



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2317583 - SP (2023/0081591-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : A L DA S
ADVOGADOS : THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI - SP214007
LUCIANA VIDALI BALIEIRO - SP161838
CIRINEU FEDRIZ - SP313042
MAYARA ALCANTARA - SP434093
MAURICIO DI SALVO ARTHUR - SP434448
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS. ALTERAÇÃO QUE DEMANDA REANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. TEMA N. 1121. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. REGIME FECHADO. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que, em crimes de natureza sexual, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, pois, geralmente, são cometidos de forma clandestina, sem testemunhas e sem deixar vestígios. Na hipótese, a condenação foi respaldada em provas suficientes, tendo em vista que a palavra da vítima não se encontra isolada nos autos, uma vez que corroborada pelos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, possuindo peso preponderante sobre demais elementos de prova.

2. Nesse contexto, para se concluir de modo diverso, afastando a conclusão das instâncias ordinárias acerca da prática delitiva, seria necessário o revolvimento fático-probatório, vedado conforme Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

3. Sobre o pleito desclassificatório, a questão foi pacificada nesta Corte em julgamento de recurso especial repetitivo, REsp n. 1.954.997/SC, no qual se firmou a tese (Tema n. 1121) de que *"presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)"*.

4. Arrolados elementos concretos e não inerentes ao tipo penal para elevação da pena-base, não há se falar em ilegalidade da

dosimetria. O magistrado *a quo* considerou negativa a circunstância judicial da conduta social, pois de acordo com o testemunho de familiares teria cometido outros abusos sexuais com pessoas da família, fundamento que se revela idôneo para o aumento da pena na primeira fase do cálculo.

5. Diante do *quantum* de pena, o regime fechado é o correto nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

6. Inviável o recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, pois, além da incidência das Súmulas n. 83 e n. 7 deste Pretório, não foi realizado o cotejo analítico e não comprovada a similitude fática entre o aresto recorrido e os trazidos à colação, nos termos dos arts. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil/2015 – NCPC e 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ.

7. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 11 de março de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2317583 - SP (2023/0081591-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : A L DA S
ADVOGADOS : THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI - SP214007
LUCIANA VIDALI BALIEIRO - SP161838
CIRINEU FEDRIZ - SP313042
MAYARA ALCANTARA - SP434093
MAURICIO DI SALVO ARTHUR - SP434448
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS. ALTERAÇÃO QUE DEMANDA REANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. TEMA N. 1121. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. REGIME FECHADO. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que, em crimes de natureza sexual, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, pois, geralmente, são cometidos de forma clandestina, sem testemunhas e sem deixar vestígios. Na hipótese, a condenação foi respaldada em provas suficientes, tendo em vista que a palavra da vítima não se encontra isolada nos autos, uma vez que corroborada pelos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, possuindo peso preponderante sobre demais elementos de prova.

2. Nesse contexto, para se concluir de modo diverso, afastando a conclusão das instâncias ordinárias acerca da prática delitiva, seria necessário o revolvimento fático-probatório, vedado conforme Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

3. Sobre o pleito desclassificatório, a questão foi pacificada nesta Corte em julgamento de recurso especial repetitivo, REsp n. 1.954.997/SC, no qual se firmou a tese (Tema n. 1121) de que *"presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)"*.

4. Arrolados elementos concretos e não inerentes ao tipo penal para elevação da pena-base, não há se falar em ilegalidade da

dosimetria. O magistrado *a quo* considerou negativa a circunstância judicial da conduta social, pois de acordo com o testemunho de familiares teria cometido outros abusos sexuais com pessoas da família, fundamento que se revela idôneo para o aumento da pena na primeira fase do cálculo.

5. Diante do *quantum* de pena, o regime fechado é o correto nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

6. Inviável o recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, pois, além da incidência das Súmulas n. 83 e n. 7 deste Pretório, não foi realizado o cotejo analítico e não comprovada a similitude fática entre o aresto recorrido e os trazidos à colação, nos termos dos arts. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil/2015 – NCPD e 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ.

7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por A L DA S, contra a decisão de fls. 880/893, da minha lavra, na qual conheci do agravo para conhecer, em parte, do recurso especial e negar-lhe provimento, com fundamento na Súmula n. 568 do STJ.

A defesa, nas razões do presente recurso, sustenta que *"a insurgência trazida à tona neste recurso – e neste tópico, em específico – não enseja reapreciação da matéria, mas sim REAVALIAÇÃO, haja vista a incidência de equívocos no julgado"* (fl. 904).

Aduz que o acórdão recorrido se opôs às decisões prolatadas pelos Tribunais do Estado de Minas Gerais, Goiás, Santa Catarina e pelo STJ, tendo sido demonstrada a divergência jurisprudencial.

Reitera a alegação de que a palavra da vítima restou isolada do conjunto probatório, sendo o caso de absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*.

Insiste que *"o Acórdão ora combatido carece de fundamentação idônea que efetivamente comprove o cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo artigo 217-A do Código Penal"* (fl. 919).

Afirma que a conduta do agravante se amolda ao delito do art. 215-A do CP, devendo ser desclassificada para importunação sexual.

Por fim, repisa as alegações de violação aos dispositivos trazidos no recurso especial de ausência provas para a condenação pelo crime de estupro, que a conduta se amolda ao delito de importunação sexual, que a pena foi desproporcional e desarrazoada, bem como o regime fechado foi fixado com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo regimental ao Colegiado, com o provimento do recurso especial e absolvição do agravante.

É o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Isso porque, conforme consignado, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP manteve a condenação nos seguintes termos do voto do relator:

"Necessário consignar que em delitos dessa natureza, não se constatando tenha a vítima qualquer razão para incriminar o réu falsamente, prevalece a sua versão, principalmente quando amparada nas demais provas dos autos.

Não há se falar, singelamente, que existindo somente a palavra da vítima, contrariada pela do acusado, deverá ser acolhida a deste, por força do benefício da dúvida. Se assim devesse ser, estaria institucionalizada a completa impunidade dos agentes que praticam crimes contra os costumes. É que esses crimes, mormente o estupro de vulnerável, são praticados na clandestinidade e, com raras exceções, contam com testemunhas presenciais. A palavra da vítima, nesses casos, merece especial relevância.

[...]

Não é crível que a vítima, contando com menos de 14 anos na época dos fatos, tenham inventado toda a história, relatada em detalhes nas oportunidades em que ouvida, inclusive na escuta especializada.

[...]

A narrativa da ofendida D encontrou ainda pleno amparo no depoimento judicial prestado pela genitora L. M. S. L., a qual narrou que no dia 30 de abril de 2019, estavam em uma lanchonete. Presenciaram uma 'discussão violenta', na qual o acusado empurrou sua cunhada. A sua filha D ficou nervosa e chorou muito. Conversou com ela e tentou acalmá-la. A vítima D falou: 'mãe, a senhora me protege, com relação ao que vou lhe contar?'. Disse lhe que a protegeria. A ofendida D disse que o réu A: 'mexeu comigo, por isso eu me afastei dele'. A vítima D disse que o acusado 'mexeu' com ela muitas vezes, 'desde quando ele chegou em Bauru'. 'O réu acordava a D com as mãos debaixo da roupa'. Ela disse que o réu 'ia atrás dela e passava as mãos, bem como ameaçava para não contar para ninguém e falava que 'ninguém acreditaria nela'. A vítima D lhe contou que o acusado 'passava as mãos' e disse que 'via que aquilo não era certo'. Seu marido trabalhava e, na época, chegava por volta das 00h ou 00h30 da fábrica. A vítima D acordava 'assustada'. Ela ficou traumatizada, perguntando: 'cadê ele, cadê ele?'. A vítima D ficava traumatizada 'quando algum homem se aproximava da sua cama, ela sempre acordava assustada'. 'Seu marido achou que D fosse

sonâmbula'. 'Então, reuniu seus familiares, como os filhos do réu e sua cunhada, e contou o que o acusado tinha feito'. Pediu para suas filhas relatarem o ocorrido, na presença dos filhos do acusado. Seu marido era primo do acusado. Queria evitar uma desgraça na família. Disse que denunciaria o réu. Foi até a delegacia. Foi ao IML, passou pela psicóloga. 'Via o sofrimento de D'. 'D lhe perguntava: 'até quando vou passar pelo psicólogo e o réu solto?'. A vítima D chegou a 'cortar os pulsos'. Ficou desesperada. Solicitou medida protetiva. Pediu para que uma senhora ficasse na residência, pois, além dos 'pesadelos, D se sentia acuada, ela tinha medo de o acusado abordá-la'. A medida protetiva não foi deferida. 'Foi informada de que só seria cabível em caso de relacionamentos amorosos'. A vítima D ficou nervosa e disse que 'estava cansada de tudo isso'. Cansou-se de ver o sofrimento da filha. Esse ano, D está 'podendo respirar'. 'É dolorido'. Sofre ao ver os filhos do acusado. O réu não pensou nos filhos dele. 'Já pensou em não dar andamento no feito, por causa dos filhos do réu'. A vítima D disse que os abusos ocorreram na sala do réu. O réu era primo de seu marido. O acusado residia no mesmo terreno. Residiam na edícula e o réu, na frente do imóvel. A vítima D lhe contou que acusado passou as mãos na vagina e nos seios. O réu 'fez a vítima tocar o órgão genital dele', mas a vítima se afastou dele. A vítima D lhe disse que o réu mordida a bochecha dela. A vítima D contou que foi abusada pelo A. Ela lhe disse que o acusado 'passou a mão', que o réu 'ia atrás dela, quando percebia que ela estava sozinha', para 'passar as mãos' e 'mandava ela não contar para ninguém'. As vítimas disseram apenas isso. As vítimas não mencionaram se houve conjunção carnal. As vítimas passaram por atendimento psicológico em 2019 até 2020. A vítima D passou a evitar o réu, mas ele ficava falando: 'eu ainda vou te pegar'. A vítima D passou a evitar a presença do acusado. A vítima D é a filha mais velha. Uma vez o réu tentou 'agarrar' D, tentado dar um beijo, mas ela se esquivou. O réu tentava beijar D. Então, D não ficava perto do acusado. Os fatos aconteceram mais de uma vez com a vítima D. Os fatos ocorreram no final de 2016 e no ano de 2017. As vítimas contaram a mesma versão. Seu marido ficou nervoso quando ficou sabendo. Pensou que seu cunhado tivesse contado para seu marido. Pensou que tinha acontecido o pior. Então, foi até a fábrica, na companhia da L. Viu o veículo do seu marido. Falou para seu marido que registraria o boletim de ocorrência e explicou o ocorrido. Falou para seu marido: 'não fazer nada com o réu, pediu para deixar que a Justiça seja feita'. Contou para os filhos do acusado e para sua cunhada. Explicou para seus familiares que não queria que o réu fosse em sua residência. No início, o réu respeitou isso. Posteriormente, passou encontrar o réu nos imóveis do vizinho. Pediu para V H pedir para o réu respeitar as suas filhas. O réu sempre a encontrava na escola. Tinha medo de deixar suas filhas sozinhas. Antes dos fatos, tinha relação normal com o acusado. Depositava confiança no acusado. Seu marido

residia no Japão. Suas filhas viam o réu como 'pai'. Então, depositou confiança no acusado. Ajudou muito o réu. Atualmente, 'sente culpa por não ter prestado atenção'. O réu 'chegava do serviço e ia atrás de suas filhas'. Ele dizia: 'cadê as minhas bonequinhas?'. A vítima D lhe dizia que 'não queria ver o tio' e chorava. O réu chamava outra criança de 'bonequinha'. O réu chamava a vítima D de 'bonequinha'.

[...]

Contudo, em que pese a tentativa das testemunhas de defesa em inocentar o réu, inverossímil a versão dele, no sentido de que o seu comportamento era paternal em relação à vítima D e que tudo não passava de muito carinho, sendo as acusações fruto de desavenças e intriga dos familiares.

Nesse quadro, diante de tudo o que foi apurado, especialmente o relato detalhado, firme e coerente de D, respaldado nos depoimentos das testemunhas, não restam dúvidas quanto à responsabilização do réu pela prática do delito de estupro de vulnerável contra a ofendida, não havendo se falar em absolvição por falta de provas ou em desclassificação do delito.

As provas produzidas nos autos confirmaram que de fato o apelante praticou atos libidinosos com Daniele, caracterizando o grave crime de estupro de vulnerável.

Têm-se entendido que a prática de atos inequívocos a satisfazer a concupiscência configura o crime de estupro, em sua nova redação. No caso, o apelante, por diversas vezes, passou a mão no corpo e seios por baixo da roupa da vítima D. Não há como se afastar o fim libidinoso.

Em que pese o entendimento do apelante, restou devidamente caracterizado o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, por se tratar da prática de grave crime contra menor de 14 anos.

É certo que o crime previsto no artigo 215-A do Código Penal pune a conduta daquele que pratica contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a lascívia. Porém, o artigo 217-A do referido Código deve incidir no caso em comento, pelo princípio da especialidade, tendo em vista que foi cometido, repita-se, contra menor de 14 anos, tal qual exigido no tipo penal mais severo.

Nesse sentido, já decidi esta C. Câmara Criminal:

"A conduta, por envolver menor de 14 anos, no caso criança, é de especial gravidade e o fato de inexistir violência ou grave ameaça é absolutamente irrelevante.

A prática de ato libidinoso, ainda que diverso da conjunção carnal justifica a reprimenda em abstrato fixada pelo legislador e desconsiderar tal dado é afastar a norma sem motivo racional a justificar tal atitude. Não há que se acolher a desclassificação almejada.

Ademais não há que se falar em desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o delito tipificado no artigo 215-A do Código Penal tendo em vista que esse possui caráter subsidiário. Ou seja, apenas se a conduta do agravante não se subsumisse ao tipo previsto no artigo 217-A do Código Penal poderia se falar em incidência do novo crime de importunação sexual. Em tendo a vítima 08 anos de idade à época dos fatos, presumindo-se a violência em razão da vulnerabilidade, não há outra tipificação possível que não aquela prevista no artigo 217-A do Código Penal.

Neste sentido, a jurisprudência da 5ª a da 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça desconsidera qualquer circunstância que possa relativizar a punição de atos de libidinagem cometidos contra menores de quatorze anos: 'De qualquer forma, sobre o tema meritório em tela, tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos' (Agravado de Execução Penal nº 0009225-68.2020.8.26.0026, Relator Exmo. Desembargador LAURO MENS DE MELLO, julgado 18/05/2021).

Mais, desnecessário dizer.

Portanto, fica mantida a condenação contra a vítima Daniele, tal qual lançada na r. sentença" (fls. 585/595).

Extraí-se dos trechos acima que a condenação do recorrente foi mantida pelo TJ, considerando a demonstração da autoria e materialidade delitivas a partir das provas testemunhais produzidas nos autos, notadamente a relevante palavra da vítima e de sua irmã, as quais foram corroboradas com as demais testemunhas da acusação.

Quanto ao ponto, esta Corte entende que, em crimes de natureza sexual, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, pois, geralmente, são cometidos de forma clandestina, sem testemunhas e sem deixar vestígios. Na hipótese, conforme se verifica, a palavra da vítima não se encontra isolada nos autos, uma vez que corroborada pelos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, possuindo peso preponderante sobre demais elementos de prova.

Nesse contexto, para se concluir de modo diverso, afastando a conclusão das instâncias ordinárias acerca da prática delitiva, seria necessário o revolvimento fático-probatório, vedado conforme Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

No mesmo sentido, citam-se precedentes (grifos nossos):

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. INCIDÊNCIA DOS ÓBICES DAS SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF E NS. 83 E 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE. MANUTENÇÃO. DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL - CP. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUÍZO. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. VIOLAÇÃO AO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL

DESPROVIDO.

1. Agravo em recurso especial conhecido. Recurso Especial parcialmente conhecido e desprovido por incidência dos óbices das Súmulas ns. 282 e 356 do STF e ns. 83 e 7 do STJ.

2. Da leitura da inicial acusatória, bem como do acórdão recorrido, verifica-se que a denúncia é suficientemente clara e concatenada, demonstrando a efetiva existência de justa causa para a persecução penal. Assim, atendidos aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, encontra-se devidamente assegurado o exercício da ampla defesa 2.1. "A jurisprudência desta eg. Corte Superior é firme no sentido de que "(...) a superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa e inépcia da denúncia, haja vista a insubsistência do exame de cognição sumária, relativo ao recebimento da denúncia, em face da posterior sentença de cognição exauriente" (HC n. 384.302/TO, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 9/6/2017), incidindo, assim, a Súmula nº 648/STJ" (AgRg no HC n. 721.020/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023). Aplicável o óbice da Súmula n. 83/STJ.

3. Quanto ao rito do art. 226 do CPP, o TJPR afastou a arguição de nulidade com base em entendimento já superado por esta Corte. Ocorre que a defesa não opôs embargos de declaração a fim de prequestionar as teses de nova orientação sobre o tema, bem como a respeito da não confirmação em juízo do reconhecimento feito na esfera inquisitorial, o que gera a ausência de prequestionamento e aplicação dos óbices das Súmulas ns. 282 e 356 do STF.

4. A tese absolutória não encontra guarida nesta Corte por demandar à análise das provas dos autos (Súmula n. 7/STJ). Lembrando que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui enorme relevância, ante as circunstâncias em que normalmente ocorrem, às escondidas e longe de testemunhas. Precedentes deste Tribunal.

5. Agravo regimental desprovido

(AgRg no AREsp n. 2.141.057/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/10/2023.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. ART. 61, II, "F", DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Após a prolação de sentença condenatória, em que é realizado um juízo de cognição mais amplo, perde força a discussão acerca de eventual inépcia da denúncia. Precedentes.

2. O Tribunal de origem justificou adequadamente o indeferimento da diligência probatória requerida, com base na desnecessidade de produção da prova requerida, bem como na falta de comprovação do motivo excepcional a justificar o pedido de ouvida da testemunha só ao término da instrução.

3. No caso dos autos, a Corte de origem, após a análise acurada dos elementos probatórios, entendeu comprovada a autoria e a materialidade do delito. Incidência da Súmula 7/STJ.

4. No que tange à alegação de violação do art. 61, II, "f", do CP, a controvérsia não foi abordada no acórdão recorrido, nem mesmo naquele que julgou os embargos de declaração, o que indica a ausência de prequestionamento. Sem o apontamento de ofensa ao art. 619 do CPP quanto a esse ponto no recurso especial, não se considera fictamente prequestionada a matéria.

5. Esta Corte Superior entende que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

6. Nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, torna-se bastante complexa a prova do exato número de crimes cometidos. Tal imprecisão, contudo, não deve levar o aumento da pena no patamar mínimo, mormente porque o Tribunal local concluiu que os abusos sexuais foram praticados por inúmeras vezes.

7. Com a resposta a todas as teses do recurso especial fundadas na alínea "a" do permissivo constitucional, fica prejudicada a alegada divergência jurisprudencial referente aos mesmos temas.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.322.066/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 3/10/2023.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 215-A DO CP. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO APLICADA EM 2/3. NÚMERO DE CRIMES INDETERMINADO. SUCESSÃO DE ABUSOS POR LONGO PERÍODO. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal a quo, em decisão devidamente motivada, entendeu que, do caderno instrutório, emergiram elementos suficientemente idôneos de prova aptos a manter a condenação do envolvido como autor do crime do art. 217-A, caput, c/c. artigo 226, inciso II, na forma do artigo 71 do Código Penal. Assim, rever os fundamentos utilizados pela Corte de origem, para decidir pela absolvição, por ausência de prova concreta para a condenação, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ.

2. No presente caso, assentaram as instâncias ordinárias que a conduta incontestada do agente consistiu em praticar diversos atos libidinosos contra a vítima, dos seus 5 até seus 12 anos, entre eles, passar a mão diretamente na genitália, ou seja, por de baixo de suas vestes, inclusive introduzindo o dedo na vagina, bem como praticar com ela sexo anal e beijá-la na boca. Assim, a conduta imputada ao recorrente se coaduna com a figura típica descrita no art. 217-A do Código Penal, estando a autoria e a materialidade delitiva evidenciadas nos autos. Na expressão "ato libidinoso" estão contidos todos os atos de natureza sexual, diversos da conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente.

3. Prevalece na jurisprudência desta Corte Superior a impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para a de importunação sexual, porquanto esta é praticada sem violência ou grave ameaça, ao passo que aquele inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, como na hipótese dos autos, que envolve vítima menor de 14 (quatorze) anos.

4. Nessa linha, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos REsp n. 1.959.697/SC, REsp n. 1.957.637/MG, REsp n. 1.958.862/MG; e REsp n. 1.954.997/SC, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, ocorrido em 8/6/2022, DJe de 1º/7/2022, sob a égide dos recursos repetitivos, firmou posicionamento no sentido de que, presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).

5. No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

[...]

9. No presente caso, embora impreciso o número exato de eventos delituosos, esta Corte Superior, como visto, tem considerado adequada a fixação da fração de aumento no patamar acima do mínimo na hipótese de que

o crime ocorreu por um período de tempo, como na espécie, em que ficou demonstrada, por meio da leitura da denúncia, da sentença condenatória e do acórdão recorrido, a sucessão de abusos, ocorridos várias vezes, que se iniciaram quando a vítima tinha meros cinco anos, perdurando até seus doze anos de idade.

Assim, ficou suficientemente atestada pelas instâncias de origem a reiteração das infrações contra a menor, mostrando-se adequado o acréscimo na fração máxima de 2/3 (art. 71 do CP), como feito pelas instâncias de origem.

10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.393.204/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 18/9/2023.)

Sobre o pleito desclassificatório, a questão foi pacificada nesta Corte em julgamento de recurso especial repetitivo, REsp n. 1.954.997/SC, no qual se firmou a tese (Tema n. 1121) de que *"presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)".* Assim, descabida a pretensão.

Precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO SEM MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. FORÇA DE DEFINITIVIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. ELEMENTO ESPECIALIZANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Hipótese em que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 217-A do Código Penal porque teria praticado atos libidinosos contra a menor M. D. M., que à época dos fatos tinha apenas 8 anos de idade. A conduta foi reclassificada pela descrita no art. 215-A do Código Penal, com fundamento no art. 383 do Código de Processo Penal. Contra referida decisão, o Ministério Público interpôs recurso de apelação.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que no caso em que há desclassificação do crime sem modificação de competência, tal pronunciamento judicial, por analisar o mérito da imputação delitiva, tem força de definitividade e, assim, possibilita a interposição de recurso de apelação, nos termos do art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal.

3. Não é viável a aplicação do art. 215-A do Código Penal na hipótese de estupro de vulnerável, porque a conduta do agente possui elemento especializante, referente ao fato de ser a vítima incapaz, bem como de ser

presumida a violência, sendo tais hipóteses regidas pelo art. 217-A do Código Penal, no qual é despidendo o consentimento da vítima e presumida a violência.

4. Questão que foi objeto de discussão pela Terceira Seção desta Corte, no REsp n. 1.954.997-SC, deste Relator, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, no qual foi firmada a seguinte tese jurídica (Tema n. 1121): presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 769.600/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 15/12/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 593 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. As instâncias antecedentes entenderam devidamente comprovadas a autoria e a materialidade dos atentados violentos ao pudor pelos quais o réu foi condenado, notadamente pela prova oral produzida durante a instrução do feito, em especial o depoimento das vítimas e das testemunhas, corroboradas pelo conteúdo do laudo de entrevista social contido nos autos.

3. Não há que se falar em desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 215-A do Código Penal, tendo em vista tratar-se de vítima vulnerável.

4. A tese sobre a violação do art. 71 do Código Penal não foi alegada nas razões do especial interposto pela defesa, o que configura verdadeira inovação processual, inadmissível em agravo regimental.

5. Agravo regimental parcialmente conhecido e não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.957.232/PE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 3/3/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO CONSISTENTE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO

REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, basta a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo suficiente a conduta de passar a mão no corpo da vítima, ou a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, o que se evidenciou na espécie.*

2. *Lastreada a condenação em conjunto probatório contundente colhido nas fases inquisitorial e judicial, incabível a absolvição ou a desclassificação da conduta.*

3. *O reexame da aplicação da minorante prevista no art. 29, § 1º do CP, mostra-se inadequado à estreita via do habeas corpus, por exigir revolvimento fático-probatório.*

4. *Agravo regimental improvido.*

(AgRg no HC n. 682.905/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 28/10/2022.)

A defesa se insurge, ainda, quanto à dosimetria da pena, alegando desproporcionalidade. Por oportuno confira-se a r. sentença:

"Incurso no art. 217-A, c/c art. 71, do CP (vítima Daniele)

Nos termos dos artigos 59 e 68, ambos do CP, atenta ao sistema trifásico de fixação da reprimenda, na primeira fase, verifico o réu era primário à época dos fatos, conforme folha de antecedentes de fls. 352/353. Contudo, a conduta social do réu é desfavorável, eis que a testemunha Juliane contou, em juízo, que também sofrera abuso sexual, quando tinha 13 anos, por parte do acusado, bem como apontou que outras duas pessoas da família, da mesma forma, sofreram os mesmos abusos. Dessa forma, fixo a pena base elevada em 1/6, isto é, 09 anos e 04 meses de reclusão.

Na segunda fase, ausentes atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena do art. 71, do CP. Logo, majoro a pena em 1/6, ficando em 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão" (fls. 428/429).

O Tribunal a quo, por sua vez, assim fundamentou a pena-base:

"No que tange às penas impostas em relação crimes praticados contra a vítima Daniele, não merecem reparo.

Na primeira fase, a pena-base foi majorada de 1/6, resultando em 09 anos e 04 meses de reclusão. Em seguida, em decorrência do reconhecimento da continuidade delitiva aos crimes cometidos por diversas vezes, no período de dois anos, foi acrescida de 1/6, resultando definitiva em 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão.

O aumento exercitado na primeira fase foi bem

fundamentado e não merece reparo, pois a d. Magistrada sentenciante considerou, para tanto, que “a conduta social do réu é desfavorável, eis que a testemunha Juliane contou, em juízo, que também sofrera abuso sexual, quando tinha 13 anos, por parte do acusado, bem como apontou que outras duas pessoas da família, da mesma forma, sofreram os mesmos abusos.”, o que se mantém, diante dos elementos de prova constantes nos autos.

De se ver que o artigo 59 menciona oito elementos diversos para a aplicação da pena, que deverão ser observados com discricionariedade pelo magistrado, para fundamentar sua decisão.

No ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, “é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. Não sendo, deve ela situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador.” (Código Penal Comentado, Editora Forense, 15ª Edição, 2015, p. 443)

E, como já decidido: “A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.” (STF, HC 113366, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, Processo Eletrônico, DJe-240, divulgado em 05-12-2013, publicado em 06-12-2013).

Assim, não se cogitando aumento tarifado, não vejo ilegalidade no aumento operado nesta fase da dosimetria, que pode traduzir maior rigor do Magistrado, mas jamais ilegalidade” (fls. 596/597).

No que tange à dosimetria, foram arrolados elementos concretos e não inerentes ao tipo penal para elevação da pena-base, não havendo falar em ilegalidade da dosimetria.

O magistrado *a quo* considerou negativa a circunstância judicial da conduta social, pois de acordo com o testemunho de familiares teria cometido outros abusos sexuais com pessoas da família, fundamento que se revela idôneo para o aumento da pena na primeira fase do cálculo.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO

REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. *Precedentes.*

2. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

3. No caso dos autos, constata-se que a Corte Estadual declinou fundamentos concretos, não inerentes ao tipo penal infringido, ao majorar a pena-base do paciente.

4. A conduta social do réu foi valorada negativamente porque, de acordo com os depoimentos prestados pelas testemunhas em juízo, ostentaria comportamento agressivo no ambiente doméstico, prejudicando o seu convívio com os familiares, fundamento que se revela idôneo para o aumento da pena na primeira fase do cálculo. *Precedentes.*

5. O histórico de violência do acusado contra a vítima, que culminou com a morte desta, é apto a revelar a sua personalidade desajustada e agressiva. *Precedentes.*

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 371.241/SC, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 17/8/2017.)

"Inexistente erro ou ilegalidade na dosimetria da pena aplicada ao agravante, a desconstituição do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias que, diante das peculiaridades do caso concreto, destacaram fundamentação idônea para majorar a pena-base do recorrente, incide à espécie o enunciado n. 7 da Súmula/STJ" (AgRg no AREsp 1.598.714/SE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 29/6/2020).

Mantido o *quantum* de pena, o regime fechado é o correto nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Reitero, pro fim, ser inviável o recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, pois, além da incidência das Súmulas n. 83 e n. 7 deste Pretório, não foi realizado o cotejo analítico e não comprovada a similitude fática entre o aresto recorrido e os trazidos à colação, nos termos dos arts. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil/2015 – NCPC e 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de

Justiça – RISTJ.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no AREsp 2.317.583 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0081591-8

Número de Origem:

15143608020198260071 1514360802019826007176052019 20220000659840 76052019

Sessão Virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : A L DA S

ADVOGADOS : THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI - SP214007

LUCIANA VIDALI BALIEIRO - SP161838

CIRINEU FEDRIZ - SP313042

MAYARA ALCANTARA - SP434093

MAURICIO DI SALVO ARTHUR - SP434448

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : A L DA S

ADVOGADOS : THIAGO LUIS RODRIGUES TEZANI - SP214007

LUCIANA VIDALI BALIEIRO - SP161838

CIRINEU FEDRIZ - SP313042

MAYARA ALCANTARA - SP434093

MAURICIO DI SALVO ARTHUR - SP434448

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 12 de março de 2024