



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1941911 - MS (2021/0168681-1)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
RECORRIDO : **E DE P F**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

DECISÃO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado**.

O recorrente aponta violação do art. 217-A do Código Penal. Argumenta que a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável constituiu crime de estupro consumado, razão pela qual é indevida a desclassificação da conduta pelo Tribunal de origem.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja afastada a modalidade tentada do crime de estupro de vulnerável contra a criança Ellen e reconhecida a sua forma consumada.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o especial, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu provimento.

Decido.

Primeiramente, observo que o recurso especial suplanta o juízo de prelibação, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de

estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais avanço na análise de mérito da controvérsia.

I. Contextualização

Extraí-se dos autos que **o réu foi condenado a 21 anos de reclusão**, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 217-A, *caput*, contra duas vítimas, por inúmeras vezes, na forma dos arts. 71 e 69, do Código Penal.

O Tribunal estadual deu parcial provimento ao apelo defensivo, a fim de absolver o réu com relação ao crime praticado contra a vítima Evelyn e **desclassificar, de ofício, para o delito de estupro de vulnerável na forma tentada, aquele praticado contra a ofendida Ellen, bem como reduzir a fração relativa à continuidade delitiva e, assim, fixar a pena de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão a ser cumprida em regime fechado.**

Acerca da conduta praticada contra a vítima Ellen, consignou aquele Tribunal (fl. 258-261, grifos nossos e no original):

Da condenação referente à vítima ELLEN [...]

Com relação à vítima Ellen [...], a meu ver, a condenação deve ser mantida.

Isto porque, referida menor/vítima descreveu de forma objetiva e clara as ocasiões e forma com que os abusos foram praticados. Ellen relatou que morava com sua avó e o acusado sempre ia até lá pedir água ou café, e sempre que a avó da menor ia fazer o café, **o mesmo fazia a menor sentar em seu colo e passava a mão em seu corpo, inclusive nos órgãos genitais**; bem como que seu irmão menor teria presenciado o ato.

O depoimento da menor foi corroborado pelo depoimento do Diretor da Escola, em que a mesma estudava, o qual enviou uma comunicação do crime à Autoridade Policial e ao Conselho Tutelar. Em seu depoimento judicial o Diretor da escola. Sr. Marcelo da Silva Duarte, disse que inicialmente tomou conhecimento do abuso pela secretária da escola, posteriormente a menor foi encaminhada até a sala do depoente, onde relatou que vinha sendo molestada pelo acusado.

A testemunha Marlene Jacob da Silva, Policial Civil, também confirmou que ouviu a menor, e que ela teria relatado que o acusado a puxava pelo braço, colocava em seu colo e passava a mão nos órgãos sexuais dela.

Importa, ainda, ressaltar que nos termos do posicionamento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos crimes sexuais, como na presente hipótese, a palavra da vítima tem especial

relevância, uma vez que geralmente são praticados na clandestinidade, mormente quando corroborado por outros elementos probatórios.

Confira-se:

[...]

Portanto, tendo a vítima/menor Ellen descrito os abusos praticados contra si e a dinâmica dos fatos de forma coerente, inclusive com a versão por ela relatada na Delegacia e ao Diretor da escola em que estudava, cujos depoimentos corroboraram a versão da vítima, não se há falar em absolvição por insuficiência de provas.

Destarte, tem-se que restaram comprovados os abusos praticados pelo réu contra a menor Ellen [...]

Entretanto, as particularidades do caso apontam que estamos diante do delito descrito no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal na modalidade tentada.

O artigo 217, *caput*, do Código Penal, prevê que "Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)".

Portanto, estamos diante de um crime contra a dignidade sexual que pune da mesma forma uma pluralidade de atos sem qualquer distinção por parte do legislador.

Assim, não há como, no caso concreto, considerar uma apalpação, no órgão genital da vítima, estando o apelante totalmente vestido, como estupro consumado.

A esse respeito, o Des. Carlos Alberto Etcheverry, do TJRS, esclarece que:

"Quanto à tentativa, registro que não há como se conceber, com a vênia de respeitáveis argumentos divergentes, que condutas consistentes em passadas de mãos, pelo agente, no corpo da vítima, ainda que criança, tenham o mesmo conteúdo do injusto que na cópula vaginal ou no coito anal, e, portanto, com maior repulsa social, sem se falar no risco objetivo de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, tais como a AIDS, hepatite etc.

A previsão legal de mesma punição (i.e. partindo-se de igual quantitativo penal mínimo) para todas as hipóteses viola, efetivamente, o direito, a imperativa observância da individualização da pena e particularmente o princípio maior da proporcionalidade, sob a feição da proibição de excesso (Übermajiverbot), que está em nosso sistema jurídico em nível constitucional, sendo pacífico hoje na doutrina que o princípio da proporcionalidade se trata de verdadeira cláusula geral ou princípio geral de direito.

Assim, por amor ao debate, tomando-se por base as alterações da Lei n. 12.015 de 2009, **tem-se que a diversidade de condutas, indevidamente aglomeradas no mesmo tipo penal, sem sequer dar maior distanciamento entre o mínimo e o máximo da pena abstratamente prevista, possibilitando assim mais adequado ajustamento da punição em face das circunstâncias e particularidades de cada caso concreto ao aplicador da**

lei, que, ante a tipicidade formal, já tem que partir, no caso do artigo 217-A, de 8 anos de reclusão, viola o princípio da proporcionalidade, como bem preleciona o Des. José Conrado Kurtz de Souza em seus votos sobre a matéria.

A comparação que aqui peço vênia para fazer, tão-somente a título ilustrativo, é a de nossa legislação com o Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch StGB), em que semelhante tipificação (§ 176, I, StGB) à do supramencionado artigo 217-A de nosso Código Penal Brasileiro, traz mínimo e máximo entre 6 meses e 10 anos de prisão.

Aliás, a comparação pode-se também fazer com a realidade legislativa da Espanha e Argentina, países em que a tipificação de condutas, nos crimes sexuais, é mais variada e específica do que no Brasil.

(TJRS; ACr 366412-97.2018.8.21.7000; Canoas; Sétima Câmara Criminal; Rei. Des. Carlos Alberto Etchevern; Julg. 25/04/2019; DJERS 11/06/2019)"

Não se desconhece a existência de julgados que tenham afastado a desclassificação para a modalidade tentada, mas o Direito Penal é do fato e no caso telado temos: **a) prática de crime contra a dignidade sexual em local aberto, ocorrido na presença de outra criança, fator *per si* inibidor de conduta maior; b) réu e vítima vestidos c) ocorrência apenas de apalpação na área genital sem qualquer tipo de penetração.**

A Súmula 593, do STJ não impede a desclassificação para a modalidade tentada, uma vez que a *ratio decidendi* diz respeito ao consentimento da vítima.

Importa ressaltar que o ato praticado pelo apelante não deixará de ser punido, mas na medida do ocorrido, pois não há que se dizer que o ato de passar a mão nos órgãos genitais tenha a mesma gravidade de uma conjunção carnal.

Observe-se que "A diferença entre a gravidade da conduta consistente na prática de coito anal ou oral e o beijo lascivo ou a apalpada nas partes íntimas é tão evidente que a atribuição de sanção idêntica é desarrazoada e desproporcional. (TJMG; APCR 1.0481.06.057571-1/0011; Patrocínio; Quinta Câmara Criminal; Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho; Julg. 03/03/2009; DJEMG23/03/2009).

"Portanto, *ex officio*, opero a desclassificação do delito para a modalidade Tentada, aplicando a fração de 1/2 (metade).

II. Não incidência da Súmula n. 7 do STJ

Pela leitura dos trechos transcritos, percebe-se claramente que é incontroversa a prática deliberada e intencional de atos libidinosos contra a ofendida, fatos esses devidamente delineados para o reconhecimento da ocorrência de todos os elementos contidos no art. 217-A do Código Penal: **o réu**

sentava a vítima em seu colo e passava a mão em seu corpo, inclusive nos órgãos genitais – e a menoridade da ofendida – 8 anos de idade à época dos fatos.

Atento à constante aplicação do enunciado da Súmula n. 7 do STJ nas hipóteses em que o recurso especial ataca acórdão que afirma não haver, ou haver, dolo na conduta do agente para determinado fim ilícito, entendo que, no caso do delito em comento, todavia, outro não é o dolo do agente, reconhecido pelas instâncias ordinárias, ao praticar atos como os descritos nestes autos, senão o de satisfazer a sua lascívia. **O Tribunal de origem expressamente reconhece "que restaram comprovados os abusos praticados pelo réu contra a menor Ellen"** (fl. 260).

Vale dizer, em determinados crimes, a conduta do agente pode ensejar dúvida quanto ao objetivo pretendido, e, para a aferição da finalidade, imperioso se faz o exame do arcabouço probatório colacionado aos autos. Entretanto, esse não é o caso dos autos que, após o reconhecimento de todos os elementos do tipo dispostos no art. 217-A do Código Penal, conclui-se que os atos praticados pelo réu não pode ter o mesmo tratamento destinado a atos libidinosos mais graves.

A própria conclusão esposada no acórdão impugnado, acima destacada, deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que o delito foi perpetrado; não há, por conseguinte, a necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório acostado aos autos. Aplicar-se-ia a Súmula n. 7 desta Corte caso houvesse controvérsia em torno dos fatos ou se imperiosa fosse a revisão probatória para a confirmação do que foi relatado pela Corte de origem. Trata-se, portanto, de conferir outro enfoque, ou seja, outro valor à narrativa dos fatos (devidamente comprovados pelo Tribunal de origem), e não da efetiva imprescindibilidade de se reavaliarem as provas colacionadas, para entender que está, sim, configurada a vontade de agir do art. 217-A do Código Penal.

Este Superior Tribunal, em casos de similares crimes contra a dignidade sexual, afastou a Súmula n. 7 desta Corte. Confiram-se: REsp n. 736.346/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJ 20/3/2006; REsp n. 1.105.360/SC, Rel. Ministro

Felix Fischer; 5ª T., DJe 17/8/2009; REsp n. 1.580.298/GO, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 24/5/2016 e REsp n. 1.561.653/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 24/5/2016.

III. Violação do art. 217-A do Código Penal

Ultrapassado o afastamento do enunciado sumular n. 7 desta Corte Superior, registro que a controvérsia se resume ao alcance da expressão "atos libidinosos diversos da conjunção carnal" para configuração do crime do art. 217-A do Código Penal.

Ao considerar os atos perpetrados pelo réu e descritos no acórdão – **sentar a criança de 8 anos em seu colo e passar as mãos em seu corpo, inclusive nos órgãos genitais** – de menor gravidade, a instância antecedente optou por não condenar o réu pela prática do referido delito, ao fundamento que **"não há como, no caso concreto, considerar uma apalpação, no órgão genital da vítima, estando o apelante totalmente vestido, como estupro consumado"** (fl. 260).

Entendo que, ao assim proceder, a Corte de origem negou vigência à redação do art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt: "libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem, que envolve também a conjunção carnal" (*Tratado de Direito Penal 4* : Parte Especial - Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52).

Ainda, sobre o delito em comento, na lição de André Estefam:

Cuida-se de crime de forma livre, que admite, portanto, qualquer meio executório (inclusive a fraude). Não importa, ademais, se houve ou não consentimento para a prática do ato sexual. Se o agente se utilizar de violência ou grave ameaça contra a vítima, deverá tal circunstância ser considerada na dosagem da pena. [...] Atos libidinosos (diversos da conjunção carnal) são aqueles que tenham natureza sexual, como a felação, o coito anal, o beijo em partes pudendas, as carícias íntimas etc. Em nosso sentir, basta a

natureza objetiva do ato; a lei não exige que o autor do fato busque satisfazer sua lascívia" (*Crimes Sexuais*, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 64-65).

Destaco que foi vontade do Constituinte e do legislador infraconstitucional punir com maior rigor os atos libidinosos praticados contra vulnerável, como no caso dos autos.

Na lição de Rogerio Sanches Cunha, nos delitos sexuais, "precisa o aplicador aquilatar o caso concreto e concluir se o ato praticado foi capaz de ferir ou não a dignidade sexual da vítima" (*Direito Penal – Parte Especial*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 250).

Consoante já consolidado por esta Corte Nacional: "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, 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 T., DJe 21/3/2012)

Nesse contexto, 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, conforme já definido por esta Corte Superior; por isso, não há que falar em tentativa.

Ilustrativamente:

[...]

1. A controvérsia atinente ao inadequado reconhecimento da tentativa do crime de estupro de vulnerável prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.
2. Nega-se vigência ao art. 217-A, c/c art. 14, II, ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (criança de 7 anos de idade), se reconhece a tentativa do delito, ao fundamento de que a consumação do crime em comento se dá tão somente com a efetiva prática do sexo oral ou anal.
3. Recurso conhecido e parcialmente provido, a fim de reconhecer

a forma consumada do crime de estupro de vulnerável praticado pelo recorrido, readequando a pena para 8 anos de reclusão, mantido o regime semiaberto.

(REsp n. 1.583.349/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 2/5/2016, destaquei)

[...]

2. Quanto ao recurso do Ministério Público, a controvérsia cinge-se à (im)possibilidade de reconhecer a tentativa do crime de estupro de vulnerável, com base na moldura fática descrita no acórdão recorrido, para o que é suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados pelo Tribunal a quo.

3. Nega-se vigência ao art. 217-A, c/c o art. 14, II, ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (criança de 9 anos de idade), se reconhece a tentativa do delito.

4. Recurso defensivo não conhecido. Recurso ministerial conhecido e provido, a fim de reconhecer a forma consumada do crime de estupro de vulnerável praticado pelo acusado e, por conseguinte, restabelecer a pena a ele imposta na sentença de primeiro grau.

Ordenada a expedição de ofício ao Juízo de primeiro grau para execução imediata da pena.

(REsp n. 1.676.380/RO, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 29/8/2017, grifei).

Ressalto, por fim, que, em se tratando de vítima menor de 14 anos, como no caso dos autos, 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.

Preceitua o art. 34, "b", da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução n. 44/25 da ONU, em 20/11/1989, e internalizada no ordenamento jurídico nacional, mediante o Decreto Legislativo n. 28/90, *in verbis*:

Os Estados-partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-parte tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: [...] b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; [...]

Logo, deve ser restabelecida a consumação do estupro de vulnerável.

IV. Readequação da pena

Passo à dosagem da pena, para a qual adoto os parâmetros estabelecidos no acórdão recorrido.

A pena-base foi fixada em 8 anos de reclusão. Na segunda fase, houve a **compensação entre a atenuante prevista no art. 65, I, do CP** – por ser o réu maior de 70 anos na data da sentença – **com a agravante prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal** – por ter se prevalecido de relações de hospitalidade –, bem como o **agravamento da pena em 1/6, em razão da reincidência**, o que perfaz a reprimenda de **9 anos e 4 meses de reclusão**. Na terceira fase, **afastada a tentativa**, persiste apenas a **continuidade delitiva**, que foi aplicada na **fração de 1/5** e torna definitiva a sanção em **11 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão**.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial a fim de condenar o réu pela forma consumada do delito de estupro de vulnerável e fixar-lhe a pena de 11 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2021.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator