



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.501.838 - RS (2014/0329634-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : A R DOS R
ADVOGADO : VILSON FARIAS - RS040103
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. FATOS INCONTROVERSOS. ABSOLVIÇÃO POR EXCESSO DE PUNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Hipótese em que, não obstante incontroversos nos autos a prática deliberada e intencional de ato libidinoso contra a ofendida (tocar em sua vagina, tentando levá-la ao banheiro com propostas de recompensas para a obtenção de favores sexuais) e a menoridade da vítima (13 anos), o Tribunal *a quo* absolveu o acusado das imputações, para que não houvesse excesso de punição, em nítida violação dos arts. 214, *caput*, e 224, "a", do Código Penal.

2. O crime de atentado violento ao pudor com violência presumida caracteriza-se "por meio de atos libidinosos de diferentes níveis, incluindo toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, inclusive os toques, contatos voluptuosos e os beijos lascivos, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato" (AgRg no REsp 1.664.423/SC, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017).

3. Hipótese em que o réu foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, tendo o juízo de origem fixado o regime inicialmente fechado com base na hediondez do delito.

4. Independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, no momento da fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Dispositivo legal que impunha a vedação de fixação de regime inicial diverso do fechado que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

6. Afastado o fundamento relativo à hediondez do crime, e tendo em vista que a gravidade do delito não justifica a imposição do modo prisional mais gravoso, e considerando, ainda, a primariedade do agravante, a favorabilidade das circunstâncias judiciais, com a fixação da pena-base no mínimo legal, imperiosa a sua modificação para o semiaberto, nos termos do artigo 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º, alínea "b", do Código Penal.

7. Agravo desprovido. Concessão de habeas corpus de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.501.838 - RS (2014/0329634-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : A R DOS R
ADVOGADO : VILSON FARIAS - RS040103
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por A R DOS R contra a decisão unipessoal de e-STJ fls. 249/254, por meio da qual, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, foi dado provimento ao recurso especial do *Parquet*, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Alega o agravante, em síntese, que não há nos autos provas que sejam capazes de condenar o recorrente e que, ainda que haja provas de que tenha efetivamente passado o dedo na vagina da vítima, tal fato não se adapta ao tipo penal do artigo 214 do Código Penal, vigente à época.

Ressalta que, tal como ventilou o r. Desembargador Relator da apelação crime, é necessária uma "conceituação mais rigorosa do que seja ato libidinoso diverso da conjunção carnal, para que não sejam equiparados, por exemplo, o sexo anal, o sexo oral, com um beijo lascivo, o sexo digital, o passar a mão na região pudenda."

Requer o agravante que seja reconsiderada a r. decisão monocrática ou provido o presente Agravo Regimental para negar provimento ao recurso especial interposto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.501.838 - RS (2014/0329634-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Os elementos existentes nos autos indicam que A R DOS R foi denunciado pela suposta prática do crime de atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, c/c o art. 224, "a", do Código Penal) por ter comparecido à casa da vítima, com 13 (treze) anos de idade, valendo-se de sua condição de amigo da família, e passado a tocá-la em sua vagina, tentando levá-la ao banheiro com propostas de recompensas para a obtenção de favores sexuais.

Julgada procedente a imputação, o acusado foi condenado às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

A sentença foi reformada em apelação da defesa, para absolver o réu com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Nas razões do apelo nobre, fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional, o *Parquet* alegou negativa de vigência ao art. 214 c/c o art. 224, "a", do Código Penal, na redação anterior à Lei n. 12.015/2009 e contrariedade ao art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Sustentou que o réu foi condenado pelo delito de atentado violento ao pudor antes da vigência da Lei n. 12.015/2009, razão pela qual não há que se falar em excesso de punição.

Afirmou que não há como se negar o caráter delituoso do ato praticado pelo réu contra a dignidade sexual da menor, aduzindo que a questão objeto do presente recurso é eminentemente jurídica, cingindo-se à configuração conceitual do delito.

Requeru, ao final, o provimento do recurso especial para restabelecer a condenação do recorrido pelo delito de atentado violento ao pudor.

Contrarrazões apresentadas às e-STJ fls. 179/183.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo provimento do inconformismo (e-STJ fls. 240/245).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por decisão monocrática desta Relatoria deu-se provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença condenatória.

Daí a apresentação deste regimental.

O Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Pelotas entendeu estarem devidamente comprovadas a materialidade e a autoria do delito imputado ao acusado que, à época dos fatos, contava com **49 anos** e que, valendo-se da condição de amigo da família da vítima, entrou na sua residência e, após providenciar o afastamento do irmão da menor (com **13 anos de idade**), passou a tocá-la em sua vagina e, ao tempo em que tentava levá-la ao banheiro da casa, propunha recompensas para a obtenção de favores sexuais.

Foi consignado na sentença que a violência contra a vítima restou devidamente demonstrada diante da coação física praticada pelo réu, ao não permitir que ela se levantasse do sofá, intimidando-a e segurando-a pelo braço. Foi ressaltado, ainda, a existência do dolo de satisfazer sua lascívia mediante o ato de passar a mão da vagina da menor, convidando-a para que fossem ao banheiro para que ela tirasse a roupa, elemento este que diferencia o crime do constrangimento ilegal ou da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (e-STJ, fls. 72/73).

O Tribunal *a quo*, ao absolver o réu das imputações, assim consignou, no que interessa (e-STJ, fls. 134/139) :

À época do fato, vigente a redação anterior do artigo 214 do Código Penal:

[...]

Atualmente, a conduta descrita estaria enquadrada no artigo 217-A:

[...]

Sabido, ainda, que a Lei nº 12.015/2009, revogou expressamente o art. 214, ao mesmo tempo em que deu nova redação ao artigo 213, reunindo no mesmo tipo penal tanto a conjunção carnal como o ato libidinoso.

E a mesma reunião aconteceu no artigo 217-A.

[...]

Embora aparentemente não exista relação entre o caso concreto sob exame e as referências acima transcritas, servem elas para demonstrar que a lei - em princípio aperfeiçoada, na busca de proteção à liberdade sexual e às crianças e adolescentes -acabou por equiparar condutas totalmente distintas, deixando a lacuna apontada no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parecer.

Veja-se que a existência de conjunção carnal, relação anal, sexo oral, etc., em um mesmo contexto fático, geram a incidência - atualmente - ou do artigo 213, ou do art. 217-A, dependendo da idade do(a) ofendidd(a).

E a pena mínima será de seis ou oito anos, conforme o tipo penal incidente.

Isto gera, data venia, a necessidade de conceituação mais rigorosa do que seja ato libidinoso diverso da conjunção carnal, para que não sejam equiparados, por exemplo, o sexo anal, o sexo oral, com um beijo lascivo, o sexo digital, o passar a mão na região pudenda.

Não ocorreu a indispensável hierarquização do atentado violento ao pudor, e qualquer conduta do gênero e considerada hedionda.

Então, voltando ao caso concreto, se o agente tivesse ido além do que foi, talvez a pena definitiva não fosse muito diferente.

Assim, é preciso que seja feita uma filtragem, passando a deixar melhor definido o que sejam os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, a merecer o rótulo de hediondos, pois estes guardam muita distância de um passar de dedo na vagina da jovem, conforme descrito na denúncia, ainda que reprovável a conduta.

É preciso analisar a circunstância do ocorrido, pois se tal acontecer em situação distinta, ambos sem ou com pouca roupa, como ante acto de uma conjunção carnal, ou como praeludia coiti, ou mesmo como fim último do agente, mas em ambiente propicio, o tratamento será diferenciado.

Até mesmo o direito penal não está isento, ao contrário, até o direito penal deve observar a proporcionalidade, a razoabilidade, para justificar a sua atuação.

Destaca-se a uniformidade do relato da vítima nas oportunidades em que contou o fato. Sempre que ouvida, a versão apresentada é a mesma, seja quando ouvida na policial ou em juízo, seja quando contou o fato a seus genitores, o que dá maior credibilidade e confiabilidade à sua palavra.

Aliás, a jurisprudência em todo o nosso país empresta grande valor à palavra da vitima, em delitos desta natureza, praticados em quase a sua totalidade na clandestinidade.

Entende-se que, nos crimes contra os costumes a palavra da vitima, sempre que em consonância com os demais elementos probatórios, possui plena credibilidade, vindo a ser prova irrefutável.

[...]

Cumpre destacar que a prova testemunhal colhida é uníssona, inexistindo, efetivamente, qualquer contradição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos relatos da vítima ou de sua genitora, tampouco qualquer indicio de que estas teriam motivos para imputar falsamente ao apelante a autoria do fato narrado na inicial acusatória.

[...]

Assim, ainda que a análise dos autos permita a conclusão de que o fato aconteceu, e de que o réu seja o seu autor, não é o caso de condenar, pela presença do excesso de punição.

Da leitura dos trechos transcritos, percebe-se claramente que são incontroversos os seguintes fatos: a prática deliberada e intencional de ato libidinoso contra a ofendida e a menoridade da vítima.

No entanto, da análise do voto, verifica-se que o Tribunal *a quo* absolveu o acusado das imputações, para que não houvesse excesso de punição, sob o entendimento de que deveria haver uma conceituação mais rigorosa do que seja o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, de forma a diferenciar as condutas que considera mais ou menos graves como, por exemplo "o sexo anal, o sexo oral, com um beijo lascivo, o sexo digital, o passar a mão na região pudenda".

Isso significa dizer que a Corte de origem, não obstante haja delineado e reconhecido a ocorrência dos elementos contidos no art. 214 do CP, entendeu pela absolvição do acusado de qualquer reprimenda.

Tal conclusão revela nítida violação dos arts. 214, *caput*, e 224, "a", do Código Penal, porque ficou configurada a intenção do acusado de satisfazer sua lascívia.

Consoante devidamente explicitado na decisão ora agravada, o crime de atentado violento ao pudor com violência presumida caracteriza-se "por meio de atos libidinosos de diferentes níveis, incluindo toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, inclusive os toques, contatos voluptuosos e os beijos lascivos, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato" (AgRg no REsp 1.664.423/SC, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017).

Nesse mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DOLO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 232 DO ECA. VÍTIMA CRIANÇA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 214, CAPUT, C/C OS ARTS. 224, "A", E 226, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL (VIGENTES À ÉPOCA DOS FATOS). CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia atinente à inadequada desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 232 do ECA prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência aos arts. 214, caput, c/c os arts. 224, "a", e 226, II, (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), todos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (adolescentes), desclassifica-se a conduta para o crime do art. 232 do ECA, ao fundamento de que a ação do acusado consistiu em "toques rápidos, sem revelar luxúria e desejo incontidos".

3. 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.

4. É pacífica a compreensão de que o delito de atentado violento ao pudor com violência presumida se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.

5. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a contrariedade do acórdão aos arts. 214 e 224, "a", ambos do Código Penal, e restabelecer a sentença de primeiro grau, mantendo-se, todavia a prescrição em relação aos delitos dos arts. 136, § 3º, do Código Penal e 232 da Lei n. 8.069/1990. (REsp 1531465/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016).

Assim, o acórdão a quo está em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, razão pela qual é de rigor a condenação do agravante pela prática do crime previsto no art. 214, c/c o 224, alínea "a", do Código Penal.

In casu, verifica-se que o réu foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, tendo o juízo de origem fixado o regime inicialmente fechado com base na hediondez do delito. Eis o teor da sentença na parte que interessa:

Passo à dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O réu não registra antecedentes criminais, consoante certidão de fls. 19/20. Culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; conduta social e personalidade sem esclarecimentos nos autos; os motivos do delito foram ditados pela vontade de satisfazer a lascívia, independentemente de suas conseqüências; as circunstâncias encontram-se relatadas nos autos, nada tendo a se valorar; as conseqüências do crime até o momento são desconhecidas; e quanto ao comportamento da vítima em nenhum momento influenciou para a prática do delito.

A pena base deve ser fixada no mínimo legal, ainda que algumas circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao acusado, isto porque o legislador já estabeleceu um patamar mínimo bastante elevado, mormente quando o ato praticado não é daqueles que representam maior gravidade.

À vista das circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão.

Inexistem agravantes, bem como atenuantes.

Na ausência de outras causas modificadoras, torno a pena concreta e definitiva em 06 (seis) anos de reclusão.

Deixo de fixar a condenação prevista no art. 387, IV, do CPP, por inexistir elementos para tanto.

Considerando a pena fixada, superior a quatro anos, impossível a substituição por restritivas de direito e a concessão do sursis.

O réu cumprirá- a pena no Presídio Regional de Pelotas, em regime inicialmente fechado, em razão de se tratar de crime hediondo.

Condeno o Réu ao pagamento das custas processuais, suspendendo, entretanto, a exigibilidade, porquanto vai deferido o benefício da AJG.(e-STJ, fls. 73/74).

Contudo, cabe observar que o dispositivo legal que impunha a vedação de fixação de regime inicial diverso do fechado foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da individualização da pena.

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, no momento da fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Assim, afastado o fundamento relativo à hediondez do crime, e tendo em vista que a gravidade do delito não justifica a imposição do modo prisional mais gravoso, e considerando, ainda, a primariedade do agravante, a favorabilidade das circunstâncias judiciais, com a fixação da pena-base no mínimo legal, imperiosa a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificação para o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Dentro desse contexto, imperiosa a concessão de habeas corpus de ofício a fim de que o agravante inicie a pena privativa de liberdade no regime semiaberto.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental, com a concessão de habeas corpus de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0329634-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no Resp 1.501.838 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02221300064752 209184620138210022 4855019020138217000 70058962747
70062416201 888373620148217000

PAUTA: 07/11/2017

JULGADO: 07/11/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : A R DOS R
ADVOGADO : VILSON FARIAS - RS040103

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : A R DOS R
ADVOGADO : VILSON FARIAS - RS040103
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.