável), não há como fugir da interpretação de que, aos olhos da lei, o objetivo do agente era a “penetração” em algum dos orifícios corporais da criança.

Todavia, como a ação não ultrapassou o toque por sobre as roupas da criança e a exibição da própria genitália para ela, tenho que no iter criminis do delito, tal ato reflete fase intermediária, razão pela qual a dosimetria comporta a redução em seu grau médio, a saber, de 1/2 (metade). (Grifos no original.)

Como se vê, o acórdão, embora tenha desclassificado a conduta para a forma tentada, reconheceu a ocorrência de atos libidinosos diversos da conjunção carnal suficientes, na linha da jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de

estupro na sua figura consumada. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 14, II, DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO CONFIGURADA. AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. JULGADO QUE NÃO REVOLVEU MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A questão veiculada no recurso especial não envolve a análise de conteúdo fático-probatório, mas sim a verificação da ofensa ao art. 14, II, do Código Penal, porque desconsiderada a consumação do delito de estupro de vulnerável a despeito do reconhecimento pelo Tribunal de origem da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Não se configura, portanto, a hipótese de aplicação da Súmula 7/STJ.

2. O Tribunal de Justiça dispôs que: Conforme se infere, o réu praticou o crime de estupro de vulnerável consumado, na modalidade dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal. [...] No presente caso, a resposta jurisdicional dada em primeira instância aos atos praticados pelo réu (passar as mãos nos seios da vítima sob a roupa e na vagina sobre as vestes) resultou na mesma pena destinada para os casos em que a violação da liberdade sexual foi muito maior.

3. A Corte de origem, ao entender pela aplicação da forma tentada do delito em comento 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 se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

4. Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, 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 (AgRg no REsp n. 1.154.806/RS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 21/3/2012).

5. [...] 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 das vítimas (crianças de 5 e 10 anos de idade), se reconhece a tentativa do delito, ao fundamento de que "há desproporcionalidade entre a apenação das condutas ínsitas no artigo 217 do Código Penal a autorizar a aplicação do princípio da razoabilidade com o consequentemente o reconhecimento da forma tentada do crime de estupro de vulnerável" (REsp n. 1.630.320/RJ, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/2/2017).

Superior Tribunal de Justiça

6. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1.753.786/MS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 15/10/2018.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. BEIJOS E CARÍCIAS EM MENOR DE IDADE. CRIME CONSUMADO. SÚMULA N. 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO 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."* (REsp 1.583.349/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016).

2. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1.545.800/MT, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017.)

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial** para restabelecer a sentença condenatória.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 24 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator