



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.444 - DF (2019/0111894-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO : J B DE S (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMA CRIANÇA MENOR DE 14 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia atinente à inadequada desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas; é suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência ao art. 217-A, *caput*, do CP quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal mas atentatórios à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que ficou comprovado não ter havido conjunção carnal.

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. Ao concluir pela desclassificação para contravenção, o Tribunal estadual salientou que o conjunto probatório, notadamente o relato da ofendida e das testemunhas, infirma a autodefesa apresentada pelo acusado, de modo a não deixar nenhuma dúvida de que ele realmente foi o autor do delito sob apuração.

6. Recurso provido a fim de reconhecer a contrariedade do acórdão ao art. 217-A, *caput*, do Código Penal, condenar o ora recorrido como incurso nas penas desse dispositivo e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que proceda à dosimetria da pena.



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, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de junho de 2019

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.444 - DF (2019/0111894-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RECORRIDO : J B DE S (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS** interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **TJDFT** na Apelação n. 0004962-91.2014.8.07.0006.

Nas razões recursais, o *Parquet* aponta violação dos arts. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 e 217-A do Código Penal, tendo em vista que "os fatos se amoldam ao crime de estupro de vulnerável e que a gravidade do delito deve ser considerada no exame de sua culpabilidade e não para a tipificação do delito" (fl. 372). Ainda, asseve que "**pela dinâmica dos fatos reconhecidos no acórdão recorrido, fica evidente que a conduta praticada pelo réu não pode ser considerada mera importunação, pois, além de altamente reprovável, demonstra a intenção lasciva do acusado**" (fl. 376, destaquei).

Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que o acusado seja condenado pelo delito de estupro de vulnerável contra a vítima K. C. S.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 409-412) e admitido o recurso, o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 427-435, opinou pelo seu **provimento**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.444 - DF (2019/0111894-8)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMA CRIANÇA MENOR DE 14 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia atinente à inadequada desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas; é suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência ao art. 217-A, *caput*, do CP quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal mas atentatórios à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que ficou comprovado não ter havido conjunção carnal.

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. Ao concluir pela desclassificação para contravenção, o Tribunal estadual salientou que o conjunto probatório, notadamente o relato da ofendida e das testemunhas, infirma a autodefesa apresentada pelo acusado, de modo a não deixar nenhuma dúvida de que ele realmente foi o autor do delito sob apuração.

6. Recurso provido a fim de reconhecer a contrariedade do acórdão ao art. 217-A, *caput*, do Código Penal, condenar o ora recorrido como incurso nas penas desse dispositivo e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que proceda à dosimetria da pena.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

O recurso especial é tempestivo e **preencheu os demais requisitos de admissibilidade.**

A matéria suscitada foi analisada pelo Tribunal *a quo*, no julgamento da apelação, a **evidenciar seu prequestionamento**. Além disso, o recurso apresenta **argumentação suficiente** para permitir a compreensão da tese.

II. Contextualização

Consta dos autos que **J. B. DE S.** foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, pois, conforme consta na exordial acusatória:

No período compreendido entre dezembro de 2013 e março de 2014, na AR 07, Conj. 3, Casa 33, Sobradinho-II/DF, o denunciado, livre e conscientemente, praticou, **por diversas vezes**, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, com sua filha, [K. C. S.], menor de 14 anos, bem como praticou vias de fato contra ela, além de tê-la ameaçado de causar-lhe mal injusto e grave.

DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Conforme consta dos autos, entre dezembro de 2013 e março de 2014, na cama de casal, no quarto do denunciado, em sua residência, **o autor praticou ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, quando esfregou, por diversas vezes, em dias distintos, o seu pênis nas regiões íntimas da vítima, especialmente nádegas e vagina.**

Em uma dessas situações **o denunciado segurou a vítima pelo rosto e tentou beijar sua boca.**

No dia 14.03.2014, na cama de casal, no quarto do denunciado, em sua residência, **a vítima acordou com o denunciado a abraçando de forma inadequada, íntima.** Outrossim, importa registrar que a vítima afirmou que **o denunciado mantinha, debaixo da cama de casal que era obrigada a dormir, junto com o denunciado, diversos filmes pornográficos e camisinhas usadas.**

Urge destacar que, à época dos fatos, a vítima contava idade inferior a 14 anos de idade, tendo nascido em 28.04.2000.

Em data que a vítima não sabe precisar, porém, **há poucos dias do**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

carnaval de 2014, enquanto o denunciado "encochava" a vítima, retirou o pênis da calça e passou a esfregá-lo em suas nádegas (fls. 2-3, destaquei).

O Juízo de primeiro grau desclassificou a conduta de estupro de vulnerável para a contravenção descrita no art. 65 do Decreto-lei n. 3.688/1941, c/c o art. 71 do Código Penal, nos seguintes termos:

O legislador considerou a conjunção carnal (cópula vagínica) ou a prática de atos libidinosos diversos, significando todos os demais atos de conotação sexual, como elementos normativos do crime de estupro. Com isso, a variedade de condutas que os atos libidinosos podem assumir, não obstante uns lesionarem de forma mais acentuada o bem jurídico e, outros, de modo menos ofensivo (embora igualmente ofendam), receberam o mesmo tratamento sancionatório, violando, por conseguinte, os princípios da proporcionalidade e da ofensividade.

Reforça-se: não se sugere que existam atos de violência sexual danosos ou não, pois qualquer lesão ou ameaça de lesão a este bem jurídico é grave e, portanto, passível de punição, entretanto apenas de forma igual condutas tão variadas em nível de ofensa não era a solução, a qual poderia ter sido alcançada com o escalonamento das sanções consoante a gravidade das ofensas.

Considerando a extensão que o termo atos libidinosos alcança, fixar o mesmo quantum de pena para aquele que ofende a vítima com um coito anal (ato libidinoso) e aquele que acaricia a ofendida com toques lascivos por cima da roupa, atingindo níveis de violação distintos, é ignorar os valores norteadores da intervenção penal e a própria finalidade sancionatória.

Embora seja possível ao Magistrado, por ocasião da análise das circunstâncias judiciais, valorar de forma negativa a maior intensidade do dolo do agente e, com isso, majorar a pena na primeira etapa da dosimetria, a questão é que o limite mínimo de 08 anos para um ato libidinoso consistente em carícias superficiais e a diferença que se poderia acrescentar na pena de um ato libidinoso mais intenso (art. 59, CP) não resolveria o problema do abismo e da desarrazoabilidade entre condutas e sanções.

Diante disso, e considerando que os princípios da proporcionalidade e ofensividade devem guiar tanto o legislador como o aplicador da lei, e à ausência de uma norma penal específica para essas situações que, embora violem a dignidade sexual da vítima, não a ofenda tão gravemente como outras o fazem, os julgadores têm recorrido à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desclassificação dos fatos para as contravenções penais da importunação ofensiva ao pudor ou da perturbação da tranquilidade como forma de contornar essa disparidade.

[...]

A violência sexual noticiada pela vítima, repita-se, embora altamente reprovável, principalmente pela relação familiar que a unia com o autor e a sua condição de adolescente menor de 14 anos de idade, não é intensa o suficiente para merecer a mesma resposta estatal que condutas mais graves, como coito anal e carícias por dentro da roupa, recebem.

A vítima narrou que o acusado, quando deitava na cama com ela, passava seu pênis entre as pernas e as partes íntimas dela, por cima da roupa, e que, certa vez, pediu-a para sentar-se no colo dele (fls. 101). A testemunha [O.], a quem a vítima primeiro relatou a violência, **confirmou que, quando se deitava para dormir, o réu, às vezes, encostava nas nádegas dela com o pênis ereto e, nessas ocasiões, ele não chegava a tirar a roupa** (mídia às fls. 127).

Em que pese a repugnância da ação do réu, observo que ela subsume-se melhor à perturbação da tranquilidade da vítima, pois a conduta delitiva consistiu em molestar sexualmente a vítima, de forma mais superficial, pelo motivo reprovável de satisfazer a própria devassidão (fls. 233-236, grifei).

Irresignada, a defesa recorreu. **O Tribunal negou provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de manter a desclassificação da conduta perpetrada pelo acusado (esfregar, reiteradamente, o pênis no corpo da ofendida) para a contravenção do art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, conforme a seguir:**

Extraí-se da denúncia que, no período compreendido entre dezembro de 2013 e março de 2014, na cama de casal, no quarto, o réu praticou, por diversas vezes, atos libidinosos diversos da conjunção carnal com sua filha K.C.S., menor de 14 anos (nascida em 28/04/2000), **consistente em esfregar seu pênis nas nádegas e vagina da vítima, bem como praticou vias de fato contra ela, quando esta se recusou a dormir na cama com ele.**

A materialidade dos ilícitos restou suficientemente comprovada pela Portaria que instaurou o Inquérito (fls. 2D/3), pelo Registro de Ocorrência Policial n. 1.284/2014-0 (fls. 4/7), Termo de Requerimento de Medidas Protetivas (fl. 10), Certidão de Nascimento da vítima (fl. 47), cópia do Relatório Social (fls. 83/87), Parecer Técnico da Secretaria Psicossocial Judiciária deste Tribunal de Justiça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- SEPSI (fls. 83/85) e pela prova oral colhida em juízo.

No que tange à autoria, tem-se que o apelante [J. B. S.], ouvido na fase policial (fls. 18) e em Juízo (mídia fls. 127), **conquanto admita ter batido na vítima com um cinto, em razão desta ter se negado a dormir no quarto, negou a prática de qualquer tipo de abuso sexual contra ela.**

Afirmou, perante a autoridade policial, que, ao chegar do trabalho, sua filha lhe disse que queria sair, mas não permitiu, determinando que entrasse e fosse dormir. A vítima ficou emburrada e falou que iria dormir na sala com seu irmão Lucas, o que também não permitiu, determinando que fosse para o quarto com ele, com medo de que saísse escondida assim que o irmão dormisse. A vítima insistiu na negativa, assim, bateu nela com um cinto, tendo, em seguida, ela e o irmão saído de casa. Extrai-se de suas declarações:

[...]

Em Juízo, a vítima confirmou que dormia com o pai numa cama de casal e que ele habitualmente a molestava, passando seu órgão genital entre suas pernas. Também confirmou ter o réu a agredido no rosto com um cinto, quando se recusou a dormir no quarto com ele.

[...]

A vítima lhe relatou, na ocasião, que quando se deitava para dormir, o réu, às vezes, encostava em suas nádegas com o pênis ereto, mas não tirava a roupa. Também afirmou ela que, quando acordava para ir ao banheiro, havia restos de esperma no chão, e, ainda, que debaixo da cama ele guardava filmes pornográficos. A vítima lhe relatou que os abusos iniciaram cerca de três meses antes da ocorrência, quando residia com o réu. Explicou-lhe que na casa do réu só havia um quarto, onde dormia ela e o pai, sendo que às vezes dormia na sala com seu irmão Lucas, mas o réu lhe pedia para dormir no quarto.

Acerca do motivo da agressão, sua irmã lhe disse que teria sido porque queria ir numa festa e o réu não deixou. Assim, K.C.S ficou sentada na sala com o irmão, tendo o réu a chamado para dormir, instante em que ela se negou a ir, e, assim, o réu bateu nela com um cinto. Questionado sobre o motivo de a vítima ter passado a morar com o pai, disse não saber, mas acredita ter sido em razão de a mãe a prender muito dentro de casa, assim, achava que morando com o pai, teria mais liberdade.

[...]

Pois bem, insta consignar que, conforme remansosa jurisprudência, a palavra da vítima, em crimes praticados em contexto de violência doméstica, assume relevante valor probatório, pois, na maioria das vezes, cometidos sem a presença de testemunhas.

Na espécie, da análise do conjunto probatório acima delineado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verifico que, diferente do que alega a Defensoria Pública, há um conjunto probatório suficiente que aponta o apelante como autor dos fatos a ele imputados.

Com efeito, conquanto o réu tenha negado a conduta delituosa a ele imputada, apresentando sua versão para os fatos, **a vítima K.C.S relatou com detalhes todas as circunstâncias, apresentando a mesma versão quanto aos abusos sexuais sofridos nas várias vezes em que ouvida, tanto na delegacia (fls. 8/9) como em juízo (fl. 100/101 e mídia fl. 132) e perante a psicóloga que a atendeu para entrevista prévia no SERAV (fls. 84/85), ressaltando, esta, em seu parecer, a situação de vulnerabilidade e desgaste emocional em que se encontrava a ofendida, diante da revelação da conduta do réu para com ela. Confira-se;**

[...]

Ademais, **as declarações da ofendida estão em perfeita harmonia com o depoimento de seu irmão [O.], encontrando respaldo em parte no próprio relato do réu, quando admitiu ter batido na vítima, em razão dela não querer dormir no quarto com ele e por ter a impedido de sair.**

Por tudo isso, **tenho que restou devidamente comprovada a materialidade e autoria dos fatos narrados na denúncia, confirmando-se, por todos os elementos acima explicitados, que o réu efetivamente molestou sexualmente a vítima em diversas ocasiões, a qual, na época, contava com apenas 13 (treze) anos de idade, bem como a agrediu fisicamente por ela ter se negado a dormir com ele no quarto.**

Dessa forma, **revela-se correta a decisão condenatória, não merecendo acolhimento o pedido de absolvição por insuficiência de provas.**

[...]

Pois bem. No caso, conforme relato da vítima, **o réu se deitava na mesma cama com ela e a abraçava por trás, vestido com uma bermuda, encostando seu órgão genital nas nádegas dela por cima da roupa.**

Sendo assim, **o ato praticado por ele, por mais repugnante que se revele, há que ser considerado superficial, não sendo suficiente para caracterizar o crime de estupro de vulnerável como pretende o órgão ministerial.**

Com efeito, **diante de um caso concreto é exigível do julgador uma valoração proporcional entre a gravidade da conduta, a lesão à vítima e às hipóteses abstratamente previstas em nossas leis.**

Dessa forma, fazer com que o réu responda por um crime cuja pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínima é de 8 (oito) anos de reclusão, sujeitando-o a possível imposição de regime inicial fechado, por ter encostado por trás, nas nádegas da vítima, ambos vestidos, não se mostra razoável (fls. 326-335, destaquei).

III. Não incidência da Súmula n. 7 do STJ

Pela simples leitura dos trechos transcritos, percebe-se claramente que são **incontroversas a prática deliberada e intencional de ato libidinoso contra a ofendida (esfregar o pênis no corpo) e a sua menoridade (13 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 o descrito nestes autos, senão o de satisfazer a sua lascívia**. Vale dizer, em determinados crimes, a conduta do agente pode ensejar dúvida quanto ao objetivo 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 dispostos no art. 217-A, caput, do Código Penal – que a conduta não pode ter o mesmo tratamento destinado a atos libidinosos "mais graves"**.

Com efeito, mediante leitura do pensamento externado pelo Tribunal *a quo*, deduzo que houve, na verdade, uso de **mera retórica** para que não fosse aplicada pena mais rigorosa. Isso significa que **a Corte de origem – corroborando o que disse o Juízo de primeiro grau –, 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. 65 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, *caput*, do Código Penal, porquanto em nenhum trecho do acórdão se justificou, com apoio nas provas dos autos, que a intenção do agente não foi a de satisfazer sua lascívia; apenas se fez tal assertiva, o que, como dito, denota o uso de simples retórica para afastar a conclusão jurídica decorrente, logicamente, da realidade fática exposta no processo.

A própria conclusão esposada no acórdão atacado, acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destacada, deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que o delito foi perpetrado; **não há, 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 que foi 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 imprescindibilidade de se reavaliarem as provas colacionadas, para entender que está, sim, configurada a vontade de agir do 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; **REsp n. 1.105.360/SC**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 17/8/2009; **REsp n. 1.580.298/GO**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 24/5/2016 e **REsp n. 1.561.653/SP**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 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 se resume 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).

Ao considerar tal ato (**esfregar o pênis no corpo da criança, por repetidas vezes ao longo de meses**) de menor gravidade, a instância antecedente optou por não condenar o recorrido pela prática do referido delito, ao fundamento de **"o ato praticado por ele, por mais repugnante que se revele, há que ser considerado superficial, não sendo suficiente para caracterizar o crime de estupro de vulnerável como pretende o órgão ministerial"**.

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

Efetivamente, julgar 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 posicionamento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Ainda, sobre o delito em comento, na lição de André Estefam: "Cuida-se de crime de forma livre, que admite, portanto, qualquer meio executório (inclusive a fraude). Não importa, ademais, se houve ou não consentimento para a prática do ato sexual. Se o agente se utilizar de violência ou grave ameaça contra a vítima, deverá tal circunstância ser considerada na dosagem da pena. [...] **Atos libidinosos (diversos da conjunção carnal) são aqueles que tenham natureza sexual, como a felação, o coito anal, o beijo em partes pudendas, as carícias íntimas etc. Em nosso sentir, basta a natureza objetiva do ato; alei não exige que o autor do fato busque satisfazer sua lascívia**" (*Crimes Sexuais*, São Paul: Saraiva, 2019, p. 64-65).

Desse modo, verifico que **a Corte de origem, ao afastar a ocorrência do delito em comento e julgar tratar-se de contravenção penal** – com a simples afirmação de que "fazer com que o réu responda por um crime cuja sanção mínima é de 8 (oito) anos de reclusão, sujeitando-o a possível imposição de regime inicial fechado, por ter encostado por trás, nas nádegas da vítima, ambos vestidos, **não se mostra razoável**" –, **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, **considerar desproporcional punir o ato de esfregar (reiteradamente) o pênis no corpo de adolescente de 13 anos, em mais de uma oportunidade, com pena-base de 8 anos de reclusão**.

A argumentação lá externada revela a preocupação judicial com eventual desproporcionalidade da resposta punitiva, mas outra apreciação, 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 maior rigor os atos libidinosos cometidos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contra vulnerável, como no caso dos autos, menor que, na época, contava 13 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). Assim, por se tratar de criança, creio que grande número de outros atos, diversos da conjunção carnal, contra vítima de tenra idade são capazes de lhe ocasionar graves consequências psicológicas e devem, portanto, ser punidos com maior rigor.

Diferentemente, a contravenção penal descrita no art. 65 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de perturbar a tranquilidade de outrem, que, no meu sentir, **já pode se referir a adolescente de 13 anos de idade.**

Considero, ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, que a gravidade da conduta 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 8/9/2014, destaquei.)

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. 28/1990, *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; [...]

No mesmo sentido, **o julgamento proferido pela Terceira Seção desta Corte Superior:**

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL.
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA
PRESUMIDA. CONSUMAÇÃO. REEXAME FÁTICO.
DESNECESSIDADE. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Incontrovertidos os fatos no julgamento da causa pelas instâncias ordinárias, e desnecessária a análise das provas que arrimaram o acórdão embargado, é de conhecer-se da impugnação, de sorte a obviar a divergência entre as turmas deste Tribunal acerca da configuração do crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP em sua redação anterior a Lei n. 12.015/2009).

2. **É firme a orientação desta Corte de que a consumação do crime de atentado violento ao pudor ocorre com a prática dolosa de quaisquer espécies de atos libidinosos, inclusive toques e carícias na região genital da vítima com a finalidade de satisfação da lascívia.**

3. Embargos de divergência providos para considerar consumado o crime de atentado violento ao pudor nos termos do acórdão paradigma, com a imposição ao réu de pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto.

(**EREsp n. 1.513.909/PR**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 3ª S., DJe 2/10/2018, destaquei)

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, **em relação à conduta descrita na exordial acusatória**, cometido pelo réu contra a vítima [K. C. S].

V. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso especial**, para reconhecer a contrariedade do acórdão ao art. 217-A, *caput*, do Código Penal e condenar o ora recorrido como incurso nas penas desse dispositivo, e determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que proceda à dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0111894-8 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.808.444 / DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050771520148070006 201406100450774 201406100450774RES 50771520148070006

PAUTA: 11/06/2019

JULGADO: 11/06/2019
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO : J B DE S (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

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, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.