



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.580.298 - GO (2016/0014470-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
RECORRIDO : A C DA S
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO DA SILVA COSTA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REEXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 146 DO CP. VÍTIMA CRIANÇA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A DO CP. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Não há necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório acostados aos autos quando a conclusão esposada no acórdão atacado deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que os delitos foram perpetrados – incluindo todos os elementos do tipo descritos no art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

2. A Corte de origem, não obstante haja delineado e reconhecido a ocorrência de todos os elementos contidos naquele dispositivo do Código Penal, inclusive a intenção de satisfação da lascívia, invocou o delito do art. 146 do Código Penal, para livrar o acusado de reprimenda mais severa.

3. Ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, 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.

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. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 217-A, *caput*, do Código Penal e condenar o recorrido como incurso nesse dispositivo. Retorno dos autos ao Tribunal local, para que sejam analisadas as alegações relativas à dosimetria da pena e ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, dispostas na apelação.



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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.580.298 - GO (2016/0014470-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

RECORRIDO : A C DA S

ADVOGADO : CARLOS EDUARDO DA SILVA COSTA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** (Apelação Criminal n. 2011402-02.2013.8.09.0006).

Extrai-se dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A, do Código Penal, c/c o art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/1990.

Ao analisar a apelação da defesa, a Corte de origem negou provimento ao recurso, mas, de ofício, desclassificou a conduta para o delito previsto no art. 146 do Código Penal e remeteu os autos ao Juizado Especial de Anápolis, "ficando prejudicada a análise das pretensões de redução do apenamento e modificação do regime prisional relativos àquela infração" (fl. 320).

Nas razões de recurso especial, o Ministério Público do Estado de Goiás aponta violação do art. 217-A do Código Penal, ao argumento de que "a conduta do acusado, narrada no acórdão, configura o crime de estupro de vulnerável, tendo em vista que o recorrido, para satisfazer à própria lascívia, tocou em partes íntimas da vítima, o que configura delito de estupro de vulnerável" (fl. 334).

Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que seja restabelecida a condenação do recorrido pelo crime do dispositivo em comento.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 368-390) e admitido o recurso (fls. 393-394), veio o parecer do Ministério Público (fls. 405-408), que opinou pelo **provimento** do recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.580.298 - GO (2016/0014470-1) EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REEXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 146 DO CP. VÍTIMA CRIANÇA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A DO CP. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Não há necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório acostados aos autos quando a conclusão esposada no acórdão atacado deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que os delitos foram perpetrados – incluindo todos os elementos do tipo descritos no art. 217-A, *caput*, do Código Penal.
2. A Corte de origem, não obstante haja delineado e reconhecido a ocorrência de todos os elementos contidos naquele dispositivo do Código Penal, inclusive a intenção de satisfação da lascívia, invocou o delito do art. 146 do Código Penal, para livrar o acusado de reprimenda mais severa.
3. Ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, 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.
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. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 217-A, *caput*, do Código Penal e condenar o recorrido como incurso nesse dispositivo. Retorno dos autos ao Tribunal local, para que sejam analisadas as alegações relativas à dosimetria da pena e ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, dispostas na apelação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 A. C. da S. foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, pois, conforme a exordial acusatória:

No dia 15 de junho de 2013, por volta das 15h30min, na Avenida Benevides Gonçalves de Carvalho, quadra 06, lote 02, Bairro Luiz Teodoro Duarte, Campo Limpo de Goiás/GO, o denunciado, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a vítima L.C.A., menor de quatorze anos à época do fato (cópia da certidão de nascimento às fls. 30 do IP).

Ressai dos autos que o denunciado é proprietário de um bar, próximo à casa da vítima.

Então, no dia do fato, a vítima passava em frente ao estabelecimento quando o denunciado a abordou pedindo-lhe que fosse até o comércio mais tarde.

Consta, pois, que horas depois, a vítima dirigiu-se ao bar e lá chegando, o denunciado a atraiu para os fundos, onde situa-se sua residência.

No interior da casa, **o denunciado abaixou o short da vítima, acariciou a genitália dela e introduziu o dedo na sua vagina.**

Em seguida, ele **expôs o pênis e determinou que a vítima o segurasse, tendo esta recusado-se.**

Finalmente, o denunciado retornou com a vítima para o bar e dando-lhe cinco reais recomendou que ela não contasse nada sobre o acontecido. Todavia, a mãe da vítima ao vê-la com o dinheiro indagou onde ela havia conseguido, tendo ela relatado todo o ocorrido.

Ato contínuo, a genitora da vítima ligou para o conselho tutelar e para a polícia militar, que prendeu o denunciado em flagrante delito.

Assim procedendo, o denunciado [A. C. DA S.] está incurso na conduta típica descrita no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se olvidando que o crime é hediondo, nos termos do artigo 1º, VI, da Lei 8.072/90 (redação determinada pela Lei n.º 12.015/09) (fls. 4-5, destaquei).

Em primeiro grau, o réu foi condenado à pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal, c/c o art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/1990.

Ao analisar a apelação da defesa, a Corte de origem negou provimento ao recurso, mas, de ofício, desclassificou a conduta para o delito previsto no art. 146 do Código Penal e remeteu os autos ao Juizado Especial de Anápolis, "ficando prejudicada a análise das pretensões de redução do apenamento e modificação do regime prisional relativos àquela infração" (fl. 320).

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:

Em juízo, a menor [L. C. A.], disse que:

"quando vinha do P.E.T.I. o acusado a chamou dizendo que era para ir lá mais tarde, que a declarante foi para casa e lá para seis horas a mãe mandou comprar um doce, que ia passando na porta o acusado a chamou, levou a para os fundos, **que ficou passando a mão nas partes íntimas da declarante e ficou com a coisa dele para fora, que ele abaixou o short da declarante e passou a mão na perereca da declarante, que a declarante estava de camiseta, short, calcinha e ele abaixou o short e a calcinha, que ficou pegando na sua perereca, que a declarante falou que estava doendo, que o acusado tirou a mão foi no bar e lhe deu cinco reais**, que na sexta feira antes ele deu dez reais para a declarante, que nesse dia quando o acusado tirou a roupa da declarante, tirou o bilau dele, que ele mandou a declarante pegar no bilau dele, mas não pegou, aí ele guardou o bilau, foi no bar e pegou cinco reais, que depois a declarante foi embora, que ele falou para a declarante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não contar para a mãe, que a mãe viu cinco reais na sua roupa, perguntou de onde era e contou tudo para ela, que a mãe da declarante deu uma bronca nela e mandou mostrar quem tinha dado, que a mãe da declarante foi ao bar 4 perguntou ao acusado porque tinha dado cinco reais para a declarante e ele disse que era para ela comprar caderno, que a mãe não acreditou nele e chamou o Conselho Tutelar, que foi a conselheira aqui presente que conversou com a declarante e contou para ela o que tinha acontecido, que a mãe não conhecia o acusado, que na sexta-feira quando ele deu dez reais ele ficou **pegando nos peitos da declarante por cima da blusa, que ele não mostrou o bilau, que depois disso mudou da casa aonde morava"** (L. C. A., vítima, fls. 112/113, grifo meu).

A genitora da vítima, Sandra da Costa e Silva, contou perante a autoridade judicial que:

"estava arrumando a casa e pediu para a vítima comprar um doce, três casas abaixo da declarante na esquina virando, que ela foi e demorou, que ficou observando e ela não chegava, que por volta de três e meia quando foi chamar a vítima chegou uma vizinha, que é aonde ela tinha mandado comprar o doce, que a vítima chegou, guardou o doce, que a vítima sentou e encostou, que viu os cinco reais no cós da calça da vítima, que perguntou o que era e a vítima falou que era dinheiro de brinquedo, que a declarante pegou o dinheiro e era de verdade, que guardou o dinheiro pensando que tinha pego no armazém, que a Letícia disse que tinha sido o homem que lhe deu, que a declarante perguntou qual homem e ela disse que era o homem do bar, que foram no bar, que perguntou se tinha dado o dinheiro para ela, que ele disse que sim, que a declarante perguntou a troco de que, que ele disse que ela tinha passado pedindo para comprar material, que a declarante disse que ela não precisava porque comprava material escolar para um ano, que a declarante consultou a Eliane e ela mandou que chamasse a polícia, que a polícia foi lá e os levou ao Conselho, que foi conversando com ela, e ela foi e falou que ele deu aquele dinheiro para ficar pegando nela, que ela disse que ele chamou ela para dentro, desceu a roupa dela, ficou pegando nela, queria que pegasse nele, que ela não quis, que ela falou que estava doendo e ele tirou o dedo" (Sandra da Costa e Silva, fls. 118/199, grifo meu).

A Conselheira Tutelar Eliane Pereira dos Santos, ao ser ouvida em juízo, confirmou que "que a vítima lhe disse que já era a segunda vez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o acusado mexia com ela, que a vítima disse a declarante que o acusado a chamou, se ela queria dinheiro para pegar nele e ele pegar nela, que com muita vergonha, só respondia a vítima ficou e a mãe dela falava, que a sós com a declarante a menina falou que o acusado ficava com os órgãos genitais de fora para ela no dia dos fatos, que perto da mãe a vítima não respondia" (fls. 115/116) (fls. 314-317).

Como desfecho, a Corte local assim consignou:

No caso, **muito embora o digno sentenciante tenha enquadrado a ação do acusado como estupro de vulnerável, há de ser observado que tão somente o ato de demonstrar sua concupiscência, tocando a vítima em partes de seu corpo e, expondo a ela o órgão sexual na pretensão de ser estimulado, não se amolda ao tipo penal previsto no artigo 217-A do Código Penal, posto que a ação daquele foi muito menos ofensiva do que a exigida no tipo penal em que condenado.**

Desse modo, havendo o apelante apenas supostamente **tentado praticar atos libidinosos na menor, tocando-a em partes de seu corpo, a questão que se apresenta é se os atos perpetrados por ele caracterizariam estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), ou melhor, se encaixariam em outro tipo legal, qual seja, o previsto no artigo 146 do mesmo diploma Penal.**

Por certo, o fato de o processado querer satisfazer sua lascívia, tocando em partes do corpo de [L.] e, repise, mostrando e pedindo a ela que tocasse o pênis, não configura as elementares do tipo o crime de estupro de vulnerável, sendo, contudo, inegável o constrangimento a que foi submetida a menor.

[...]

Portanto, entendo que a conduta praticada pelo apelante se amolda ao tipo penal do artigo 146 do Código Penal, já que de acordo com o magistério de Júlio Fabbrini Mirabete:

[...]

Desse modo, não havendo tipo penal específico cuja ação do processado possa ser enquadrada e ressoando do contexto probatório aqui já assinalado que o recorrente, por presunção legal, constrangeu a vítima a fazer aquilo que não queria, impõe-se concluir pelo cometimento do injusto penal descrito no artigo 146 do Código Penal, desclassificando-se para o tipo estupro de vulnerável.

Consequentemente, é de rigor a desclassificação, por impulso oficial, do delito de estupro de vulnerável para o tipo do artigo 146 do Código Penal, com a consequente remessa dos autos ao Juizado Especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Anápolis, ficando prejudicada a análise das pretensões de redução do apenamento e modificação do regime prisional relativos àquela infração (fls. 317-320, destaquei).

Da simples leitura dos trechos transcritos, percebe-se claramente que são **incontroversos os seguintes elementos**: a) a prática deliberada e intencional de **ato libidinoso** contra a ofendida (apalpou os seios e genitália da ofendida, havendo, inclusive, introduzido o dedo); b) a **menoridade** da vítima (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, o que, inclusive, foi afirmado pelo acórdão atacado**. 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. 146 do Código Penal**.

Com efeito, da leitura do pensamento externado pelo Tribunal *a quo* no voto condutor do acórdão objurgado, entendo que houve, 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, inclusive a intenção de satisfação da lascívia, invocou o delito do art. 146 do Código Penal, para livrar o acusado de reprimenda mais severa**. Tal pensamento, a meu ver, revela nítida violação do art. 217-A do Código Penal, exatamente porque a satisfação da lascívia (devidamente reconhecida no julgado recorrido), aliada ao constrangimento (também elemento do art. 146 do Código Penal), **revela a vontade de ofender a dignidade sexual da vítima. Esse outro delito tem como bem jurídico protegido a liberdade pessoal, tão somente. A intenção, devidamente comprovada neste caso, vai além: de ofender a liberdade sexual**. A desclassificação, como dito, expressa o uso de simples retórica para afastar a conclusão jurídica que decorre, logicamente, da realidade fática descrita nos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Este Superior Tribunal, em casos de similares crimes contra a dignidade sexual, afastou a Súmula n. 7 desta Corte:

[...]

1. Consubstancia-se atentado violento ao pudor todo ato libidinoso diverso da conjunção carnal, com propósito lascivo que, mediante violência ou grave ameaça, ofenda a liberdade sexual da vítima.
2. Tendo o acórdão recorrido reconhecido a ofensa à liberdade sexual da menor, é indevida a tipificação da conduta do Réu apenas como o delito do art. 146, do Código Penal, já que o constrangimento ilegal é elementar do tipo objetivo do crime de atentado violento ao pudor, **no qual a coação tem o especial fim de satisfação da concupiscência, por atos diversos da conjunção carnal.**
3. Recurso provido para anular o acórdão recorrido, restabelecendo a sentença condenatória de primeiro grau. (REsp n. 736.346/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJ 20/3/2006, p. 342)

No bojo do voto a Ministra relatora afirma, com acerto, que:

"Assim, consubstancia-se atentado violento ao pudor todo ato libidinoso diverso da conjunção carnal, com propósito lascivo que, mediante violência ou grave ameaça, ofenda a liberdade sexual da vítima.

No caso dos autos, a menor, de apenas oito anos, foi constrangida com toque em sua genitália e beijo na boca, com nítida intenção lasciva, **o que é bastante para caracterizar o crime de atentado violento ao pudor, tornando, desta feita, descabida a desclassificação operada pelo voto médio do acórdão recorrido**" (destaquei).

Ainda, no mesmo sentido, o seguinte precedente:

[...]

- I - Restando devidamente prequestionada a matéria, não se fala em violação ao art. 619 do CPP, vez que não se observa omissão a ser sanada (Precedentes).
- II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n.º 231 - STJ).
- III - Em nosso sistema, o delito de atentado violento ao pudor engloba



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.

IV - De outro lado, não é admissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como ser mais justo e proporcional ao caso concreto, em razão da alegada menor gravidade da conduta, desclassifique o delito de atentado violento ao pudor para contravenção penal.

Recurso desprovido. (REsp n. 1.105.360/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 17/8/2009, destaquei).

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 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 a efetiva necessidade de reexaminar as provas colacionadas, para entender que está, sim, configurada a vontade de agir do art. 217-A do Código Penal.**

Ilustrativamente:

[...]

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

II - Se, em segundo grau, restou entendido que o acusado praticou atos próprios do ilícito imputado, não cabe a desclassificação fulcrada no princípio da proporcionalidade.

III - A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial.

IV - Improriedade da aplicação do princípio da proporcionalidade.

(...)

Recurso provido.

(...)." (REsp n. 831.058/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJ de 12/11/2007, destaquei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ultrapassado o impedimento de conhecimento do recurso especial, oportunas são as considerações acerca do **alcance da expressão "atos libidinosos diversos da conjunção carnal" para configurar a consumação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal)**.

Assim dispõe o art. 217-A do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Ao considerar os atos praticados com de menor gravidade, a instância antecedente optou por não condenar o recorrido pela prática do referido delito, ao fundamento de que **"a ação daquele foi muito menos ofensiva do que a exigida no tipo penal em que condenado"**, o que caracterizaria mero constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda (art. 146 do CP). Para tanto, também alicerça seu entendimento em doutrina que afirma que **"[c]aberia a responsabilização do agente por atentado violento ao pudor, acaso este obrigasse a vítima a praticar com o infrator atos de felação ou mesmo o coito anal antes da conjunção carnal"** (fl. 318, destaquei).

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

Parece-me que 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.

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 do crime do art. 146 do Código Penal, vai 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, entender desproporcional punir os atos de passar a mão (e introduzir o dedo) no órgão genital, passar a mão nos seios e expor o pênis (pedindo que o segure) da criança de 9 anos 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 que foi vontade do Constituinte e do legislador infraconstitucional punir com maior rigor os atos libidinosos praticados contra vulnerável, como no caso dos autos, uma criança que, à época, contava 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 punido com maior rigor.

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**, 6ªT., **DJe 21/3/2012**). (Destaquei.)

Diferentemente, o crime descrito no art. 146 do Código Penal pressupõe constranger alguém a não fazer o que a lei manda ou a fazer o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ela não manda, o que é nitidamente diverso de constranger "a vítima a fazer aquilo que não queria" (fl. 320). **O parâmetro é a lei, e não a vontade aleatória do ofendido.** E como dito anteriormente, **na espécie, ficou clara a vontade de ofender a liberdade sexual da vítima, e não apenas a pessoal (em relação ao que determina, ou não, um ato normativo).**

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

Ilustrativamente:

[...]

I - O *decisum* ora objurgado explicitou as circunstâncias fáticas por meio das quais o crime foi perpetrado, salientando a dinâmica da conduta perpetrada pelo acusado, tudo com base na descrição feita pelo acórdão objeto do recurso especial. Ou seja, não houve necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplicasse o direito.

II - O Tribunal de origem, por considerar os atos praticados pelo acusado de menor gravidade, optou por não cominar a pena do antigo crime de atentado violento ao pudor, tecendo considerações sobre a incongruência legal em equiparar casos de simples atos lascivos a casos mais graves, em que há coito anal, por exemplo.

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, 6ªT., DJe 21/3/2012).

V - A contravenção penal descrita no art. 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"**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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)

[...]

3. Tendo sido reconhecida a prática efetiva contra a vítima, criança de 9 anos de idade à época dos fatos, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal ofensivos de sua liberdade sexual, consistentes em tocar suas pernas e barriga e lhe dar beijos com a língua lascivos na boca, não prospera a pretensão do recorrente de desclassificação do delito de atentado violento ao pudor para a contravenção de perturbação da tranquilidade.

4. É incabível a alegação de violação a dispositivo do Regimento Interno de Tribunal de Justiça nas razões do recurso especial, cujo cabimento é restrito à análise da lei federal.

5. Tendo a sentença e o acórdão recorrido explicitado que o réu constrangeu a vítima por cerca de 08 a 09 vezes, não há falar em ilegalidade na aplicação do patamar de 1/2 na majoração da pena pela continuidade delitiva, sendo descabida a incidência da fração mínima de 1/6.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.548.412/PR, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 3/11/2015, destaquei)

[...]

1. O art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de o relator dar provimento ao recurso especial quando o acórdão recorrido estiver em manifesto confronto com a jurisprudência desta Corte Superior.

2. Esta Corte Superior já se pronunciou acerca da **impossibilidade de desclassificação do tipo penal previsto no artigo 214 do Código Penal (antiga redação) para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 do Decreto-Lei nº**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.688/41), sob a mera alegação de excessivo rigor da pena, mormente quando o Tribunal de origem reconheceu a prática de ato libidinoso próprio do delito em questão.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.133.847/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe de 28/11/2012). (Destaquei.)

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:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RÉU CONDENADO PELO CRIME DE TENTATIVA DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RECURSO ESPECIAL, INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS NOS AUTOS. PROVIMENTO. DELITO CONSUMADO. REEXAME DE PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. **Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que "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"** (STJ, AgRg no REsp 1.154.806/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/03/2012).

II. Na hipótese, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, reconheceram que o réu praticou atos libidinosos contra a vítima, pois, na primeira ocasião, despiu-se e despiu sua enteada, deitando sobre ela, no quarto em que dormia com a genitora da ofendida, e, na segunda ocasião, tirou a roupa da menor e passou a mão e o pênis em sua genitália, sem, no entanto, introduzi-lo.

III. A decisão agravada, ao apreciar a conduta imputada ao réu (atentado violento ao pudor), para restabelecer o entendimento de que o delito percorreu todo o *iter criminis*, consumando-se, limitou-se à análise jurídica dos atos praticados pelo ora recorrente, estes - repita-se -, incontroversos nos autos, na sentença e no acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV. A decisão impugnada não reexaminou o conjunto fático-probatório - providência vedada, em sede de Recurso Especial, pela Súmula 07/STJ -, tendo realizado apenas a reavaliação dos critérios jurídicos utilizados na apreciação de fatos incontroversos nos autos.

V. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.081.070/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 30/9/2013).

Como bem pontuado pela Procuradoria Geral da República, por meio do parecer de fls. 405-408:

6. Como se vê, a Corte de origem reconheceu que o ora recorrido efetivamente tocou a genitália da vítima, mas entendeu que ele apenas teria "tentado praticar atos libidinosos" e, ainda assim, desclassificou a conduta apenas para o crime de constrangimento ilegal.

7. Contudo, a redação do art. 217-A do Código Penal abrange a conjunção carnal e qualquer "outro ato libidinoso", sendo evidente que a conduta de acariciar partes íntimas é suficiente para configuração do crime, na forma consumada, inclusive.

Ressalto, por fim, que 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.

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, *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; [...]

Em igual sentido, já decidiu esta Sexta Turma, conforme os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

1. Não há necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório acostados aos autos quando a conclusão esposada no acórdão atacado deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que os delitos foram perpetrados - incluindo todos os elementos do tipo descritos no art. 217-A do Código Penal.

2. Muito embora, em determinados crimes, a conduta do agente possa ensejar dúvida quanto ao fim pretendido e, para a aferição da finalidade, imperioso se faz o exame do arcabouço probatório colacionado, outro não é o dolo do agente, ao praticar atos como os descritos nestes autos, senão o de satisfazer a sua lascívia.

3. A Corte de origem, conquanto 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 para eximir o acusado de reprimenda mais severa.

4. Ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, 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.

5. 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.

6. Agravo regimental provido, para dar provimento ao recurso especial, com o fim de condenar o réu como incurso no art. 217-A do Código Penal, devendo os autos retornar ao Tribunal de Justiça daquele Estado, para que se proceda à dosimetria da pena.

(AgRg no AREsp n. 804.768/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, em que fui relator para acórdão, 6ª T., DJe 11/3/2016, destaquei).

[...]

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, 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 (adolescente), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que a ação do acusado consistiu em "toques rápidos e sem maior gravidade".

3. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a contrariedade do acórdão aos arts. 214 e 224 "a", ambos do Código Penal e restabelecer a sentença de primeiro grau. (**REsp n. 1.582.603/MT**, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 29/4/2016, destaquei).

[...]

- Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

- **Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça - STJ, o entendimento de que "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" (ut, AgRg no REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 21/03/2012).**

- Impossibilidade de desclassificação do delito para a forma tentada, sob o argumento de menor lesividade da conduta, como procedeu o acórdão recorrido de modo contrário ao entendimento desta Corte Superior, não sendo o caso de reexame fático-probatório.

Agravo regimental desprovido. (**AgRg no REsp n. 1.339.206/MT**, Rel. Ministro **Ericson Maranhão** (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., DJe 13/3/2015, destaquei).

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

V. Dispositivo

À vista do exposto, **conheço do recurso especial e dou-lhe**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento, a fim de reconhecer a violação do art. 217-A, *caput*, do Código Penal e condenar o recorrido como incurso nesse dispositivo. Determino, ainda, o retorno dos autos ao Tribunal local, para que analise as alegações relativas à dosimetria da pena e ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, dispostas na apelação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0014470-1

REsp 1.580.298 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02114020220138090006 201200522030 201392114020 21140202 2114020220138090006
52203752012

PAUTA: 17/05/2016

JULGADO: 17/05/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
RECORRIDO : A C DA S
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO DA SILVA COSTA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a liberdade pessoal - Constrangimento ilegal

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.