



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.953 - MG (2017/0119127-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : P A DA S
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. APALPAÇÃO DA GENITÁLIA DE VÍTIMA MENOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI 3.688/41. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. FATO INCONTROVERSO NOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se consolidando no sentido de que *o atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos* (HC 154.433/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 20/09/2010), sendo, portanto, incabível a desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor da conduta de apalpar a genitália de menor de idade, utilizando-se de argumentos como a equidade, justiça ou proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada.
2. Estando incontroverso nos autos o fato de que a vítima, menor de idade, teve o seu órgão genital apalpado pelo réu, o enquadramento da conduta como contravenção penal ou como crime refoge ao óbice contido na Súmula 7/STJ, porque se exige apenas a sua reavaliação jurídica.
3. 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 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 (DF), 21 de novembro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.953 - MG (2017/0119127-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : P A DA S
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

P A DA S interpõe agravo regimental em face de decisão que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público, fazendo prevalecer o voto vencido no Tribunal de origem, que condenou o réu, como incurso no art. 214, c/c art. 224, *a*, do CP, à pena de 6 anos de reclusão em regime semiaberto.

Alega, inicialmente, que a decisão agravada, ao afastar a condenação pela prática da conduta tipificada no art. 61 do Decreto-Lei 3.688/41, violou a Súmula 7/STJ, porque revisou o conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via eleita.

Salienta que, *do acervo probatório coligido nos autos, se verifica a ocorrência de conduta típica de contravenção penal constituída por importunação ofensiva ao pudor, impondo-se, respectivamente, nas circunstâncias do presente caso, a manutenção do acórdão recorrido* (fl. 559).

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

A parte agravada não apresentou impugnação (fl. 572).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.953 - MG (2017/0119127-0)

VOTO

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

A despeito das razões apresentadas, o agravante não trouxe argumentos capazes de reformar a decisão agravada.

Extraí-se dos autos que o réu foi denunciado por infração ao art. 214, c/c os arts. 224, *a*, e 225, § 1º, I; e ao art. 213, c/c os arts. 14, II, 224, *a*, e 225, § 1º, I, todos do Código Penal, em razão dos seguintes fatos (fls. 1/2, com destaques):

Consta do incluso caderno policial, que no dia 21 de abril de 2008, na R. Antônio Alves de Lima, próximo ao campo de futebol de Naque, nesta Comarca, o denunciado constrangeu E.T.J., de apenas quatro anos de idade, mediante grave ameaça, a permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, eis que puxou saia da menor, passou a mão por dentro da saia e passou a acariciar o órgão genital da infante.

Ao perceber que havia sido notado por terceiras pessoas, o acusado puxou a vítima para um matagal nas imediações, onde tentou constranger E.T.J., mediante grave ameaça, a praticar conjunção carnal, eis que começou a retirar a calcinha da menor, sendo que o crime somente não se consumou por que populares se revoltaram com a situação e ameaçaram agredir o denunciado.

Encerrada a fase instrutória, o Juízo de 1º grau absolveu o réu das condutas denunciadas, com fulcro no art. 386, V, do CP.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante a Corte Estadual, que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao apelo, para condenar o réu pela prática da contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei 3.688/41, e de ofício, declarar extinta a punibilidade do réu, pela prescrição.

Consta do voto vencedor (fls. 412/417):

De início, consigna-se que, a meu sentir, os fatos delituosos narrados na denúncia, embora reprováveis e puníveis, não configuram os delitos previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, antes das alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09, mas sim a contravenção penal capitulada no art. 61 do Decreto-Lei 3.688/1941.

A materialidade está demonstrada pelo APFD (fl. 5/8), boletim de ocorrência (fl. 14/15) e pelas provas orais produzidas ao longo da persecução penal.

A autoria, da mesma forma, ressaí cristalina a partir do exame do arcabouço probatório.

Com efeito, as provas orais carreadas aos autos noticiam apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o inculpado teria tocado a vítima por debaixo de sua saia, não havendo indícios de que sua conduta extrapolou a mera apalpação.

Nesse sentido, a infante destacou, na audiência instrutória, que (fl. 174):

(...) o moço levantou a saia da declarante no Naque; que tinha gente perto e que viu; que não conhece as pessoas que viram; que o acusado não fez mais nada a não ser levantar a saia; que quando o moço levantou a saia da declarante, ela não saiu correndo, ficou esperando a mãe para poder contá-la; que pediu o moço para parar, mas ele continuou; que o moço parou para esconder atrás do ônibus; que estava no Naque brincando com um "negócio que estava lá;" que estava noite; que o moço passou a mão debaixo da saia da depoente; que o moço fez só dessa vez; que ninguém mais levantou a saia da declarante e passou em mão (...).

A corroborar o relato da ofendida, as testemunhas oculares C. R. B. H e C R. B., sob o crivo do contraditório, afirmaram que viram "o denunciado puxar por duas vezes a saia da vítima, sendo que na segunda vez o denunciado enfiou a mão dentro da saia" (fl. 175).

A genitora da menor, por sua vez, perante a autoridade judicial, relatou que a criança a havia confidenciado que o réu "passou a mão" em seu corpo, por debaixo da saia (fl. 174).

O próprio acusado, em seu interrogatório, confessou que "realmente colocou sua mão por dentro da calcinha da vítima" (fl. 87).

Desta feita, diante dos depoimentos colhidos, entende-se que não houve a perfectibilização das condutas estatuídas nos artigos 213 e 214 do Código Penal, antes das alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09, haja vista que não restou comprovada a real intenção do acusado no momento do fato.

Cediço é que, nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima é de grande valor, mormente quando confortada pelas demais declarações colhidas, como no caso em tela, de sorte que o fato narrado por ela não tem o condão de alcançar a tipificação buscada na denúncia.

Isso porque o simples fato de o réu ter apalpado a vítima na região da genitália não pode ser considerado o início da execução delitiva, não se constituindo algo que mereça o enquadramento jurídico-penal como pretendido pelo Parquet.

Ao que tudo indica, o réu estava embriagado e, na situação noticiada pela vítima, o iter críminis não extrapolou a mera carícia reprovável, inexistindo o elemento volitivo tipificador dos delitos estritamente sexuais.

Ademais, para que os tipos penais capitulados nos artigos 213 e 214 do Código Penal restem caracterizados, é imprescindível que se comprove o animus do agente, a fim de evitar qualquer tipo de injustiça, notadamente em razão da elevada pena cominada, animus este que, no contexto dos autos, revela-se indemonstrado, pois, segundo a prova testemunhai, o réu foi visto em um local público e efetuou apenas uma carícia na infante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Dessa forma, embora censurável a conduta praticada pelo apelado, não se pode concluir que ele praticou os delitos anteriormente previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

Considerar os atos cometidos pelo réu como os crimes de atentado violento ao pudor ou tentativa de estupro demonstraria excessivo rigor, **em razão da desproporcionalidade entre o mal praticado e a sanção imposta.**

[...]

Pelo exposto, entende-se que a vítima apenas teve a sua tranqüilidade perturbada, uma vez que foi molestada na rua por uma conduta completamente inoportuna do acusado.

Destarte, em observância ao disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, condena-se o acusado pela prática da contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Registra-se, por oportuno, que esse procedimento não causa qualquer prejuízo ao acusado, porquanto ele se defende dos fatos narrados e não da capitulação jurídica apresentada na denúncia (grifei).

No caso, a Corte de origem, por maioria de votos, embora tenha reconhecido que a **autoria, da mesma forma, ressaí cristalina a partir do exame do arcabouço probatório** (fl. 412), entendeu que a conduta praticada pelo réu se amolda à contravenção prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, com base na proporcionalidade, por entender que os atos cometidos pelo réu como os crimes de atentado violento ao pudor ou tentativa de estupro demonstraria excessivo rigor, **em razão da desproporcionalidade entre o mal praticado e a sanção imposta** (fl. 415).

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

IV – Ademais, o pleito de absolvição ou o reconhecimento de uma nova classificação da conduta do réu implicaria, in casu, o amplo revolvimento de matéria fático-probatória, o que se mostra inviável na estreita via do habeas corpus (Precedentes).

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, 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 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

5. *Readequação da pena e do regime inicial de cumprimento, tendo em vista o afastamento da continuidade delitiva em relação ao crime praticado contra uma das vítimas, bem como do concurso material entre as condutas perpetradas contra as duas ofendidas.*

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 CONDUTA PARA A CONTRAVENÇÃO DO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. ATOS QUE NÃO RESVALAM NA SIMPLES INCONVENIÊNCIA. CONDUTA 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 questão, não implica o vedado reexame do material de conhecimento. Em relação às condutas praticadas pelo réu, os elementos probatórios delineados no v. 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 02/09/2016).

Observa-se, portanto, que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a conduta não se enquadra como contravenção prevista no art. 61 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.

No ponto, incensurável o voto vencido, segundo o qual, a conduta do acusado, no que concerne ao ato libidinoso, concretizou-se com perfeição, configurada hipótese de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atentado violento ao pudor, pois o agente acariciou o órgão genital da criança, ato que nem sempre deixa vestígios e que é condizente com a conclusão do laudo pericial de fl. 38/39 (fl. 421).

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0119127-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
REsp 1.671.953 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0005080264145 02641455420088130005 10005080264145 10005080264145001
10005080264145002 10005080264145003 2641455420088130005 5080264145

PAUTA: 21/11/2017

JULGADO: 21/11/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : P A DA S
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : P A DA S
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.