

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.404.665 - SP
(2018/0313384-8)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : F R DE M
ADVOGADO : DOUGLAS TEODORO FONTES - SP222732
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

F. R. DE M. agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0009070-33.2016.8.26.0664).

Depreende-se dos autos que, em primeira instância, o agravante foi condenado à pena de 21 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito descrito no art. 217-A, c/c os arts. 226, II, e 71, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou e a Corte deu parcial provimento ao recurso, tão somente para reduzir a reprimenda para 18 anos de reclusão.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 155 do Código de Processo Penal e 61 da Lei de Contravenções Penais. Para tanto, em longo arrazoado, relata os fatos de forma minuciosa, com o fim de provar que se tratou de manipulação da criança para acusar o réu, de modo que não há provas suficientes nos autos para condená-lo. Ainda, aduz que a pena-base foi aplicada de forma arbitrária e deve ser reduzida, assim como afastado o regime mais gravoso.

Requer o provimento do recurso, para que seja **reduzida a pena, imposto regime mais brando, ou absolvido o réu.**

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal local (fls. 790-791), o que ensejou a interposição deste agravo (fls. 794-802).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 825-834, pelo não provimento do agravo.

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada.

I. Absolvição – reexame de provas

A Corte local, ao confirmar a condenação, assim se manifestou:

A denúncia reporta que entre os 9 e 14 anos de idade de sua filha biológica, Nicolly F. A. M. (nascida em 27.2.2002, fl. 12), ou seja, entre fevereiro de 2011 e fevereiro de 2016, o teria, o apelante, a assediado sexualmente quando esta se achava em visitas à sua casa, aproveitando-se do recesso do lar para dela se aproximar, extrair-lhe as roupas íntimas (calcinhas) e lambear suas partes pudendas, solicitando, por fim, reciprocidade no sexo oral, o que sempre lhe foi recusado, em acordo com as palavras da menor - que na delegacia e em juízo (fls. 17 e mídia assistida pelo relator) sempre relatou a mesma coisa, a propósito, em sintonia com a denúncia ministerial.

[...]

Nestes termos, pois, ausente qualquer anotação de lesão de cunho sexual (laudo de fls. 9/11), ainda assim era possível fosse aquela falta suprida pela prova oral, no caso, a firmeza transmitida pela ofendida em suas manifestações nos autos.

[...]

Sem prejuízo, e sempre respeitado o esforço defensivo, aqui jamais ficou demonstrado que a vítima tivesse algum interesse em incriminar o réu.

Questionou-se a validade do depoimento infantil, mas também acerca desse tema temos ponto de vista.

[...]

Amealharam-se, no memorial recursivo, muitas circunstâncias que supostamente concorreriam em favor do acusado. Sua boa relação com os seus parentes, esposa e amigos, a ausência de sinais patológicos na sua rotina diária, dúvidas eventuais acerca do caráter daquelas que o acusam.

Nem assim, volto a insistir, porém, a menor que o acusa - sua filha - arredou pé ou sequer ensaiou um passo atrás, mantendo-se firme, pese comovida, naturalmente nervosa e descrevendo o ocorrido de modo unísono e repetitivo.

Aliás, **ainda que per senão tenham o condão de conduzir para o resultado, as consultas psicológicas relacionadas a fls. 412/413 e 488/489 não lograram extrair insinceridade ou simulação, de sorte que o resultado final remanesce intangível.**

Também não viável dizer tivesse, a jovem, sido treinada pela mãe, como assim destacou a defesa. Conjectura que jamais subiu até o patamar da certeza. E não açode ao acusado o episódio isolado, de que a vítima, certa feita, como se não tivesse acontecido, fora cumprimentar a irmã, oportunidade em que ambas se encontraram em local público.

Mesmo missivas de afeto não apagaram os efeitos das audiências em que ouvida a menor. **Aqueles foram sinais muito dispersos para plantar dúvida na consciência dos julgadores, de sorte que a hipótese era sim de condenação, para o que os laudos de fls. 412/413 e 488/489, assinados pelo serviço de assistência psicológica local, não contribuíram, a não ser para estritamente conferirem a existência de sinais no âmbito psicológico.**

Resumindo, não se apurou a mínima insinceridade na conduta da jovem durante aquelas entrevistas. Não se pegou a ofendida em descrições absolutamente díspares. Assistida a mídia que acompanha os autos, não verificamos gestual ou comportamento corporal peculiar à inverdade (fls. 677-684, destaquei).

Quanto ao sistema de valoração das provas, certo é que, no processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente.

Ao concluir pela condenação do recorrente, o Tribunal estadual salientou que o conjunto probatório, notadamente **os relatos da vítima e das testemunhas,** infirma a autodefesa apresentada pelo réu, de modo a não deixar nenhuma dúvida de que ele realmente foi o autor do delito sob apuração, havendo salientado.

Dessa forma, justamente porque verificado que a instância de origem, ao concluir pela autoria do recorrente no cometimento do delito em questão, sopesou as provas colhidas e os depoimentos obtidos **em juízo,** não há como se proclamar a absolvição do recorrente, como pretendido.

[...]

2. **O Tribunal estadual manteve a condenação do agravante utilizando provas colhidas nas fases inquisitorial e judicial, inexistindo ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal.**

3. Para afastar a conclusão do acórdão recorrido e entender pela insuficiência de provas, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório, providência descabida em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp n. **865.902/GO**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 7/6/2016, destaquei).

[...]

- Perquirir sobre a existência de provas suficientes para a condenação implica a incursão nos elementos fático-probatórios da lide, providência inadmissível na via do recurso especial.

Súmula n. 7/STJ.

- O art. 155 do Código de Processo Penal permite que elementos colhidos na fase inquisitorial possam servir de fundamento à condenação, desde que em harmonia com o conteúdo produzido em juízo.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. **651.663/MG**, Rel. Ministro **Ericson Marinho** (Desembargador Convocado do TJ/SP, 6ª T., DJe 7/5/2015, destaquei).

Ainda que assim não fosse, há de salientar que mais incursões na dosagem das provas constantes dos autos para concluir sobre a viabilidade ou não da condenação do recorrente é questão que esbarra na própria apreciação de possível inocência, matéria que não pode ser dirimida em recurso especial, a teor do enunciado na **Súmula n. 7 do STJ**, porquanto exige o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução probatória, conforme também assinalado nos precedentes retro citados.

II. Desclassificação da conduta

O acórdão ora atacado considerou como ato libidinoso diverso da conjunção carnal não apenas hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima, *verbis*:

1. Conforme orientação deste STJ, **o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso [...]**

[...]

O estupro de vulnerável, por sua vez, é mais abrangente, visa o resguardo, em sentido amplo, da integridade moral e sexual dos menores de 14 anos, cuja capacidade de discernimento, no que diz respeito ao exercício de sua sexualidade, é reduzida. Esta última conduta evidencia um comportamento de natureza grave (fls. 688-690, grifei).

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt: "libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem, que envolve também a conjunção carnal" (*Tratado de Direito Penal 4: Parte Especial - Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52).

Destaco haver sido vontade do Constituinte e do legislador infraconstitucional punir com maior rigor os atos libidinosos praticados contra vulnerável, como no caso dos autos, uma criança que, à época, **contava 9 anos de idade**.

Na lição de Rogerio Sanches Cunha, nos delitos sexuais, "precisa o aplicador aquilatar o caso concreto e concluir se o ato praticado foi capaz de ferir ou não a dignidade sexual da vítima" (*Direito Penal – Parte Especial*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 250). Desse modo, por tratar-se de criança, creio que grande número de outros atos, diversos da conjunção carnal, contra vítima de tenra idade, são capazes de ocasionar-lhe graves consequências psicológicas e devem, portanto, ser punidos com maior rigor.

Diferentemente, a figura descrita no art. 61 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de importunar alguém de modo ofensivo ao pudor, que, no meu sentir, **jamaiz pode se tratar de uma criança de 11 anos de idade**.

É pacífica a compreensão de que **o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima**, conforme já consolidado por esta Corte Nacional. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMAS CRIANÇAS DE 8 E 9 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. VÍTIMAS DIVERSAS. CONCURSO MATERIAL. AFASTAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A controvérsia atinente à desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.
2. Nega-se vigência ao art. 217-A do CP quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (crianças), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que as "ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave".
3. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.
4. É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.
5. Readequação da pena, tendo em vista o afastamento do concurso material em relação ao crime praticado contra as diversas vítimas, de modo a incidir a regra da continuidade delitiva simples.
6. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 217-A do Código Penal e conceder

ordem de habeas corpus, de ofício, para afastar o concurso material e reduzir a pena para 12 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado.

(REsp n. 1.598.077/SE, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 1º/8/2016).

Em igual sentido: REsp n. 1.580.298/GO, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 24/5/2016, e REsp n. 1.561.653/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 24/5/2016.

Ressalto, por fim, que, **em se tratando de vítima menor de 14 anos, como no caso dos autos**, a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, *caput*, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais.

Com efeito, preceitua o art. 34, "b", da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução n. 44/25 da ONU, em 20/11/1989, e internalizada no ordenamento jurídico nacional, mediante o Decreto Legislativo n. 28/90, *in verbis*:

Os Estados-partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-parte tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: [...] b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; [...]

A propósito, já decidiu esta Sexta Turma:

[...]

1- A consumação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Precedentes.

2 - No caso, o recorrido segurou o pênis da criança, após lhe retirar os shorts, tirou suas próprias calças, colocou a mão do menor sobre o seu pênis e, pedindo que a criança fizesse o mesmo, movimentou sua própria mão sobre o órgão genital da vítima, de 10 anos de idade à época dos fatos, o que, de per si, configura ato libidinoso para a

consumação do delito de estupro de vulnerável.

3 - Entendeu a Corte de origem que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade de agente, visto que a genitora da vítima chegou ao local durante a prática dos atos libidinosos.

4 - Não cabe a desclassificação do delito para sua forma tentada, por ser contrário à norma legal, pois os atos já praticados configuram a prática do delito em sua forma consumada.

5 - Reconhecida a contrariedade aos artigos 217-A e 14, I e II, ambos do Código Penal Brasileiro, dá-se provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau em relação ao recorrido.

(REsp n. 1.432.394/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 20/6/2014, grifei.)

No mesmo sentido, **o julgamento proferido pela Terceira Seção desta Corte Superior:**

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONSUMAÇÃO. REEXAME FÁTICO. DESNECESSIDADE. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Incontroversos os fatos no julgamento da causa pelas instâncias ordinárias, e desnecessária a análise das provas que arrimaram o acórdão embargado, é de conhecer-se da impugnação, de sorte a obviar a divergência entre as turmas deste Tribunal acerca da configuração do crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP em sua redação anterior a Lei n. 12.015/2009).

2. **É firme a orientação desta Corte de que a consumação do crime de atentado violento ao pudor ocorre com a prática dolosa de quaisquer espécies de atos libidinosos, inclusive toques e carícias na região genital da vítima com a finalidade de satisfação da lascívia.**

3. Embargos de divergência providos para considerar consumado o crime de atentado violento ao pudor nos termos do acórdão paradigma, com a imposição ao réu de pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente

em regime semiaberto.

(**EREsp n. 1.513.909/PR**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**,
3ª S., DJe 2/10/2018, destaquei)

III. Pena-base e regime

Acerca da alegação de ilegalidade no aumento da pena-base e na fixação do regime fechado, denoto a deficiência de fundamentação do recurso especial. Isso porque a defesa, **muito embora haja discorrido acerca da necessidade de redução da pena, não apontou as vetoriais inidoneamente valoradas com os motivos da aponta majoração indevida pelas instâncias de origem**; tão somente discorreu acerca da injustiça do caso sem delimitar os parâmetros da ilegalidade supostamente cometida na dosagem da pena-base e na imposição do modo mais gravoso de cumprimento de pena. Assim sendo, entendo que incide a **Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal**, aqui aplicada por analogia: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

IV. Execução imediata da pena

Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, como no caso, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **ARE n. 964.246**, **sob a sistemática da repercussão geral**, é **possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação**, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial**.

Em tempo, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da 3ª Vara da Comarca e Votuporanga – SP, para que encaminhe a guia de recolhimento provisório ao Juízo da VEC, dando efetivo início da execução da pena imposta ao recorrente. A determinação deve ser desconsiderada caso

o réu já tenha dado início ao cumprimento da pena.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

