



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.429.518 - MS (2014/0010575-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : S L
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. INTUITO DE PERTURBAR A PAZ DA VÍTIMA. AUSÊNCIA. PROPÓSITO LASCIVO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESNECESSIDADE. MATÉRIA DE DIREITO. SÚMULA 7/STJ. NÃO APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Conforme orientação deste STJ, *o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, 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 n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 21/3/2012).
2. Não se verificando, na conduta praticada, a intenção de violar a tranquilidade pessoal da criança, mas sim que o réu passou as mãos perto da vagina e sobre as roupas da vítima, então com 9 anos de idade, mostrando-lhe o pênis, revelam-se presentes os elementos constantes no tipo descrito no art. 217-A do Código Penal.
3. Estando a conduta do réu apresentada de maneira incontroversa pelas instâncias ordinárias, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ, tendo em conta que a análise se atém ao enquadramento típico a se conferir ao fato, exigindo para tanto a reavaliação jurídica da prova e não o seu reexame.
4. O julgamento monocrático do recurso especial, calcado em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, não constitui ofensa ao princípio da colegialidade, sendo certo que, com a interposição de agravo regimental, torna-se superada a alegação de violação ao citado postulado, tendo em vista a devolução da matéria recursal ao órgão julgador competente.
5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de março de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.429.518 - MS (2014/0010575-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : S L
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão que deu provimento ao recurso especial da acusação.

Alega, inicialmente, que o julgamento monocrático do mérito recursal violou o princípio da colegialidade, notadamente porque a questão afeta a liberdade de locomoção.

Salienta que as instâncias ordinárias concluíram que a conduta imputada na denúncia não configurou o delito de atentado violento ao pudor, mas sim contravenção penal, de modo que rever tal posicionamento implica revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Requer, assim, a reconsideração da decisão ou a sua submissão à Sexta Turma.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões às fls. 319/320.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.429.518 - MS (2014/0010575-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO(Relator):

O agravante não trouxe argumentos capazes de reformar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos (fls. 291/298):

Extrai-se dos autos que o recorrido foi denunciado como incurso nas penas do art. 214, c/c o 224, a, na forma do art. 71, todos do Código Penal, em razão dos seguintes fatos (fls. 1/2):

[...] No ano de 2009, em datas e horários não individualizados no estabelecimento comercial "Mercadinho Paulista", localizado na Rua C-3, n. 320 Jardim Carisma, nesta cidade, o denunciado SÉRGIO LAGOA, por reiteradas vezes, valendo-se das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução constrangeu a criança Renata Lino Marques, à época com 09 (nove) anos de idade mediante o emprego de violência presumida pela idade da vítima, a permitir a pratica de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Restou apurado que o acusado SÉRGIO era proprietário de uma Mercearia, localizada próximo à residência da vítima, a qual constantemente dirigia-se ao comércio, oportunidades em que o denunciado lhe oferecia doces refrigerantes e guloseimas cativando assim a confiança da criança.

Com o tempo, o denunciado passou a tocar o corpo da vítima bem como beijá-la no rosto, sempre presenteando-a com agrados, como por exemplo uma agenda, boneca, e produtos da mercearia.

As investidas do acusado se intensificaram e então SÉRGIO passou a tocar as partes íntimas da ofendida, tendo chegado a exhibir o pênis para a criança bem como esfregar o órgão genital no corpo da ofendida.

Consta dos autos que, por diversas vezes, sempre se valendo das mesmas circunstâncias, o denunciado SÉRGIO acariciou a vagina da ofendida, bem como friccionou seu pênis no corpo da criança.

Ocorre que uma vizinha notou o comportamento estranho do denunciado SÉRGIO com relação à ofendida e questionou a criança a respeito da situação, acabando assim por descobrir tudo o que vinha ocorrendo, levando então os fatos ao conhecimento da mãe da ofendida.

Encerrada a fase instrutória, o magistrado de piso entendeu por desclassificar o crime imputado para a contravenção prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, determinando a remessa dos autos ao Juizado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Especial. Inconformado, o Ministério público interpôs recurso em sentido estrito perante a Corte estadual, que negou provimento ao recurso.

O acórdão recorrido foi assim fundamentado (fls. 218/222, com destaques):

[...] Durante a fase extrajudicial, a vítima prestou depoimento relatando, em termos mais singelos, que o réu havia passado a mão e o pênis na sua vagina. Disse também que em certa ocasião sentiu dor mas não houve sangramento, que viu o réu ejaculando e que os atos ocorreram por "cima da roupa", as quais eram "puxadas" de lado pelo réu. Além disso, aquele beijou o seu rosto (f. 08).

Contudo, ouvida em juízo, sob crivo do contraditório, a vítima narrou fatos diferentes, passando a dizer o seguinte:

"... Que confirma que o acusado passava as mãos perto da vagina; não passou as mãos na vagina, porque tirou a mão do mesmo; que passava as mãos por fora da roupa; que o acusado lhe dava presentes; que o acusado quase esfregou o pênis na vítima; que confirmou que o acusado lhe mostrara o pênis, mas não falou nada; que percebeu que o acusado queria abusar de si; que o médico disse que o acusado quase passou o mão na vagina; que o acusado quase esfregou o pênis em sua vagina, mas nesta hora chegou um freguês e ele foi atender o freguês; que confirma que o acusado puxava sua roupa de lado, tentando desabotoar suas roupas; alega que não se lembra muito bem dos fatos; e ao final, à última indagação do Ministério Público, disse que em nenhuma vez o acusado chegou a passar as mãos em sua vagina, introduzir o pênis em sua vagina ou a friccionar o pênis sua vagina....".

Como visto, consoante as palavras da vítima, que sabidamente constituem elemento de convicção de alta importância em crimes dessa natureza, o réu apenas "passava as mãos perto da vagina", não chegando a tocá-la. Além disso, mostrou-lhe o pênis e "quase" esfregou-lhe o referido órgão, não chegando a fazê-lo. A vítima esclareceu ainda que os contatos físicos ocorreram sobre a roupa. Destaca-se, na parte final, o trecho em que consta que "à última indagação do Ministério Público, disse que em nenhuma vez o acusado chegou a passar as mãos em sua vagina, introduzir o pênis em sua vagina ou a friccionar o pênis sua vagina".

Conforme consta da decisão, durante a instrução em juízo, o pai da vítima disse que tomou conhecimento dos fatos por intermédio de sua ex-companheira, mãe da daquela, a qual, por seu turno, soube dos fatos via Irene Florindo Pereira, que, por fim, disse que não presenciou nenhum fato e que "ouviu dizer" que o réu perpetrava tais abusos.

O réu negou ter praticado os fatos imputados e sua filha prestou depoimento em seu favor.

Diante de tal contexto, acertou o julgador de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira instância ao desclassificar o crime imputado para a contravenção prevista no artigo 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 (molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável).

A intenção libidinosa, aparentemente ocorrida, limitou-se a passar as mãos "perto" da vagina e sobre as roupas e a mostrar o pênis para a vítima.

Portanto, não é justo que se imponha ao denunciado a mesma pena destinada a condutas muito mais graves, e que ficaram pela atual legislação penal brasileira, dentro do mesmo conceito de estupro, tal qual ocorre com a prática dos atos libidinosos violentos, do coito anal ou da felação forçada.

Leciona Magalhães Noronha (apud Renato Marcão e Plínio Gentil, Crimes Contra a Dignidade Sexual, 2011, p.97) que há "uma hierarquia da volúpia, que pode ir, segundo ele, desde os meros toques e Tateios até os coitos anormais, todos importando diversos danos e justificando que (...) alguns deles - as cópulas anal e oral - deveriam constituir crime mais grave".

Ressalto, destarte, sob a ótica dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, ser incabível tipificar o ocorrido como atentado violento ao pudor, devendo a conduta do réu realmente ser desclassificada para a prevista no art. 65 da Lei de Contravenções Penais.

A regra da proporcionalidade veda a punição excessiva ou desproporcional em face do desvalor da ação ou do resultado do fato punível.

Recentemente, no dia 12 de março de 2013, foi publicada no Diário da Justiça de MS a Carta do 20º Curso Seminário e Workshop sobre as Reformas do Código Penal, promovido pela Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul EJUD/MS, onde ficou registrada a conclusão dos participantes do evento de que "é adequada e proporcional a criação de crime de pena menor para atos libidinosos diversos do coito vaginal, anal e oral".

A providência legislativa reclamada pelos estudiosos do Direito Penal é evidentemente necessária e não representa nenhuma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, pois, segundo ensina Magalhães Noronha, durante a vigência das Ordenações Filipinas:

"Puniam-se a sodomia, por qualquer maneira cometida, as relações carnavais entre mulheres, as molices (pecado onanítico) e, finalmente, os toques desonestos, para os quais se fixaram penas mais brandas." (Direito Penal, 18 ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 122).

São pertinentes, a propósito, as ponderações do magistrado a quo a seguir transcritas:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A entender de forma contrária, estar-se-ia permitindo que um homicida recebesse reprimenda corporal no mínimo igual a de quem apenas entregou-se a toques e beijos lascivos. De igual maneira, estar-se-ia permitindo que este último fosse punido com pena privativa no mínimo semelhante a de quem consumara até mesmo estupro. E isso, ao sentir deste juízo, não se adequa à razoabilidade que deve nortear a aplicação da lei. Equivale a distanciar-se da realidade pena! e da proporcionalidade entre a conduta delituosa e a reprovação; equivale a afastar-se dos princípios da ofensividade do fato e da proporcionalidade da pena, cabendo ao aplicador da lei, destarte, delimitá-las para que não incorra em grave injustiça.

(...)

Censurável se apresenta, in casu, a conduta do acusado, mas não com o rigorismo da Lei 8.072/90, corolário da incidência da capitulação espelhada na proemial. Oceânica se apresenta a diferença entre os atos que atentam contra o pudor de maneira mais significativa, tais como a introdução de dedos, etc., e aqueles abordados neste caderno processual, mormente considerando que não se verificou qualquer tipo de penetração, restringindo-se o acusado a acariciar o corpo da vítima com as mãos, inclusive por cima da roupa, e a tentar beijá-la, sem conseqüências físicas mais danosas.

Aliás, de nenhuma plausibilidade que, desejando molestar a criança de maneira mais contundente e grave, não o conseguisse, à medida que, tal como narrado na inicial, esteve a sós com a garota em várias ocasiões."

Então, conclui-se que a desclassificação do delito, em respeito ao primado da proporcionalidade, deve ser mantida.

[...] Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo Ministério Público, mas nego-lhe provimento.

No caso, as instâncias ordinárias embora tenham reconhecido que o recorrido limitou-se a passar as mãos "perto" da vagina e sobre as roupas e a mostrar o pênis para a vítima. (fl. 240), procedeu a desclassificação do crime, eis que a conduta praticada se amolda à contravenção prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, com base nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, por entender que não é justo que se imponha ao denunciado a mesma pena destinada a condutas muito mais graves [...] (fl. 219).

Entretanto, a jurisprudência desta Corte firmou-se em sentido diverso, tendo em vista que é incabível a decisão judicial que afasta a incidência de norma penal, utilizando-se de argumentos como equidade, justiça ou proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada, por ser tal manifestação nitidamente 'contra legem', inadmissível em nosso ordenamento jurídico (AgRg no AREsp 942.165/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ANTIGA REDAÇÃO, ANTERIOR À LEI 12.015/09). PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU, ALTERNATIVAMENTE, DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INADMISSIBILIDADE. EXAME MINUCIOSO DE PROVA. IMPROPRIEDADE DO WRIT.

I - Em nosso sistema, o atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.

II - Se, tanto em primeiro como em segundo grau, restou entendido que o ora paciente praticou atos próprios do ilícito imputado, não cabe a absolvição ou a desclassificação fulcrada no princípio da razoabilidade (Precedentes).

III - De outro lado, não é admissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como justiça e proporcionalidade ao caso concreto, desclassifique o delito de atentado violento ao pudor para constrangimento ilegal, em razão da alegada menor gravidade da conduta.

[...]

Ordem denegada (HC 154.433/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 20/09/2010), com destaques.

Ademais, a jurisprudência desta Corte, contudo, a partir de uma interpretação sistemática do direito penal e dos mecanismos dirigidos à proteção integral à criança firmou a compreensão de que 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).

A propósito, confirmam-se, mutatis mutandi:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMAS CRIANÇAS DE 6 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 214, CAPUT, C/C O ART. 224, "A", DO CÓDIGO PENAL (VIGENTES À ÉPOCA DOS FATOS). CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia atinente à desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência aos arts. 214 e 224, "a" (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), ambos 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 a ação do acusado consistiu em "toque superficial e fugaz [...] por cima da calça, conduta não violenta, de forma célere e sem ameaça".

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 atentado violento ao pudor com violência presumida se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.**

[...]

6. Recurso especial provido, a fim de, reconhecida a contrariedade do acórdão aos arts. 214 e 224 "a", ambos do Código Penal, condenar o réu como incurso nesses dispositivos, readequar a pena e estabelecer o regime semiaberto (AgRg no REsp 1575633/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 17/06/2016, com destaques).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REVALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FATOS EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO V. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO EG. TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARÍCIAS NOS SEIOS (SOBRE AS VESTES) E NAS PERNAS, ALÉM DE EXPOSIÇÃO DO ÓRGÃO GENITAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUCTA PARA A CONTRAVENÇÃO DO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. ATOS QUE NÃO RESVALAM NA SIMPLES INCONVENIÊNCIA. CONDUCTA DE CUNHO SEXUAL, ALTAMENTE REPROVÁVEL, GRAVE E DE EXPLÍCITA INTENÇÃO LASCIVA. DELITO DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL CONSUMADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, quando suficientes para a solução da quaestio, não implica o vedado reexame do material de conhecimento. Em relação às condutas praticadas pelo réu, os elementos probatórios delineados no v.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão increpado são suficientes à análise do pedido ministerial, exigindo, tão somente, uma reavaliação de tais elementos, o que, ao contrário, admite-se na via extraordinária.

II - Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que "se a intenção do agente é a satisfação de seu desejo sexual, estando presentes os elementos constantes no tipo descrito no art. 217-A do Código Penal, trata-se de hipótese de configuração do delito de estupro de vulnerável, objetivando a reprimenda ali contida a proteção da liberdade, da dignidade e do desenvolvimento sexual" (REsp n. 1.481.546/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 5/12/2014, grifei).

III - Consta do v. acórdão vergastado que o réu colocou a vítima no colo - com 11 anos à época dos fatos -, passou as mãos nas suas pernas e nos seus seios (por cima das vestes), dizendo que queria beijá-los, além de, ato contínuo, ter aberto o zíper da calça para deixar à mostra o seu órgão genital.

IV - Não se confundem tais atos com a conduta descrita contravenção do art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. Com efeito, tem-se que na contravenção em referência o direito protegido é o da tranquilidade pessoal, violada por atos que, embora reprováveis, não são considerados graves. Aqui o objetivo do agente é aborrecer, atormentar, irritar. O estupro de vulnerável, por sua vez, é mais abrangente, visa o resguardo, em sentido amplo, da integridade moral e sexual dos menores de 14 anos, cuja capacidade de discernimento, no que diz respeito ao exercício de sua sexualidade, é reduzida. Esta última conduta evidencia um comportamento de natureza grave da parte do agente.

V - Ademais, de acordo com as lições de Nelson Hungria, "o ato libidinoso, a que se refere o texto legal, além de gravitar na função sexual, deve ser manifestamente obsceno e lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência" (Comentários ao Código Penal, Parte Especial, Volume VIII, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 123, grifei).

VI - In casu, a conduta praticada pelo réu não pode ser considerada inconveniente apenas, porquanto não se observa nela o singelo intento de violar a paz da criança, ofendê-la ou irritá-la, mas, ao revés, o que se vê é uma sequência de atos de cunho sexual, altamente reprováveis e que explicitam a intenção lasciva do recorrido, os quais ultrapassam sobremaneira o pudor médio e jamais seriam aceitos como superficiais em qualquer meio social.

Recurso especial provido para condenar o recorrido como incurso nas penas do art. 217-A do CP, à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado. (REsp 1583228/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

02/09/2016).

Observa-se, portanto, que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a conduta não se enquadra como contravenção prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, na medida em que o réu constrangeu menor de 14 anos a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Registre-se, por fim, que a conduta perpetrada pelo ora recorrido é apresentada de maneira incontroversa pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual a hipótese dos autos refoge ao enunciado da súmula n. 7/STJ, tendo em conta que a análise se atém ao enquadramento típico a se conferir ao fato, exigindo para tanto a reavaliação jurídica da prova e não o reexame fático.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, afastada a desclassificação para a contravenção prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, determinar o prosseguimento da ação penal.

De fato, conforme a jurisprudência desta Corte Superior STJ, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, 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 n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 21/3/2012).

Acerca da diferenciação entre a contravenção prevista no art. 65 do Decreto-Lei 3.688/1941 e o delito previsto no art. 217-A do CP, vale transcrever o teor do voto do Min. Félix Fischer, no julgamento do EREsp n. 1.583.228/MG (DJe 02/09/2016), verbis:

*[...]. Com efeito, tem-se que **na contravenção** em referência o direito protegido é o da tranquilidade pessoal, violada por atos que, embora reprováveis, não são considerados graves. Aqui, molestar é aborrecer, atormentar, irritar, e perturbar é atrapalhar a tranquilidade, interromper algo.*

O estupro de vulnerável, por sua vez, é mais abrangente, visa o resguardo, em sentido amplo, da integridade moral e sexual dos menores de 14 anos, cuja capacidade de discernimento, no que diz respeito ao exercício de sua sexualidade, é reduzida. Esta última conduta evidencia um comportamento de natureza grave.

Ademais, de acordo com as lições de Nelson Hungria, 'O ato libidinoso, a que se refere o texto legal, além de gravitar na função sexual, deve ser manifestamente obsceno e lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência.' (Comentários ao Código Penal, Parte Especial, Volume VIII, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 123, grifei).[...].

No caso, considerando as circunstâncias delineadas nos autos, não se verifica, nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condutas praticadas pelo agravante, a intenção de violar a tranquilidade pessoal da criança, atormentando-a, irritando-a ou perturbando-a, mas, assim como do acórdão, que o réu passou as mãos perto da vagina e sobre as roupas da vítima, então com 9 anos de idade, mostrando-lhe o pênis, o que, nos termos do art. 217-A do CP, é suficiente para a caracterização do delito. A propósito:

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. (REsp 1598077/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Registre-se que a conduta perpetrada pelo ora agravante é apresentada de maneira incontroversa pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual a hipótese dos autos refoge ao enunciado da súmula n. 7/STJ, tendo em conta que a análise se atém ao enquadramento típico a se conferir ao fato, exigindo para tanto a reavaliação jurídica da prova e não o seu reexame.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale destacar, por fim, que o julgamento monocrático do recurso especial, calcado em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, como na espécie, não constitui ofensa ao princípio da colegialidade, porquanto, com a interposição de agravo regimental, torna-se superada a alegação de violação ao citado postulado, tendo em vista a devolução da matéria recursal ao órgão julgador competente. Nesse sentido: AgRg no REsp 1432109/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/08/2014, e AgRg no REsp 1444666/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0010575-2

AgRg no
REsp 1.429.518 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001572-24.2013.8.12.0002/50000 00015722420138120002 0001572242013812000250000
15082009 15722420138120002

PAUTA: 20/03/2018

JULGADO: 20/03/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : S L
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : S L
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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