



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2414147 - SP (2023/0259308-6)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : T L A
ADVOGADOS : ROGÉRIO LUIS ADOLFO CURY - SP186605
DANIELA MARINHO SCABBIA CURY - SP238821
CAMILA MOTTA LUIZ DE SOUZA - SP330967
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º; 14, II; E 215-A, TODOS DO CP. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. DESCABIMENTO. VÍTIMA SEM CAPACIDADE DE OFERECER RESISTÊNCIA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. TENTATIVA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO DE PENA. VERIFICAÇÃO DO *ITER CRIMINIS*. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Inviável o pleito de desclassificação, porque o Superior Tribunal de Justiça entende que a prática de ato lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e atentatórios à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos, deficiente mental, ou por, qualquer razão, incapaz de oferecer resistência) se subsume ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal.

2. Extrai-se o seguinte trecho, que demonstra o reconhecimento da vulnerabilidade da vítima (fls. 67): *admitida, no dia 28/12/2019, segundo informações no prontuário médico, devido a intoxicação exógena provavelmente por álcool. Devido ao rebaixamento do nível de consciência fora realizado intubação orotraqueal em via pública e transferida para este Hospital, onde nas primeiras horas recuperou o nível de consciência e fora extubada. Durante o primeiro exame às 14 horas, encontrasse sonolenta dependendo de oxigênio por máscara e obedecendo a comandos.*

3. Quanto ao pedido de ampliação da fração relativa à tentativa, as instâncias ordinárias asseveraram que, *na última fase, em razão da causa de diminuição de pena prevista no art. 14, inciso II e § único, do Código Penal, considerando o iter criminis percorrido vítima e réu que já estavam, respectivamente, com as calças e bermuda abaixadas diminuo a pena em 1/3, fixando-a, definitivamente, em 5 anos e 4 meses de reclusão. [...] na terceira e última etapa, mantém-se a redução em 1/3, uma vez que o iter criminis percorrido restou mais próximo do resultado do que do início da*

conduta, resultando na pena final de cinco anos e quatro meses (fls. 248 e 344/345).

4. A pretensão de alteração da fração fixada em relação à tentativa encontra o óbice da Súmula 7/STJ, pois, para a análise do *iter criminis* percorrido, é necessária a verificação de elementos de cunho fático-probatório, vedada nesta instância recursal.

5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de novembro de 2023.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2414147 - SP (2023/0259308-6)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : T L A
ADVOGADOS : ROGÉRIO LUIS ADOLFO CURY - SP186605
DANIELA MARINHO SCABBIA CURY - SP238821
CAMILA MOTTA LUIZ DE SOUZA - SP330967
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º; 14, II; E 215-A, TODOS DO CP. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. DESCABIMENTO. VÍTIMA SEM CAPACIDADE DE OFERECER RESISTÊNCIA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. TENTATIVA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO DE PENA. VERIFICAÇÃO DO *ITER CRIMINIS*. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Inviável o pleito de desclassificação, porque o Superior Tribunal de Justiça entende que a prática de ato lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e atentatórios à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos, deficiente mental, ou por, qualquer razão, incapaz de oferecer resistência) se subsume ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal.

2. Extrai-se o seguinte trecho, que demonstra o reconhecimento da vulnerabilidade da vítima (fls. 67): *admitida, no dia 28/12/2019, segundo informações no prontuário médico, devido a intoxicação exógena provavelmente por álcool. Devido ao rebaixamento do nível de consciência fora realizado intubação orotraqueal em via pública e transferida para este Hospital, onde nas primeiras horas recuperou o nível de consciência e fora extubada. Durante o primeiro exame às 14 horas, encontrasse sonolenta dependendo de oxigênio por máscara e obedecendo a comandos.*

3. Quanto ao pedido de ampliação da fração relativa à tentativa, as instâncias ordinárias asseveraram que, *na última fase, em razão da causa de diminuição de pena prevista no art. 14, inciso II e § único, do Código Penal, considerando o iter criminis percorrido vítima e réu que já estavam, respectivamente, com as calças e bermuda abaixadas diminuo a pena em 1/3, fixando-a, definitivamente, em 5 anos e 4 meses de reclusão. [...] na terceira e última etapa, mantém-se a redução em 1/3, uma vez que o iter criminis percorrido restou mais próximo do resultado do que do início da*

conduta, resultando na pena final de cinco anos e quatro meses (fls. 248 e 344/345).

4. A pretensão de alteração da fração fixada em relação à tentativa encontra o óbice da Súmula 7/STJ, pois, para a análise do *iter criminis* percorrido, é necessária a verificação de elementos de cunho fático-probatório, vedada nesta instância recursal.

5. Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **T L A** contra a decisão que conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial por ele interposto, e, nessa extensão, negou-lhe provimento (fls. 389/395):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º; 14, II; E 215-A, TODOS DO CP. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A MODIFICAR O QUE JÁ DECIDIDO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO E RECONHECIMENTO DE ATIPICIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. DESCABIMENTO. VÍTIMA SEM CAPACIDADE DE OFERECER RESISTÊNCIA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. TENTATIVA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO DE PENA. VERIFICAÇÃO DO *ITER CRIMINIS*. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Sustenta o agravante que *a questão recursal não se cinge à análise probatória, evidentemente vedada em sede de recurso especial, mas sim à correta subsunção jurídica das questões fáticas pacificadas, em especial no que tange à reavaliação da prova. [...], os argumentos voltados à aplicação da súmula 7 devem ser revistos, porquanto a prova pacífica demonstra de forma específica e clara o erro na valoração jurídica relativa à aplicação do quantum de redução pela tentativa, vez que o recorrente sequer tocou na suposta vítima (fls. 510/511).*

Aponta, também, que, *no que tange à desclassificação requerida, qual seja, do art. 217-A para o art. 215-A, ambos do Código Penal, a decisão apoia-se em fundamentos equivocados. Isso porque a decisão recorrida equivocadamente supôs ter ocorrido violência real contra a vítima. Como visto, essa não é a situação dos autos, vez que o recorrente sequer nela tocou. [...] Portanto, o julgado apresentado como posicionamento do eg. Superior Tribunal de Justiça não representa a correta escolha jurídica para os fatos pacificados nas instâncias inferiores, afastando-se do óbice na*

Súmula 83/STJ. [...] Em verdade, o posicionamento da Colenda Corte, em casos nos quais não há violência, a despeito da existência de vítima vulnerável, é a realização da desclassificação para a previsão contida no art. 215-A, sob pena de óbvia violação à proporcionalidade (fl. 514).

Pede que seja conhecido e provido o presente agravo e, em sede de juízo de retratação, seja provido o recurso especial na extensão conhecida. [...] Caso esse não seja o entendimento (...), requer seja o feito processado, com a consequente remessa à Turma para julgamento colegiado (fls. 515/516).

Foi dispensada a oitiva da parte agravada.

É o relatório.

VOTO

Razão não assiste ao agravante.

Nos termos da decisão agravada, inviável o pleito de desclassificação, porque o Superior Tribunal de Justiça entende que a prática de ato lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e atentatórios à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos, deficiente mental, ou por, qualquer razão, incapaz de oferecer resistência) se subsume ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal.

Delineando aspectos relativos à prova dos autos, extrai-se o seguinte trecho, que demonstra o reconhecimento da vulnerabilidade da vítima (fls. 67 – grifo nosso): *admitida, no dia 28/12/2019, segundo informações no prontuário médico, devido a intoxicação exógena provavelmente por álcool. **Devido ao rebaixamento do nível de consciência fora realizado intubação orotraqueal em via pública e transferida para este Hospital, onde nas primeiras horas recuperou o nível de consciência e fora extubada. Durante o primeiro exame às 14 horas, encontrasse sonolenta dependendo de oxigênio por máscara e obedecendo a comandos.***

Melhor sorte não socorre ao recorrente quanto ao pedido de ampliação da fração relativa à tentativa. No ponto, as instâncias ordinárias asseveraram que, *na última fase, em razão da causa de diminuição de pena prevista no art. 14, inciso II e §*

único, do Código Penal, considerando o iter criminis percorrido vítima e réu que já estavam, respectivamente, com as calças e bermuda abaixadas diminuo a pena em 1/3, fixando-a, definitivamente, em 5 anos e 4 meses de reclusão. [...] na terceira e última etapa, mantém-se a redução em 1/3, uma vez que o iter criminis percorrido restou mais próximo do resultado do que do início da conduta, resultando na pena final de cinco anos e quatro meses (fls. 248 e 344/345 – grifo nosso).

Com efeito, a pretensão de alteração da fração fixada em relação à tentativa encontra o óbice da Súmula 7/STJ, pois, para a análise do *iter criminis* percorrido, é necessária a verificação de elementos de cunho fático-probatório, vedada nesta instância recursal.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL TENTADO. REDUÇÃO PELA TENTATIVA NA FRAÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A redução da pena pela tentativa no patamar máximo mostra-se inviável no caso concreto, em que o réu foi condenado pela conduta de tocar na genitália de uma criança do sexo masculino com 10 (dez) anos de idade, após levá-la ao banheiro e receber a negativa quanto à prática de sexo oral.

2. Nesse contexto, a redução pela tentativa em 1/2 (metade) se mostrou até mesmo benéfica ao paciente, pois o iter criminis percorrido pelo agente indica que houve a prática consumada de ato libidinoso.

3. A alteração do patamar aplicado para a redução da pena pela tentativa demandaria o revolvimento fático-probatório, o que não pode ser realizado na via eleita.

4. Quanto ao regime prisional, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, admite-se a imposição de regime inicial mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu, caso o Tribunal a quo indique circunstâncias concretas capazes de amparar a decisão. 5. Na hipótese, deve ser mantido o modo semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, tendo em vista que as circunstâncias da prática do delito, ou seja, o fato de que o réu "chegou a tocar na genitália da vítima, no banheiro da chácara em que ela estava com toda a família dela, revelando ousadia e periculosidade", demonstram a gravidade concreta da conduta.

6. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível, e não concedeu a ordem de ofício, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 524.659/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 10/10/2019 – grifo nosso).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2023/0259308-6

AgRg no
AREsp 2.414.147 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11542019 15004836720198260558 1500483672019826055850000
20220000840683 20220000946036 23719042019

EM MESA

JULGADO: 21/11/2023
SEGREGADO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : T L A
ADVOGADOS : ROGÉRIO LUIS ADOLFO CURY - SP186605
DANIELA MARINHO SCABBIA CURY - SP238821
CAMILA MOTTA LUIZ DE SOUZA - SP330967
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : T L A
ADVOGADOS : ROGÉRIO LUIS ADOLFO CURY - SP186605
DANIELA MARINHO SCABBIA CURY - SP238821
CAMILA MOTTA LUIZ DE SOUZA - SP330967
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.