



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.646.070 - MS
(2020/0006861-4)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : I F P
ADVOGADO : JULIANA MORAIS ARTHUR ROCHA - MS011263
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 215-A DO CP OU PARA A CONTRAVENÇÃO DO ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O delito de 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. Não há que se falar em desclassificação da conduta para o art. 215-A do Código Penal, mormente por já haver este Tribunal Superior entendido ser incabível o reconhecimento da conduta quando se tratar de vítima vulnerável.
3. A contravenção penal descrita no art. 61 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de importunar alguém, de modo ofensivo ao pudor, o que não se aplica a crianças menores de 14 anos.
4. Nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos.
5. Para entender-se pela absolvição do recorrente, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que, conforme cediço, é incabível na via do recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ.
6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de outubro de 2020

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.646.070 - MS
(2020/0006861-4)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : I F P
ADVOGADO : JULIANA MORAIS ARTHUR ROCHA - MS011263
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. F. P. agrava da decisão em que conheci do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Neste regimental, a defesa **insiste nas teses de nulidade da condenação** – por estar embasada na palavra da vítima e em laudos periciais produzidos na fase investigativa –, **de desclassificação da imputação** para o crime do art. 215-A do CP ou para a contravenção do art. 61 da Lei de Contravenções Penais e de **ausência de fundamentação idônea para a imposição do regime prisional fechado**.

Requer a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja provido o recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.646.070 - MS
(2020/0006861-4)**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 215-A DO CP OU PARA A CONTRAVENÇÃO DO ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O delito de 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. Não há que se falar em desclassificação da conduta para o art. 215-A do Código Penal, mormente por já haver este Tribunal Superior entendido ser incabível o reconhecimento da conduta quando se tratar de vítima vulnerável.
3. A contravenção penal descrita no art. 61 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de importunar alguém, de modo ofensivo ao pudor, o que não se aplica a crianças menores de 14 anos.
4. Nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos.
5. Para entender-se pela absolvição do recorrente, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que, conforme cediço, é incabível na via do recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ.
6. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Não obstante os esforços perpetrados pelo ora agravante, não constato fundamentos suficientes a infirmar a decisão agravada, cuja conclusão mantenho.

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que **o réu foi condenado, em primeira instância, à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A, na forma do art. 71 (duas vezes), ambos do Código Penal. Na ocasião, foi concedido ao réu o direito de apelar em liberdade (fls. 263-276).**

A Corte de origem negou provimento ao apelo defensivo e manteve a sentença condenatória em todos os seus termos (fls. 535-556).

Nas razões do especial, a defesa **apontou nulidade da condenação, por estar embasada no depoimento da vítima e nos laudos periciais produzidos durante o inquérito policial sem a presença do defensor.**

Alegou violação do art. 217-A do Código Penal, ao argumento de que não há provas a alicerçar a autoria do delito e de que a conduta deveria ser desclassificada para o crime do art. 215-A do CP ou para a contravenção do art. 61 da Lei de Contravenções Penais.

Pugnou, ainda, pelo abrandamento do regime prisional para o semiaberto, uma vez que embasado apenas na gravidade abstrata do delito.

Requeru, assim, a **absolvição** do recorrente, a **desclassificação** da conduta e a **fixação do regime semiaberto.**

II. Absolvição – inviabilidade

Ao negar provimento ao recurso especial, esclareci que o Juiz de primeira instância indeferiu as alegações defensivas sob os seguintes fundamentos (fls. 267-272):

[...]

As testemunhas Marcela e Vera Lúcia (fls. 134/135),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corroboraram as declarações da vítima, confirmando que o que ela havia lhes contado sobre o que o acusado tinha feito com ela, no sentido de que ele, realmente, praticou os atos libidinosos narrados na denúncia.

Saliente-se que em se tratando de crime contra a liberdade sexual, que normalmente é cometido na clandestinidade e envolve apenas os sujeitos ativo e passivo do delito e em lugares isolados - "solus cum sola in solitudine" -, o que dificulta a obtenção de provas, tem prevalecido o entendimento de que a palavra da vítima é de extrema relevância probatória.

[...]

Assim, a coerência e a consistência quanto aos testemunhos já indicados, constituem-se em elementos suficientes e seguros para confirmar a autoria e ensejar um decreto condenatório, máxime porque em harmonia com todo o contexto probatório.

No mais, não se vislumbra dos autos nenhum indício ou motivo para que a vítima mentisse imputando o crime ao acusado, o que afasta qualquer dúvida acerca de sua idoneidade, sendo que o fato da vítima ter deixado passado mais de um ano para revelar os fatos, não significa dizer que o delito não ocorreu.

Aliás, em nenhum momento a vítima titubeou em apontar o acusado como seu carrasco, bem como não há elementos nos autos que demonstrem que alguma pessoa possa ter implantado falsas memórias nas vítimas ou alguma sugestionabilidade em suas palavras.

[...]

Outrossim, tenho que não assiste razão à Defesa ao alegar que o exame de corpo de delito não concluiu pela materialidade delitiva e, por isso, não existem provas de ocorrência do delito, até porque grande parte destes crimes não deixam vestígios, seja pelo decurso do tempo, seja por peculiaridades pessoais e físicas da vítima ou pela própria característica do abuso realizado.

Assim, para a ocorrência do delito em questão, não é necessária a conjunção carnal, sexo oral ou anal, sendo que os atos libidinosos podem ser de outra natureza e pode ser que sequer deixem vestígios.

[...]

Quanto à realização do exame de insanidade mental solicitado pelo acusado nos autos em apenso (nº 0036454-10.2016.8.12.0001):

Verifica-se que cópia do laudo pericial e sua complementação estão às fls. 206/210, sendo que houve impugnação por parte do acusado nos autos em apenso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme dito nos despachos de fls. 53 e 74, dos autos em apenso, o magistrado não está adstrito ao resultado do laudo pericial, podendo rejeitá-lo no todo ou em parte, bem como formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

[...]

No caso, conforme foi mencionado no laudo pericial, o acusado não era portador de doença mental ao tempo da ação que lhe foi imputada e tinha plena responsabilidade à época dos fatos, sendo capaz de entender o caráter criminoso do fato, razão pela qual, ele é considerado totalmente imputável.

Pelas provas editadas neste caderno processual, resta inafastável a prolação de um decreto condenatório, não havendo que se falar em atipicidade por ausência de dolo, uma vez que ficou evidente que o acusado agiu com a vontade livre e consciente de praticar o delito narrado nos autos, praticando atos libidinosos com a vítima.

O Tribunal local, ao manter a condenação, assentou (fls. 539-552):

[...]

Ainda, também não tem razão o apelante ao sustentar que as declarações da ofendida e os laudos psicológicos feitos “sem a presença do defensor do acusado o que contraria o art. 5 inciso XLV da C, que menciona o direito sublime de todo acusado possuir sua defesa, sob pena de nulidade das apurações” (f. 343).

Isso porque, como se sabe, a fase investigativa é dotada de caráter inquisitorial, em cujo tramitar não vigora o princípio do contraditório que, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, só existe após o início efetivo da ação penal, que ocorre com o recebimento da acusação pelo juízo *a quo*.

Assim, tratando-se aquela fase de procedimento administrativo tendente a averiguar simplesmente elementos do crime e de sua autoria, não há que se falar em violação ou mácula ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

[...]

Da detida análise autos, entendo que os elementos colhidos na fase investigativa e as provas produzidas em juízo afastam qualquer dúvida com relação à prática delitiva.

De fato, é isolada e inconsistente a negativa, especialmente porque o conjunto das provas produzidas nos autos aponta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indubiosamente no sentido de que o apelante praticou os fatos delituosos a ele imputados.

[...]

No que tange à alegação de que não foi demonstrada a materialidade porque os laudos atestam inexistência de lesões na vítima (f. 371), também não assiste razão ao recorrente, uma vez que nem todos os atos libidinosos diversos da conjunção carnal são capazes de gerar vestígios ou resultarem em evidências materiais.

A doutrina se posiciona no sentido de que o "ato libidinoso" previsto no art. 217-A é aquele revestido de conotação sexual, a exemplo do sexo oral, sexo anal, toques íntimos, introdução de dedos ou objetos na vagina ou ânus, masturbação, etc., independentemente de se tratar de relação heterossexual ou homossexual (MASSON, Cleber. Código Penal comentado. 5 ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017).

[...]

No caso em tela, ainda que estejamos diante de um crime cometido contra criança e que na grande maioria das vezes não deixa vestígios, há elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a autoria e materialidade do delito de estupro contra vulnerável, especialmente pelas palavras seguras da vítima, que em nenhum momento incutem dúvida sobre quem é o autor do crime ou o que ele fez.

Ainda, deve-se considerar que uma das peculiaridades dessa espécie de crime é justamente - na maioria das vezes - o fato ocorrer na clandestinidade: envolve apenas os sujeitos ativo e passivo do delito e em lugares isolados ou ocultos, o que dificulta a obtenção de provas, tanto material quanto testemunhal.

Nesse panorama, a palavra da vítima ganha especial relevância nos crimes de natureza sexual, consubstanciando relevante meio de prova para o esclarecimento dos fatos e embasar decreto condenatório, notadamente quando dotadas de coerência e em harmonia com outras provas produzidas nos autos (TJMS. Apelação n. 0003111-26.2007.8.12.0005, Aquidauana, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 13/07/2017, p: 18/07/2017).

[...]

No presente caso, não é só a palavra da vítima e de sua mãe que asseguram a condenação, mas todo o conjunto de provas reunido nos autos, sendo incabível falar em insuficiência de provas.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Saliento que, nas razões recursais, o apelante deve fazer referência ao que foi decidido na sentença, porém, optou ele por indicar elementos acessórios ao exame pericial.

O que o juízo de origem consignou é que "o acusado não era portador de doença mental ao tempo da ação que lhe foi imputada e tinha plena responsabilidade à época dos fatos, sendo capaz de entender o caráter criminoso do fato, razão pela qual, ele é considerado totalmente imputável." (f. 272)

De mais a mais, como se sabe, o magistrado não está adstrito ao resultado do laudo pericial, podendo rejeitá-lo integral ou parcialmente, bem como formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

E isso foi considerado, tendo o julgador se limitado a analisar apenas a comprovação acerca da prática de estupro de vulnerável.

Significa dizer que, em nenhum momento, nem na sentença, nem neste voto, houve considerações acerca de o apelante apresentar "condição de criminoso sexual situacional", de modo que tal conotação não foi utilizada quando da prolação do édito condenatório.

Ao final, o que importa é que resta demonstrado que o apelante praticou atos libidinosos com a criança por duas vezes, de modo que não há que se falar em falta de provas para a condenação.

Pela leitura desses trechos, entendo não haver ocorrido cerceamento de defesa – com posterior nulidade do processo –, uma vez que as instâncias antecedentes, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos, coesos e idôneos a ensejar a condenação do paciente pelo crime de estupro de vulnerável, sendo certo que a Corte estadual, quando do julgamento da apelação, apresentou fundamentação suficiente para a manutenção da sentença condenatória quanto ao referido crime.

Por essas razões, mostra-se inviável a desconstituição do julgado, como pretendido pela defesa, sobretudo considerando-se que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, respeitados o contraditório e a ampla defesa, exatamente como verificado nos autos.

Sobre o tema, saliento que a jurisprudência desta Corte Superior entende que: "Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, **a palavra**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos" (HC n. 227.449/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 7/5/2015, destaquei).

Ademais, quanto ao sistema de valoração das provas, certo é que, no processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente.

Ao concluir pela condenação do recorrente, o Tribunal estadual salientou que o conjunto probatório, notadamente **os relatos da vítima e das testemunhas**, infirma a autodefesa apresentada pelo réu, de modo a não deixar nenhuma dúvida de que ele realmente foi o autor do delito sob apuração.

Dessa forma, justamente porque verificado que a instância de origem, ao concluir pela autoria do recorrente no cometimento do delito em questão, sopesou as provas colhidas e os depoimentos obtidos **em juízo**, não há como se proclamar a absolvição do recorrente, como pretendido.

Logo, também **reafirmo** que as instâncias antecedentes apontaram **a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade delitivas**, com base, principalmente, nos precisos depoimentos da vítima, **que estão em consonância com as demais provas dos autos, a saber os depoimentos prestados pelas testemunhas e os laudos elaborados**, conforme dito.

Nesse sentido, não verifico a ocorrência de irregularidade no édito condenatório que utilizou, como elementos de prova, o depoimento da vítima, os depoimentos das demais testemunhas e os laudos (psicológico, psicossocial e de exame de corpo de delito), **notadamente quando essas provas foram submetidas, na fase processual, ao contraditório**. Esse é o entendimento predominante neste Superior Tribunal:

[...]

2. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos.

3. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e materialidade e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 211.203/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 3/11/2015)

[...]

2 - As instâncias ordinárias concluíram pela desnecessidade da realização de novo parecer psicológico não apenas pela suficiência da análise oriunda de todas as demais provas já produzidas, mas também pelo despropósito de sujeitar a vítima às angústias geradas pelas lembranças gravadas dos fatos ocorridos, restando preservada a norma inserta no art. 184 do Código de Processo Penal.

3 - Não há que se falar em ofensa ao art. 159, §§ 3º, 4º e 5º, inciso II, do CPP, pois foi devidamente motivada a negativa de indicação de assistente técnico para a realização de novo exame de corpo de delito, por ser manifestamente inoportuna tanto pela suficiência das provas já produzidas como pela intempestividade do pleito apresentado.

4 - A jurisprudência desta Corte Superior é farta no sentido de que se mostra "necessária a realização do exame técnico-científico para qualificação do crime ou mesmo para sua tipificação, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem ser mais colhidos." (AgRg REsp 1.224.372/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª T., DJe 28/9/2011).

5 - Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 1.473.543/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 15/9/2014)

III. Impossibilidade de desclassificação para o art. 215-A do CP

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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**, destaquei.).

Em relação à figura descrita no art. 65 da Lei de Contravenções Penais, esta pressupõe a vontade de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável, que, no meu sentir, **jamaiz pode se tratar de uma criança menor de 14 anos de idade**.

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 consolidado por esta Corte Nacional, de modo que não há que se falar em provimento do recurso pelo dissídio jurisprudencial. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMAS CRIANÇAS DE 8 E 9 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. VÍTIMAS DIVERSAS. CONCURSO MATERIAL. AFASTAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES.
RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A controvérsia atinente à desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência ao art. 217-A do CP quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (crianças), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que as "ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave".

3. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.

4. É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.

5. Readequação da pena, tendo em vista o afastamento do concurso material em relação ao crime praticado contra as diversas vítimas, de modo a incidir a regra da continuidade delitiva simples.

6. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 217-A do Código Penal e conceder ordem de habeas corpus, de ofício, para afastar o concurso material e reduzir a pena para 12 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado.

(REsp n. 1.598.077/SE, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 1º/8/2016)

Em igual sentido: **REsp n. 1.580.298/GO**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 24/5/2016, e **REsp n. 1.561.653/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 24/5/2016.

No mesmo sentido, **o julgamento proferido pela Terceira Seção desta Corte Superior:**

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONSUMAÇÃO. REEXAME FÁTICO. DESNECESSIDADE. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Incontrovertidos os fatos no julgamento da causa pelas instâncias ordinárias, e desnecessária a análise das provas que arrimaram o acórdão embargado, é de conhecer-se da impugnação, de sorte a obviar a divergência entre as turmas deste Tribunal acerca da configuração do crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP em sua redação anterior a Lei n. 12.015/2009).

2. É firme a orientação desta Corte de que a consumação do crime de atentado violento ao pudor ocorre com a prática dolosa de quaisquer espécies de atos libidinosos, inclusive toques e carícias na região genital da vítima com a finalidade de satisfação da lascívia.

3. Embargos de divergência providos para considerar consumado o crime de atentado violento ao pudor nos termos do acórdão paradigma, com a imposição ao réu de pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(EREsp n. 1.513.909/PR, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 3ª S., DJe 2/10/2018, destaquei)

Na hipótese, o Tribunal de origem, ao manter a condenação por estupro de vulnerável, assim se pronunciou (fls. 553-554):

[...]

Também não deve ser acolhida a tese defensiva que pretende a desclassificação para o ato de importunação sexual (revogado art. 61 da Lei de Contravenções Penais).

E assim é porque, como visto pelo caderno probatório, a conduta do réu desborda dos limites da mera importunação sexual, havendo elementos capazes de apontar seguramente que o agente não tinha finalidade específica de meramente importunar a vítima seu pudor, mas sim agiu movido para satisfazer sua própria lascívia.

Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça tem orientação de que "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, 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 Turma, DJe 21/3/2012).

Por fim, destaco que, pelos mesmos fundamentos, o caso também não se amolda ao recente art. 215-A do Código Penal (importunação sexual).

Além disso, também não é o caso de se desclassificar a conduta para o delito de satisfação da lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (218-A do CP), pois esta não exige contato físico entre autor e vítima, mas sim que esta seja espectadora da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso praticado por terceiros.

Pela literalidade da lei, esse crime ocorre quando o agente pratica, na presença de menor de 14 anos, ou o induz a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Conforme bem apontado pela Procuradoria-Geral de Justiça, "*In casu*, a vítima não foi mera espectadora do ato sexual, e sim molestada, mediante prática de atos libidinosos perpetrados pelo apelante." (f. 439).

Como se vê, nenhuma dessas duas hipóteses retrata o caso dos autos, pois restou demonstrado que o apelante passou as mãos no órgão genital da criança por dentro de suas roupas íntimas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por todas essas razões, também não há que se falar em desclassificação para a modalidade tentada do delito, pois, primeiro, o ato se consumou com os toques nas partes íntimas da vítima, e, segundo, porque, no caso, não houve qualquer ação externa à vontade do agente que tenha impedido a consumação dos crimes contra a dignidade sexual da criança.

Assim, não há que se falar em desclassificação da conduta para o art. 215-A do Código Penal ou para o art. 61 da Lei de Contravenções Penais, mormente por já haver esta Corte Superior entendido ser incabível o reconhecimento da conduta quando se tratar de vítima vulnerável.

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 Rogério Schietti, 6ª T., DJe 2/5/2016, destaquei.)

[...]

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se consolidando no sentido de que o delito de atentado violento ao pudor, hoje reunido pelo legislador no tipo penal de estupro, engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, sendo, portanto, incabível a desclassificação para a contravenção penal de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade a conduta de passar a mão e colocar o dedo no ânus da menor e obrigá-la a pegar no pênis de outro menor impúbere.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Impossibilidade, **no caso em análise, do reconhecimento da modalidade tentada, porquanto é pacífica a compreensão de que o delito de atentado violento ao pudor se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, prescindindo da conjunção carnal para a consumação do crime.** Precedentes.

8. Constata-se inovação o reconhecimento, neste writ, da alegação de primariedade do paciente, pois a Corte de origem não se manifestou sobre o aludido constrangimento ilegal. Assim, fica inviabilizado o exame da matéria diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 471.852/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 15/3/2019, destaquei)

IV. Abrandamento do regime prisional – inviabilidade

O Juízo sentenciante **aplicou o modo fechado para início do cumprimento da pena diante de a sanção fixada ser superior a 8 anos** (fl. 275).

A Corte local assim manteve o regime mais gravoso, sem considerações adicionais (fl. 555).

Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (HC n. 279.272/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC n. 265.367/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 19/11/2013; HC n. 213.290/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 4/11/2013; HC n. 148.130/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso dos autos, **embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis**, permanecendo inalterada a pena – **9 anos e 4 meses de reclusão** –, **o modo mais gravoso deve ser mantido** em razão do *quantum* final de reprimenda aplicado, nos termos literais do art. 33, § 2º, "a", do CP.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0006861-4

AgRg no
AREsp 1.646.070 /
MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013606920148120001 0001360692014812000150002 1360692014812000150002

EM MESA

JULGADO: 27/10/2020
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : I F P
ADVOGADO : JULIANA MORAIS ARTHUR ROCHA - MS011263
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : I F P
ADVOGADO : JULIANA MORAIS ARTHUR ROCHA - MS011263
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.