



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1868656 - DF (2020/0071471-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO : F F N
ADVOGADO : CLAUDIA ROCHA CACIQUINHO - DF041878

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de 26 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 217-A, por duas vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal (estupro de vulnerável praticado contra as vítimas J.E. DE L.O. e H. G. DE L.) e à pena de 30 dias de prisão simples, em regime inicial fechado, como incurso no art. 65, *caput*, do Decreto-Lei n. 3.688/41, por duas vezes, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal (contravenção penal praticada contra as vítimas M.E. DE L. e A.C.L. DOS S. - (fls. 374/389).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para fixar o regime inicial aberto quanto à condenação pela contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41 e negou provimento ao apelo ministerial. O acórdão recebeu a seguinte ementa, *verbis* (fls. 469/470):

APELAÇÃO CRIMINAL. INFRAÇÕES DE ESTUPRO DE E CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. QUATRO VÍTIMAS, MENORES DE QUATORZE ANOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DOS FATOS E DA AUTORIA. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA E DA TESTEMUNHA SEGUROS, COERENTES E HARMÔNICOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. PROVA TESTEMUNHAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM RELAÇÃO A DUAS VÍTIMAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DAS PENAS DE RECLUSÃO E PRISÃO SIMPLES. RECURSO MINISTERIAL

CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO DA DEFESA
CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui inegável valor probatório, desde que em consonância com outros elementos de prova constantes nos autos. Na espécie, os depoimentos das vítimas em todas as fases foram consonantes entre si e condizentes com o restante do conjunto probatório, produzido em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ensejando a condenação do réu pelos delitos de estupro de vulnerável, por duas vezes.

2. Inviável a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para a contravenção penal prevista no artigo 65 do Decreto -Lei nº 3.688/1941, quando o conjunto probatório carreado aos autos demonstra a prática de atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, contra essas vítimas, menores de 14 anos, enquadrando-se no artigo 217-A do Código Penal.

3. Mantém-se a condenação do réu pela contravenção penal de perturbação da tranquilidade, em relação a duas vítimas, se embora a conduta praticada pelo réu seja reprovável, não trouxe consequências semelhantes à da conduta prevista no artigo 217-A do Código Penal.

4. Mantém-se a aplicação da continuidade delitiva em sua fração máxima, se demonstrado nos autos que os delitos de estupro de vulnerável perduraram por muitos anos.

5. Reconhecido o concurso material entre delitos cujas penas cominadas possuem natureza distinta (reclusão e prisão simples), deve-se observar o regime de cumprimento específico para cada uma delas, não se mostrando possível a soma das penas.

6. Recurso do Ministério Público conhecido e não provido.

Recurso da Defesa conhecido e parcialmente provido para, mantida a condenação do réu nas sanções do artigo 217-A, caput, do Código Penal, por duas vezes, e artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, por duas vezes, à pena de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado de cumprimento de pena, e 30 (trinta) dias de prisão simples, alterado o regime para o aberto.

Diante disso, o Ministério Público interpôs recurso especial alegando violação ao art. 217-A do Código Penal - CP e ao art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (lei de contravenções penais - LCP).

Sustenta que o acórdão combatido, não obstante tenha reconhecido que o réu praticou atos lascivos consistentes em toque nas partes íntimas contra as vítimas M.E.L. e A.C.L.S., equivocadamente, manteve a desclassificação das condutas perpetradas pelo acusado de estupro de vulnerável para perturbação da tranquilidade.

Alega que o acórdão recorrido se valeu do argumento de que os atos praticados

pelo réu, quais sejam, tocar o peito de uma das vítimas e as partes íntimas da outra, são de menor intensidade e, por isso, se enquadram na conduta prevista no art. 65 da Lei de Contravenções Penais. Entretanto, o ato de tocar, tatear e passar as mãos em órgãos sexuais, ainda que por cima das vestes, com o propósito lascivo, caracteriza o crime de estupro de vulnerável, se praticado com menor de 14 (quatorze) anos.

Requer seja conhecido e provido o recurso especial para condenar o recorrido como incurso nas sanções do art. 217-A, *caput*, do Código Penal, em relação às condutas perpetradas contra as vítimas M.E.L. e A.C.L.S.

Contrarrazões às fls. 521/525.

Decisão de admissibilidade às fls. 539/540.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 552/555).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar.

O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls. 484/488):

De igual forma, restou comprovada a prática da contravenção penal de perturbação da tranquilidade contra as vítimas A.C.L.S. e M.E.L.

Nesse contexto, as provas colacionadas aos autos indicam que as condutas do apelante, conquanto reprováveis, foram rápidas e superficiais.

Com efeito, a ofendida A.C.L.S., ouvida pela primeira vez no dia 19/03/2012, na Delegacia Especial de Proteção à Criança e ao Adolescente, em entrevista técnica, detalhou a conduta praticada pelo réu, ocorrida na casa da sua avó, contando ela com apenas cinco anos de idade. A criança narrou que o acusado lhe ofereceu uma bola de gude e pegou no seu peito. Disse que o réu teria alisado seu peito e sua genitália, por baixo da roupa, apenas uma vez, apresentando dificuldades em relatar outras circunstâncias (fls. 39/44).

A prática do abuso sexual por parte do acusado foi pela segunda vez confirmada pela vítima em Juízo, contando com onze anos de idade, oportunidade em que a criança foi ouvida em Juízo por intermédio de profissional do SERAV, em videoconferência, narrando de forma minuciosa a conduta do apelante, confirmando que o réu pegou no seu peito uma única vez. Confira-se (mídia de fl. 284):

[...] narrou que sua família ficou preocupada porque tinha um homem que estava preso. Ele dava "biloca" para a declarante para pegar em seu peito.
O nome dele é F.. Acha que tinha quatro anos quando essas coisas aconteceram. Isso acontecia lá na sua cidade, onde

mora. Foi na rua. Uma vez que aconteceu isso. A declarante chegou a ver isso acontecer com suas primas. A prima da declarante (J.) a disse que o acusado mostrou o negócio dele para ela [...]" (grifos nossos)

Tais declarações estão em harmonia com o depoimento extrajudicial do genitor da vítima, H.L.S.S., relatando que sua filha A.C. contou que o réu teria oferecido "bilocas" para em troca pegar nos seus seios. Disse que o acusado ganhou a confiança da família e sempre ficava muito perto das crianças (fl. 26).

De igual modo, a vítima M.E.L., ouvida pela primeira vez no dia 19/03/2012, contando com 07 (sete) anos de idade, na Delegacia Especial de Proteção à Criança e ao Adolescente, em entrevista técnica, detalhou as condutas praticadas pelo réu, contando que o acusado mandou sentar no colo dele, sob ameaça, e que "sentiu a coisa dele (pênis) ficou dura". Afirmou que ocorreu uma única vez (fls. 45/50).

A prática de abusos sexuais por parte do acusado foi pela segunda vez confirmada pela vítima em Juízo, oportunidade em que a criança foi ouvida por intermédio de profissional do SERAV, em videoconferência, narrando de forma minuciosa a conduta do apelante. Confira-se (mídia de fl. 284):

[...] que estava em casa, quando o acusado, seu F., que morava na sua comunidade, ia na sua casa, pedia café, e a declarante dava para ele. Ele colocava uma moeda no copo para a declarante pegar. Em um dia em que seus avós saíram, ele ficou sozinho com ela, a colocou no colo e ficou pegando nas suas partes íntimas. A declarante não falou nada para ninguém. Somente no dia que sua mãe perguntou, daí a declarante falou para ela. Em um dia em que sua prima H. estava em casa, o acusado ficou brincando de cavalinho. Ficou pegando a declarante e sua prima H. no colo e ficou pegou nas suas partes íntimas. O acusado colocava a moeda no copo para a declarante sempre que ele ia na sua casa. Isso aconteceu só uma vez. No dia que os avós da declarante saíram de casa. Nesse dia, só a declarante estava em casa. A declarante estava em casa sentada, quando o acusado falou para ela sentar no seu colo, mas ela não queria, então ele a pegou a força, a fez sentar no colo dele e pegou nas suas partes íntimas.

Pegou nas suas partes íntimas por cima da roupa. Essa brincadeira de cavalinho aconteceu uma única vez e aconteceu na casa da declarante.

Nesse dia, o acusado pegou a declarante e sua prima, colocou no colo e ficou balançando. Conhece o irmão R. Aconteceu alguma coisa casa do irmão do R, mas a declarante não se recorda o que foi. Em um dia, o acusado pegou a declarante e sua prima A.C., colocou na rede, ficou balançando enquanto as colocavam nas partes íntimas dele. Isso aconteceu na rede da casa da declarante. O acusado ofereceu uma "biloca" para A.C. para ela deixar ele pegar na parte íntima dela. Nesse momento, a declarante estava com A.C. e quando o acusado apareceu, a declarante correu. A.C. ficou com ele. A.C. pegou a biloca e o acusado pegou na parte íntima dela. Isso aconteceu na quadra do Sarandi, não tinha ninguém na rua. Nessa época, a declarante tinha sete anos de idade e A.C. tinha uns quatro anos Ur. (grifos nossos)

Como bem ponderou a nobre Juíza Sentenciante, as vítimas relataram os atos libidinosos praticados pelo réu, consistentes em toque em suas partes íntimas, por cima da roupa (M.E.) e toque em

seu peito (A.C.), uma única vez . Nestes termos, embora a conduta praticada pelo réu seja reprovável, não traz consequências semelhantes à da conduta prevista no artigo 217-A do Código Penal, amoldando-se à contravenção penal de perturbação da tranquilidade.

Nesse sentido, tratando-se de fatos cuja gravidade é menor do que um estupro praticado com presunção de violência, esta Corte de Justiça tem decidido por desclassificar a conduta para a contravenção penal do artigo 61 ou artigo 65 do Decreto Lei 3.688/1941:

[...]

Assim, deve ser mantida a condenação do réu F.F.S. pelo crime de estupro de vulnerável, por duas vezes (vítimas H. e J.) e pela contravenção penal de perturbação da tranquilidade, por duas vezes (vítimas M.E. e A.C.).

De fato, o entendimento do Tribunal de origem está desalinhado ao desta Corte Superior, pois, embora reconheça que o acusado praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com as vítimas M.E.L. e A.C.L.S., menores de 14 anos, desclassificou a conduta imputada ao recorrido para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (lei de contravenções penais - LCP) sob alegação de se trata de fatos cuja gravidade é menor do que um estupro praticado com presunção de violência, o que destoia da jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que "A consumação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal" (AgRg no REsp 1751263/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 17/10/2018).

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMA CRIANÇA MENOR DE 14 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. 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; é suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência ao art. 217-A, caput, do CP quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal mas atentatórios à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que ficou comprovado não ter havido conjunção carnal.

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 estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.

5. Ao concluir pela desclassificação para contravenção, o Tribunal estadual salientou que o conjunto probatório, notadamente o relato da ofendida e das testemunhas, infirma a autodefesa apresentada pelo acusado, de modo a não deixar nenhuma dúvida de que ele realmente foi o autor do delito sob apuração.

6. Recurso provido a fim de reconhecer a contrariedade do acórdão ao art. 217-A, caput, do Código Penal, condenar o ora recorrido como incurso nas penas desse dispositivo e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que proceda à dosimetria da pena (REsp 1808444/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 17/06/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/1941. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FATOS INCONTROVERSOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça "[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. (REsp 1.605.222/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016)"(AgRg no REsp 1.735.061/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe de 01/06/2018.)

2. No caso, a Corte local ressaltou expressamente no acórdão a existência de autoria e materialidade, ao reconhecer que "[...] aproveitou-se da ausência de qualquer outra pessoa no local para passar o dedo na vagina da criança" (fl. 274), ficando incontroversa a conduta praticada pelo Agravante.

3. A Lei n.º 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça.

4. Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o

entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1361865/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 01/03/2019).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRAÇÃO 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.

[...]

3. Diante do contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu, consistente em apalpar a parte íntima da vítima, seu neto de apenas seis anos de idade, mesmo que sobre suas vestes, 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. Recentemente, este Relator e o Ministro Jorge Mussi ficaram vencidos, por sustentarem a possibilidade de desclassificação do crime para contravenção, em hipóteses como a dos autos (AgRg no REsp 1.474.992/GO, Relator originário: Ministro JORGE MUSSI; Relator para o acórdão: Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 14/08/2018). Ressalva, no tópico, do ponto de vista do Relator.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1684167/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/09/2018).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ESPECIAL RELEVÂNCIA DA PALAVRA DAS VÍTIMAS. PRECEDENTE. DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS E LAUDO PSICOLÓGICO COERENTES COM OS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 65 DA LEI DAS CONTRAÇÕES PENAS. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. PRECEDENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. AFASTAMENTO DE ELEMENTAR. NECESSIDADE DE REEXAMINAR PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1221815/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 11/05/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONSUMADO.

ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Qualquer o ato libidinoso diverso da conjunção carnal se insere no conceito de estupro de vulnerável, nos termos de firme entendimento desta Corte Superior, segundo o qual "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 no REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 21/3/2012), Precedentes.

2. "Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ainda que expressos na Carga Magna, são inerentes à norma inserta em cada um dos artigos do Código Penal, relativos à dosimetria da pena, bem como ao estabelecimento do regime inicial do cumprimento da sanção, e não exclusivos ao texto constitucional." (AgRg/REsp 1751263, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 17/10/2018). Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1730933/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2019).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o momento consumativo do crime de estupro de vulnerável ocorre com a simples prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente, no caso, em passar a mão na genitália, acariciar os seios e beijar a barriga de uma criança que, à época dos fatos, possuía 07 (sete) anos de idade.

2. Inadmissível a pretendida desclassificação para a forma tentada pela menor gravidade da conduta, fundamentada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por se mostrar manifestamente contrária à lei.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1220142/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 06/12/2018).

Ante o exposto, com fundamento na súmula 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão impugnado e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento da apelação, afastada a

desclassificação das condutas perpetradas contra as vítimas M.E.L. e A.C.L.S. para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41, uma vez que o crime previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, se consuma com a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

Ministro Joel Ilan Paciornik
Relator