

RECURSO ESPECIAL Nº 1.841.503 - DF (2019/0294846-5)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO : F S A
ADVOGADOS : MARIANA TEIXEIRA MARQUES - DF037216 ROSALVO GOMES SOUSA - BA039098

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. ESTUPRO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (ART. 61, DECRETO-LEI 3.688/41) PELO EG. TRIBUNAL A QUO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. REFORMA TRAZIDA PELA LEI N. 12.015/2009. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, em face de acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, assim ementado (fl. 303):

“PENAL E PROCESSUAL/PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIME DE ESTUPRO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. BEIJOS LASCIVOS E TOQUES SOBRE A VESTIMENTA. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Nos crimes praticados contra a liberdade sexual de criança ou adolescente, os depoimentos da vítima revestem-se de especial relevo, visto aue são, não raras vezes, cometidos às ocultas, sem a presença de outras pessoas, e não costumam deixar vestígios.

2. Comprovado que os atos praticados pelo réu foram superficiais e breves, consistentes em beijos lascivos e toque nas nádegas da vítima por sobre a vestimenta, a desclassificação tio delito de estupro para a contravenção penal

de perturbação da tranquilidade é medida que se impõe. Precedentes./

3. *Recurso conhecido e parcialmente provido."*

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** Estadual sustenta a violação do artigo 213 do Código Penal e o artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, pois o eg. Tribunal de origem entendeu pela desclassificação da conduta do recorrido de estupro para perturbação da tranquilidade, *"não obstante tenha reconhecido que o réu praticou atos lascivos consistentes em agarrar a vítima por trás, beijar seu pescoço e apalpar suas nádegas"* (fl. 347).

Aduz que o acórdão reprochado aponta existência incontroversa de contato físico durante o ato lascivo, do qual resulta, indubitavelmente, a subsunção da conduta ao crime tipificado no artigo 213 do Código Penal.

Aponta, ainda, que *"E mais, esse Sodalício não admite a desclassificação de estupro para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor/perturbação da tranquilidade fundamentada tão somente no excessivo rigor da pena"* (fl. 350).

Postula-se, assim, pelo restabelecimento da condenação pelo delito de estupro.

A Defesa devidamente intimada (fl. 360) deixou de apresentar as contrarrazões (fl. 361). Após, o recurso foi parcialmente admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 375-380).

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito previsto no artigo 213, **caput**, na forma do artigo 226, inciso II, e artigo 147, na forma do artigo 61, inciso II, alínea **f**, todos do Código Penal c/c artigo 5º, inciso II e artigo 7º, incisos II e III, da Lei n. 11.340/2006, à pena de

09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção, mais ao pagamento de 5.000,00 (cinco mil reais) a título de reparação mínima por danos morais (fl. 306).

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo**, por maioria, deu parcial provimento ao apelo da defesa, para desclassificar a conduta imputada ao recorrido de estupro para aquela prevista no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, culminando na redução da pena para **20 (vinte) dias de prisão simples, em regime inicial aberto, sendo substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, mantida a reprimenda de 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção**, em relação ao delito de ameaça (fl. 337).

Como relatado, busca o recorrente pelo restabelecimento da condenação do recorrido pelo crime de estupro.

No caso, a Corte de origem, por maioria de votos, embora tenha reconhecido que a **autoria ressaí cristalina a partir do exame do arcabouço probatório**, entendeu que a conduta praticada pelo réu se amolda à contravenção prevista no artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. Para devida análise colaciono trecho do v. acórdão que descreve os **sub judice** (fls. 333-337):

“De outro lado, tendo em vista que os atos praticados pelo réu não passaram de contatos corporais superficiais e breves e, ainda, que não ficou demonstrada sua inequívoca intenção de ter conjunção carnal com a vítima ou de praticar qualquer outro ato de conotação sexual igualmente grave com ela, constato que a condenação pelo crime capitulado no art. 213, caput, do Código Penal, não se sustenta.

Com efeito, o caderno oral coligido aos autos, frise-se, aponta sem margem de dúvida no sentido de que o padrasto da vítima a teria agarrado por trás, beijado seu pescoço, quando desceu as mãos pelo corpo da ofendida, tocando-lhe suas nádegas.

Assim, os beijos lascivos, os toques corporais ou o apalpamento sobre a vestimenta constituem conduta de conseqüência e censurabilraade menos intensa, não sendo graves o bastante para caracterizar ato libidinoso, que tem como objetivo a satisfação dos desejos sexuais do agente.

Os atos descritos, portanto, apesar de serem atitudes repudiadas, não são aptos a caracterizar delito sexual, cujo alcance, devido à sua grave punição e ao seu caráter hediondo, merece interpretação restritiva e

proporcional aos atos praticados no caso concreto.

Cuida-se, a toda evidência, de perturbação da tranqüilidade prevista no art. 65, do Decreto-Lei n° 3.688/41, que consiste em molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável, tendo a norma incriminadora por objetivo resguardar a esfera de privacidade e tranqüilidade pessoal da vítima, já que ausente a elementar de lugar público ou acessível ao público do art. 61, da LCP importunação ofensiva ao pudor).

Nesse sentido, vejamos as lições da doutrina acerca das condutas perpetradas a título de contravenção penal de perturbação da tranqüilidade e de atos libidinosos diversos da conjunção carnal:

[...]

*Dessa forma, diante do acervo fático constante dos autos, **não se verifica a proporcionalidade entre a conduta narrada na denúncia**, e provada com a instrução do feito, com a punição prevista para o delito de estupro, sob pena de se permitir uma condenação excessiva e sem razoabilidade.*

Em consequência, desclassifico a conduta i peça acusatória (estupro) para aquela descrita no art. 65, d Penais⁴, na forma da Lei n° 11.340/06, considerando que o e residiam na mesma casa."

Inicialmente, importante ressaltar que, 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.

Come feito, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que *"é incabível a decisão judicial que afasta a incidência de norma penal, utilizando-se de argumentos como equidade, justiça ou proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada, por ser tal manifestação nitidamente 'contra legem', inadmissível em nosso ordenamento jurídico* (AgRg no AREsp 942.165/RS, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 12/09/2016).

Assim sendo, diante do quadro delineado pela instância ordinária, sem que haja necessidade de incursionar no conjunto fático-probatório, mostra-se evidente a negativa de vigência ao artigo 213 do CP (com a redação dada à Lei n. 12.015/2009), visto que o para subsunção do tipo penal basta a prática – verbo nuclear – de qualquer ato com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação do libido.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, *"inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima"* (AgRg no REsp 1359608/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Assusete Magalhães**, DJe 16/12/2013).

Com base no contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu não pode ser confundida com a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, uma vez que recorrente agarrou por trás a vítima de 14 anos por trás, beijou seu pescoço, desceu as mãos pelo corpo e encostou em suas nádegas, por cima da roupa, a fim de satisfazer a sua lascívia, o que configura o crime de estupro.

Em casos análogos, assim decidiu esta eg. Corte de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL (TENTADO). FATOS INCONTROVERSOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 61 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL (LEI N.º 13.718/2018). DELITO COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Apreciar a demanda posta no apelo especial não importa em revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, mas, tão somente, qualificação jurídica do quadro fático já delineado pela Corte a quo, consignando que os fatos descritos no acórdão configuravam o crime de estupro.

2. Em sendo os atos libidinosos diversos da conjunção carnal praticados mediante violência ou grave ameaça, tal como ocorreu na hipótese dos autos, conforme a descrição da conduta apurada pelas instâncias ordinárias, é de ser reconhecida não a figura tentada, mas, sim, a consumação do delito de estupro previsto no art. 213 do Código Penal, sendo incabível, ainda, a desclassificação da conduta para a da contravenção prevista no art. 61 do Decreto n.º 3.688/1941.

3. *Insubsistente o pedido subsidiário para a aplicação do art. 215-A do Código Penal - importunação sexual -, trazido a lume com a edição da Lei n.º 13.718/2018, porquanto a conduta que se subsume à moldura estabelecida no citado dispositivo legal pressupõe que o ato libidinoso contra Vítima maior de 14 (quatorze) anos de idade tenha sido praticado, necessariamente, sem violência ou grave ameaça, o que, conforme os trechos do aresto atacado antes transcritos, não se verificou na hipótese dos autos.*

4. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no REsp 1812706/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJE 28/10/2019, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ARTIGO 213 DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DA LCP. TOQUES NOS SEIOS, NÁDEGAS E ÓRGÃO GENITAL DA VÍTIMA. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO PRECEDENTES.

1. *Consoante a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro resta consumado quando constrangida a vítima, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sucedâneo a ela ou não, em que evidenciado o contato físico entre o agente e a vítima, como toques, contatos voluptuosos e beijos lascivos.*

2. *Na espécie, tendo as instâncias ordinárias concluído que o réu empurrou a vítima contra o muro e tocou nos seus seios diretamente na pele, por debaixo de sua blusa, "após tentar rasgar esta, sem sucesso", bem como acariciou seu órgão genital e suas nádegas por cima da roupa, deve ser reconhecida a prática do delito de estupro.*

3. *"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).

3. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no AgRg no REsp 1753704/MS, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 03/09/2018)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 213

C/C ART. 14, INC. II, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. CONTRAVENÇÃO. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. ART. 61, DECRETO-LEI 3.688/41. DESCABIMENTO. UNIDADE DE CONDUTA. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

I - A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

II - A representação das ofendidas, exercida tempestivamente e de forma inequívoca, preenche a condição de procedibilidade para o exercício da ação penal. Precedentes.

II - O delito de estupro se consuma também com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, não havendo distinção quanto à natureza ou à forma do ato praticado, desde que o agente objetive se utilizar da vítima para satisfazer sua própria lascívia. Precedentes.

III - O exame dos requisitos objetivos e subjetivos para a configuração de concurso formal nas modalidades própria e imprópria e sobre a existência de unicidade de conduta ou de desígnios demanda revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos, inviável na via estreita do recurso especial. Precedentes.

*Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1672777/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, DJe 02/04/2018)*

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTUPRO. ART. 213, § 1º, DO CP.POSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).

2. Com base no contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu não pode ser confundida com a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, uma vez que agarrou a vítima de 16 anos à força,

Superior Tribunal de Justiça

beijou sua boca, mordeu seu rosto e passou a mão nos seios, nádegas e vagina, por cima da roupa, a fim de satisfazer a sua lascívia, o que configura o crime previsto no art. 213, §1º, do CP.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1705120/SC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 19/02/2018, grifei)

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento ao recurso especial**, para restabelecer a condenação do recorrido pela prática do delito previsto no artigo 213 do Código Penal, bem como determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal de origem para julgamento das demais teses da apelação.

P. e I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator