AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.043 - SC (2019/0143005-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO	:	J A P
ADVOGADO	:	DALVI RUDECK - SC027225

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA** contra decisão do respectivo Tribunal de Justiça que negou seguimento ao recurso especial.

O acórdão atacado pelo recurso especial não admitido restou assim ementado:

> "PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. AMEAÇA (CP, ART. 147, CAPUT). CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, CAPUT) SENTENÇA CONDENATÓRIA APENAS COM RELAÇÃO AO SEGUNDO DELITO. RECURSO DA DEFESA.
> JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL, A QUAL FOI FIXADA EM 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. QUANTUM FIXADO CORRESPONDENTE AO MÍNIMO LEGAL DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL.
> CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS NÃO RECONHECIDAS. INTERESSE RECURSAL NÃO OBSERVADO. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA E RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO DA QUESTÃO PERANTE O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. INOVAÇÃO RECURSAL CARACTERIZADA. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO NOS TÓPICOS.
> ERRO MATERIAL. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA (CP, ART. 147, CAPUT). FUNDAMENTAÇÃO CONCLUSIVA A RESPEITO, CONTUDO, OMISSÃO NA PARTE DISPOSITIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. RETIFICAÇÃO APLICÁVEL.
> MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO PAUTADO NA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DESCABIMENTO.
> COMPROVAÇÃO DO ATO PRATICADO. PALAVRAS DA VÍTIMA FIRMES E COERENTES. CONDUTA REPROVÁVEL E AVILTANTE, MAS INCAPAZ DE COMPROVAR A CONCUPISCÊNCIA DO AGENTE.
> ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO ESPECÍFICO NÃO EVIDENCIADO. DESCLASSIFICAÇÃO À CONTRAVENÇÃO

> PENAL PREVISTA NO ART. *65 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. SENTENÇA REFORMADA.
> - Não se conhece de pedido já concedido na sentença por ausência de interesse recursal.
> - Sob pena de supressão de instância, é vedado a esta Corte examinar alegações e pedidos que não foram submetidos à análise do Juízo a quo.
> - Impõe-se a retificação de erro material verificado no dispositivo da sentença que aponta capitulação diversa daquela constante da fundamentação.
> - O crime de estupro de vulnerável exige, para a sua configuração, que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique ato libidinoso diverso com menor de 14 (catorze) anos com o intuito de satisfazer sua lascívia. Embora seja certo que o agente tocou nas partes íntimas da ofendida, tal conduta, por si só, não basta para configurar o delito de estupro de vulnerável, uma vez que não evidenciam o dolo necessário para o tipo penal.
> - A perturbação da tranqüilidade, contravenção prevista no art. 65 do Decreto-Lei 3.688/1941, consiste em o agente molestar a vítima ou perturbar-lhe a tranqüilidade por acinte ou razão reprovável.
> - Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovimento do recurso.
> - Recurso parcialmente conhecido e provido em parte; erro material corrigido de ofício." (e-STJ, fls. 297-298)

No agravo, a acusação refuta a aplicação da Súmula n. 7/STJ e, no especial, sustenta violação do art. 217-A do Código Penal. Nesse sentido, alega ter demonstrado a figura delitiva do estupro de vulnerável.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do agravo e do recurso especial (e-STJ, fls. 439-446).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, importa destacar que, segundo jurisprudência desta Corte, "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 revaloração de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido. (REsp 1.605.222/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

A propósito, confiram-se as anotações da Corte local quanto à dinâmica delitiva:

> "Ouvida sob o crivo do contraditório, a vítima confirmou os fatos narrados na delegacia, esclarecendo como ocorreram. Disse que atualmente [na data da audiência realizada em 27-9-2017] está com 14 (catorze) anos; que não conhecia J. há muito tempo; que a esposa dele era amiga da sua mãe, na época; que um dia estava passeando com a irmã e sua mãe, quando Z., esposa do apelante, disse para sua genitora tomar cuidado, porque J. havia acabado de sair da cadeia;

> que ele havia sido preso pelo crime de estupro; que iam de vez em quando na casa deles; que estavam brincando de esconde-esconde: a vítima, os filhos de J., e outras crianças da vizinhança; que a residência era em formato de "L"; que depois mudaram de brincadeira e ele quis se intrometer, mas que eles [as crianças] deixaram; que passaram a brincar de "polícia e ladrão"; que a mãe e Z. estavam tomando chimarrão dentro da casa; que ao ser "revistada" pelo apelante, **ele passou a mão em suas partes íntimas**; que não contou para mãe no momento, pois tinha medo; que **ele passou a mão por baixo da roupa; que colocou a mão dentro da calça e também da calcinha**, porém não introduziu os dedos na sua vagina, somente passou a mão; que J. **também passou, por baixo da roupa, a mão na região dos seus seios**, embora eles ainda não estivessem desenvolvidos naquela época; que, em seguida, foram para casa; que não contou nada para mãe na ocasião; que em outro dia voltaram na residência de J.; que sua mãe e Z. estavam sentadas na "área" tomando chimarrão, e ela estava dentro da casa com as outras crianças assistindo desenho; que **J. tirou o pênis para fora da roupa e começou a balançar e mostrar para ela**; que igualmente saiu do local sem contar para sua mãe; que J. foi ao seu encontro e disse que, se ela fosse "boazinha e colaborasse com ele", ele daria-lhe dois chips e um cartão de memória; que naquele dia resolveu contar para sua genitora; que esta ligou para o seu pai e foram na Delegacia; que estudava no período vespertino e o recorrente ia na escola no final da aula e ficava lhe olhando; que ele falava que se contasse para alguém ele mataria sua família (mídia audiovisual à fl. 179)." (e-STJ, fls. 310-311)

Oportuno lembrar que o entendimento pacífico nesta Corte diz que, "em razão das dificuldades que envolvem a obtenção de provas de crimes que atentam contra a liberdade sexual, praticados, no mais das vezes, longe dos olhos de testemunhas e, normalmente, sem vestígios físicos que permitam a comprovação dos eventos - a palavra da vítima adquire relevo diferenciado, como no caso destes autos." (AgRg no AREsp 1.191.886/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018).

Com efeito, verifica-se que o acusado, no caso concreto, praticou todos os atos necessários à tipificação do delito de estupro de vulnerável, que não exige atos invasivos, conforme jurisprudência deste Tribunal, mas apenas a conduta libidinosa contra menor de 14 anos. A propósito:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. POSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.
> 1. A revaloração dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula

7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.
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 contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu, em apalpar os seios e a genitália da vítima, de apenas 8 anos, por cima da roupa, não pode ser confundida com a do art. 65 da Lei de Contravenções Penais, uma vez que se trata de efetivo contato corpóreo com a criança, com o propósito único de satisfação de seu desejo sexual.
4. 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 (REsp 1313369/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 5.8.2013). Nessa linha, 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. (REsp 1561653/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016).
5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.684.947/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017);

"RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMA CRIANÇA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 214, CAPUT, C/C O ART. 224, "A", DO CÓDIGO PENAL (VIGENTES À ÉPOCA DOS FATOS). CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. RECURSO PROVIDO.
1. A controvérsia atinente à 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 revaloração 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 (criança), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que a ação do acusado foi "breve e superficial".
> 3. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.
> 4. É pacífica a compreensão de que o delito de atentado violento ao pudor com violência presumida se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.
> 5. Recurso especial provido para condenar o réu como incurso no art. 214, caput, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal (vigentes à época dos fatos), devendo os autos retornar ao Tribunal de Justiça estadual, para que se proceda à dosimetria da pena." (REsp 1.154.718/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016);

Por fim, frise-se que esta Quinta Turma, seguindo o voto do em. Min. Joel Ilan Paciornik, já teve oportunidade de ressaltar que "a maior parte da doutrina penalista pátria orienta-se no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelavante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.".

Nesse sentido, ao enfrentar o caso concreto, o Ministro Relator explicou que, "cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal." (RHC 70.976/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016).

Portanto, é certo que tal precedente representa um paradigma que permite melhor compreender o que se entende por "outro ato libidinoso", elementar do tipo descrito no art. 217-A do CP. No caso, entendeu-se que o ato libidinoso abrange, inclusive, a "contemplação lasciva", tanto mais situações mais afrontosas coma a do caso destes autos.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **dar provimento** ao recurso especial, restabelecendo a condenação pelo crime de estupro de vulnerável imposta na sentença de primeiro grau.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator