

STJ cassa acórdão que desclassificou a conduta do réu para importunação ofensiva ao pudor e o condena por estupro de vulnerável:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.561.321 - SP (2015/0261149-8)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : J J DA S

ADVOGADO : CINTIA DOURADO FRANCISCO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 105, inc. III, alíneas "a" e "c", da Constituição da República, contra o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado (fl. 200):

Apelação. Importunação ofensiva ao pudor. Desclassificação operada em primeiro grau de jurisdição, que afastou a imputação do crime de estupro de vulnerável. Recurso do Ministério Público pleiteando a condenação nos termos da denúncia. Impossibilidade. Conduta de "passar a mão sobre as vestes" que melhor se amolda à contravenção penal. Apelo defensivo. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar o decreto condenatório. Palavras da vítima coerentes e harmônicas, amparadas pelos demais elementos de convicção coligidos. Recursos não providos.

Consta dos autos que o recorrido foi denunciado como incurso no art. 217-A, caput, c/c o art. 226, inc. II, "f" e com o art. 61, inc. II e com o art. 71 todos do Código Penal.

Sobreveio sentença que, desclassificando a conduta para aquela prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais, c/c o art. 71 do Código Penal sendo-lhe determinada a sanção de 20 dias multa.

A defesa interpôs recurso de apelação, pretendendo a absolvição. O Ministério Público Estadual, por sua vez, pugnou pela condenação nos termos da denúncia.

Ambos os recursos foram desprovidos.

Diante disso, o Ministério Público interpôs o presente recurso especial, alegando afronta ao art. 217-A do Código Penal, além de dissídio jurisprudência quanto ao tema.

Pugna, ao final, pela condenação do recorrido nos termos em que denunciado.

Apesar de intimação, não foram apresentadas contrarrazões (fl. 264) e admitido o recurso (fl. 266), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do especial (fls. 293/299).

Decido.

Assiste razão ao recorrente.

Estes foram os fundamentos do acórdão recorrido (fls. 202/204):

A vítima apresentou declarações harmônicas e coesas (fls. 15 e mídia de fls. 157). Afirmou, categoricamente, que Justino passava as mãos sobre seus seios e no meio de suas pernas, por cima de suas vestes, além do que tentou beijá-la na boca, porém sempre o impediu. Acrescentou que ele costumava falar palavras

de baixo calção (fls. 15/16). Perante a psicóloga judicial a ofendida disse que o réu mexia com ela e tentava tocá-la, mas ela não deixava (fls. 35/40).

A palavra segura da vítima, como se sabe, analisada de forma harmônica e coerente, com os demais elementos de prova constantes dos autos, constitui prova relevante para sustentação da sentença condenatória. No caso em tela, os relatos da ofendida são coerentes e harmônicos e estão em total sintonia com os demais elementos de informação carreados para os autos. Assim, não há motivo para colocar em dúvida sua narrativa acusatória.

(...)

A materialidade da infração está suficientemente comprovada pelo relatório informativo (fls. 03/05), relatório psicossocial (fls. 35/40), bem como pelos relatos da ofendida e das testemunhas de acusação (mídia de fls. 157), que, embora não tenham presenciado os fatos, confirmaram as palavras de Mayara.

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório era mesmo de rigor. De fato, o quadro probatório é de inabalável solidez e não deixa a menor dúvida quanto à responsabilidade do acusado em relação aos fatos praticados com a menor Mayara.

Todavia, não há como se acolher o reclamo ministerial pela tipificação do delito como estupro de vulnerável, isso porque a narrativa da vítima deixa claro que o réu limitou-se a passar a mão sobre as vestes dela e, em momento algum, o acusado e a ofendida se despiram, mesmo que parcialmente.

Nesse contexto, a conduta melhor se amolda ao tipo penal artigo 61, da Lei nº 3.688/41.

A propósito, a integração da figura típica do grave crime previsto no artigo 217-A, do Código Penal, demanda a exata compreensão da elementar "outro ato libidinoso". É inquestionável que o tipo penal em tela deve ser tido como anormal, na medida em que possui elementar de natureza normativa, cuja compreensão exige valoração, consideradas todas as elementares da quadratura típica.

No caso em tela, não há dúvida de que a elementar "ou praticar outro ato libidinoso", abrangida pela figura típica, demanda status compatível com a conjunção carnal, ou seja, que seja hábil à satisfação da lascívia, da concupiscência, na mesma intensidade da conjunção carnal.

Assim sendo, por maior que seja a repulsa moral que a conduta do acusado possa gerar, não há dúvida de que ela se encontra no âmbito da vigência da norma penal incriminadora que constituiu fundamento da qualificação jurídica, que foi considerada para a solução condenatória.

Não obstante as razões do acórdão recorrido, firmou-se nesta Eg. Corte, o entendimento de que o delito de estupro de vulnerável consuma-se com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, visto 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 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 21/03/2012).

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. DELITO CONSUMADO.

I. A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Precedentes.

II. No caso dos autos, configurada está a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal destinados à satisfação da lascívia do acusado, consistentes em colocar a vítima forçosamente em seu colo e beijá-la no pescoço, além de beijar seus seios e tocar sua vagina, ainda que por sobre suas vestes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 530.053/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015)

RECURSO ESPECIAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA TENTADA - MENOR GRAVIDADE DA CONDUTA - IMPOSSIBILIDADE - ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL CONFIGURADOS - CRIME CONSUMADO - RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1- A consumação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Precedentes.

2 - No caso, o recorrido deitou-se por cima da vítima com o membro viril à mostra, após retirar-lhe as calças, o que, de per si, configura ato libidinoso para a consumação do delito de estupro de vulnerável.

3 - Impossibilidade de desclassificação do delito para sua forma tentada, com base no princípio da proporcionalidade, em decorrência da menor gravidade da conduta, por ser contrário à norma legal.

4 - O Superior Tribunal de Justiça entende que é "inadmissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (REsp 1313369/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 5.8.2013).

5 - Reconhecida a contrariedade aos artigos 217-A e 14, II, ambos do Código Penal Brasileiro, bem assim à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dá-se provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau em relação ao recorrido. (REsp 1353575/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO CONTRA MENOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA. ART. 217-A DO CP. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não viola o Princípio da Colegialidade a apreciação unipessoal pelo Relator do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, bem como do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Com a interposição do agravo regimental, fica superada eventual violação ao referido princípio, em razão da reapreciação da matéria pelo órgão colegiado.

2. Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ.

3. Em relação a impossibilidade de discussão de legislação já revogada e de aplicação da lei penal mais gravosa, verifica-se tratar de inovação em agravo regimental, não podendo ser acolhida nesta fase recursal.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1295596/MG, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJPR), QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 11/06/2013)

O acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência desta Eg. Corte, impondo-se a sua reforma, para afastar a modalidade tentada do delito.

Ante o exposto, com base no art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso especial, para condenar o recorrido nos termos da denúncia, devendo os autos retornarem ao Tribunal de origem, para proceder a dosimetria da pena.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 1º de fevereiro de 2016.

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)