RECURSO ESPECIAL Nº 1.802.643 - MG (2019/0072870-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	E C S
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra acórdão do Tribunal de Justiça local, assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - AMEAÇA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PALAVRA DAS VÍTIMAS - DECLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 217-A DO CP - NECESSIDADE - CONDUTA QUE SE ADEQUA PERFEITAMENTE À CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE - DOSIMETRIA - REGIME ABERTO - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *V.V.P.: - Se as provas colacionadas indicam que o autor, visando praticar com a ofendida atos libidinosos, lhe percorreu todo o corpo, iniciando os atos de execução, que não se consumaram por circunstâncias alheias à sua vontade, deve ser reconhecida a prática do crime previsto no art. 217-A do CPB em sua forma tentada. (e-STJ fl. 323)*

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação dos art. 217-A do CP e 65 do DL 3.688/1941 insurgindo-se contra a desclassificação da conduta operada pela instância de origem alegando, em síntese, que os elementos constitutivos do tipo penal descrito no caput do art 217-A encontram-se presentes na conduta praticada pelo recorrido, na medida em que, agindo com a finalidade inequivocamente lasciva, teve contato corporal com a ofendida.

As contrarrazões foram apresentadas (e-STJ fls. 414/421).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 438/450).

É o relatório. **Decido**.

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

O recurso merece acolhida.

Primeiramente, ressalto que a questão suscitada no presente recurso não demanda o reexame de provas, mas somente a valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias, não sendo a hipótese de incidência da Súmula n. 7 do STJ.

No presente caso, observa-se que o Tribunal *a quo*, ao desclassificar a conduta do ora recorrido pela infração ao art. 217-A, *caput*, do Código Penal, para a a do art. 65 da LCP, assim consignou, no que interessa:

> *[...]*
>
> *A vítima, ouvida tanto em sede policial quanto em juízo, delineou com precisão as ações perpetradas pelo acusado, seu padrasto, ressaltando que* ***este aguardava o momento em que a genitora da ofendida dormia para ir até seu quarto e passar a mão por seu corpo****:*
>
> *(...) que os abusos sexuais iniciaram há cinco meses atrás, sendo que Enis Costa Silva* ***ia para o quarto da declarante, durante a noite e ficava passando a mão pelo seu corpo; que uma certa vez Enis tentou introduzir o dedo em sua vagina, mas a declarante resistiu fechando as pernas****; que a declarante pode afirmar que esses abusos ocorreram por aproximadamente vinte vezes em situações diferentes; que a declarante esclarece que não contou tais fatos para sua mãe Suely por medo, razão pela qual resolveu desabafar para sua vizinha Ana Paula de lima. (...) (fl. 06)*
>
> *(...) que confirma as declarações de fl. 06; que havia um mês que estava residindo com sua mãe e o acusado quando os abusos começaram; que não chegou a ter bom relacionamento com o acusado; que tinha apenas uma relação de enteada e padrasto com ele; que com o pai a declarante se dá bem; que depois da separação o pai e a mão da declarante só conversam o necessário; que a declarante já tinha falado com sua mãe sobre os abusos anteriormente sendo que sua mãe foi questionar o acusado e ele negou; que então deixaram para lá mas então ele voltou a fazer e a declarante resolveu então contar para a vizinha; que os abusos aconteciam mais nos finais de semana*

> *quando o acusado e sua mãe bebiam, ele esperava a mãe da declarante dormir e então ia para o quarto da declarante; que o acusado só tentava passar a mão no corpo da declarante só quando estava dormindo; que* ***o acusado tentou passar a mão nos seios da declarante mas ela o impediu****. (...) que a declarante afirma que tentava fingir que estava dormindo mas que não conseguia; que tentava ao menos fechar as pernas com força para tentar impedir que o acusado tentasse encostar em sua vagina. (...) que depois que foi questionado pela mãe da declarante o acusado negou os abusos e parou por um tempo de ir ao quarto da declarante, porém depois de um tempo voltou a praticar os abusos; (...) (fl. 113)*
>
> *Conquanto a Defesa tente elidir a credibilidade do relato da vítima, sabe-se que delitos contra a dignidade sexual, em virtude de sua natureza, são, na maioria das vezes, praticados às escondidas, como ocorreu in casu, o que torna extremamente importante a palavra da vítima, quando coerente com os demais elementos probatórios constantes dos autos. Neste sentido, manifesta-se a jurisprudência:*
>
> *[...]*
>
> *Neste sentido, descabido falar em absolvição,* ***haja vista estar amplamente demonstrado que o acusado, em várias oportunidades, passava as mãos pelo corpo da ofendida, sua enteada****.*
>
> *No entanto, compreendo ser o caso de se desclassificar o delito em apreço.*
>
> *Ora, das provas supratranscritas depreende-se que o acusado limitou-se a percorrer o corpo da ofendida com as mãos. A prova oral não esclareceu - e, incrivelmente, as autoridades policial e judicial, bem como a acusação, não cuidaram de perguntar - o que especificamente o acusado teria feito. Ora, a pesadíssima imputação que recai sobre o réu consiste na prática de ato libidinoso; assim, inclusive para fins de exame apurado do enquadramento típico adequado, é imprescindível saber o que exatamente o acusado teria feito: passou a mão onde? Na região genital? Nas nádegas? Na barriga? No rosto? Nos seios? Nas pernas? Ademais, passou a mão sobre ou sob a roupa? Sobre ou sob a coberta? Deteve-se no ato?* (e-STJ fls. 325/329)

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, incluindo 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" (HC 264.482/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015).

Assim, o crime de estupro de vulnerável, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, configura-se quando o agente mantém conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 (catorze) anos, sendo irrelevante, ainda, o consentimento da vítima.

Diante do quadro delineado, não há como afastar a prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, visto que ficou incontroverso que o agente, em dezembro de 2015, molestou a vítima (sua enteado com 12 anos de idade) tocando em seu corpo durante, tendo, inclsuive, tentado introduzir o dedo em sua vagina, com objetivo de satisfazer sua lascívia.

Sobre o tema, os seguintes julgados:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO.*
>
> *1. A questão suscitada no presente recurso não demanda o reexame de provas, mas somente a valoração jurídica do fatos já delineados pelas instâncias ordinárias, não sendo a hipótese de incidência da Súmula 7 do STJ.*
>
> *2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, incluindo 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" (HC 264.482/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015). Assim, o crime de estupro de vulnerável, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, configura-se quando o agente mantém conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 (catorze) anos, sendo irrelevante, ainda, o consentimento da vítima.*
>
> *3. Diante do quadro delineado pelo Tribunal a quo, não há como afastar a prática do crime previsto no art. 217-A do*

Código Penal, visto que ficou incontroverso que o agente, no período de fevereiro a junho de 2012, chamava a vítima (menor de 12 anos) para ler diante da sala, aproveitando tal momento para passar as mãos em suas pernas e em seu órgão genital, ações que o professor acusado disfarçava, ao tentar esconder dos demais alunos da classe, até que um dia, alguns dos alunos visualizaram tais atos e dirigiram-se à diretora do colégio para noticiar o ocorrido.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 679.407/GO, desta Relatoria, DJe 29/02/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. DELITO CONSUMADO.

I. A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Precedentes.

II. No caso dos autos, configurada está a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal destinados à satisfação da lascívia do acusado, consistentes em colocar a vítima forçosamente em seu colo e beijá-la no pescoço, além de beijar seus seios e tocar sua vagina, ainda que por sobre suas vestes.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 530.053/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 29/6/2015)

PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ELEMENTOS DO TIPO PENAL. ATO LIBIDINOSO. MENOR DE 14 ANOS. DESCLASSIFICAÇÃO. INADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME SUBSIDIÁRIO. ADEQUAÇÃO TÍPICA.

1. A definição da correta adequação típica das ações delituosas não representa reexame de provas, mas revaloração dos critérios jurídicos empregados para a tipificação penal do delito.

2. O bem juridicamente tutelado pelo tipo descrito no art. 146 do Código Penal é a liberdade individual da pessoa, tanto física quanto psíquica. Se o constrangimento causado à vítima visa à satisfação de intenção outra, específica, que não a de "não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda", a hipótese é de configuração desse delito diverso.

3. O crime em tela (art. 146, CP) possui natureza subsidiária e somente será considerado se o constrangimento não for

> *elemento típico de outra infração penal.*
>
> *4. Se a intenção do agente é a satisfação de seu desejo sexual, estando presentes os elementos constantes no tipo descrito no art. 217-A do Código Penal, trata-se de hipótese de configuração do delito de estupro de vulnerável, objetivando a reprimenda ali contida a proteção da liberdade, da dignidade e do desenvolvimento sexual.*
>
> *5. Na expressão "ato libidinoso" estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente.*
>
> *6. Hipótese em que "a conduta do réu não pode ser confundida com uma simples importunação ofensiva ao pudor, tratando-se, na verdade, de efetivo contato lascivo, voluptuoso e corpóreo, de libidinagem, com o propósito único de satisfação de sua lascívia".*
>
> *7. Recurso provido.* (REsp 1481546/GO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 5/12/2014)

Assim, o acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não havendo que se falar em desclassificação do delito para sua forma tentada.

Ante o exposto, a teor do art. 932, V, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial para restabelecer a condenação do recorrente pela prática do crime do art. 217-A do Código Penal, devendo os autos retornar à origem para que prossiga no julgamento das demais questões do apelo.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator