RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.524 - MG (2019/0004589-1)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : A R T
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP E AO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE CONCLUIU PELA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PERPETRADA DE CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. ILEGALIDADE. ATO PERPETRADO CONTRA CRIANÇA, VOLTADO À SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 568/STJ. PEDIDO DO ÓRGÃO MINISTERIAL (EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE). DEFERIMENTO. ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DO STF, RATIFICADO NO JULGAMENTO DO PEDIDO LIMINAR NAS ADCS 43 E 44, E DO ARE N. 964.246 (REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA).
Recurso especial provido nos termos do dispositivo. Pedido de execução provisória da pena deferido.

DECISÃO

O **Ministério Público de Minas Gerais** interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local no julgamento da Apelação Criminal n. 1.0145.10.051653-3/001, assim ementado (fl. 236):

> APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART 65 DO DECRETO-LEI 3688141 - POSSIBILIDADE - ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA PELA SEMI- IMPUTABILIDADE DO RÉU - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - 1. Diante do harmonioso conjunto probatório colhido nos autos, não restam dúvidas de que os fatos se deram da forma como foram narrados na denúncia, não havendo que se falar, portanto, em absolvição. 2. Considerando, no entanto, que os atos praticados não se revestiram de extrema gravidade, a ponto de justificar a condenação do acusado no delito

> de estupro de vulnerável, aliado à ausência de previsão de um tipo penal intermediário que insira a conduta perpetrada pelo réu, não resta outra alternativa senão proceder à desclassificação do crime para a contravenção penal do art. 65 do Decreto-Lei 3688141. 3. Consoante entendimento pacifico na doutrina e na jurisprudência, o parâmetro a ser adotado para a redução da pena por força do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, consiste no grau de perturbação da saúde mental do agente.

Nas razões, suscitou negativa de vigência aso arts. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 e 217-A do Código Penal, aduzindo que a Corte de origem incorreu em ilegalidade ao desclassificar a conduta perpetrada pelo recorrido de estupro de vulnerável para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Asseverou que *os elementos reconhecidos e transcrilos no acórdão atestam que o réu atuou para saciar sua lascívia, oportunidade em que* ***foi ao encontro da criança, com 09 (nove) anos à época dos fatos e, por mais de uma vez, passou a mão sobre a genitália desta, exibiu-se nu para ela, vindo, ainda: a dizer para a vítima que "queria transar com ela"*** *(acórdão — fI. 183), pelo que, assim agindo, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal,* tipificado no art. 217-A do CP (fl. 288).

Pugnou, assim, pela anulação do acórdão, a fim de que seja restabelecida a condenação fixada na sentença.

Contrarrazões às fls. 301/303.

A Corte de origem admitiu o recurso (fls. 305/308).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do reclamo; pugnou, ainda, pelo início da execução provisória da penal (fl. 319):

> PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DE ESTUPRO PARA PERTUBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE PROTEGER A LIBERDADE, A DIGNIDADE E O DESENVOLVIMENTO SEXUAL DA VÍTIMA. PROPORCIONALIDADE. ABRANDAMENTO DA PENA COM A

DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O STJ pacificou o entendimento de que o delito de estupro, na atual redação dada pela Lei 12.015/2009, inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima.

2. Havendo o expresso reconhecimento da consumação do crime de estupro de vulnerável, é inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta.

3. Devidamente comprovada a negativa de vigência ao art. 217-A do CP e a contrariedade ao art. 65 da LCP.

4. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial, para restabelecer os fundamentos da sentença condenatória e afastar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

5. Necessidade de expedição da competente guia para início da execução (STF – HC 126292, ADC 43 e ADC 44, e ARE 964246).

É o relatório.

A irresignação merece acolhida.

Do que se colhe do acórdão impugnado, a Corte de origem r**econheceu como provada a narrativa constante da denúncia**, qual seja, de que **o recorrido teria acariciado a genitália de criança, declarando, para a infante, que queria manter relação sexual com ela** (fls. 237 e 243):

[...]

Narra a denúncia que, no dia 7 de agosto de 2010, na Alameda [...] o acusado praticou ato libidinoso com T.P.S. menor de 14 anos.

Consta da exordial que E O P, mãe de vitima, para ir trabalhar, deixou a menor sob cuidados de sua vizinha E, irmã do denunciado. No fim do dia, E ao buscar T P S, ouviu da vítima que o apelante colocou a mão entre suas pernas e acariciou suas partes íntimas, insistindo na conduta e sugerindo "transar" com menor.

[...]

[...]

Assim, a despeito da negativa de autoria sustentada pelo apelante, forçoso convir que o harmonioso conjunto probatório produzido nos autos não deixa dúvidas de que os fatos se deram da forma como foi descrita na inicial acusatória, não havendo pois, que se falar em absolvição por ausência de provas suficientes para a condenação ou por inexistência de de dolo especifico.

> [...]

A Corte origem, no entanto, entendeu que tal ato não ostentava gravidade suficiente para caracterizar o crime de estupro de vulnerável, razão pela qual optou pela desclassificação (fl. 243):

> [...]
> Todavia, d.m.v,, verificase que os atos praticados pelo acusado não pode se enquadrar no grave crime de estupro, ante a desproporcionalidade da conduta e a pena prevista para este tipo penal, punido com a pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, especialmente porque não houve emprego de violência ou grave ameaça.
> [...]

Tal conclusão, no entanto, destoa da jurisprudência consolidada nesta Corte, que tem orientado no sentido de que tais atos caracterizam o crime de estupro, pois nitidamente voltados à satisfação da lascívia:

> [...]
> 2. Conforme orientação deste STJ, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso (AgRg REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 21/3/2012).
> [...]
> (AgRg no AREsp n. 398.710/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 16/3/2017)
>
> RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. ABSOLVIÇÃO. VÍTIMA CRIANÇA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. **QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL**. RECURSO PROVIDO.
> 1. A controvérsia atinente à inadequada absolvição prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a revaloração de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.
> 2. O Tribunal local afirmou que "os elementos colhidos pela autoridade policial e as provas produzidas em Juízo são suficientes para comprovar que o apelante praticou o ato descrito na denúncia".
> 3. **Outro não é o dolo do agente, ao praticar atos como os descritos nestes autos, senão o de satisfazer a sua lascívia. É irrazoável, após o reconhecimento de todos os elementos do tipo descritos no art. 217-A do Código Penal, afirmar que "a ação do apelante se afigura moralmente**

reprovável, mas não apresenta a gravidade necessária e proporcional à aplicação do tipo penal de estupro de vulnerável".

4. Nega-se vigência ao art. 217-A do CP quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (criança de 5 anos), absolve-se o réu.

5. 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.

6. 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.

7. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a contrariedade do acórdão ao art. 217-A do Código Penal e restabelecer a sentença de primeiro grau. Determinação de execução imediata da pena.

(REsp n. 1.423.134/MT, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/2/2017)

[...]

3. Os atos praticados pelo agravante, consistentes em agarrar uma menor, passar as mãos nas nádegas e seios, ao mesmo tempo em que lhe morde a orelha e tenta beijá-la, denotam claramente o intuito de satisfazer a lascívia.

[...]

(AgRg no REsp n. 1.622.491/RS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/10/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. CONFIGURAÇÃO. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. VÍTIMA MAIOR DE 14 ANOS E MENOR DE 18 ANOS. SÚMULA 568. RECURSO DESPROVIDO.

1. A conduta do agravante em apalpar os seios da vítima (sua enteada) e passar a mão em suas partes íntimas, por cima das vestes, contra a sua vontade, configura o crime de estupro. 2. Incidência da Súmula 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg na PET no AREsp n. 1.031.932/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 24/5/2017)

[...] 3. No caso, não há que se falar em tentativa, porquanto o contato físico do acusado com a vítima, consistente em beijá-la na boca, passar as mãos nas nádegas e seios a fim de satisfazer a sua lascívia, é suficiente para caracterizar o delito descrito no art. 213 do CP. [...]

(REsp n. 1.470.165/MG, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 20/8/2015)

É o caso, pois, de aplicar a Súmula 568/STJ

> O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Em face do exposto, **acolhendo** o parecer e à vista dos precedentes, **dou provimento** ao recurso especial, a fim de restabelecer a sentença condenatória que condenou o recorrido – como incurso no art. 217-A do CP c/c o art. 26, parág. único. do CP – à pena de 4 anos de reclusão, em regime aberto (Processo n. 0145.10.051653-6, 3ª Vara Criminal da comarca de Juiz de Fora/MG).

Quanto ao pedido do Ministério Público Federal, no sentido de dar início imediato à execução provisória da pena privativa de liberdade, entendo que, diante do indeferimento do pedido liminar nas ADCs 43 e 44 (Plenário do STF, julgamento em 5/10/2016) e do julgamento do ARE n. 964.246, com repercussão geral reconhecida, consolidou-se a orientação de que é adequada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, razão pela qual, ressalvado o meu entendimento pessoal sobre o tema, **defiro** o pedido formulado, determinando que a Coordenadoria da Sexta Turma proceda à extração de cópia integral dos autos a ser encaminhada ao Tribunal de origem.

Publique-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator