



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.291 - RS (2016/0242311-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

R.P/ACÓRDÃ : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

O

AGRAVANTE : A D DE Q

**ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO -
RS032676**

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TENTATIVA. ART. 14, II, DO CP. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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 do texto constitucional.

2. É certo que os dispositivos e os princípios constitucionais, caso entendidos como atacados, devem ser objeto de recurso extraordinário, como ocorreu no caso dos autos – motivo pelo qual, inclusive, não se aplicou a Súmula n. 126 do STJ.

3. Entender os princípios em comento como exclusivos de natureza constitucional implica inviabilizar o exame, por este Superior Tribunal, de todas as matérias de dosimetria da pena em que se exija o exercício de ponderação feito pelo julgador, incluindo a análise do art. 14, I e II, do Código Penal, como ocorreu no caso, além de criar filtro de admissibilidade para o recurso especial não amparado pela lei nem pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

4. A adoção dessa conclusão também geraria a desconstrução de todo entendimento firmado para os casos de crimes sexuais, em especial os praticados contra vulneráveis, fruto de intensos e longos debates, a fim de tornar claro que foi vontade do Constituinte e do legislador infraconstitucional punir com maior rigor os atos libidinosos praticados contra vulnerável, como no caso dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Agravo regimental não provido, mantida a decisão que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público, a fim de restabelecer a sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando provimento ao agravo, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Maria Thereza de Assis Moura, e o voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro dando-lhe provimento, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Antonio Saldanha Palheiro. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 14 de março de 2017

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.291 - RS (2016/0242311-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto por **A D de Q** em face da decisão que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público do Rio Grande do Sul (fls. 877/883):

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DOS ARTS 14, I E II, DO CP, E 619 DO CPP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO CONFIGURADA. AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. NOVA DOSIMETRIA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. INSUFICIÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREJUDICADO.

Recurso especial provido.

Alega o agravante que a análise da matéria constitucional caberia exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

Argumenta que o acórdão atacado no recurso especial foi embasado também no princípio da proporcionalidade, como constou expressamente inclusive na ementa transcrita na r. decisão agravada, matéria que, além de evidentemente de natureza constitucional, é fundamento autônomo e suficiente à manutenção do entendimento sufragado pelo Tribunal de origem, tanto que objeto de recurso extraordinário (fl. 895).

Pede o provimento do agravo regimental, para que seja afastado o pronto restabelecimento da sentença condenatória.

Aberta vista (fl. 900), o agravado apresentou impugnação (fls. 910/915).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.291 - RS (2016/0242311-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Razão assiste ao agravante.

Extraí-se do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, na parte em que reconheceu a forma tentada do delito de estupro (fls. 234/235 – grifo nosso):

[...] impõe-se examinar os fatos nos estritos termos denunciados, e, nesse passo, **tenho que o fato descrito na inicial não ultrapassou a forma tentada.**

Em que pese controvertida a questão, esta Câmara Criminal têm admitido a tentativa em casos como o descrito na denúncia, onde o ato libidinoso consiste em o réu passar as mãos no corpo da vítima, beijá-la ou nela encostar a genitália, diante do princípio da proporcionalidade.

Sabe-se que a redução da pena, uma vez reconhecida a forma tentada do delito, deve corresponder ao *iter criminis* percorrido pelo agente. No caso dos delitos sexuais deve manter correspondência com a qualidade e quantidade dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal mantidos com a vítima. No caso concreto, a prova dos autos torna indubitável não ter havido emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima, e a denúncia refere apenas a prática de beijos e carícias na menor, mostrando-se razoável, portanto, fixar em 1/2 a redução pela tentativa, pois o acusado, apesar de não ter constrangido a vítima a permitir que com ela fossem praticados os atos libidinosos, ficou sozinho com a menina por várias horas.

Sendo assim, desclassifico a conduta do réu para as sanções do art. 217-A, c/c art. 14, 11, ambos do CP.

[...]

Como se verifica, o reconhecimento da forma tentada do delito de estupro e a consequente redução da pena, pelo Tribunal estadual, teve por fundamento exclusivo a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Sendo assim, o julgado possui fundamento constitucional autônomo, mostrando-se inviável a sua revisão em recurso especial.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. VIAS DE FATO. ART. 21 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. ALÍNEA C. PARADIGMA EM *HABEAS CORPUS*. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

[...]

3. É inviável o exame do tema sob o enfoque de violação de princípios constitucionais (razoabilidade e proporcionalidade), como pretendido pelo agravante, uma vez que tais preceitos tem sede constitucional e, portanto, excedem à competência desta Corte, que se restringe à interpretação e uniformização do direito infraconstitucional federal.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.591.491/MS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 27/6/2016)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA. ART. 59 DO CP E ARTS. 240 E 244 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. ART. 289, §§ 1º e 2º DO CP. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. INCOMPETÊNCIA DO STJ. PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. O exame de ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena – atinentes à quantidade de pena em abstrato contida nos §§ 1º e 2º do art. 289 do CP –, não é de competência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo com o cunho de prequestionamento, por ser matéria reservada à competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal.

[...]

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 265.678/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 9/2/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONCESSÃO DO *SURSIS*. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE DA RESPOSTA PENAL ESTATAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REEXAME DO MATERIAL PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Consoante firme entendimento desta Corte Superior de Justiça, é inadequado o recurso especial nas hipóteses em que o fundamento do aresto recorrido esteia-se exclusivamente em matéria de índole constitucional.

2. *"Afastada a incidência da norma com aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, a matéria deve ser solucionada por meio de recurso extraordinário"* (AgRg no REsp n. 1.316.371/RS, Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 20/6/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Ainda que assim não fosse, não há desconstituir o julgado na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.169.578/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16/11/2012)

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo regimental para **não conhecer** do recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0242311-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.626.291 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00119905620158217000 05921300004750 5921300004750 70063266126 70065729071
70070776778

PAUTA: 07/03/2017

JULGADO: 07/03/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : A D DE Q
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : A D DE Q
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao agravo para não conhecer do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguardam os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.291 - RS (2016/0242311-5)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Consta dos autos que o agravante A. D. Q. foi denunciado como incurso no art. 217-A, *caput*, na forma dos arts. 69 e 71, todos do Código Penal. A exordial narra que o réu beijou lascivamente a vítima, acariciou seu corpo com intuito sexual, além de com ela praticar atos libidinosos diversos (fl. 2).

Em primeiro grau, o réu foi condenado à pena de 6 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do referido delito, em sua forma consumada.

Irresignada, a defesa apelou e a Corte de origem deu provimento ao recurso, a fim de reconhecer a forma tentada do crime e reduzir a pena para **4 anos de reclusão, em regime aberto. A reprimenda ainda foi substituída por restritivas de direitos**, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Para tanto, consignou, em síntese, haver sido ofendido o princípio da proporcionalidade (fl. 713).

Opostos embargos declaratórios pela acusação, foram eles rejeitados (fls. 732-734).

Em vista dessa decisão, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, alegando ter havido violação do art. 14, I e II, do Código Penal. Nesse sentido, afirmou que "desde que o sujeito ativo leve a cabo qualquer espécie de conduta libidinoso sobre o ofendido, **consumado está o delito de estupro, independentemente da prática de atos mais invasivos ou de penetração, bastando o contato físico com fins lascivos**" (fl. 747, destaquei). Acrescentou que **a Corte de origem julgou contra a lei, invocando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Por fim, apontou negativa de vigência ao art. 619 do Código de Processo Penal. Citou precedentes do STJ e pugnou pelo provimento do recurso, a fim de que fosse restabelecida a sentença de primeiro grau.

Recurso extraordinário interposto às fls. 757-773, com alegação de violação ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, por meio de decisão monocrática de fls. 877-883, **alicerçado na jurisprudência pacífica desta Corte Superior sobre o tema, deu provimento ao recurso especial do Ministério Público e restabeleceu a sentença condenatória.**

Irresignada, a defesa interpôs o cabível agravo regimental, por meio do qual argumentou que "o v. Acórdão atacado no recurso especial foi embasado também no princípio da proporcionalidade [...], matéria que, além de evidentemente de natureza constitucional, é fundamento autônomo e suficiente à manutenção do entendimento sufragado pelo Tribunal de origem, **tanto que objeto de recurso extraordinário, cuja negativa de seguimento ensejou a interposição de agravo, ainda pendente de exame pelo Supremo Tribunal Federal**" (fl. 895).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 910-915.

Ao examinar o recurso, o Ministro Relator **deu-lhe provimento, sob o argumento de que o Tribunal estadual baseou-se, exclusivamente, em fundamento constitucional, qual seja, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, "mostrando-se inviável a sua revisão em recurso especial".**

Pedi vista do processo, para melhor exame, e passo à análise do caso.

Com a devida vênia, divirjo do Ministro Relator, tendo em vista que, pela simples leitura do acórdão atacado pelo recurso especial, entendo que **a Corte de origem, ao afastar a forma consumada do delito em comento – com a mera afirmação de que houve desproporcionalidade entre a apenação das condutas ínsitas no art. 217 do Código Penal a autorizar a aplicação do princípio da razoabilidade –, vai de encontro ao propósito do legislador, bem como ao entendimento da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.**

Conforme afirmamos repetidamente em nossos julgados, o Tribunal *a quo*, na verdade, julgou desproporcional punir os atos descritos com pena-base de 8 anos de reclusão. A argumentação lá externada revela a preocupação judicial com eventual **desproporcionalidade da resposta punitiva, mas outra análise, sob diverso ângulo, poderá concluir que é **desproporcional** punir com penas iguais a prática de felação, de coito vaginal ou de coito anal, por exemplo. É dizer, o mesmo fenômeno pode engendrar análises bem diversas a partir da perspectiva de quem julga e de quem,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

democrática e legitimamente, estabeleceu, por meio normativo, uma política criminal consagradora de maior rigor punitivo no trato dos crimes contra a dignidade sexual.

Ora, toda essa digressão está diretamente ligada ao exame dos dispositivos do Código Penal, no caso o art. 14, I e II, matéria infraconstitucional, **a qual nunca foi excluída da apreciação desta Corte**. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade **não são matérias exclusivas da Constituição Federal**. A cada ponderação do julgador ao longo de toda a dosimetria da pena, na avaliação das vetoriais do art. 59 do Código Penal, na reflexão sobre atenuantes e agravantes, no reconhecimento de causas de aumento e de diminuição, na imposição ou não da forma tentada, além de em todos os demais atos de dosagem da reprimenda – não olvidando a medida de todas as respectivas frações –, **presentes estão as noções de proporcionalidade e de razoabilidade**. Vale dizer, os aludidos princípios, 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 do texto constitucional, conforme entendido no voto do Ministro Relator.

Ilustrativamente:

[...]

5. Tratando-se de crime cuja pena privativa de liberdade mínima prevista pelo legislador é de 3 (três) anos, afigura-se excessivo e desproporcional o implemento, na primeira fase do cálculo, de mais 3 (três) anos e 8 (oito) meses, o que corresponde às sanções básicas de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, que superam o dobro da reprimenda mínima legal.

6. A despeito da elevada quantidade de entorpecentes e da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, merece ser redimensionado o quantum das sanções básicas impostas aos agravantes pelo crime de associação para o tráfico, sendo **razoável e proporcional** para fins de prevenção e repressão ao delito praticado a fixação da pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

7. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para redimensionar as penas dos agravantes.

(AgRg no AREsp n. 744.198/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 22/2/2017, destaquei).

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias.

Admite-se o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68, do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

2. A existência de elementos concretos para a exasperação da pena-base, consubstanciados nas circunstâncias e nas consequências do delito que desbordam o tipo penal, evidenciam maior reprovabilidade da conduta a justificar a sua fixação acima do mínimo legal.

3. Nos termos da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte Superior, não se mostra **desproporcional ou irrazoável** a suspensão da habilitação por 3 anos, mesmo prazo da pena privativa de liberdade, considerando-se a extrema gravidade do delito, em que um pedestre morreu em decorrência da imprudência do paciente na direção do veículo automotor.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 521.987/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 19/12/2016, destaquei).

[...]

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, incluindo 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" (HC 264.482/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015). Assim, o crime de estupro de vulnerável, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, configura-se quando o agente mantém conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 (catorze) anos, sendo irrelevante, ainda, o consentimento da vítima.

2. Diante do quadro delineado, não há como afastar a prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, na forma consumada, visto que ficou incontroverso a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal destinados à satisfação da lascívia do acusado, uma vez que se trata de efetivo contato corpóreo com a vítima, tendo o agravante passado a mão nos seios e nas pernas da criança, com o propósito único de satisfação de seu desejo sexual.

3. É inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da **razoabilidade e da**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (REsp 1313369/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 5.8.2013). Nessa linha, ao contrário do decidido pela Corte de origem e também 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).

4. De qualquer forma, a matéria referente ao princípio da proporcionalidade é de natureza constitucional e deve ser apreciada pelo STF, se e quando provocados.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.588.214/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 29/8/2016, destaquei).

É certo que os dispositivos e os princípios constitucionais, caso entendidos como atacados, devem ser objeto de recurso extraordinário, **como ocorreu no caso dos autos – motivo pelo qual, inclusive, não se aplicou a Súmula n. 126 do STJ.**

A propósito, os precedentes citados pelo Ministro Relator tratam, na verdade, de argumentos constitucionais inseridos no recurso especial, cuja apreciação é vedada pela missão constitucional desta Corte Superior, o que em nada exclui o exame da violação dos dispositivos infraconstitucionais apontados. Não por outra razão o recurso extraordinário interposto pela acusação teve seguimento negado, **dada a ofensa reflexa decorrente da interpretação dos artigos do Código Penal tidos como violados** (fls. 818-824).

Todavia, **entender os princípios em comento como exclusivos de natureza constitucional implica inviabilizar o exame, por este Superior Tribunal, de todas as matérias de dosimetria da pena em que se exija o exercício de ponderação feito pelo julgador**, incluindo a análise do art. 14, I e II, do Código Penal, como ocorreu no caso.

Considerar válida a conclusão adotada seria **criar filtro de admissibilidade para o recurso especial não amparado pela lei nem pela jurisprudência dos Tribunais Superiores**. Acarretaria, ainda, a desconstrução de todo entendimento firmado para os casos de crimes sexuais, em especial os praticados contra vulneráveis, fruto de intensos e longos debates, a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Logo, ao contrário do decidido pela Corte de origem **e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, insisto que, inerente aos dispositivos infraconstitucionais invocados**, 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.

Ilustrativamente:

[...]

I - **O *decisum* ora objurgado explicitou as circunstâncias fáticas por meio das quais o crime foi perpetrado, salientando a dinâmica da conduta perpetrada pelo acusado, tudo com base na descrição feita pelo acórdão objeto do recurso especial. Ou seja, não houve necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplicasse o direito.**

II - O Tribunal de origem, por considerar os atos praticados pelo acusado de menor gravidade, optou por não cominar a pena do antigo crime de atentado violento ao pudor, tecendo considerações sobre a incongruência legal em equiparar casos de simples atos lascivos a casos mais graves, em que há coito anal, por exemplo.

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 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 8/9/2014, destaquei)

[...]

3. Tendo sido reconhecida a prática efetiva contra a vítima, criança de 9 anos de idade à época dos fatos, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal ofensivos de sua liberdade sexual, consistentes em tocar suas pernas e barriga e lhe dar beijos com a língua lascivos na boca, não prospera a pretensão do recorrente de desclassificação do delito de atentado violento ao pudor para a contravenção de perturbação da tranquilidade.

4. É incabível a alegação de violação a dispositivo do Regimento Interno de Tribunal de Justiça nas razões do recurso especial, cujo cabimento é restrito à análise da lei federal.

5. Tendo a sentença e o acórdão recorrido explicitado que o réu constrangeu a vítima por cerca de 08 a 09 vezes, não há falar em ilegalidade na aplicação do patamar de 1/2 na majoração da pena pela continuidade delitiva, sendo descabida a incidência da fração mínima de 1/6.

6. Agravo regimental improvido. (**AgRg no REsp n. 1.548.412/PR**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 3/11/2015, destaquei)

À vista do exposto, peço vênias para divergir do voto do Ministro Sebastião Reis Júnior, a fim de negar provimento ao agravo regimental manejado pela defesa e, consequentemente, manter a decisão de fls. 877-883, que restabeleceu a sentença de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0242311-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.626.291 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00119905620158217000 05921300004750 5921300004750 70063266126 70065729071
70070776778

PAUTA: 07/03/2017

JULGADO: 14/03/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : A D DE Q
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : A D DE Q
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando provimento ao agravo, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Maria Thereza de Assis Moura, e o voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro dando-lhe provimento, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Antonio Saldanha Palheiro.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maria Thereza de Assis Moura.