



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.598.077 - SE (2015/0137272-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO : J E DE O
ADVOGADO : ADEMILSON CHAGAS JÚNIOR

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMAS CRIANÇAS DE 8 E 9 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. VÍTIMAS DIVERSAS. CONCURSO MATERIAL. AFASTAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A controvérsia atinente à desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.
2. Nega-se vigência ao art. 217-A do CP quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (crianças), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que as "ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave".
3. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, *caput*, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.
4. 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.
5. Readequação da pena, tendo em vista o afastamento do concurso material em relação ao crime praticado contra as diversas vítimas, de modo a incidir a regra da continuidade delitiva simples.
6. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 217-A do Código Penal e conceder ordem de habeas corpus, de ofício, para afastar o concurso material e reduzir a pena para 12 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.598.077 - SE (2015/0137272-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

RECORRIDO : J E DE O

ADVOGADO : ADEMILSON CHAGAS JÚNIOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** (Embargos Infringentes n. 201300126542).

Extrai-se dos autos que o recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de 39 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

Ao analisar a apelação da defesa, a Corte de origem, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, a fim de desclassificar a conduta para a contravenção do art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. O voto vencido entendeu pela absolvição do acusado.

Opostos os cabíveis embargos infringentes, foram esses rejeitados, para manter a condenação pela referida contravenção.

Nas razões de recurso especial, o Ministério Público do Estado de Sergipe aponta violação do art. 217-A do Código Penal, ao argumento, inicialmente, de que "não há que se falar em ausência de provas robustas a acarretarem a condenação do referido réu pelo crime capitulado no art. 217-A, do Código Penal, pois, através dos depoimentos colhidos, é incontestável a certeza acerca da materialidade e autoria delitiva" (fl. 509).

Afirma, ainda, que houve lascívia no ato praticado, "uma vez que não se cogita outra motivação além do descontrole da libido para que alguém pratique condutas como a apalpação da genitália alheia sem consentimento" (fl. 511).

Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que seja o recorrido condenado pela prática de estupro de vulnerável.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 550-559), o recurso teve seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguimento negado na origem (fls. 561-565). Interposto o cabível agravo (fls. 571-578), dei-lhe provimento, para melhor análise (fl. 605).

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 598-602, opinou pelo conhecimento e pelo provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.598.077 - SE (2015/0137272-5)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMAS CRIANÇAS DE 8 E 9 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. VÍTIMAS DIVERSAS. CONCURSO MATERIAL. AFASTAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A controvérsia atinente à desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.
2. Nega-se vigência ao art. 217-A do CP quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (crianças), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que as "ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave".
3. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, *caput*, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.
4. 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.
5. Readequação da pena, tendo em vista o afastamento do concurso material em relação ao crime praticado contra as diversas vítimas, de modo a incidir a regra da continuidade delitiva simples.
6. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 217-A do Código Penal e conceder ordem de habeas corpus, de ofício, para afastar o concurso material e reduzir a pena para 12 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

Inicialmente, observo que o recurso especial suplanta o juízo de prelibação, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo, tempestividade e regularidade formal), razão pela qual avanço na análise de mérito da controvérsia.

II. Contextualização

Consta dos autos que J. E. de O. foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, pois, conforme a exordial acusatória:

Segundo o manancial probatório colhido nos autos de Inquérito Policial, o denunciado J. E., no ano de 2011, na sala de aula da 2ª série do Colégio José Emídio da Costa Filho, situado no Município de Pinhão, praticou atos libidinosos diversos de conjunção carnal, com as menores D. A. S. (9 anos à época dos fatos), M. C. F. D. (com 08 anos de idade à época dos fatos), L. F. S. A. (9 anos à época dos fatos) e C. D. S. A. (8 anos à época dos fatos).

Consoante restou apurado, o denunciado J. E. que exercia as funções de professor da Escola Municipal José Emídio da Costa Filho, lecionando para crianças de 8 e 9 anos de idade que cursavam a segunda série; **aproveitou-se do cargo de professor e da inocência das alunas, para, em momentos distintos, praticar atos libidinosos com as menores D., M., L. e C., apertando a vagina das três primeiras menores e colocando a mão da menor C. em seu pênis.**

Consta dos autos que o denunciado J. E. convidava as vítimas para o fundo da sala, sob o argumento de que iria corrigir o dever, para então praticar os atos libidinosos.

Consta também que, após a repugnante prática libidinoso, o denunciado chegou a ameaçar de morte as menores D. e C., caso contassem a alguém o ocorrido.

Como consequência da prática criminosa, as vítimas, crianças inocentes e indefesas face ao poder exercido pelo denunciado na sala de aula, ficaram traumatizadas e temerosas, sendo que a vítima L.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive deixou de freqüentar a escola e as festas locais (fls. 1-2).

Extraí-se dos autos que o recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de 39 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

Ao analisar a apelação da defesa, a Corte de origem, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, a fim de desclassificar a conduta para a contravenção do art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. O voto vencido entendeu pela absolvição do acusado.

Opostos os cabíveis embargos infringentes, foram esses rejeitados, para manter a condenação pela referida contravenção.

III. Súmula n. 7 do STJ – não incidência

Primeiramente, entendo que **não se aplica o impedimento contido no enunciado da Súmula n. 7 do STJ.**

Para melhor elucidar a questão, transcrevo o excerto do acórdão no qual é delimitado o caso:

No ano de 2011, mais precisamente na sala de aula da 2ª série do Colégio José Emídio da Costa Filho, situado no Município de Pinhão. O denunciado José Everton, então professor da referida Escola, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal, com as menores [D. A. S.], [M. C. F. D.], [L. F. S. A.] e [C. D. S. A.], **onde apertou a vagina das três primeiras e colocou a mão da última em seu pênis.**

A magistrada de piso ao analisar o acervo probatório, julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o acusado José Everton de Oliveira, como incurso nas penas do art. 217-A do Código Penal chegando a uma pena de 39 (trinta e nove) anos de reclusão em regime fechado (fls. 447-448, destaquei).

Como desfecho, a Corte local assim consignou:

Após analisar o acervo probatório contido nos autos, divirjo do entendimento dos ilustres Desembargadores, pois entendo que as provas contidas nos autos não são suficientes para embasar uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação no crime capitulado no art 217-A do Código Penal, bem como para sustentar uma absolvição e sim, emergem para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-lei nº 3.688/41 - importunação ofensiva ao pudor, conforme requerido subsidiariamente pela defesa.

Para que seja configurado da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, conforme está explícito em sua tipificação, o fato deve ocorrer em local público (ruas praças, avenidas, jardins, etc). Logo, a contravenção não resta configurada caso ocorra em local particular (JTACrimSP, 38:139).

Os fatos se desenrolaram dentro da Municipal José Emílio da Costa Filho, ou seja, um local amplamente público.

Essa importunação significa perturbar, incomodar. Conforme leciona Damásio de Jesus, alguns exemplos de importunação ofensiva são: beijo na boca sem o consentimento da vítima, assédio sexual e perseguição automobilística com propostas indecorosas. Outros fatos que configuram a referida contravenção, conforme reza a jurisprudência, são: encostar-se lascivamente em mulher, "passar a mão" em partes pudendas (desde que não configure crime mais grave como o atentado violento ao pudor), passar as mãos ou beliscar as nádegas da vítima, e assédio através de convites libidinosos.

Por fim, devemos saber diferenciar a importunação ofensiva ao pudor da tentativa de estupro. Muitas ocorrências aportam na Delegacia como sendo tentativa de estupro quando, na verdade, são de importunação ofensiva ao pudor. Ainda que a pena seja apenas de multa, e deveria ser mais rigorosa, não resta outra alternativa a não ser a de condenar o agente por essa contravenção.

Com muita propriedade, a defesa aduz em suas razões recursais que na r. sentença a própria Magistrada assim se reportou: "instrução criminal demonstra cabalmente que o acusado, de fato, importunava as alunas, meninas de tenra idade, à época entre 8 e 9 anos de idade, pegando nas genitálias das vítimas, corroborando assim que realmente consistiu em IMPORTUNAR, já que não houve agressividade na atitude, e ainda assim, foi por cima das vestes e não com contato direto.

Dentro deste quadro probatório, não obstante a reprovabilidade da conduta do Réu, temos que não restou demonstrada a prática do crime de atentado violento ao pudor.

Ainda que a Vítima seja adolescente, apoiar e passar a mão, por cima das roupas, sobre o órgão genital não significam atos inequívocos dirigidos ao fim libidinoso, elemento subjetivo específico necessário para a caracterização do delito previsto, hoje, no art. 217-A do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, não se verifica qualquer ato de violência ou grave ameaça por parte do Recorrente. Embora as vítimas, à época dos fatos, contavam com idades entre 08 e 09 anos de idade, fazendo incidir o art. 217-A do Código Penal, a presunção de violência, no caso concreto, excepcionalmente, deve ser vista com reservas, uma vez que o local era acessível ao público, diga-se de passagem, uma Escola Pública Municipal e dentro da sala de aula, na presença de diversos outros alunos, e as vítimas, além de declarações contraditória, como nos depoimentos de D., C. e M.

Assim, apesar da sua negativa, as palavras do ofendido foram firmes, narrando os fatos com bastante clareza e tranquilidade, dando em juízo versão coerente com aquela dada na fase policial, sem qualquer disparidade ou contradição importante, razão pela qual não há se falar em absolvição por falta de provas, como defendeu genericamente a defesa em seu recurso. [...]

Embora tenha ocorrido o "passar a mão", relevante mencionar que as ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave, isto é, evidenciando que o constrangimento não era dirigido para saciar a lascívia ou concupiscência, características marcantes do crime de atentado violento ao pudor, sendo medida de rigor a desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

A conduta perpetrada, como se viu, embora seja credora de punição, não merece a gravidade da pena cominada para a prática de atos libidinosos, porquanto não evidenciado com clareza o propósito do apelante de satisfazer sua lascívia na prática dos atos que lhe foram imputados, de modo que assiste razão à defesa para desclassificação do crime de prática de atos libidinosos/para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 do Decreto-Lei 3.688/41, tal como procedida em relação aos outros fatos, descritos na denúncia.

A meu sentir, é proporcional entender pela desclassificação dos delitos, tendo em vista que as condutas do réu poderiam subsumir-se aos limites da contravenção de importunação ofensiva ao pudor, artigo 61 do Decreto-Lei 3.688/41. Para tanto, destaco lição de Guilherme de Souza Nucci, em seu Código Penal Comentado: [...] (fls. 448-452, destaquei).

Da simples leitura dos trechos transcritos, percebe-se claramente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que são **incontroversos os seguintes elementos**: a) a prática deliberada e intencional de **ato libidinoso** contra as ofendidas (apertou a genitália das vítimas e fez uma delas colocar a mão em seu pênis); b) a **menoridade** das vítimas (8 e 9 anos de idade à época dos fatos).

Atento à constante aplicação do aludido enunciado sumular nas hipóteses em que o recurso especial ataca acórdão que afirma não haver, ou haver, dolo na conduta do agente para determinado fim ilícito, entendo que, no caso do delito em comento, todavia, **outro não é o dolo do agente, ao praticar atos como os descritos nestes autos, senão o de satisfazer a sua lascívia**. Vale dizer, em determinados crimes, a conduta do agente pode ensejar dúvida quanto ao fim pretendido e, para a aferição da finalidade, imperioso se faz o exame do arcabouço probatório colacionado aos autos. Entretanto, **julgo irrazoável, neste caso, afirmar – após o reconhecimento de todos os elementos do tipo descritos no art. 217-A do Código Penal – que houve apenas a vontade de praticar os elementos do tipo do art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941**.

Com efeito, da leitura do pensamento externado pelo Tribunal *a quo* no voto condutor do acórdão objurgado, considero ter havido, na verdade, uso de **mera retórica**, para que não fosse aplicada pena mais rigorosa. Isso significa dizer que **a Corte de origem, não obstante haja delineado e reconhecido a ocorrência de todos os elementos contidos naquele dispositivo do Código Penal, invocou a contravenção penal descrita no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, a fim de livrar o acusado de reprimenda mais severa**. Esse pensamento, a meu ver, revela nítida violação do art. 217-A do Código Penal, porque o acórdão deixa incontestado que "as palavras do ofendido foram firmes, narrando os fatos com bastante clareza e tranquilidade, dando em juízo versão coerente com aquela dada na fase policial, sem qualquer disparidade ou contradição importante", não sendo outro o dolo que não o da satisfação da lascívia.

A própria conclusão esposada no acórdão atacado, acima destacada, deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que o delito foi perpetrado, **não havendo, portanto, que se falar na necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório acostado aos autos**. Aplicar-se-ia a Súmula n. 7 desta Corte caso houvesse controvérsia em torno dos fatos ou se imperiosa fosse a revisão probatória, para a confirmação do relatado pela Corte de origem. **Trata-se, portanto, de conferir outro enfoque, ou seja, outro valor à narrativa dos fatos (devidamente comprovada pelo Tribunal de origem), e não da efetiva necessidade de reexaminar as provas colacionadas, para entender estar, sim, configurada a vontade de agir do**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

Este Superior Tribunal, em casos de similares crimes contra a dignidade sexual, afastou a Súmula n. 7 desta Corte. Confirmam-se: **REsp n. 736.346/MG**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJ 20/3/2006, p. 342; **REsp n. 1.105.360/SC**, Rel. Ministro **Felix Fischer**; 5ª T., DJe 17/8/2009; **REsp n. 1.580.298/GO**, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 24/5/2016 e **REsp n. 1.561.653/SP**, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 24/5/2016.

IV. Art. 217-A, *caput*, do Código Penal

Ultrapassado o afastamento do enunciado sumular n. 7 desta Corte Superior, registro que a controvérsia cinge-se ao alcance da expressão "**atos libidinosos diversos da conjunção carnal**" para configuração do crime descrito na antiga redação do art. 214 do Código Penal, hoje denominado estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal).

Por considerar tais atos de menor gravidade, a instância antecedente optou por não condenar o recorrido pela prática do referido delito, ao fundamento de que "[embora] tenha ocorrido o 'passar a mão, relevante mencionar que as ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave, isto é, evidenciando que o constrangimento não era dirigido para saciar a lascívia ou concupiscência, características marcantes do crime de atentado violento ao pudor, sendo medida de rigor a desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor".

Entendo que, ao assim proceder, **a Corte de origem negou vigência à antiga redação do art. 217-A, *caput*, do Código Penal.**

Efetivamente, considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal somente as hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt: "libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem, que envolve também a conjunção carnal" (*Tratado de Direito Penal 4: Parte Especial - Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, verifico que a Corte de origem, ao afastar a ocorrência do delito em comento e entender tratar-se de contravenção penal – com a simples afirmação de que a conduta "não merece a gravidade da pena cominada para a prática de atos libidinosos, porquanto não evidenciado com clareza o propósito do apelante de satisfazer sua lascívia na prática dos atos que lhe foram imputados" –, **foi de encontro ao propósito do legislador, nos ditames da Lei n. 12.015/2009**, bem como ao entendimento da doutrina e da jurisprudência acerca do tema. Isso porque o Tribunal *a quo* pareceu, na verdade, julgar desproporcional punir o ato de apertar a vagina de vítimas de 8 e 9 anos, além de fazer uma delas passar a mão em seu pênis, com pena-base de 8 anos de reclusão. A argumentação lá externada revela a preocupação judicial com eventual desproporcionalidade da resposta punitiva, mas outra análise, sob diverso ângulo, poderá concluir que é desproporcional punir com penas iguais a prática de felação, de coito vaginal ou de coito anal, por exemplo. É dizer, o mesmo fenômeno pode engendrar análises bem diversas a partir da perspectiva de quem julga e de quem, democrática e legitimamente, estabeleceu, por meio normativo, uma política criminal consagradora de maior rigor punitivo no trato dos crimes contra a dignidade sexual.

Destaco haver sido vontade do Constituinte e do legislador infraconstitucional punir com mais rigor os atos libidinosos praticados contra vulnerável, como no caso dos autos, crianças que, à época, contavam 8 e 9 anos de idade.

Na lição de Rogerio Sanches Cunha, nos delitos sexuais, "precisa o aplicador aquilatar o caso concreto e concluir se o ato praticado foi capaz de ferir ou não a dignidade sexual da vítima" (*Direito Penal – Parte Especial*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 250). Desse modo, por se tratar de criança, creio que um grande número de outros atos, diversos da conjunção carnal, contra vítima de tenra idade, são capazes de lhe ocasionar graves consequências psicológicas, devendo, portanto, ser punidos com maior rigor.

Diferentemente, a contravenção penal descrita no art. 61 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de importunar alguém, de modo ofensivo ao pudor, o que, no meu sentir, **jamais pode se referir a crianças de 8 e 9 anos de idade**.

A meu ver, ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal.

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**, conforme já consolidado por esta Corte Nacional. Confira-se:

[...]

III - Considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal somente as hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco o da doutrina e da jurisprudência, acerca do tema.

IV - Conforme já consolidado por esta Corte Nacional: "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 REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª T., DJe 21/3/2012).

V - A contravenção penal descrita no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de perturbar a tranquilidade de outrem.

VI - Nega-se vigência ao artigo 214, c.c. o artigo 224, "a" (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), quando se desclassifica o delito para a referida contravenção, como na hipótese dos autos, em que, conforme descrito no acórdão *a quo*, o réu manipulou a vagina da vítima - que contava, à época, 7 anos de idade.

VII - A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.

VIII - Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.371.413/DF, de minha relatoria, 6ª T., DJe 8/9/2014, destaquei.)

Em igual sentido: REsp n. 1.580.298/GO, de minha relatoria, 6ª T., DJe 24/5/2016 e REsp n. 1.561.653/SP, de minha relatoria, 6ª T., DJe 24/5/2016.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalto, por fim, que, **em se tratando de vítima menor de 14 anos, como no caso dos autos**, a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, *caput*, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais.

Com efeito, preceitua o art. 34, "b", da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução n. 44/25 da ONU, em 20/11/1989, e internalizada no ordenamento jurídico nacional, mediante o Decreto Legislativo n. 28/90, *in verbis*:

Os Estados-partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-parte tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: [...] b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; [...]

A propósito, já decidiu esta Sexta Turma:

[...]

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 segurou o pênis da criança, após lhe retirar os shorts, tirou suas próprias calças, colocou a mão do menor sobre o seu pênis e, pedindo que a criança fizesse o mesmo, movimentou sua própria mão sobre o órgão genital da vítima, de 10 anos de idade à época dos fatos, o que, de per si, configura ato libidinoso para a consumação do delito de estupro de vulnerável.

3 - Entendeu a Corte de origem que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade de agente, visto que a genitora da vítima chegou ao local durante a prática dos atos libidinosos.

4 - Não cabe a desclassificação do delito para sua forma tentada, por ser contrário à norma legal, pois os atos já praticados configuram a prática do delito em sua forma consumada.

5 - Reconhecida a contrariedade aos artigos 217-A e 14, I e II, ambos do Código Penal Brasileiro, dá-se provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau em relação ao recorrido.

(REsp n. 1.432.394/GO, de minha relatoria, 6ª T., DJe 20/6/2014,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grifei.)

No mesmo sentido, o **juízo** proferido por esta Sexta Turma, no AgRg AREsp n. 804.768/SC, DJe 11/3/2016.

Por conseguinte, entendo violado o art. 217-A, *caput*, do Código Penal, de modo que deve ser reconhecida a prática do delito de estupro de vulnerável contra as vítimas em comento.

Desse modo, afasto a incidência da Súmula n. 7 do STJ e entendo violado o art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

V. Readequação da pena – correção de ofício

Em que pese a reforma do acórdão para ser restabelecida a condenação pelo crime de estupro de vulnerável, entendo que deve ser concedida, de ofício, ordem de habeas corpus, a fim de afastar o concurso material entre os delitos e aplicar a continuidade delitiva em sua forma simples.

O Juiz de primeiro grau entendeu ser a hipótese de aplicar o concurso material, tratado no art. 69 do Código Penal, e somou as reprimendas aplicadas em relação a cada vítima, o que a tornou definitiva em 39 anos de reclusão.

Sobre o tema, já decidiu esta Corte Superior que, nas hipóteses de crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados com violência presumida, não incide a regra do concurso material nem da continuidade delitiva específica. Isso porque, conforme inteiro teor do voto proferido no **HC n. 65.267/SP**, da relatoria do Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, DJ de 1º/9/2008: "A violência de que trata a continuidade delitiva especial (art. 71, parágrafo único, do Código Penal), contida na parte geral do citado *codex*, refere-se a esse instituto de política criminal, sendo inviável aplicar os limites mais gravosos com base, tão-somente, em uma ficção jurídica que, como visto, serve apenas para configurar o nexo de imputação ao agente, de fato, não-violento".

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAJORADA NO TRIPLO. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. **Conforme a orientação da Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça, não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes praticados mediante violência presumida, mas sim o disposto no *caput* do mesmo artigo.**

2. Habeas corpus concedido para, reformando o acórdão impugnado no tocante à aplicação da pena do crime de atentado violento ao pudor, reduzir a reprimenda do Paciente nos termos explicitados no voto.

(HC n. 170.760/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 11/12/2012, destaquei).

Por fim, cumpre registrar o julgamento realizado pela Sexta Turma no **HC n. 159.476/TO** (DJe 15/2/2016), da relatoria do Ministro **Nefi Cordeiro**, que, à **unanimidade**, não conheceu do *writ*, mas concedeu a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente, dada a incidência desse mesmo entendimento.

Logo, reconheço o constrangimento ilegal relativo à aplicação do concurso material sobre os crimes de estupro de vulnerável referentes às diferentes vítimas, devendo ser aplicada a regra do *caput* do art. 71 do Código Penal.

Na primeira fase, a pena-base, em relação ao crime praticado contra as quatro vítimas, foi fixada em 9 anos de reclusão, mínimo legal. Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, a reprimenda fica estabelecida nesse patamar. Na terceira fase, a sanção foi acrescida de 1/6, em relação às vítimas D., M. e L., de modo que a pena é fixada em 10 anos e 6 meses de reclusão.

Afastada a regra do concurso material, incide apenas a regra do art. 71, *caput*, do CP em relação às quatro vítimas, ficando a sanção exasperada na fração de 1/6, o que resulta, definitivamente, em **12 anos e 3 meses de reclusão**.

Nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, o regime inicial para cumprimento da pena deve ser o fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso especial**, com o fim de condenar o recorrido como incurso no art. 217-A do Código Penal e concedo ordem de habeas corpus, de ofício, para afastar o concurso material e reduzir a pena para 12 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0137272-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.598.077 / SE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00132212920138250000 132212920138250000 201300126542

PAUTA: 28/06/2016

JULGADO: 28/06/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

RECORRIDO : J E DE O

ADVOGADO : ADEMILSON CHAGAS JÚNIOR

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.