



ESTADO DO PARANÁ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ASSESSORIA DE RECURSOS

RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RECORRIDO: A. B.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ interpôs tempestivo recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra os acórdãos proferidos pela Terceira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça.

Diante da multiplicidade de recursos especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, a demanda deve ser submetida ao procedimento dos recursos repetitivos, como representativo da controvérsia, nos termos dos artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e 256 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

- Retrospecto dos autos.

O recurso especial tem origem no recurso de Apelação Criminal, interposto pelo Recorrido, em razão da suposta inexistência de provas de que praticou, por diversas vezes, os atos libidinosos mencionados na denúncia, com base na prevalência do princípio do in dubio pro reo. Sustentou, ainda, a desclassificação do delito de estupro para a contravenção penal descrita nos artigos 61 ou 65 da Lei de Contravenções Penais, em homenagem à proporcionalidade, por entender que a sua conduta não produziu uma ofensividade suficiente a justificar a punição que lhe foi imposta.

O acórdão foi provido, em parte, e por maioria, pela Corte Paranaense, para admitir a forma tentada do delito de estupro (artigo 14, inciso II, do Código Penal), mantendo a condenação, porém, com a aplicação da causa



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

de diminuição prevista no parágrafo único em seu grau máximo, a saber, de 2/3 (dois terços) sobre a pena, sob os seguintes fundamentos:

"(...) o farto e robusto conjunto probatório produzido durante a fase investigativa, como também em juízo, confirma o relato coerente da vítima, de modo que não restam dúvidas acerca do acontecimento do crime exposto na denúncia. (...).

DA TESE DA TENTATIVA DO ESTUPRO. CONSIDERAÇÕES.

Da análise do fato, diante do não cabimento de desclassificação para qualquer outro tipo penal, mantida a imputação do art. 217-A do CP, que é de "estupro de vulnerável", cabível a aplicação da tentativa na medida em que o ato perpetrado não foi além do beijo lascivo, pois ainda que reprovável tal conduta, a razoabilidade impede que seja equiparado a uma prática de estupro com penetração em algum dos orifícios corporais da vítima. Logo, a pena, por questão de bom senso e de melhor justiça, não pode ser a mesma.

Para demonstrar o cabimento dessa interpretação, seguem reflexões de ordem doutrinária sobre a questão.

BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Não é pequena a dificuldade que a atual redação dos Arts. 213 e 217-A, caput, do CP tem trazido aos juízes em face da mixagem das condutas antes autônomas da "conjunção carnal" + "outro ato libidinoso" como preceitos primários dos tipos de "Estupro" e de "Estupro de Vulnerável". A dificuldade se apresenta justamente da perceptível desproporção da sanção penal inicialmente dirigida ao estupro propriamente dito, quando aplicado a condutas de menor lesividade enquadradas na locução "outro ato libidinoso" (v.g. como passadas de mão por sobre a roupa, etc) e que a jurisprudência superior e boa parte da doutrina concluem pela forma "consumada" do tipo, obrigando o



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

Julgador a aplicar uma pena cuja base se inicia em 08 anos, indistintamente.

Ao incidir de forma rasa sobre todas as condutas de abuso sexual de modo indistinto, igualam-se situações absolutamente desiguais! Agride o bom senso equiparar e aplicar uma pena igual para alguém que impôs um beijo ou toque lascivo numa vítima, com alguém que impôs uma penetração vaginal, oral e anal completa em outra vítima. Salta aos olhos que no primeiro exemplo (do toque lascivo), haverá um excesso de pena a cujo respeito já nos advertia CESARE DE BECCARIA lá do longínquo Século XVIII (1764): “Mas uma pena superior ao limite fixado pelas leis corresponde à pena justa mais uma outra pena; portanto um magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou bem comum, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delinquente. ” (Pág. 46) “Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior. ” (Pág. 55) (CESARE BECCARIA, in Dos Delitos e Das Penas. São Paulo: Martins Fontes, 1ª edição). Obra publicada em 1764, Sec XVIII.

Esse excesso tem ocorrido às centenas por conta do posicionamento de parte considerável da doutrina e da jurisprudência que entende pela impossibilidade da tentativa nesses delitos, pelo fato de que o iter criminis configuraria, igualmente, a consumação do delito. Mas não é assim. Adianta que na interpretação do delito, esquecem-se de considerar o “nomen juris” do tipo que para ambos os casos é “estupro” e o crime de estupro, historicamente no direito dos povos, pressupõe “penetração”.

Se a tanto o agente não chegar, o delito deverá ser punido pela “tentativa”, autorizando o julgador a aplicar o redutor de 1/3 a 2/3 previsto no art. 14, parágrafo único do CP. Quase toda a análise do tipo ocorrerá no plano



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

infraconstitucional, mas sem desprezo a aspectos da maior relevância no plano Constitucional, v.g. em face do princípio da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana. É o que aqui se sustenta.

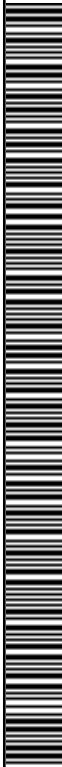
A INTEGRIDADE SEXUAL DOS VULNERÁVEIS.

Pessoas vulneráveis, assim consideradas pela lei, são aquelas que não possuem “liberdade sexual”, por não poderem consentir validamente. Nisto reside a tutela da lei. Essa vulnerabilidade identifica-se pela incapacidade civil dessas pessoas em manifestar, na forma da lei (que o veda), consentimento válido para a prática de qualquer ato da vida civil, inclusive o sexual. Uma criança, de acordo com o regramento pátrio não possui “liberdade sexual”, tendo sim direito à “integridade sexual”, não podendo consentir validamente, sendo essa a razão de ser considerada “vulnerável” e de sujeitar-se ao cometimento de crime aquele que investir contra esse direito; o da “integridade sexual” da criança. Explico.

A questão da liberdade sexual da mulher e do homem encontra embasamento primeiramente na lei civil. Muito embora, não pensemos nisso, a relação sexual é um ato da vida civil. Ora, os atos da vida civil, decorrem da capacidade de decidir e do consentimento válido. Logo, a relação sexual, enquanto um ato da vida civil – que à semelhança dos contratos deve ser, quanto à natureza, bilateral (sinalagmático), não oneroso (mas podendo sê-lo), incondicional (mas podendo sê-lo) e comutativo (admitindo variações) –, para sua validade, depende do consentimento válido de ambas as partes.

Por ser também um ato da vida civil além, obviamente, de ser um ato da natureza, o Estado pode estabelecer – e por vezes estabelece – restrições a determinados tipos de condutas sexuais por parte de seus cidadãos.

No Brasil, até não muito tempo, a infidelidade conjugal



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

(adultério = relação sexual com outro parceiro que não o cônjuge) era considerada crime, portanto, proibida por lei. Dispor sexualmente do próprio corpo para fins comerciais (prostituição) apesar de atualmente ser profissão regulamentada para fins previdenciários (CBO 5198-05, profissional do sexo), também encontra restrição de liberdade de conduta imposta pelo Estado no tocante à qualquer forma de relação empregatícia, sob pena de configuração dos crimes de rufianismo ou casas de prostituição, não obstante a capacidade civil e liberdade para fazê-lo por parte da pessoa que se prostitui.

Outro exemplo. Em algum ou alguns estados norte-americanos, ainda remanesce lei proibindo casais unidos civilmente (casados), a praticarem sexo anal, criminalizando e punindo tal conduta. NELSON HUNGRIA também traz exemplo semelhante em seus Comentários ao Código Penal, destacando que “A lei inglesa incrimina de modo genérico o coito anal. Ficou célebre o processo movido pela justiça britânica contra OSCAR WILDE, acusado de sodomia ratióne sexus”

Portanto, em termos de direitos individuais, tem-se liberdade sexual enquanto que os menores de 14 anos têm direito à integridade sexual, sendo punida pelo Estado a conduta infratora a essa tutela individual.

O TIPO PENAL (ART. 217-A, CP) E O “NOMEN JURIS”. SUA IMPORTÂNCIA HERMENÊUTICA.

O crime em questão, é assim previsto na legislação penal vigente: Estupro de vulnerável Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Segundo a (boa) doutrina de NUCCI em seu Código Penal Comentado (art. 14), a estrutura de um tipo penal no Código Penal Brasileiro é composta dos seguintes elementos:



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

“Nomen juris” ou título do crime, que vem a ser a identificação da conduta considerada crime pelo legislador; (v.g., “homicídio”, “estupro” etc) Preceito primário, que vem a ser a descrição da forma de realização dessa conduta proibida por meio dos núcleos identificados pelos verbos (ações); (v.g., “matar alguém”, “ter conjunção carnal” etc) Preceito secundário, que vem a ser a sanção penal prevista para aqueles que incorrerem na conduta proibida. (...).

Ora, segundo as regras da hermenêutica, a lei não possui palavras inúteis, logo o exegeta não pode desconsiderar ou ignorar o “nomen juris” que o legislador atribui ao tipo penal objeto da sua interpretação. Diz NUCCI acerca da importância do nomen juris: “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[i], apresentando importante chave hermenêutica. A partir da identificação do bem jurídico protegido é que se extrairá do texto legal sua virtude disciplinadora, concluindo quanto às ações capazes de afligir ou pôr em risco o objeto jurídico” (Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição, p. 34)”.

Portanto, repito, o hermeneuta não pode ignorar nenhum dos elementos integrantes do tipo, devendo antes considerá-los todos como importantes à interpretação da norma numa exegese que atente aos contornos e limites de sua incidência, não permitindo que desborde. Destarte, considerando que a estrutura do tipo penal abrange o título ou “nomen juris” — que no caso em exame é “estupro de vulnerável” — e não apenas o preceito primário (descrição da conduta proibida) e o preceito secundário (pena prevista), o intérprete e/ou aplicador da lei deve apropriar-se de seu significado. Vale dizer, o título do delito (“nomen juris”) deve também ser objeto de interpretação, quando isto se mostrar relevante e neste caso é essencialmente relevante.



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

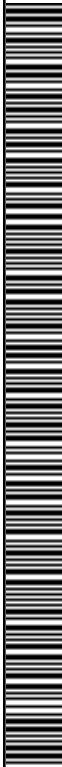
ANALISANDO O NOMEN JURIS “ESTUPRO”. A CONDOTA QUE CONFIGURA O “ESTUPRO”.

Uma vez compreendido – e assim compreendo – que o nomen juris integra o tipo penal e que como hermeneuta devo considera-lo, importa decifrar seu significado perante o direito. O nomen juris indica a conduta de “estupro”. Afinal, o que vem a ser o crime de “estupro”? No que consiste? “Estupro” é uma palavra (substantivo masculino) que se origina do latim “stuprum” que lá significava “desonra, vergonha, defloramento”, mas que no vernáculo pode ser considerado, lato sensu, como a prática sexual com outra pessoa de modo não consentido ou consentido invalidamente que lhe cause vergonha e repúdio.

O direito brasileiro evoluiu muito no conceito do que venha a ser considerado estupro porquanto na definição clássica do Código Penal de 1940, o “estupro” era delito que podia ter por vítima apenas a mulher e desde que a penetração fosse secundum naturam (conjunção carnal) ou seja, “...o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.

O grande NELSON HUNGRIA chega a explicitar em nota de rodapé (17) do texto acima que: “Se o agente, em substituição ao pênis, usa dos dedos ou de algum objeto (pau roliço, vela, phallus artificial etc), não se pode configurar o estupro, pela singela razão de que não se dá a penetração do órgão genital masculino. Não há estupro sem a introductio pênis intra vas”. (HUNGRIA, pág. 117). “Introductio” = “penetração”. Nítido, nesse comentário, o foco principal posto no agressor – relembre-se: “Não há estupro sem a introductio pênis intra vas” –.

Se o agressor fizesse de tudo com a pobre vítima, mas não introduzisse seu pênis, não haveria estupro, mas sim ato libidinoso diverso!! O foco parece estar equivocado, data venia, pois deveria estar centrado na vítima, uma vez que para esta pouca diferença haverá, para sentir-se violentada,



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

o ser penetrada pelo pênis do agressor, seu dedo ou dedos, pau roliço, vela phallus artificial etc contra a sua vontade e consentimento. Eis aqui a pedra de toque. Ou deveríamos pensar que a vítima se sentiria menos violentada com tais objetos do que com o pênis do algoz?

Nesse aspecto a alteração legislativa, agora abrangendo tanto a conjunção carnal quanto outros atos libidinosos como elementos de configuração do estupro, mostrou-se positiva eis que agora, o foco está na vítima e no que ela sofre. No tocante às vítimas vulneráveis, a violência é presumida como elemento a configuração do estupro. A chamada “presunção de violência” é uma construção jurídica afinada com as disposições da lei civil que no tocante às crianças, não lhes confere direito de agir, de reger-se, de dar ou negar seu consentimento validamente para qualquer ato da vida civil (art. 3º, NCCB/02).

Como uma relação sexual é também um ato da vida civil (tanto é que se faz reger pelas limitações do ECA, Código Penal etc), a chamada “presunção de violência” é figura a demonstrar, na consumação do delito, a falta do consentimento válido da criança vitimada pelo abuso. Por conta disso, o estupro de vulnerável se verifica pela invalidade até mesmo de eventual consentimento da criança porquanto em relação a esta, a lei não está a proteger sua “liberdade sexual” – uma vez que criança não a possui –, mas sim a sua “integridade sexual”, porquanto ela não dispõe de liberdade para dar o seu consentimento de modo válido a esse respeito.

AD ARGUMENTANDUM TANTUM...

Se ao invés de “Estupro” e de “Estupro de Vulnerável” o “nomen juris” dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP fosse “Abuso Sexual” ou “Violência Sexual”, a interpretação pela possibilidade da tentativa que ora se faz, não seria possível uma vez que “Abuso Sexual” ou “Violência Sexual” seriam



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

gênero sem designação do tipo de abuso infligido, ao passo em que “estupro” é espécie desse gênero, a indicar que se trata de um tipo de abuso ou violência sexual específico que neste caso pressupõe “penetração” em algum dos orifícios corporais da vítima.

Portanto, por mais esse enfoque podemos vislumbrar a importância que o “nomen juris” adquire na exegese desses tipos penais, possibilitando sem sombra de dúvida, a identificação da tentativa, a contrário sensu de entendimento diverso.

O “ESTUPRO” NO DIREITO COMPARADO. NO DIREITO NORTE AMERICANO E FRANCÊS.

Interessante e oportuna se mostra a definição de estupro (“rape”) no direito norte-americano dada pelo FBI, em revisão feita para eliminar a exigência de que o crime, para assim ser considerado, envolvesse o uso de força, bastando a falta de consentimento da vítima — sem dúvida alguma, um aprimoramento do conceito que serve a nós também — com a ressalva de que cada estado daquela União, traria sua própria definição e terminologia de estupro: Rape in the United States is defined by the Department of Justice as "Penetration, no matter how slight, of the vagina or anus with any body part or object, or oral penetration by a sex organ of another person, without the consent of the victim." While definitions and terminology of rape vary by jurisdiction in the United States, the FBI revised its definition to eliminate a requirement that the crime involve an element of force."

Tradução livre: Estupro nos Estados Unidos é definido pelo Departamento de Justiça como "Penetração, não importa quão leve, da vagina ou do ânus com qualquer parte do corpo ou objeto, ou a penetração oral, por um órgão sexual de outra pessoa, sem o consentimento da vítima. " Enquanto definições e terminologia de estupro variam de acordo com



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

jurisdição nos Estados Unidos, o FBI revisou sua definição para eliminar a exigência de que o crime envolver um elemento de força.

Como se pode observar, o primeiro verbo está a indicar o ato (ação) de “penetrar” (“penetration”) e não apenas passar a mão, beijar lascivamente etc como sugere ou afirma forte corrente jurídica que tem sustentado a impossibilidade da forma tentada do crime de estupro.

No Código Penal Francês (Code Pénal), o crime de estupro (“Viol”) vem definido no artigo 222-23 com a seguinte redação: Article 222-23 Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle.

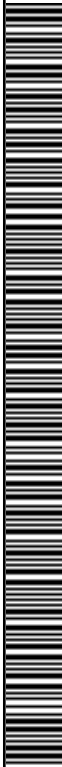
Tradução livre: Artigo 222-23 Todo ato de penetração sexual, de qualquer natureza, que seja cometido contra outra pessoa pela violência, coação, ameaça ou surpresa é estupro. O estupro é punido com pena de quinze anos de reclusão criminal.

MODOS DE CONSUMAÇÃO DO INTERCURSO SEXUAL.

As condutas libidinosas ilícitas aptas à configuração do crime de “estupro” do art. 217-A, são distinguidas pela lei penal em dois modos: A primeira conduta punível é a da chamada conjunção carnal, consistente no direito brasileiro como a cópula pênis-vaginal. 2) A prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, tal como sexo oral, anal, introdução de dedo ou algum objeto em qualquer dos orifícios corporais da vítima.

A conjunção carnal necessariamente demandará o concurso de ambos os gêneros humanos (macho e fêmea), podendo ser vítima tanto um quanto outro, na atual composição do tipo penal (Art. 217-A ou 213).

Anteriormente só a mulher poderia ser sujeito passivo desse crime. Para a caracterização de estupro por meio de outro



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

ato libidinoso, o crime poderá ocorrer mesmo entre pessoas do mesmo sexo (macho com macho[1], fêmea com fêmea). Todavia, o estupro na modalidade de outro ato libidinoso só se configurará se houver penetração de cavidade anal ou oral da vítima, seja pela genitália masculina, seja com outra parte do corpo do agente, seja pela introdução de algum objeto.

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.

Portanto, tais atos que a sexologia considera como preliminares, não devem ser ignoradas pelo direito penal, antes será de bom senso que sejam tidas como fase inicial do iter criminis rumo à consumação do crime de “estupro”.

A POSSIBILIDADE DO “ESTUPRO” TENTADO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

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! Se é “estupro”, a intenção do agente a se considerar do ponto de vista do direito penal, será sempre o de “ penetrar” algum dos orifícios corporais da vítima. Conforme já dito alhures, o iter criminis do crime de “estupro”, poderá passar por etapas preliminares visando aquela consumação, tais como toques e apalpadelas, esfregadelas, agarrões, chupões, beijos etc. Uma vez



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

compreendido – e assim compreendo – que o “nomen juris” integra o tipo penal e que como hermeneuta devo considerá-lo na aplicação no caso concreto, o resultado não poderá ser outro senão o de que a tentativa é possível e diria até, inafastável!

Vale lembrar neste ponto, que a mens legis sobrepõe-se à mens legislatoris, isto é, ainda que o legislador haja desejado chamar ou classificar de “estupro” um simples beijo lascivo (abuso sexual), o fato de haver intitulado o dispositivo como “estupro”, autoriza ao intérprete da lei a fazer-lhe a leitura devida, correta e não aquela que o legislador eventualmente preferisse.

Fazer vista grossa a essa realidade textual, equivale a transmutar o sentido da palavra, transgredir o contexto, malferindo com isso, princípios básicos do direito penal das gentes, como verbi gratia, o da anterioridade legal incrustrado na máxima nullum crimen nulla poena sine lege, além de refratar na aplicação da lei a casos concretos, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no tocante ao preceito secundário (pena), como vem ocorrendo. O princípio constitucional da proporcionalidade, encontra-se encartado no art. 5º, inciso V da nossa Carta política (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo...”) e que combinado com §2º (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”), tem plena aplicação no processo penal.

Acerca desse tema, vale lembrar a (boa) doutrina do penalista paranaense Prof. RENÉ ARIEL DOTTI a qual por oportuna, merece citação: “43. Os limites das sanções penais A proporcionalidade da pena é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal «necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime» (CP, art. 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

sufrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito. [...]”.

Para ZAFFARONI, a exigência de segurança jurídica impõe um limite para a reação penal, limite esse que deve ser procurado pela racional proporção entre a quantia do injusto e da culpabilidade da pena (Tratado, I/89). “A justa retribuição A proporcionalidade deve procurar a justa medida da retribuição que constitui a ideia central do Direito Penal, como sustentam prestigiados autores, a exemplo de BETTIOL (Diritto penale, p.. 725).”.

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 só domização 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 ou pena muito semelhante! Onde estará a razoabilidade ou a proporcionalidade da pena?

Certamente o legislador não desejou tamanha distorção, razão pela qual o Judiciário tem o dever decorrigi-la. Não há dúvida, portanto, de que o efeito modulador da pena nesses delitos, só é possível quando admitida a possibilidade da tentativa, conforme aqui sustentado e isto com base numa melhor interpretação do tipo penal, sem malabarismos e sem criação de norma nova ou aplicação alternativa do direito. O magistério de ROGÉRIO GRECO em seu Curso de Direito Penal, não destoa ao tratar do delito de “estupro” cujo posicionamento – com o qual concordamos inteiramente – é taxativo em aceitar a tentativa em relação a esse delito,



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

valendo citar trecho de interesse de seus comentários:
“Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio correspondente à tentativa. Dessa forma, o agente pode ter sido interrompido, por exemplo, quando, logo depois de retirar as roupas da vítima, preparava-se para a penetração. Se os atos que antecederam ao início da penetração vagínica não consumada forem considerados normais à prática do ato final, a exemplo do agente que passa as mãos nos seios da vítima ao rasgar-lhe o vestido ou, mesmo, quando lhe esfrega o pênis na coxa buscando a penetração, tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal. Não podemos concordar, permissa venia, com a posição radical assumida por MAXIMILIANO ROBERTO ERNESTO FÜHRER e MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER quando aduzem que «com a nova redação, o texto penal afastou as tradicionais dúvidas sobre se os atos preparatórios da conjunção carnal, ou preliminares, configurariam estupro consumado ou mera tentativa. Com a sua redação atual o texto não deixa margem para incertezas: qualquer ato libidinoso, mesmo que preparatório, consuma o crime». A vingar essa posição, somente nas hipóteses que o agente viesse a obrigar a vítima a despir-se é que se poderia falar em tentativa se, por uma circunstância alheia à sua vontade, não consumasse a infração penal, deixando, por exemplo, de praticar a conjunção carnal, o sexo anal etc”.

Portanto, a forma tentada, sem dúvida alguma será possível nas hipóteses dos artigos 213 e 217-A do Código Penal” (Ap. crime, mov. 39.1, fls. 7/30).

Irresignado, o representante do Ministério Público deste Estado, aviou o presente recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, alegando violação dos artigos 14, inciso I, e 217-A do Código Penal.



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

Para tanto, sustentou que, o ato imputado ao réu foi o de fazer a vítima sentar em seu colo, posicionando as pernas da criança ao redor de sua cintura, abraçando-a e beijando-a intensamente na boca. Trata-se de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que é uma das modalidades do crime de estupro previsto no art. 217-A do Código Penal.

Acrescentou, ainda, que a correta interpretação do que é suficiente a caracterização do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, há muito, já restou conclusiva, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, no sentido de que o crime é instantâneo, exigindo para a sua configuração o mero toque entre o agente e a vítima, de forma lasciva, sendo isto suficiente o bastante para dar por consumada e configurada a prática delitiva.

Finaliza:

“Indicar aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade em nada influencia na aplicação da pena quando o tipo penal, repete-se, é de tipo misto alternativo. Vale destacar que a instância superior, por meio de recente decisão, foi além, reconhecendo a incidência do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal em situação na qual não houve sequer o toque entre o sujeito ativo e a vítima. Deu, portanto, ampla efetividade a proteção penal despendida ao bem jurídico tutelado pelo tipo em comento. Ademais, a argumentação acerca do nomen juris passa ao largo do tema. Seguindo a linha de raciocínio dos d. Julgadores, estes indicam que o fato da nomenclatura dada ao tipo do artigo 217-A, pelo legislador, ser “estupro de vulnerável”, só é possível incidir tal figura em sua forma consumada quando houver a penetração. Afinal, nas palavras do d. Desembargador Relator, “(...) sem penetração não há estupro consumado!”. Concessa vênua, esta forma de interpretação dos tipos penais é inadequada. Desconsidera, por completo, a redação do preceito primário dos tipos

RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

penais. A rubrica dos tipos penais nem sempre corresponde a sua redação. Na hipótese do artigo 235, do Código Penal, isto é tão notório que se tornou exemplo de sala de aula de interpretação extensiva em direito penal: enquanto a rubrica indica bigamia, i.e., contração de segundo casamento por parte de indivíduo já casado, a redação do tipo se adapta tanto a bigamia como a poligamia (vários casamentos por parte de quem já é casado). De outro lado, há tipos penais revogados, cujas rubricas permanecem no Código Penal, v.g., os artigos 219 e 240 (raptor e adultério, respectivamente). Seria o caso de aplicar os tipos a partir do conteúdo semântico da rubrica? A rubrica do tipo e r mero modo de catalogação e sistematização. O conteúdo do tipo legal vem dado pela sua redação, ao inverter o comando da norma penal e, com isso, satisfazer o princípio da reserva legal” (Pet. 2, mov. 1.1, fls. 14/15).

- Dispositivos Infraconstitucionais em discussão.

Os artigos invocados na controvérsia a fundar o presente representativo são os artigos 14, 213 e 217-A do Código Penal.

- Divergência entre os Órgãos Julgadores deste Tribunal.

A pretensão especial jungida pela acusação, com base na inviabilidade do reconhecimento da tentativa de estupro de vulnerável, constitui fundamento apto a formação do representativo da controvérsia.

Isto porque, esta Corte Estadual há muito, não possui entendimento unívoco acerca de tal situação.

Colhe-se, destarte, que o posicionamento sufragado pelos eminentes Desembargadores desta Corte Estadual é dividido, em síntese, em três frentes:



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

- a) no que constitui o estupro;
- b) proporcionalidade e razoabilidade da pena; e
- c) hermenêutica do tipo penal, com a correspondente incidência da norma de extensão (artigo 14 do Código Penal).

Por outro lado, há entendimento jurisprudencial que reconhece que meros toques, ainda que por cima das vestes, são suficientes para consumação do delito, sendo desnecessário a conjunção carnal, cópula anal, sexo oral ou atos libidinosos mais graves para a configuração do mencionado delito em sua plenitude. Destaca-se os seguintes julgados:

“o delito de estupro resta consumado quando constrangida a vítima, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sucedâneo a ela ou não, em que evidenciado o contato físico entre o agente e a vítima, como toques, contatos voluptuosos e beijos lascivos” (AgRg no AgRg no REsp 1753704/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018).

“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 ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013)” (AgRg no REsp 1705120/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018).

“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

RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

(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” (REsp 1615929/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 04/10/2016).

“2. O crime de estupro de incapaz contempla duas condutas distintas, quais sejam, ter conjunção carnal com menor de 14 anos e praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça, essenciais ao tipo penal descrito no art. 213 do CP, dada a vulnerabilidade da vítima.

3. A prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável constituiu a consumação do delito de estupro de incapaz, não havendo se falar em tentativa. Precedente”. (STJ HC 332113/SP, 5ª turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 27.04.2016).

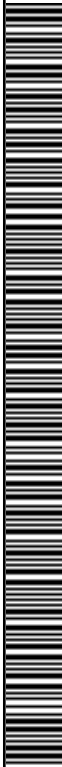
“No caso, não há que se falar em tentativa, porquanto o contato físico do acusado com a vítima, consistente em beijá-la na boca, passar as mãos nas nádegas e seios a fim de satisfazer a sua lascívia, é suficiente para caracterizar o delito descrito no art. 213 do CP”. (STJ REsp 1470165/MG, 5ª turma, rel. Min. Gurgel Faria, DJe 20.08.2015).

- Informação quantitativa.

Pela análise computacional, em sede de recurso especial, verifica-se que, nos últimos anos, já foram realizados o exame de admissibilidade de mais de 70 recursos, com fundamento em idêntica questão de direito.

- Tema

Desse modo, seleciona-se este Recurso especial como



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

representativo da controvérsia e submete-se ao Superior Tribunal de Justiça a questão controvérsia: “**meros toques, ainda que por cima das vestes, são suficientes para consumação do delito de estupro, ainda que não tenha havido a conjunção carnal, cópula anal, ou são apenas atos que permitem o reconhecimento do crime na modalidade tentada**” (Código de Assuntos do Conselho Nacional de Justiça: 287 – Direito Penal; 3463 – Crimes contra a Dignidade Sexual; 3465 – Estupro; 11417 – Estupro de Vulnerável).

- Recursos representativos da controvérsia.

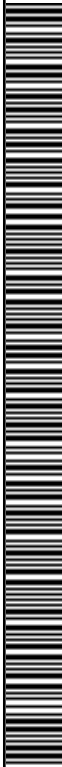
Cumprir referir, ainda, que a matéria em questão foi debatida no acórdão, bem como é suscitada nas razões recursais, de modo se demonstra atendido o requisito de prequestionamento. Ademais, a interposição do Recurso Especial mostra-se tempestiva e regular, assim como o recorrente traz argumentos relevantes e pontuais sobre o acórdão, o que permite a exata compreensão da controvérsia posta em debate, sem que demande análise probatória.

Diante da multiplicidade de recursos especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, submeto, juntamente com esta, as demandas nº 1.709.162-6/01; e nº 1.699.369-0/02 ao Superior Tribunal de Justiça, como representativa da controvérsia, nos termos dos artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e 256 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

- Diante do exposto, **admito o recurso especial** interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, como representativo da controvérsia, nos termos dos artigos 1.030, incisos IV e V, alíneas “a” e “b”, e 1.036, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.

- Publique-se e, após o cumprimento das formalidades legais, remetam-se os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

- Encaminhe-se cópia da presente decisão ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP, para que expeça Ofício à Presidência do



RECURSO ESPECIAL CRIME Nº 0002385-30.2017.8.16.0057 PET 2 (PROJUDI)

Superior Tribunal de Justiça, para informar acerca da remessa do presente
Recurso Especial.

- Comunique-se à Assessoria de Recursos.

Curitiba, data da assinatura digital.

Assinado digitalmente
DES. COIMBRA DE MOURA
1º Vice-Presidente

projudi – AR18

