

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.859.198 - GO (2020/0017368-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**  
**RECORRIDO** : **JIB**  
**ADVOGADO** : **LIDIANE GOMES E OUTRO(S) - GO046319**

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 215-A E 217-A, AMBOS DO CP. ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA DO RECORRIDO PARA O CRIME TIPIFICADO NO ART. 215-A DO CP. AO FUNDAMENTO DE MENOR GRAVIDADE DA CONDUTA. ILEGALIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL RECONHECIDOS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA RESTABELECIDADA. PARECER ACOLHIDO.  
Recurso especial provido nos termos do dispositivo.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial, fundado no art. 105, III, a, da Constituição Federal, interposto pelo **Ministério Público de Goiás** contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local no julgamento da Apelação Criminal n. 490512-98.2011.8.09.0115, assim ementado (fl. 412):

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. VULNERÁVEL. PREQUESTIONAMENTO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. RETROATIVIDADE DA NOVA LEI. DÉ OFÍCIO. NOVA DOSAGEM DA PENA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. 1 - O prequestionamento deve ser aceito, tão somente, para efeito de constituir requisito de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário, observada a legislação constitucional e infraconstitucional. 2 - Nos crimes praticados contra a dignidade sexual, em razão de seu caráter clandestino, a palavra da vítima assume papel de singular relevância na convicção do julgado, especialmente quando coerente com as demais provas produzidas no processado. 3 - De ofício, operada a desclassificação para o novel tipo penal de importunação sexual, previsto no artigo 215-A, do CP, em observância ao princípio da proporcionalidade, bem ainda em atenção à retroatividade da lei penal mais benéfica (artigos 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do CPP). 4 - Declara-se a extinção da punibilidade pela prescrição se ultrapassado o lapso prescricional. Apelação conhecida e desprovida. De ofício, operada a desclassificação para o crime do artigo 215-A, do Código Penal e reconhecida a prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Nas razões, o órgão ministerial suscitou violação dos arts. 215-A e 217-A, ambos do Código Penal, aduzindo, em síntese, que a moldura fática

delineada no acórdão, qual seja, a prática de ato libidinoso contra criança, é tipificada no art. 217-A do CP, sendo ilegal a desclassificação da conduta para o tipo penal previsto no art. 215-A do mesmo diploma legal (fls. 432/442).

A Corte de origem admitiu o recurso (fls. 449/451).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do reclamo (fls. 465/468):

[...]

O apelo excepcional cumpre os requisitos de admissibilidade, estando prequestionado o dispositivo apontado como violado. Ademais, o exame da controvérsia não demanda o reexame do conjunto fático-probatório, visando apenas à reavaliação jurídica dos fatos delineados no acórdão recorrido.

A controvérsia ora posta cinge-se em saber se a conduta criminosa do recorrido se amolda ao tipo penal previsto no art. 215-A ou no art. 217-A ambos do CP.

O art. 217-A do CP dispõe que caracteriza estupro de vulnerável “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

O art. 213 do CP tipifica o estupro como a conduta de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Já o art. 215-A do CP – introduzido pela Lei n. 13.718/2018 – dispõe que configura importunação sexual “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

Como se pode observar, a diferença essencial entre o crime de estupro (arts. 213 e 217-A) e o de importunação sexual (art. 215-A), é o emprego de violência ou grave ameaça contra vítima, considerando que, quando se está diante de estupro de vulnerável, a violência é presumida de modo absoluto.

No caso dos autos, colhe-se do acórdão que o recorrido, “passou a mão e apertou, por duas vezes, os seios da ofendida, que, na época, tinha apenas 10 anos de idade.

Vale esclarecer, ademais, o contexto em que se deu a prática dos atos libidinosos: a vítima retornava da escola quando foi abordada pelo recorrido na via pública, o qual lhe ofereceu um estojo de maquiagem, condicionando a entrega do presente ao deslocamento de ambos a outro local. Diante da recusa da vítima, o réu pegou e apertou os seios da vítima, que, assustada, correu em direção à sua casa.

Fixada essa premissa fática, o Tribunal de origem entendeu que os atos libidinosos caracterizam apenas importunação sexual, pois o ato praticado pelo recorrido não estaria revestido da lesividade exigida pelo art. 217-A do CP, de modo que, à luz do princípio da razoabilidade, exige-se “menor severidade na sua repressão, sob pena de deflagrar punição abusiva” (f. 420).

O acórdão recorrido contraria a literalidade do dispositivo legal, o qual tipifica como estupro a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos. E não poderia ser diferente, pois, ao passar a mão nos seios da vítima e apertá-los, o recorrido violou a dignidade sexual da menor, ou seja, o bem jurídico protegido pela norma fora violado.

Não se olvide que o tipo penal em evidência visa a proteger de forma

integral a criança vítima do estupro, tanto que sequer exige a prática de violência ou grave ameaça para a caracterização do delito, pois se trata de violência presumida. Ora, se o legislador tivesse optado por tipificar apenas a conjunção carnal, não teria inserido o tipo alternativo "praticar outro ato libidinoso". Houve aqui claro propósito em se reprimir qualquer conduta tendente a violar a liberdade sexual da vítima.

Assim, tem-se que o TJPR atuou como verdadeiro legislador negativo, pois ignorou os termos da lei para, mediante uma aplicação equivocada do princípio da razoabilidade, afastar a aplicação da legislação penal. Ademais, a errônea aplicação do princípio da proporcionalidade pelo TJGO importou proteção deficiente ao bem jurídico tutelado pela norma penal, que é a proteção integral da dignidade sexual do menor de 14 anos.

Nessa linha de entendimento, é o assente entendimento do STJ, conforme se verifica a seguir:

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.

(STJ: AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1/3/2019)

Dessa forma, estando demonstrada a negativa de vigência ao art. 217-A do Código Penal, o recurso especial deve ser provido, a fim de que seja

restabelecida a condenação nos termos da sentença.  
[...]

É o relatório.

Com razão o parecerista. De fato, a insurgência merece acolhida.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o delito de estupro, unificado ao atentado violento ao pudor na atual redação dada pela Lei n. 12.015/2009, resta consumado quando da 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** (REsp n. 1.642.083/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 11/4/2017). No mesmo sentido, confira-se: AgRg no AREsp n. 1.256.124/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/9/2018.

Especificamente acerca do art. 215-A do CP, é firme o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior no sentido da **impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que o referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos** (AgRg na RvCr n. 4.969/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 1º/7/2019).

No caso, **as instâncias ordinárias reconheceram a existência de prova suficiente de que o recorrido praticou atos libidinosos contra criança**. Eis o que o consta do acórdão (fls. 417/418):

[...]

Da narrativa apresentada por A.V.C.S. em juízo, extrai-se que ela tinha nove anos de idade na época do fato e voltava da escola para casa, quando foi abordada por um homem oferecendo maquiagem, tendo ela respondido que não tinha dinheiro, mas que gostava. Em seguida, o acusado pegou em seus seios por duas vezes, momento em que a vítima se apressou, usando sua bicicleta e foi embora. Chegou em casa e contou o ocorrido para sua genitora (mídia de fl. 144).

Por sua vez, Joana D'Arc Fernandes de Oliveira, conselheira tutelar, relatou que foi chamada pela polícia, a fim de que acompanhasse a menor

até a autoridade policial e ressaltou que esta chorava muito. Ouviu do depoimento da vítima que o acusado havia lhe oferecido um estojo de maquiagem, depois pegou em seus seios e a indagou onde morava (mídia de fl. 144).

Corroborando as declarações, Sebastião Nunes Fernandes, policial militar, sustentou que a mãe da ofendida solicitou os policiais porque uma pessoa havia oferecido algo à sua filha, tendo esta chegado em casa chorando e dizendo que o acusado mexeu com ela. Ao final, disse que A.V.C.S., na delegacia, estava em choque.

Apura-se das declarações de A.V.C.S. e dos relatos das testemunhas do processo a veracidade do fato, sobretudo porque coerentes e coesos, um complementando o outro.

[...]

Assim, ao desclassificar a conduta, o acórdão dissentiu da orientação sedimentada nesta Corte, sendo o caso, pois, de cassar o aresto e restabelecer a condenação fixada na sentença.

Ante o exposto, acolhendo o parecer e à vista dos precedentes, **dou provimento** ao recurso especial para cassar o acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 490512-98.2011.8.09.0115, restabelecendo a sentença que condenou o recorrido – como incurso no art. 217-A, *caput*, do Código Penal – à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto (Ação Penal n. 201104905129, da Vara Criminal da comarca de Orizona/GO).

Publique-se.

Brasília, 27 de fevereiro de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator