



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2321236 - SP (2023/0085763-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : M B R
ADVOGADO : DANIEL FERRAREZE - SP123409
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. PENA-BASE. NEGATIVAÇÃO DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS QUE EXTRAPOLAM O TIPO PENAL. AUSENTE ERRO OU ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. AGRADO DESPROVIDO.

1. Conforme fato assentado nas instâncias ordinárias, o agravante passou a sua mão sobre a genitália da vítima, à época contando 12 anos de idade, conduta que, por si só, configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal – CP (estupro de vulnerável), não se admitindo a tentativa.

2. Conforme tese firmada pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.954.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/7/2022, Tema 1121, "[p]resente 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)".

3. Arrolados elementos concretos e não inerentes ao tipo penal para elevação da pena-base em razão da culpabilidade e nas consequências do crime, não há que se falar em ilegalidade da dosimetria.

4 . Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília, 05 de dezembro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2321236 - SP (2023/0085763-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : M B R
ADVOGADO : DANIEL FERRAREZE - SP123409
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. PENA-BASE. NEGATIVAÇÃO DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS QUE EXTRAPOLAM O TIPO PENAL. AUSENTE ERRO OU ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. AGRADO DESPROVIDO.

1. Conforme fato assentado nas instâncias ordinárias, o agravante passou a sua mão sobre a genitália da vítima, à época contando 12 anos de idade, conduta que, por si só, configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal – CP (estupro de vulnerável), não se admitindo a tentativa.

2. Conforme tese firmada pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.954.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/7/2022, Tema 1121, "[p]resente 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)".

3. Arrolados elementos concretos e não inerentes ao tipo penal para elevação da pena-base em razão da culpabilidade e nas consequências do crime, não há que se falar em ilegalidade da dosimetria.

4 . Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por M B R contra decisão de fls. 365/374, de minha relatoria, pela qual conheci do agravo para negar provimento ao recurso especial interposto às fls. 254/275, com base na Súmula n. 568 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

A defesa reitera a alegação de ausência de prova suficiente à condenação e sustenta, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para a figura da importunação sexual, ou, ainda, a figura tentada, pois não houvera a conjunção carnal.

Alega, ainda, falta de fundamentação idônea a majorar a pena-base, devendo ser fixada no mínimo legal e, por consequência, ser fixado regime de cumprimento de pena mais brando.

Requer a apresentação do feito em mesa para que a Turma reforme a decisão recorrida, dando provimento ao recurso interposto.

É o relatório.

VOTO

Não assiste razão à defesa, devendo ser mantida a decisão hostilizada.

Conforme exposto na decisão agravada, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO manteve a condenação nas penas do art. 217-A nos seguintes termos do voto do relator:

"A autoria e a materialidade estão suficientemente demonstradas nos autos e foram registradas na r. sentença.

Narra a denúncia que a vítima era frequentadora da 1ª Igreja Batista de Amparo, onde M atuava como "professor de Bíblia" para turmas de crianças e adolescentes.

Nesse contexto, M, na data e local dos fatos, enquanto a vítima e outras crianças brincavam numa cama elástica, no pátio da Igreja, praticou ato libidinoso com a vítima L, consistente passar a mão em sua vagina, por cima da roupa.

Ressalta-se que quando o abuso foi praticado, L contava com 12 (doze) anos de idade.

Interrogado acerca dos fatos denunciados, M não confessou o abuso praticado contra L especificamente, entretanto, conforme relatório do SIG (fls.

37) trata-se de igual modus operandi já utilizado, consistente em, no contexto de eventos promovidos pela igreja, acariciar ou passar as mãos nas partes íntimas de suas vítimas.

M era vice-presidente da "Igreja Batista", localizada na Comarca de Amparo. No local, tornou-se o "líder dos adolescentes" e costumava promover os encontros e as dinâmicas entre os filhos dos frequentadores.

Apurou-se que a "Igreja Batista" costumava promover um evento mensal denominado "Tarde das Crianças", em que diversos infantes inclusive aqueles que não frequentavam a igreja eram convidados a participar de gincanas, brincadeiras e oficinas diversas.

M era um dos promotores das brincadeiras, de modo que possuía bastante contato com os menores. Entretanto, surgiram diversas evidências de que M utilizava as suas funções na igreja para abusar sexualmente de diversas crianças e adolescentes, o que teria perdurado durante anos.

Em razão disso, o pastor chamou M para uma conversa particular, informando-o de que existiam denúncias por parte das crianças sobre eventuais abusos sexuais. Diante desta revelação, M confessou diante do pastor que havia mesmo praticado aqueles abusos.

Por conta disso, foi imediatamente afastado das suas funções na Igreja. Após ir embora e conversar com sua esposa, o acusado resolveu marcar um outro encontro com o pastor, ocasião em que admitiu ter abusado sexualmente de um total de oito meninas, todas frequentadoras da Igreja.

M não somente admitiu, como cedeu o nome de todas elas, conforme interrogatório minucioso de fls. 06/07.

Surpreendido com esta confissão, o pastor convocou aos poucos os pais das meninas mencionadas, informando-os sobre o ocorrido. De fato, conforme os genitores indagavam suas filhas, estas passaram a revelar os episódios de abusos sexuais promovidos pelo acusado.

Por isso, passaram a circular notícias e reportagens jornalísticas com a fotografia do acusado.

Foi assim que os fatos se descortinaram.

A menor L, que contava 12 (doze) anos de idade, quando teve acesso a uma destas reportagens por meio das redes sociais, ficou muito abalada e começou a chorar. Assim, L contou à sua mãe que também havia sido vítima de abusos praticados pelo réu M.

Com efeito, embora a família frequentasse uma outra igreja evangélica, a menina e sua irmã costumavam participar das famosas “Tardes da Criança”.

L narrou aos seus genitores que, no último evento, o acusado entrou na cama elástica (em que as meninas estavam brincando) e, aproveitando-se de um momento de queda, passou acintosamente a mão na sua vagina por cima da roupa.

[...]

Há, portanto, provas mais que suficientes para escorar a condenação lançada.

Impossível a desclassificação da conduta do crime de estupro de vulnerável para aquele descrito no artigo 215-A do Código Penal, pois este crime não se aplica aos casos em que a vítima possui menos de quatorze anos, justamente pelo fato de que, para o Direito Penal, tais vítimas não possuem capacidade de anuir a algum ato libidinoso.

[...]

Também, não se cogita de tentativa, pois o ato obsceno foi integralmente praticado, em algumas meninas passou a mão em sua genitália sobre a roupa, como no caso em apreço, em outros casos chegou a introduzir a mão dentro da calcinha das vítimas, como relatou em seu interrogatório policial.” (fls. 242/248)

Constata-se, conforme assentado nas instâncias ordinárias, que o recorrente passou a sua mão na genitália da vítima, à época contando 12 anos de idade, por cima

de sua roupa, com fim de satisfazer a sua lascívia, conduta que, por si só, configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável), não se admitindo a tentativa.

Correto o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo*, pois em consonância com a jurisprudência desta Corte que firmou entendimento de que presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, configura o crime de estupro de vulnerável a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo inadmissível sua desclassificação para o tipo penal de importunação sexual, previsto o art. 215-A do CP.

Conforme tese firmada pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.954.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/7/2022, Tema 1121, "[p]resente 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)".

Confira-se a ementa do julgado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. TRATADOS INTERNACIONAIS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E DA SUBSIDIARIEDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. De maneira ampla, a Medicina Legal define o abuso sexual infantil como "toda e qualquer exploração do menor pelo adulto que tenha por finalidade direta ou indireta a obtenção do prazer lascivo" (FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina legal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017, p. 250). Nesse sentido, não há meio-termo. O adulto que explora um menor com a finalidade de obter prazer sexual, direto ou indireto, está a praticar ato abusivo.

2. Nesse ponto, é importante ressaltar que o abuso sexual contra o público infantojuvenil é uma realidade que insiste em perdurar ao longo do tempo. A grande dificuldade desse problema, porém, é dimensioná-lo, pois uma parte considerável dos delitos "ocorrem no interior dos lares, que permanecem recobertos pelo silêncio das vítimas". Há uma elevada taxa de cifra negra nas

estatísticas. Além do natural medo de contar para os pais (quando estes não são os próprios agressores), não raro essas vítimas sequer "possuem a compreensão adequada da anormalidade da situação vivenciada." (BIANCHINI, A.; MARQUES, I. L.; ROSSATO, L. A.; SILVA, L. P. E.; GOMES, L. F.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. *Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes*. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book, Introdução, cap. 1).

3. Nessa senda, revela-se importante observar que nem sempre se entendeu a criança e o adolescente como sujeito histórico e de direitos. Em verdade, a proteção às crianças e aos adolescentes é fenômeno histórico recente. "A família não percebia as necessidades específicas das crianças, não as via como um ser com peculiaridades e que precisavam de atendimento diferenciado. [...] a única diferença entre o adulto e a criança era o tamanho, a estatura, pois assim que apresentavam certa independência física, já eram inseridas no trabalho, juntamente com os adultos. Os pais contavam com a ajuda de seus filhos para realizar plantações, a produção de alimentos nas próprias terras, pescas, caças, por isso, assim que seus filhos tinham condições de se manterem em pé, já contribuíam para o sustento da família." (HENICK, Angelica Cristina. FARIA, Paula Maria Ferreira de. *História da Infância no Brasil*. Educere, 2022. Disponível em: <https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/19131_8679.pdf>. Acesso em: 7/1/2022).

4. Diante de um cenário de exposição e vulnerabilidade passando para uma perspectiva protetiva, alguns autores verificam uma correlação entre o reconhecimento pelo Estado da violência intrafamiliar e o movimento feminista. Dizem que esse movimento, "ao enfrentar o denominado modelo patriarcal de família, acaba por desvelar inúmeras formas de violência, que permaneciam encobertas pelo manto do silêncio". (MACIEL, K. R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, e-book, parte I, cap. I).

5. Verificou-se, portanto, uma modificação de paradigmas sociais, que refletiu no Direito. E é nessa perspectiva que se deve ressaltar a importância de o Direito estar atento à complexidade da vida social. "Muitos dos argumentos defendidos por tantos anos já estão superados. [...] O histórico da Criminologia revela muito sobre a superação de paradigmas e axiomas", um exemplo disso é o reconhecimento da violência doméstica e familiar. O lar, que era até então considerado um local seguro (ao contrário das ruas, do lado de fora), passa a ser palco do drama criminal. (BIANCHINI, A.; MARQUES, I. L.; ROSSATO, L. A.; SILVA, L. P. E.; GOMES, L. F.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. *Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes*. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book, Introdução). O fato de a violência dentro dos lares ser reconhecida pelo Estado não significou a criação dessa violência. Em verdade, ela sempre existiu, mas permanecia

no silêncio entre os familiares e na indiferença institucional. O que era para servir de apoio violentava ou ignorava.

6. Nesse passo, Andréa Rodrigues Amin lembra que "vivemos um momento sem igual no plano do direito infantojuvenil. Crianças e adolescentes ultrapassam a esfera de meros objetos de 'proteção' e 'tutela' pela família e pelo Estado e passam à condição de sujeitos de direito, beneficiários e destinatários imediatos da doutrina da proteção integral." (MACIEL, K. R. F. L. A. Curso de direito da criança e do adolescente. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, e-book, parte I, cap. I). O Estado não é mais indiferente ao que acontece no interior dos lares com as crianças e com os adolescentes. Porém, reforça-se, que isso é relativamente recente.

7. Toda essa evolução é verificada no Brasil, como um reflexo de um movimento internacional pela proteção das crianças. Chamando a atenção para a importância dos instrumentos internacionais na positivação e na interpretação do direito penal pátrio, o em. Ministro João Otávio de Noronha, em voto lapidar no EREsp n. 1.530.637/SP, lembra que o Brasil está obrigado, perante seus pares, a adotar medidas legislativas para proteger às crianças (todos aqueles com menos de 18 anos completos) de qualquer forma de abuso sexual.

8. Este Superior Tribunal de Justiça, em várias oportunidades, já se manifestou no sentido de que a prática de qualquer ato libidinoso, compreendido como aquele destinado à satisfação da lascívia, com menor de 14 anos, configura o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Não se prescinde do especial fim de agir: "para satisfazer à lascívia". Porém, não se tolera as atitudes voluptuosas, por mais ligeiras que possam parecer. Em alguns precedentes, ressaltou-se até mesmo que o delito prescinde inclusive de contato físico entre vítima e agressor.

9. Com efeito, a pretensão de se desclassificar a conduta de violar a dignidade sexual de pessoa menor de 14 anos para uma contravenção penal (punida, no máximo, com pena de prisão simples) já foi reiteradamente rechaçada pela jurisprudência desta Corte.

10. A superveniência do art. 215-A do CP (crime de importunação sexual) trouxe novamente a discussão à tona, mas o conflito aparente de normas é resolvido pelo princípio da especialidade do art. 217-A do CP, que possui o elemento especializante "menor de 14 anos", e também pelo princípio da subsidiariedade expressa do art. 215-A do CP, conforme se verifica de seu preceito secundário *in fine*.

11. Além disso, a cogência do art. 217-A do CP não pode ser afastada sem a observância do princípio da reserva de plenário pelos tribunais (art. 97 da CR).

12. Não é só. Desclassificar a prática de ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos para o delito do art. 215-A do CP, crime de médio potencial ofensivo que admite a suspensão condicional do processo, desrespeitaria ao mandamento constitucional de criminalização do art. 227, §4º, da CRFB, que determina a

punição severa do abuso ou exploração sexual de crianças e adolescentes. Haveria também descumprimento a tratados internacionais.

13. De fato, de acordo com a convicção pessoal desta Relatoria, o legislador pátrio poderia, ou mesmo deveria, promover uma graduação entre as espécies de condutas sexuais praticadas em face de pessoas vulneráveis, seja por meio de tipos intermediários, o que poderia ser feito através de crimes privilegiados, ou causas especiais de diminuição. De sorte que, assim, tornar-se-ia possível penalizar mais ou menos gravosamente a conduta, conforme a intensidade de contato e os danos (físicos ou psicológicos) provocados. Mas, infelizmente, não foi essa a opção do legislador e, em matéria penal, a estrita legalidade se impõe ao que idealmente desejam os aplicadores da lei criminal.

14. Verifique-se que a opção legislativa é pela absoluta intolerância com atos de conotação sexual com pessoas menores de 14 anos, ainda que superficiais e não invasivos. Toda a exposição até aqui demonstra isso. E, essa opção, embora possa não parecer a melhor, não é de todo censurável, pois, veja-se, "o abuso sexual contra crianças e adolescentes é problema jurídico, mas sobretudo de saúde pública, não somente pelos números colhidos, mas também pelas graves consequências para o desenvolvimento afetivo, social e cognitivo". Nesse sentido, "não é somente a liberdade sexual da vítima que deve ser protegida, mas igualmente o livre e sadio desenvolvimento da personalidade sexual da criança" (BIANCHINI, A.; MARQUES, I. L.; ROSSATO, L. A.; SILVA, L. P. E.; GOMES, L. F.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book, Introdução, cap. 1).

15. Tanto a jurisprudência desta Corte superior quanto a do Supremo Tribunal Federal são pacíficas em rechaçar a pretensão de desclassificação da conduta de praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos para o crime de importunação sexual (art. 215-A do CP). Precedentes.

16. Tese: 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).

17. Solução do caso concreto: recurso especial provido para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 217-A do CP, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de origem para que, na instância ordinária, seja realizada a dosimetria da pena.

(REsp n. 1.954.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 1º/7/2022).

Confirmam-se, ainda, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. EXCLUSÃO. QUESTÕES PRECLUSAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DEFENSIVA OPORTUNA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSTULAÇÃO. INVIABILIDADE. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO. TENTATIVA. APLICAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. Os pleitos de exclusão dos maus antecedentes, porque valorados a partir de condenação que teria sido atingida pelo período depurador, bem assim de que a conduta deveria ser desclassificada para o crime do art. 215-A do Código Penal, estão atingidos pela preclusão, pois não foram alegados oportunamente pela defesa do Agravante, que sequer interpôs recurso especial.

2. Nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante. Não se presta como meio para que a Defesa, ao arrepio das regras que regem o processo penal, obtenha pronunciamento judicial acerca de questões que não suscitou oportunamente e que, por essa razão, foram atingidas pela preclusão.

3. O entendimento desta Corte Superior é firme no sentido de que, uma vez reconhecida a prática de atos libidinosos que configuram a forma consumada do crime de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A do Código Penal, é descabida a diminuição da pena pela tentativa, nos termos do art. 14, inciso II, do mesmo Estatuto, sob o fundamento de que a reprimenda aplicada seria desproporcional.

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(AgRg no REsp 1876685/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 24/8/2021).

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL.

IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA. MINORANTE DA TENTATIVA. INVIABILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. DELITO CONSUMADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Como é cediço, ambas as Turmas que

compõem a Terceira Seção desta Corte Superior consolidaram a jurisprudência no sentido da impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, na medida em que o tipo penal previsto no art. 215-A do Código Penal, é praticado sem violência ou grave ameaça, ao passo que o delito imputado ao recorrente (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de vítima menor de 14 anos de idade, devendo ser observado o princípio da especialidade. Precedentes. Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. É firme o entendimento deste Superior Tribunal no sentido de que, "para a consumação do crime de estupro de vulnerável, basta a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo suficiente a conduta de fazer a vítima sentar-se no colo do autor do fato e passar a mão em seu corpo, inclusive nas partes íntimas [...]" (AgRg no REsp n. 1.894.974/PR, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2021, DJe 12/3/2021), como na espécie.

3. In casu, consoante asseverado pelas instâncias ordinárias, o conjunto fático-probatório constante dos autos é coeso, consistente e demonstra que o réu passava a mão nos seios e na genitália da vítima - sua neta, que contava à época dos fatos com 9 (nove) anos de idade (e-STJ fls. 380 e 486) -, por cima da roupa, com a finalidade de satisfazer sua lascívia, tendo a Corte a quo concluído pela configuração do delito do art. 217-A do CP em sua modalidade consumada. No contexto delineado pelo Tribunal local, com efeito, a prática do delito de estupro de vulnerável, em sua modalidade consumada, ficou evidenciada pela prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, não havendo se falar na forma tentada do crime.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 1920009/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/11/2021).

Assim, era mesmo de rigor a condenação nas penas do art. 217-A do Código Penal.

Sobre a violação ao art. 59 do CP, o TJ manteve a pena aplicada sob a seguinte fundamentação:

"Como registrou a r. sentença, MARCOS agiu com culpabilidade excedente à espécie, pois os pais das crianças deixavam seus filhos sob seus cuidados. Afora isso, ele se valeu do ambiente acolhedor fornecido pela instituição religiosa. Por fim, o abuso deixou máculas. Registrou-se o imenso temor provocado na vítima, a qual sentia muito medo de sair de casa e se deparar com o abusador. Por isso, de forma justificada, a pena-base foi

elevada de 1/6 (um sexto), resultando em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Nesse patamar permaneceu, diante da ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como causas de diminuição ou de aumento.

Por fim, diante da quantidade de pena aplicada e das mesmas circunstâncias desfavoráveis que justificaram a elevação da pena-base, outro não poderia ser o regime prisional senão o fechado.” (fl. 248)

Por seu turno, na sentença constou o seguinte:

“Analisadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico que o réu agiu com culpabilidade excedente à espécie. Conforme apurado, a maior parte dos pais deixavam as crianças no evento promovido pela igreja e iam embora, por confiarem completamente na equipe, como ocorreu com os pais de Lívia. Desta maneira, é certo que o acusado se valeu da confiança da família da vítima, bem como se aproveitou indignamente do ambiente fornecido pela instituição religiosa. Além disso, deve-se considerar o imenso temor provocado na vítima, a qual sentia muito medo de sair de casa e se deparar com o abusador.

À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo a pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.” (fl. 161)

Quanto ao ponto, é certo que *"a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada 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"* (AgRg no AREsp 864.464/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 30/5/2017).

Dos trechos transcritos vê-se que a pena-base foi exasperada com base na negatização da culpabilidade e das consequências do crime, tendo sido apontados elementos concretos que extrapolam o tipo penal, como o fato de o recorrente ter se aproveitado indignamente do ambiente religioso para a prática do crime, na confiança depositada pelos pais da vítima e no temor causado a esta.

Nesse contexto, observa-se que foram arrolados elementos concretos e não inerentes ao tipo penal para elevação da pena-base em razão da culpabilidade e nas consequências do crime, não havendo falar em ilegalidade da dosimetria.

Assim, inexistente erro ou ilegalidade na dosimetria da pena aplicada ao recorrente, 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, demandaria inadmissível análise fático-probatória, incidindo à espécie o enunciado n. 7 da Súmula/STJ.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DEFICIÊNCIA NO COTEJO ANALÍTICO. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não se conhece de recurso especial interposto com fundamento na divergência jurisprudencial (art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal) quando não há o necessário cotejo analítico entre o acórdão recorrido e aqueles apontados como paradigmas do dissenso pretoriano.

2. As circunstâncias apontadas no acórdão estadual para justificar a majoração da pena-base - prática de homicídio contra o próprio irmão, exercício de agiotagem no meio social, crime motivado por disputas sucessórias e delito que privou uma pessoa com deficiência do convívio e da assistência material paternos - não são simples considerações genéricas, mas elementos concretos do caso em apreço, não inerentes ao tipo penal e aptos a demonstrar a maior gravidade da conduta individualizada do Recorrente.

3. **Ante a presença de fundamentação idônea, não se verifica ilegalidade apta a justificar a revisão da dosimetria da pena em recurso especial. O juízo de proporcionalidade da sanção está fundamentado em detida análise dos fatos e provas pela instâncias ordinárias, cujo reexame encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.**

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.264.851/ES, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 155, CAPUT, E 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. AUTORIA NÃO EMBASADA UNICAMENTE EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME FECHADO.

IMPOSIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
DESFAVORÁVEIS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. "Se instâncias ordinárias pontuaram que a autoria do agravante não está atrelada somente ao reconhecimento fotográfico em sede de inquérito, mas ao conjunto de provas produzidas, inclusive diálogos interceptados, não há flagrante ilegalidade a ser reparada na via do habeas corpus" (AgRg no HC n. 721.873/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 28/4/2022).

2. Esta Corte tem entendido que a dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade.

3. No caso, a pena-base foi exasperada em razão da maior reprovabilidade da conduta de roubo, evidenciada pelo emprego de arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas (circunstâncias do crime, com deslocamento de duas causas de aumento para a primeira fase), além do prejuízo de R\$6.184,82 (seis mil cento e oitenta e quatro reais e oitenta e dois centavos) para a empresa transportadora da carga (consequências do crime). **Trata-se de fundamentação idônea, baseada em elementos concretos não inerentes ao tipo penal, cuja avaliação está situada no campo da discricionariedade do julgador. Compreensão diversa que esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte.**

4. "De acordo os §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal, tendo em vista a pena estabelecida, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a primariedade do réu, o regime inicial para cumprimento de pena é o fechado" (AgRg no HC n. 612.097/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 2/3/2021).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 2.203.363/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "A", DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O pedido de absolvição não pode ser apreciado por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

2. O refazimento da dosimetria da pena em habeas

corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

3. É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

4. Com efeito, o ordenamento jurídico não estabelece um critério objetivo ou matemático para a avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, sendo admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que baseado em circunstâncias concretas do fato criminoso, de modo que a motivação do édito condenatório ofereça garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

5. **Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem valorou negativamente a culpabilidade com base em fundamentação concreta, destacando que o agente se prevaleceu da condição de líder religioso da igreja e preceptor espiritual da comunidade frequentada pela vítima para angariar a confiança da vítima e de seus familiares para a prática do crime, havendo ainda tentado dissimular e acobertar os fatos dizendo para a mãe da vítima que Deus havia lhe mostrado que havia um embrulho no seu quarto, mas que não era motivo para se preocupar porque a menina não estava fazendo nada errado, o que, de fato, justifica a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois denota o maior grau de reprovabilidade da conduta e o dolo intenso do réu.**

6. **Do mesmo modo, a valoração negativa das consequências do crime foi devidamente fundamentada, porquanto destacado a opressão inescapável, o abalo e o sofrimento que deixaram marcas indelévels no psicológico da vítima, não apenas momentâneo, restando, pois, devidamente justificada a majoração da pena conforme consignado pelas instâncias ordinárias.**

7. Embora não haja uma operação aritmética, na qual se atribua pesos absolutos para cada uma das circunstâncias judiciais, sendo reservado ao julgador o exercício da discricionariedade vinculada, razão pela qual a escolha do quantum de pena a ser aplicado será determinado principalmente pelas particularidades do caso concreto, a jurisprudência desta Corte tem entendido razoável e proporcional a fração de aumento de 1/6 para cada circunstância judicial.

8. Inalterada a pena aplicada ao paciente, fica prejudicado o pedido de abrandamento do regime prisional, porquanto, estabelecida a reprimenda corporal em patamar superior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado, consoante dispõe o art. 33, § 2º, a, do Código Penal.

9. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC n. 479.095/SP, relator Ministro Joel
Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/2/2019, DJe
de 21/2/2019).

Mantida a pena fixada em 9 anos e 4 meses de reclusão, resta prejudicado o pedido de fixação de regime prisional menos gravoso.

Ante o exposto, voto pelo desprovemento do agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0085763-4

AgRg no
AREsp 2.321.236 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005191120208260022 0000519112020826002214652019
000051911202082600221465201915015494120198260022 14652019
15015494120198260022 2282703342019070120

EM MESA

JULGADO: 05/12/2023
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : M B R
ADVOGADO : DANIEL FERRAREZE - SP123409
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : M B R
ADVOGADO : DANIEL FERRAREZE - SP123409
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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."

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