HABEAS CORPUS Nº 478.310 - PA (2018/0297641-8)
RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : ANAMARIA PRATES BARROSO
ADVOGADO : ANAMARIA PRATES BARROSO - DF011218
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
PACIENTE : A M C (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

A. M. C. alega sofrer constrangimento ilegal em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, nos autos da Apelação n. 0011261-46.2017.814.0051.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 22 anos, 8 meses e 13 dias de reclusão, em regime fechado, pela prática dos delitos descritos nos arts. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e 241-A da Lei n. 8.069/1990, em concurso material.

Interposta apelação defensiva, a Corte de origem negou provimento ao recurso, para manter a sentença em todos os seus termos.

Nas razões desta impetração, a defesa sustenta a atipicidade dos delitos de estupro de vulnerável, uma vez que não houve contato físico entre o réu e as ofendidas. Para tanto, afirma que "restou comprovado pela instância ordinária que o paciente em nenhum momento teve contato corpóreo com as vítimas, sendo que sua conduta era de apenas de solicitar as corrés o envio das fotos [...]" (fl. 8).

Ainda, alega que "a jurisprudência firmou o entendimento de que o ato libidinoso referido no tipo penal do artigo 217-A se amolda com o contato físico entre autor e vítima, sendo que meras condutas de importunação não podem ser classificadas como crime de estupro de vulnerável, uma vez que não há ocorrência de vilipêndio ao bem jurídico tutelado na norma, a saber, dignidade sexual" (fl. 14).

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja **cassada** "a condenação imposta pela autoridade coatora em face do paciente, uma vez que **a conduta por este praticada é de toda insuficiente para ofender a dignidade sexual das vítimas**, bem como insuficiente para subsumir as elementares previstas no artigo 217-A do Código Penal" (fl. 15,

grifei).

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 98-100 e 101-113.

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 115-120, opinou pela denegação da ordem.

HABEAS CORPUS Nº 478.310 - PA (2018/0297641-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. CONTATO FÍSICO DIRETO. PRESCINDIBILIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA POR MEIO VIRTUAL. SUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. É pacífica a compreensão, portanto, de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional.

2. Doutrina e jurisprudência sustentam a prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, a fim de priorizar o nexo causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida.

3. No caso, ficou devidamente comprovado que o paciente agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido. Assim, as incitou à prática dos atos de estupro contra as infantes (uma de 3 meses de idade e outra de 2 anos e 11 meses de idade), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplação lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do art. 217-A do Código Penal.

4. Ordem denegada.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

A denúncia assim descreve, resumidamente, os atos praticados pelo paciente:

> Após a devida análise das conversas mantidas entre os denunciados, gravadas e entregues a autoridade policial (fl. 288), cujo arquivo foi

devidamente periciado (fls. 178/287), constatou-se que **os acusados, além de terem produzido, enviado e armazenado imagens envolvendo cenas contendo pornografia infantil, praticaram atos libidinosos com as crianças [H.] e [B.], voltados a satisfazer seus intentos lascivos.**

Durante vários momentos do dialogo mantido entre [O.] e [A], são enviadas fotos, pela mãe da menor para o denunciado, nas quais o órgão genital da criança [H.] é exibido.

Não obstante, **a pedido de [A.], [O.] chega a fazer sexo oral na própria filha, filmando e enviando o arquivo a ele.**

[...]

No diálogo, mantido no dia 03/06/2017, vê-se, claramente, que **[A.] pede para [O.] mandar fotos da genitália de [H.], o que foi feito pela mãe da criança, que abre com as mãos a vagina da própria filha e a fotografa, encaminhando, em seguida, a imagem para [A.]**.

Não obstante, ainda durante a interação entre os denunciados, [A.] propõe a [O.] e que mantivessem relações com uma outra mulher e uma outra criança, tratando-se estas da denunciada [D. M.] e da vítima [B. L.]. Nesse momento, **[A.] encaminha para [O.] fotos da genitália da menor [B], em cujas imagens [D.] está abrindo, com as mãos, o órgão sexual da infante**. Neste instante, é possível se perceber, ainda, que **[A.] e [D.] praticaram atos libidinosos com a mencionada criança**.

[...]

Já no dia 10/06/2017, em outra conversa mantida entre [A.] e [O.], os denunciados indicam que praticaram atos libidinosos com [H.], voltados a satisfazer sua abominável lascívia.

[...]

Já no dia 10/06/2017, em outra conversa mantida entre [A.] e [O.], **os denunciados indicam que praticaram atos libidinosos com [H.], voltados a satisfazer sua abominável lascívia**.

[...]

Na conversa, é facilmente observado, **além das imagens de cunho pornográfico da menor [B.], enviadas por [D.] a [A.], que a mencionada denunciada praticava atos libidinosos com a criança a pedido do acusado**: (fls. 76-84, destaquei).

O Juízo de primeiro grau entendeu pela materialidade dos delitos, sob a seguinte motivação:

Desse modo, os relacionamentos extraconjugais de [A.] rapidamente foram amadurecendo ao ponto de o réu conquistar em pouco tempo a confiança absoluta das rés, fazendo com que estas não medissem esforços para **contemplar sua lascívia**, nem que para isso fosse necessário submeter crianças a mais vil das situações.

[...]

Logo, com o controle da situação, o réu encontrou facilidade para induzir as rés a atos de grande repulsa, **como enviar fotos e vídeos praticando atos libidinosos com [H. M. F. F.], bebê de apenas 03 (três) meses de vida, filha de [O.], e [B. L. R. V.], criança de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses, que por algum tempo foi cuidada por [D.] quando esta era sua babá**.

As provas carreadas aos autos dão conta da prática pelos réus de crimes que atentam contra dignidade sexual e integridade moral de crianças, sendo que **as condutas de [A.] se destacam pela condição de senhor dos fatos, ante o poder de influência que já detinha sobre as rés**.

[...]

A manifestação de desejo pela infante só aumentava no decorrer dos diálogos, **chegando ao ponto de combinarem uma ida ao motel que envolvia [A.], [O.] e sua filha de poucos meses de vida.**

Sobre estes fatos tratarei mais adiante.

Em meio às interações no aplicativo, **a pedido de [A.], [O.] produz e envia foto abrindo a vagina da filha, enquanto o réu dizia ficar muito excitado ao vê-la, demonstrando intenção de cometer ato libidinoso com a infante.**

Cumpre destacar que em uma das conversas, **o réu pede a [O.] para fazer sexo oral na própria filha e em seguida enviar as fotos do ato a ele (fls. 222/223 do IPL), intento este atendido pela ré**.

[...]

Ademais, **outra foto que também mostra toque íntimo com teor puramente sexual na genitália da infante é possível ver à fl. 55 do IPL e 318 dos autos principais. A intenção lasciva do toque o inclui no conceito de ato libidinoso, conforme preconiza a doutrina do penalista Cléber Masson** em sua obra Direito Penal Esquematizado, parte especial, Vol. 3, p. 68: [...] Atos libidinosos, por outro lado, são revestidos de conotação sexual, com exceção da conjunção carnal, tais como sexo oral, anal, os toques íntimos, a introdução de dedos ou objetos na vagina, a **masturbação** etc.. (Grifo Nosso).

Noutro vértice, no que concerne ao seu enlace proibido com a ré [D.], [A.] conduziu um relacionamento cujo interesse maior no início também se encontrava velado, oculto, mas que aos poucos foi sendo

revelando durante as conversas. Isto é percebido quando ele passa a insistir que [D.] pratique atos libidinosos em [B.].

A propósito, **na grande maioria das vezes ao se referir às menores, o réu revezava entre termos obscenos e vulgares do tipo minha putinha ou minha safadinha**, e o que é pior, as rés não esboçavam nenhuma contrariedade a tal comportamento, pelo contrário, deleitavam-se com a situação condescendentemente.

Sem perder o raciocínio anterior, lançando mão de idêntico *modus operandi*, o réu durante suas conversas íntimas com a ré [D.] pedia de forma maliciosa fotos da ré praticando atos libidinosos na menor [B.], perfídia consumada quando a menor estava sob os cuidados daquela, conforme se nota às fls. 198/204 dos autos. Nelas (fotos enviadas) **é perceptível o teor erótico dos toques íntimos na genitália da menor, bem como quando [D.] simulava a amamentação da infante, contemplando, com isso, a lascívia de ambos naquele momento**.

Assim, denota-se o ponto nevrálgico que foi a participação de [A.] para a consumação dos crimes, uma vez que não se limitava a induzir as rés a cometer os atos nas infantes, ele também tranquilizava e até sugeria, no caso de [D.], como esta poderia agir se [B.] falasse algo, vide trechos dos diálogos às fls. 246/247, transcritos *ipsis litteris*:

[...]

O réu, em que pese não cometer o núcleo do tipo penal, tem uma conduta tão relevante quanto àquelas perpetradas pelas corrés. Justifica-se o instituto da codelinquência além da pluralidade de agentes culpáveis, pela relevância causal das condutas para a produção do resultado, pelo vínculo subjetivo estabelecido (nexo psicológico), pela unidade de infração penal para todos os agentes e ante a existência de fato punível.

O panorama dos fatos se desenha da seguinte forma: [A.], embora não responsável pelo núcleo do tipo penal sob análise, tinha a situação controlada para uma investida procaz no sentido de **realização de seus desejos sexuais**, podendo, então, nesse contexto, ser classificado como autor intelectual, vale dizer, aquele que planeja mentalmente a conduta criminosa.

Não obstante tal consideração, a doutrina e jurisprudência majoritária entendem que em tais situações o **autor intelectual** é partícipe, pois ainda prevalece a teoria objetivo-formal no instituto jurídico do concurso de agentes, onde o autor é quem pratica o verbo do tipo penal, sendo partícipe, por outro lado, quem de qualquer modo concorre para o crime material ou intelectualmente, sem praticar o núcleo do tipo.

Como partícipe, houve no réu um propósito de colaborar para a

> conduta criminosa de [O.] e [D.], isto é, ele contribuiu moralmente de forma decisiva ao induzir por várias vezes as rés a praticarem atos libidinosos nas vítimas, fazendo surgir em suas mentes a malsinada vontade criminosa.
> Tal qualificação jurídica o deixa passível de responsabilização criminal por sua conduta praticada, vez que o art. 29, *caput*, do CPB, filiou-se, no quesito unidade de crime, à teoria unitária ou monista, na qual todos os que concorrem para um crime, por ele respondem, ou seja, há pluralidade de agentes e unidade de crime.
> [...]
> **Não bastasse o cometimento do crime de estupro de vulnerável por [A.] com sua participação punível, existiu um episódio lamentável em que o réu e [O.] vão ao motel e levam consigo a pequena [H.]**.
> A primeira evidência desse fato foi descoberta por [R.] (companheira do réu à época) ao vasculhar o celular de [A.], onde ali percebeu indícios daquilo que já parecia ter ocorrido: **um encontro sexual envolvendo o réu, [O.] e uma criança em um motel da cidade**.
> [...]
> Ainda sobre o episódio do motel, à defesa não assiste razão arguir a tese de que não houve efetivamente um contato físico entre ele e a infante, e que por isso o crime do art. 217-A deveria ser afastado para dar lugar à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP).
> Ora, **tanto para crime de estupro, na forma do art. 213, como para estupro de vulnerável, no modelo do art. 217-A, não há necessidade de contato físico entre agente e vítima, podendo ser cometido o crime até virtualmente, segundo algumas decisões atuais de nossa jurisprudência**. Sobre o assunto, as lições retiradas da obra do ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci se mostram aclaradoras (Código Penal Comentado, 17ª ed., 2017, p. 685): (fls. 18-22, grifei).

A Corte local, por sua vez, confirmou a condenação, nos seguintes termos:

> DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART. 65, DO DEC-LEI Nº 3.638/41.
> Analisando com acuidade as provas produzidas nos autos, verifica-se que a conduta praticada pelo acusado não se subsume aos verbos descritos no tipo do art. da, quais sejam, "molestar" ou "perturbar".
> Consoante as provas periciais e orais produzidas durante a instrução

processual, constatou-se que o apelante praticou, os crimes de estupro de vulnerável contra as vítimas menores H.M.F.F de apenas 03 (três) meses de idade, filha da Apelante [O. F. E.] e B.L.R.V, de apenas 02 (dois) anos e 11 (meses), quando estava na casa da apelante [D. S. D. S.], pois a genitora da criança, [G. R.V.] deixava aos seus cuidados para poder ir trabalhar.

O apelante [A. M. C.], **não se limitou em participar dos atos libidinosos praticados por [O. F. E.], por meio de conversas de seu celular, uma vez que conseguiu convencer [O.] para ir ao motel levando a criança e naquele local praticou diretamente atos libidinosos contra a infante H.M.F.F, situação devidamente comprovada pelas conversas contidas nos autos e pelos depoimentos prestados judicialmente, que analisados conjuntamente demonstram com clareza que [A. M. C.] ejaculou no rosto de uma criança de apenas 3 (três) meses de vida.**

O apelante [A. C.] pedia a [O.] para fazer sexo oral na própria filha e em seguida enviar as fotos do ato a ele (fls. 222/223 do IPL), o que foi atendido pela ré [O.]. Obviamente a foto em questão foi excluída após ser recebida por [A.], como é possível atestar pela filmagem da conversa feita por [R.], na qual aparece a imagem pornográfica de forma borrada.

[...]

Em meio às interações no aplicativo (whatzapp), a pedido de [A.], [O.] produzia e envia fotos abrindo a vagina da própria filha, enquanto o réu dizia ficar muito excitado ao vê-la, praticando atos libidinosos com a infante.

Agindo com idêntico *modus operandi*, o apelante [A.] em suas conversas íntimas com a também apelante [D.] pedia de forma maliciosa fotos da mesma praticando atos libidinosos na menor B.L.R.V, **fato que se consumava quando a menor estava sob os cuidados de [D.], conforme se nota às fls. 198/204 dos autos.**

As atitudes praticadas por [D.] eram praticadas por meio do induzimento direto do apelante [A.], que consistia em toques íntimos na genitália da menor, contemplando, com isso, a lascívia de ambos naquele momento.

Ademais, verifica-se que o apelante **[A. C.] tinha o total controle de toda situação, encontrando fragilidade e muita facilidade para induzir ambas para praticarem atos libidinosos contra duas crianças indefesas, conforme restou amplamente comprovado nos autos.**

Assim, REJEITO a tese de desclassificação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, do CPB) para o art. 65 da Lei das contravenções penais (fls. 42-43, destaquei).

De acordo com as informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau, "O réu foi preso preventivamente em 29/06/2017, sendo que, atualmente continua encarcerado em cumprimento de pena" (fl. 100).

II. Art. 217-A do Código Penal – configuração

A defesa insiste na atipicidade da conduta, haja vista que "a condenação imposta pela autoridade coatora em face do paciente, uma vez que **a conduta por este praticada é de toda insuficiente para ofender a dignidade sexual das vítimas**, bem como insuficiente para subsumir as elementares previstas no artigo 217-A do Código Penal" (fl. 14, grifei). Isso porque não houve **contato físico** direto entre o autor e as ofendidas nos atos descritos na exordial acusatória.

Pela simples leitura dos trechos transcritos, percebe-se claramente que são **incontroversas a prática deliberada e intencional de atos libidinosos em desfavor das ofendidas, e as suas respectivas menoridades.**

As instâncias de origem **delinearam e reconheceram a ocorrência de todos os elementos contidos naquele dispositivo do Código Penal, com destaque à qualidade de partícipe do réu, diante da autoria intelectual dos delitos, bem como da prescindibilidade de contato físico direto para a configuração dos crimes.**

Primeiramente, cumpre lembrar breves lições usualmente citadas nos casos em que se pretende a desclassificação da conduta relativa ao estupro de vulnerável para a forma tentada ou para as contravenções dos arts. 61 e 65, ambos do Decreto-lei n. 3.188/1941, ou até mesmo a absolvição.

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; alei não exige que o autor do fato busque satisfazer sua lascívia" (Crimes Sexuais, São Paul: Saraiva, 2019, p. 64-65).

Percebe-se que foi a vontade do constituinte e do legislador infraconstitucional punir com maior rigor os atos libidinosos cometidos contra vulnerável, **como no caso dos autos, menores que, na época, contavam 3 meses e 2 anos e 11 meses de idade.**

É pacífica a compreensão, portanto, de que **o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional**. Confira-se:

> [...]
> III - Considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal somente as hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco o da doutrina e da jurisprudência, acerca do tema.
> IV - Conforme 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 Junior**, 6ª T., DJe 21/3/2012).
>
> V - A contravenção penal descrita no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de perturbar a tranquilidade de outrem.
> VI - Nega-se vigência ao artigo 214, c.c. o artigo 224, "a" (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), quando se desclassifica o delito para a referida contravenção, como na hipótese dos autos, em que, conforme

> descrito no acórdão a quo, o réu manipulou a vagina da vítima - que contava, à época, 7 anos de idade.
> VII - 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.
> VIII - Agravo Regimental não provido.
> (**AgRg no REsp n. 1.371.413/DF**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 8/9/2014).

O caso dos autos discute, especificamente, **a possibilidade de não tipificação das condutas narradas em virtude da ausência de contato físico entre o agente e as vítimas**.

De início, entendo estar fora de discussão o fato cuja descrição evidencia interação sexual do paciente com a vítima de apenas 3 meses de idade em um motel, circunstância que se amolda perfeitamente nas digressões feitas anteriormente. Isso porque, conforme explicitado pelo Tribunal de origem:

> O apelante [A. M. C.], **não se limitou em participar dos atos libidinosos praticados por [O. F. E.], por meio de conversas de seu celular, uma vez que conseguiu convencer [O.] para ir ao motel levando a criança e naquele local praticou diretamente atos libidinosos contra a infante H.M.F.F, situação devidamente comprovada pelas conversas contidas nos autos e pelos depoimentos prestados judicialmente, que analisados conjuntamente demonstram com clareza que [A. M. C.] ejaculou no rosto de uma criança de apenas 3 (três) meses de vida**" (fls. 42-43, grifei).

Em relação aos demais atos, a despeito das alegações trazidas pela defesa, filio-me à doutrina e à jurisprudência que sustentam a **prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, em favor de priorizar o nexo causal entre o ato praticado pelo réu, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida.**

Exemplificativamente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE ESTUPRO QUALIFICADO - VÍTIMA MENOR DE 18 ANOS - NA MODALIDADE TENTADA (ART. 213, § 1º, IN FINE, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. **PRESCINDIBILIDADE DO CONTATO FÍSICO ENTRE O AGENTE E A VÍTIMA**. PRECEDENTES E DOUTRINA. REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CPP ATENDIDOS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. **Em situações excepcionais, tem-se que o crime de estupro pode se caracterizar, inclusive, em situações nas quais não há contato físico entre o agente e a vítima. "A maior parte da doutrina penalista pátria orienta 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 irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido"** (RHC 70.976/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 2/8/2016, DJe de 10/8/2016)

5. Na hipótese, não há se falar em inépcia da denúncia que, em conformidade com os requisitos do art. 41 do CPP, descreve a conduta do réu que - valendo-se dos novos meios de abuso sexual de menores que a tecnologia proporciona, notadamente **por meio das redes sociais -, de posse das fotografias íntimas da vítima, as quais teriam sido "rackeadas" por ele, passou a intimidá-la para com ela ter relações sexuais, ameaçando divulgar as suas fotografias de nudez caso a sua proposta não fosse atendida.**

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(**HC n. 611.511/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 15/10/2020, grifei).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. **CONTEMPLAÇÃO LASCIVA DE MENOR DESNUDA. ATO LIBIDINOSO CARACTERIZADO**. TESE RECURSAL QUE DEMANDA

REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

O Parquet classificou a conduta do recorrente como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado contra vítima de 10 anos de idade. Extrai-se da peça acusatória que as corrés teriam atraído e levado a ofendida até um motel, onde, mediante pagamento, o acusado teria incorrido na contemplação lasciva da menor de idade desnuda.

Discute-se se a inocorrência de efetivo contato físico entre o recorrente e a vítima autorizaria a desclassificação do delito ou mesmo a absolvição sumária do acusado.

A maior parte da doutrina penalista pátria orienta 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 irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.

O delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. **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.**

[...]

Recurso desprovido (**RHC n. 70.976/MS**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 10/8/2016, destaquei).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ART. 214, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONTATO FÍSICO ENTRE O AGENTE E A VÍTIMA. DESNECESSIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA. CONSUMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. De acordo com o novel entendimento consagrado por esta 5ª Turma, à unanimidade de votos, em julgamento de caso semelhante, decidiu-se que a "**contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal,**

> **sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido**" (RHC 70.976-MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016).
> 2. No caso concreto, a conduta do agente que, valendo-se de sua condição de conselheiro tutelar, tranca o adolescente nas dependências do Centro de Triagem e lhe ordena, **mediante graves ameaças, que tire toda a roupa e se masturbe (entregando-lhe inclusive uma revista pornográfica, com o escopo de estimular a libido), que faça poses para fotografias de cunho pornográfico e mostre seu órgão genital, além de obrigar a vítima, contra sua vontade, a assistir esse mesmo agente se masturbando, tudo com o propósito de obter a satisfação da lascívia do recorrido, configura, sim, o "ato libidinoso diverso da conjunção carnal" descrito no tipo do art. 214 do Código Penal, em sua modalidade consumada.**
> 3. Recurso especial provido para condenar o réu como incurso nas penas do art. 214, caput, do Código Penal e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que proceda à dosimetria da pena.
> (**REsp n. 1.640.087/MG**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 1º/2/2017, grifei).

Os precedentes apresentados tratam da chamada **contemplação lasciva**, suficiente, segundo eles, para a configuração de ato libidinoso, elemento indispensável constitutivo do delito do art. 217-A do Código Penal. A ênfase recai no eventual **transtorno psíquico que a conduta praticada enseja na vítima e na real ofensa à sua dignidade sexual, o que torna despicienda efetiva lesão corporal física por força de ato direto do agente, como no caso dos autos.**

Embora já fartamente apontado nos precedentes citados, imperioso é o registo da doutrina de Rogério Sanches Cunha, *in "*Manual de direito penal: parte especial". 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 460, sobre a caracterização do ato libidinoso inserto nos arts. 213 e 217-A do Código Penal (destaquei):

> De acordo com a maioria da doutrina, **não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima**, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), **somente para contemplação** (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime- RT 429/380).

Pertinente, também a lição de Cléber Masson, *in Código Penal comentado*, 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; Sao Paulo: METODO, 2014. p. 825 (grifei):

> Na prática de atos libidinosos a vítima também pode desempenhar, simultaneamente, papeis ativo e passivo. Nessas duas últimas condutas - praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso - **é dispensável o contato físico de natureza erótica entre o estuprador e a vítima**.

Ainda, Rogério Greco, ao citar Luiz Régis Prado exemplifica condutas que configuram ato libidinoso como a descrita nos autos (destaquei):

> [...] *fellatio ou irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; **a contemplação lasciva**; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros. (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, v. 2 , p. 601 apud GRECO,Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, v. III. 12a. ed. Niterói: *Impetus*, 2015, p. 468).

No caso aqui discutido, ficou devidamente comprovado que o paciente agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido. Assim, as incitou **à prática dos atos de estupro contra as infantes (ambas menores de 14 anos), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplação lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do art. 217-A do Código Penal.**

A reforçar o pensamento, lembro que, em se tratando de vítima menor de 14 anos, como no caso dos autos, a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, caput, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais.

Com efeito, 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. 28/1990, *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; [...]

No mesmo sentido, o parecer do Ministério Público Federal:

> 10. Ato libidinoso é qualquer ato que satisfaça a libido alheia. **Não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima**, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), somente para **contemplação** (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime), como evidenciou Rogério Sanches Cunha (Manual de direito penal, parte especial, 8º edição, pág. 460).
> 11. Na prática de atos libidinosos, a vítima também pode desempenhar, simultaneamente, papeis ativo e passivo. Nessas duas últimas condutas - praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso é **dispensável o contato físico de natureza erótica entre o estuprador e a vítima como ensinou** Cleber Masson (*Código Penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2014. p. 825) (fls. 118-119, grifei).

Por fim, cumpre registrar precedente em que esta Corte Superior **também já reconheceu a prática do delito de estupro no qual o agente concorre na qualidade de partícipe**, tese que se coaduna com parte da fundamentação lançada pelo Juízo de origem e que, igualmente, se amolda ao caso dos autos. Confira-se:

> PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PRISÃO PREVENTIVA. REVELIA. ART. 366 DO

> CPP. EFETIVAÇÃO DA PRISÃO 11 ANOS, APÓS A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> [...]
> 4. Hipótese em que o recorrente, além de ser o autor de um estupro, **concorreu, na condição de partícipe, para mais duas conjunções carnais com a mesma vítima, tendo como autores seu irmão e um amigo.**
> 5. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a periculosidade do agente, evidenciada no *modus operandi* do delito, é fundamento idôneo para justificar a medida extrema, tendo como escopo o resguardo da ordem pública.
> 6. Recurso não provido.
> (**RHC n. 110.301/PR**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019, grifei).

III. Dispositivo

À vista do exposto, **denego a ordem**.