



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2454289 - GO (2023/0289272-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : R A P
ADVOGADOS : MARCOS ELIAS AKAONI DE SOUZA DOS SANTOS ALVES - DF053946
ALDENIO LAECIO DA COSTA CARDOSO - DF053905
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A. CRIME TENTADO RECONHECIDO PELO TJ. QUANTUM DE REDUÇÃO. *ITER CRIMINIS*. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A 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 1º/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)".

2. Com muito mais razão, resta inadmissível a desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3688/41, ainda que o delito tenha ocorrido na vigência do referido dispositivo legal. Isso porque, conforme consignado, 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 a contravenção penal de "molestar alguém".

3. O Tribunal de Justiça manteve o percentual de redução de 1/3 pela tentativa, tendo em vista o *iter criminis* percorrido pelo agente, considerando que chegou a tocar nos seios da vítima, não havendo insurgência do Ministério Público quanto ao ponto, a fim de reconhecimento do crime consumado. Nesse contexto, é certo que a alteração da conclusão acerca da proximidade da consumação do crime demanda o exame aprofundado de provas e fatos, providência incabível na instância especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

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, 28 de novembro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2454289 - GO (2023/0289272-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : R A P
ADVOGADOS : MARCOS ELIAS AKAONI DE SOUZA DOS SANTOS ALVES -
DF053946
ALDENIO LAECIO DA COSTA CARDOSO - DF053905
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A. CRIME TENTADO RECONHECIDO PELO TJ. QUANTUM DE REDUÇÃO. *ITER CRIMINIS*. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRADO DESPROVIDO.

1. A 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 1º/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)".

2. Com muito mais razão, resta inadmissível a desclassificação para a contração penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3688/41, ainda que o delito tenha ocorrido na vigência do referido dispositivo legal. Isso porque, conforme consignado, 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 a contração penal de "molestar alguém".

3. O Tribunal de Justiça manteve o percentual de redução de 1/3 pela tentativa, tendo em vista o *iter criminis* percorrido pelo agente, considerando que chegou a tocar nos seios da vítima, não havendo insurgência do Ministério Público quanto ao ponto, a fim de reconhecimento do crime consumado. Nesse contexto, é certo que a alteração da conclusão acerca da proximidade da consumação do crime demanda o exame aprofundado de provas e fatos, providência incabível na instância especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por R A P, contra decisão de fls. 643/653, na qual conheci do agravo para negar provimento ao recurso especial.

O agravante reafirma que faz jus à desclassificação da condenação pelo tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal – CP, para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3688/1941, tendo em vista que referido dispositivo ainda estaria em vigor na época do delito. Pondera não ter sido requerida a desclassificação para o tipo penal previsto no art. 215-A do CP, sendo, portanto, incompatível o precedente apontado na decisão agravada.

De outro lado, indica não haver necessidade de reexame de prova quanto ao pleito de aumento da fração de diminuição da pena pela tentativa.

Requer o provimento do presente agravo regimental, com o provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois o agravante não trouxe nenhum argumento apto a ensejar a reforma do juízo monocrático.

Isso porque, conforme consignado, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS afastou o pleito de desclassificação e manteve a condenação do recorrente pela prática do crime previsto no art. 217-A, c/c o art. 14, II, do CP, nos seguintes termos do voto do relator:

"A materialidade e autoria delitiva estão comprovadas pelo boletim de ocorrência, bem como pela prova oral jurisdicionalizada, in

"Estava brincando na rua com a amiga e como o pai da amiga chegou, a amiga foi para a sua residência, neste instante, R, um vizinho e conhecido da declarante, se aproximou e chamou a declarante para ajudá-lo a pegar umas cordas em sua carretinha (de R) e levar tais objetos para o interior de sua casa (de R), o que foi feito pela declarante, ou seja, a declarante levou as cordas até a casa de R, o qual cobriu a churrasqueira com uma lona de cor azul e amarrou a churrasqueira com as cordas de cores preta/vermelha; ao sair da casa de R, a declarante perguntou a ele onde estaria sua sobrinha, pois uma sobrinha de R já havia residido no local e a declarante tinha o hábito de brincar com a sobrinha de R; R respondeu que a sobrinha estava na casa dela e, neste instante, beijou o rosto da declarante, e, em ato contínuo, R empurrou a declarante para perto da máquina de lavar roupas de cor branca que se localiza atrás da casa e disse para a declarante beijar sua boca (de R); a declarante empurrou R para se livrar da agressão sexual; quando a declarante tentou correr, R a segurou pelo braço e como a declarante trajava uma blusa solta, o agressor enfiou a mão por baixo da roupa da declarante e tocou seu seio; esta foi a única vez que foi molestada sexualmente por R; a declarante conseguiu se livrar e saiu correndo para sua casa; ao chegar em casa narrou os fatos para a mãe que acionou a Polícia Militar para as providências de praxe; a declarante entrou sozinha na casa de R e no momento da agressão sexual a declarante estava sozinha com R; a declarante supõe que suas

vizinhas G e L a viram entrar na casa de R.” (Fls. 17/18)”

“Estava brincando na rua com sua amiga A; o pai dela chegou e ela foi pra casa; ela também iria embora, porém, o R a chamou para ajudar a colocar uma lona em uma churrasqueira, pois estava chovendo; ela entrou na casa de R e foi até os fundos para ajudar a colocar essa lona; quando estava indo embora, o R a empurrou em uma máquina de lavar e falou pra ela o beijar; ela achou estranho e o empurrou, e, ao se desvencilhar dele, ele enfiou a mão debaixo da sua blusa e tocou em seus seios; ela correu e o R gritou pra ela não contar pra ninguém; tinha dez anos na época.” (Movimentação nº 94)

“Estava brincando com a vítima na casa do R quando seu pai a chamou para ir embora; a J ficou lá, sozinha com R; no dia seguinte foi na casa da J e ela contou que o R tinha tentado agarrá-la e beijá-la na boca e que pegou em seus seios, quando ela saiu correndo; ela estava triste e abalada; no dia dos fatos, a sobrinha do R não estava; elas estavam brincando na rua e ele as chamou pra sua casa para brincar lá dentro.” (Movimentação nº 94)

“É mãe de J F da S; no dia 16/02/2018, por volta de 19h00min, a declarante estava em casa quando sua filha J entrou ao local, sendo que a menor estava branca, apavorada e abalada emocionalmente, e a menor não conseguia sequer falar; a declarante acalmou a filha que, ao ficar mais calma, passou a contar para a declarante que estava na casa do ‘tio R’ e que ele havia beijado seu rosto e, posteriormente, R havia dito que queria um beijo na boca, empurrando a menor J contra uma máquina de lavar roupas, momento em que R colocou a mão por baixo da blusa de J, tocando o seio da menor; J conseguiu se livrar do agressor e foi correndo para casa; a declarante acionou a Polícia Militar e posteriormente se deslocou até o Ciops da Vila Guarápara a lavratura do procedimento policial; a declarante levou J para exame de corpo de delito na data de hoje (20/02/2018); J F da S, filha da declarante, estava em casa no momento em que J entrou na residência, apavorada, após sofrer a agressão sexual; foi a primeira vez que a declarante soube de atos de agressão sexual perpetrada por R; J tinha o hábito de brincar com uma sobrinha de R, que residiu com ele por um período, fato que aproximou J da família de Rodolfo.” (Fl. 22)verbis:

[...].

É concludente da responsabilidade do processado pelo crime de estupro de vulnerável a prova oral jurisdicionalizada, declarações da vítima, coerente e harmônica, em sintonia com a prova testemunhal, expondo que praticou atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, com menor de 14 (quatorze) anos, caracterizada tentativa de beijos e toques nos seios, restando exposta a conformação dos fatos com o modelo penal do art. 217-A, do Código Penal Brasileiro.” (fls. 466/471)

Os embargos de declaração foram rejeitados, nos seguintes termos do voto do relator:

“O processado aponta omissão do acórdão adotado no julgamento da apelação criminal em seu favor, por violação do art. 217-A, do Código Penal Brasileiro, desprovida, deixando de considerar as teses defensivas, a desclassificação da conduta para o tipo do art. 65, do Decreto-Lei nº 3.688/41,alternativamente, o art. 215-A, do Código Penal Brasileiro, a modificação da pena, a definição da fração máxima de 2/3 (dois terços), para a causa de diminuição, pela tentativa.

O acórdão embargado enfrentou as questões submetidas ao conhecimento da Corte, a indicação, de

forma clara e objetiva, da razão para a repulsa da pretensão absolutória, de desclassificação da conduta e de redução da pena, coerentemente com a argumentação desenvolvida, pronunciamento suficientemente motivado, em nada revelando defeito, a pretensão de rediscussão da matéria." (fl. 500)

Extraí-se dos trechos acima que o TJ reconheceu comprovado que o recorrente praticou ato libidinoso com criança de 10 anos de idade, razão pela qual tipificado o delito de estupro de vulnerável.

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 diverso.

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. DOÚTRINA 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 contribuía 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, reforce-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).

Assim, com muito mais razão, resta inadmissível a desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3688/41, ainda que o delito tenha ocorrido na vigência do referido dispositivo legal. Isso porque, conforme consignado, 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 a contravenção penal de "*molestar alguém*".

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 619 DO CPP. NÃO VIOLAÇÃO. NULIDADE DE PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. MANUTENÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONCURSO MATERIAL. AFASTAMENTO. SÚMULA N. 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há violação do art. 619 do CPP se o aresto objeto do recurso especial contém razões de decidir coerentes com seu dispositivo, dirimiu todas as questões relevantes para o deslinde da ação penal e afastou as teses defensivas à luz das particularidades do caso concreto, de forma a viabilizar o controle sobre a atividade jurisdicional.

2. No caso, a se constatar que o Tribunal apontou os elementos do processo que dão lastro à conclusão adotada, não se identifica a apontada afronta ao dispositivo infraconstitucional, de modo que o que se vê é a insatisfação com o resultado trazido na decisão, o que não significa prestação jurisdicional insuficiente ou viciada pelos vetores contidos no art. 619 do CPP.

3. Em relação à nulidade por ilicitude de quebra de sigilo de conversas de whatsapp e dados telefônicos do aparelho celular do réu, a defesa faz referência a precedentes que dizem respeito à interceptação de celular do acusado, cujo conteúdo vem a ser devassado - as comunicações, as fotografias, e aos dados bancários - sem autorização judicial. De fato, este Órgão Colegiado vem entendendo que a prova seria ilícita, tratando-se, pois, da liberdade pública de que é titular o sujeito passivo da persecução penal.

4. No caso, a real detentora de eventual direito ao sigilo era a ex-companheira, totalmente interessada no

esclarecimento dos fatos e que levou os fatos ao conhecimento da Polícia, que, por sua vez, requereu à autoridade judicial a expedição de mandado de busca e apreensão e decretação da prisão preventiva, o que foi deferido.

5. Entende-se por impróprio proteger-se a intimidade de quem foi vítima dos seguidos estupros e que permitiu, por meio de seu representante legal, o exame do conteúdo das mensagens que revelavam as agressões em aparelho celular de uso próprio.

6. A Corte de origem delineou e reconheceu a ocorrência de todos os elementos contidos naquele dispositivo do Código Penal, não havendo que se falar na contravenção penal descrita no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, a fim de livrar o acusado de reprimenda mais severa. Esse pensamento revelaria nítida violação do art. 217-A, caput, do Código Penal. Julgar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal somente as hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima não corresponde ao posicionamento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

7. A figura descrita no art. 65 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável, que jamais pode se tratar de crianças de tenra idade.

8. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso em análise. Cumpre-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente.

9. Quanto à culpabilidade, as instâncias de origem destacaram elemento concreto que evidencia maior reprovabilidade da conduta do agente: "o réu era o controlador da situação, além de seu alto poder de influência sobre a conduta da ré Odete, genitora da vítima.

Ademais, o fato criminoso [...] foi cometido contra recém-nascido de apenas 03 (três) meses de idade". Tal fundamento é considerado válido pela jurisprudência desta Corte Superior, para fins de exasperação da pena-base.

10. Consoante jurisprudência desta Corte, a análise da personalidade prescinde de laudo técnico, pois compete ao Magistrado o exame de dados existentes nos autos que demonstram comportamento desviante do réu. No caso, legítimo o reconhecimento de que a personalidade do réu é deturpada, pois voltada à pedofilia e justifica o desvalor da vetorial.

11. Em relação às circunstâncias, o Magistrado referiu que "o crime foi praticado mediante os vários induzimentos sobre pessoa com razoável fragilidade, ficando esta propensa a cometer o ilícito após simples comando daquele". Além disso, o fato de uma criança de

apenas 3 meses de idade ser levada para um motel a (e a outra de apenas de 2 anos e 11 meses de idade) para ser estuprada configura elemento accidental ao tipo, o qual se considera suficiente para exasperar a reprimenda-base para além do mínimo, em relação a essa vetorial.

12. No tocante à atenuante da confissão espontânea, a defesa nem sequer aventou a questão nos embargos de declaração opostos. Assim, o mérito da referida tese veiculada nas razões do especial não foi analisado pelo Juízo de segundo grau, de modo a incidir a Súmula n. 282 do STF.

13. Conforme confirmado pelas instâncias de origem, dúvidas não há de que se distanciaram para até mais de seis o número de vezes em que o recorrido molestou as vítimas, diante da exposição de frequência com que as investidas ocorriam.

14. A dúvida acerca da quantidade de ações não pode levar ao aumento da pena no patamar mínimo, ou inferior ao devido; não é razoável nem proporcional. Isso significa que o julgador está, até mesmo, autorizado a majorar a reprimenda até na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar inconteste que os abusos faziam parte da rotina familiar, o que não é raro.

15. Os crimes praticados contra as vítimas diversas foram cometidos com o auxílio de duas corrés, que não se conheciam, em contextos de tempo e lugar diversos, de modo que afastamento da conclusão adotada pelo Tribunal a quo (concurso material) demandaria o reexame das provas, o que é vedado pelo teor da Súmula n. 7 do STJ.

16. A defesa não demonstrou, de forma clara e objetiva, a similitude fática entre as demandas, deixando de evidenciar, assim, que as peculiaridades de cada caso revelariam a identidade fática, porém com soluções distintas, em inobservância ao entendimento consolidado neste Superior Tribunal. Não cumprimento dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

17. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.570.857/PA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA VÍTIMA MENOR DE IDADE (ART. 214 C/C ART. 224, 'A', DA ANTIGA REDAÇÃO DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. DUAS REVISÕES CRIMINAIS. PROVA PERICIAL ELABORADA POR UM ÚNICO PERITO NÃO OFICIAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. TESE NÃO SUSCITADA NAS ALEGAÇÕES FINAIS. ART. 571, II, DO CPP. PRECLUSÃO. INDEFERIMENTO DE PROVAS. JUIZ É O DESTINATÁRIO DA PROVA. ART. 400, § 1º, DO CPP. CONDENAÇÃO EMBASADA EM DIVERSOS ELEMENTOS DE PROVA. INEXISTÊNCIA DE

CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA CONTRAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. DELITO CONSUMADO. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. PRIMARIEDADE DO PACIENTE. INOVAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A alegação de nulidade na elaboração do laudo pericial de avaliação psicológica da vítima é matéria afeta à preclusão. Assim, "Encontram-se preclusas as alegações de nulidade da prova pericial e de cerceamento de defesa, pois não suscitadas em sede de alegações finais, nos termos do art. 571, II, do Código de Processo Penal." (HC 214.920/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 4/5/2017, DJe de 9/5/2017).

3. O habeas corpus, instrumento processual marcado por cognição sumária e rito célere, não se presta à discussão de questões carentes de prova pré-constituída, em vista da impossibilidade de dilação probatória. Na espécie, os impetrantes não se desincumbiram do ônus de comprovar, de plano, eventuais nulidades na produção de provas periciais.

4. Em relação aos indeferimentos de perguntas da defesa à vítima e de repetição de prova (parecer psicológico da vítima): "Compete ao Magistrado de primeiro grau, condutor da instrução e destinatário da prova, indeferir as diligências que entender irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, conforme dispõe o art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal - CPP. O indeferimento fundamentado da prova requerida pela defesa não revela cerceamento de defesa, quando justificada sua desnecessidade para o deslinde da controvérsia" (AgRg no HC 419.396, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe de 25/10/2018).

5. Na hipótese dos autos, inexistente o aludido cerceamento de defesa, pois a condenação do paciente não se lastreou somente nas provas periciais ora impugnadas, como faz crer a defesa.

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

colocar o dedo no ânus da menor e obrigá-la a pegar no pênis de outro menor impúbere.

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

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

9. *Habeas corpus não conhecido.*

(HC n. 471.852/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 15/3/2019).

Sobre a violação ao art. 14, II, do CP, o TJ assim se manifestou:

"Na fixação da pena, a base no mínimo legal, 08 (oito) anos de reclusão, incidente a causa de diminuição da tentativa, na fração de 1/3 (um terço), mantém-se o quantum de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto.

Ao teor do exposto, acolhendo o pronunciamento ministerial, desprovejo o apelo."

Na sentença, ficou consignado o seguinte:

"3ª Fase: causas de aumento e diminuição da pena: Considerando que o crime se deu na forma tentada, mas que o acusado chegou a ter contato físico com a vítima, vindo, inclusive, a pegar em seus seios, diminuo a pena em um terço(1/3), conforme art. 14, parágrafo único, do CP, passando a valorá-la em 5 (cinco) anos e 4(quatro) meses de reclusão."

Extrai-se do trecho acima que o Tribunal de Justiça manteve o percentual de redução de 1/3 pela tentativa, tendo em vista o *iter criminis* percorrido pelo agente, considerando que chegou a tocar nos seios da vítima, não havendo insurgência do Ministério Público quanto ao ponto, a fim de reconhecimento do crime consumado.

Nesse contexto, é certo que a alteração da conclusão acerca da proximidade da consumação do crime demanda o exame aprofundado de provas e fatos, providência incabível na instância especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

Nesse sentido (grifos nossos):

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. VERIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA.

I - A análise da pretensão recursal, nos termos do que mencionado pelo agravante, demandaria, como consignado no decisum reprochado, o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

II - Nos termos da jurisprudência desta eg. Corte Superior, "Alterar a fração da minorante da tentativa exigiria reexame dos fatos e provas da causa, para aferir quanto do iter criminis foi percorrido pelos réus. Incidência da Súmula 7/STJ" (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.969.888/AC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 29/11/2021).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.253.827/MS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, DJe de 19/5/2023).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM ADICÇÃO EM DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PERCENTUAL DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em habeas corpus, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

2. A consideração desfavorável da personalidade do réu não foi utilizada para agravar a pena-base no acórdão impugnado, motivo pelo qual a questão não foi tratada na decisão agravada, já que sem objeto a impetração no ponto. Ademais, a via do agravo regimental não é adequada para sustentar a existência de omissão no julgado.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal encontra fundamento, pois a conduta extrapolou o tipo penal, uma vez que o Réu agiu com brutalidade e barbaridade, desferindo sequência de socos e chutes contra a cabeça da vítima caída e desacordada, revelando intensidade acentuada do dolo. Tais elementos caracterizam culpabilidade exacerbada, o que merece maior reprovação, como consignado na sentença.

4. Do mesmo modo, as circunstâncias e consequências do crime muito se afastaram do normal à espécie, pois a vítima foi agredida ao tentar ajudar o Agravante - que havia caído e batido com a cabeça - e, em virtude da tentativa de homicídio, perdeu a capacidade laborativa, sofre com dores crônicas e submete-se a tratamentos médicos dispendiosos.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, é firme no sentido de que o alcoolismo do agente ou a sua condição de usuário de drogas não é motivação idônea para o desfavorecimento de sua personalidade ou conduta social, de modo que se impõe o decote deste vetor.

6. Não há que se aplicar a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, uma vez que o Réu não confessou a autoria do delito, ao contrário, sempre declarou que não se lembrava dos fatos.

7. De acordo com o critério objetivo consagrado por esta Corte Superior, a aferição do quantum de pena a ser reduzido não decorre da culpabilidade do agente, mas, sim, da maior ou menor proximidade da conduta ao resultado almejado.

8. No caso, a reprimenda foi reduzida em 1/3 (um terço) pela tentativa, porque as instâncias ordinárias concluíram "que o réu praticou todos os atos de execução e com extrema violência" contra a vítima, que só não faleceu porque fora prontamente socorrida. Logo, para se modificar o entendimento acerca da maior ou menor proximidade do cometimento do crime, adotado na instância ordinária, far-se-ia necessário proceder a exame minucioso do conjunto fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via eleita do habeas corpus.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 524.573/ES, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 12/5/2020, DJe de 28/5/2020).

Ante o exposto, voto pelo desprovisionamento do agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0289272-2

AgRg no
AREsp 2.454.289 /
GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00714357220188090100 201800714356 500077462 714357220188090100

EM MESA

JULGADO: 28/11/2023
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 : R A P
ADVOGADOS : MARCOS ELIAS AKAONI DE SOUZA DOS SANTOS ALVES -
DF053946
ALDENIO LAECIO DA COSTA CARDOSO - DF053905
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : R A P
ADVOGADOS : MARCOS ELIAS AKAONI DE SOUZA DOS SANTOS ALVES -
DF053946
ALDENIO LAECIO DA COSTA CARDOSO - DF053905
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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.