

# *Superior Tribunal de Justiça*

## **HABEAS CORPUS N° 568.088 - SP (2020/0072942-8)**

**RELATOR** : MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
**IMPETRANTE** : ROBERTO VANDERLEI DA SILVA  
**ADVOGADO** : ROBERTO VANDERLEI DA SILVA - SP319891  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : A F DOS A  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### **EMENTA**

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONDUTA TÍPICA. CRIME CONSUMADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do 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.
2. Evidenciado que as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, haver prova da materialidade e da autoria do crime de estupro de vulnerável, constatando-se que o paciente ordenou que a vítima, de apenas 7 anos de idade à época, abaixasse suas calças e esfregou seu órgão genital nas nádegas dela, tendo, ainda, mandado que a menor colocasse o órgão genital dele na boca, dando início ao sexo oral, é inviável alterar o enquadramento fático da conduta nesta célere via do *habeas corpus*.
3. Não é viável a aplicação do art. 215-A do Código Penal na hipótese de estupro de vulnerável, porque a conduta do agente possui elemento especializante, referente ao fato de ser a vítima incapaz, bem como de ser presumida a violência, sendo tais hipóteses regidas pelo art. 217-A do Código Penal, no qual é despiciendo o consentimento da vítima e presumida a violência.
4. O crime de estupro de vulnerável contempla duas condutas distintas, quais sejam, ter conjunção carnal com menor de 14 anos e praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça, essenciais ao tipo penal descrito no art. 213 do CP, dada a vulnerabilidade da vítima.
5. A prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável constituiu consumação do delito de estupro de incapaz, não havendo se falar em tentativa ou desclassificação da conduta. Precedentes.
6. É firme o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior no sentido da "impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que o referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos" (AgRg na RvCr 4969/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 1º/7/2019).
7. *Writ* não conhecido.

# *Superior Tribunal de Justiça*

## **ACÓRDÃO**

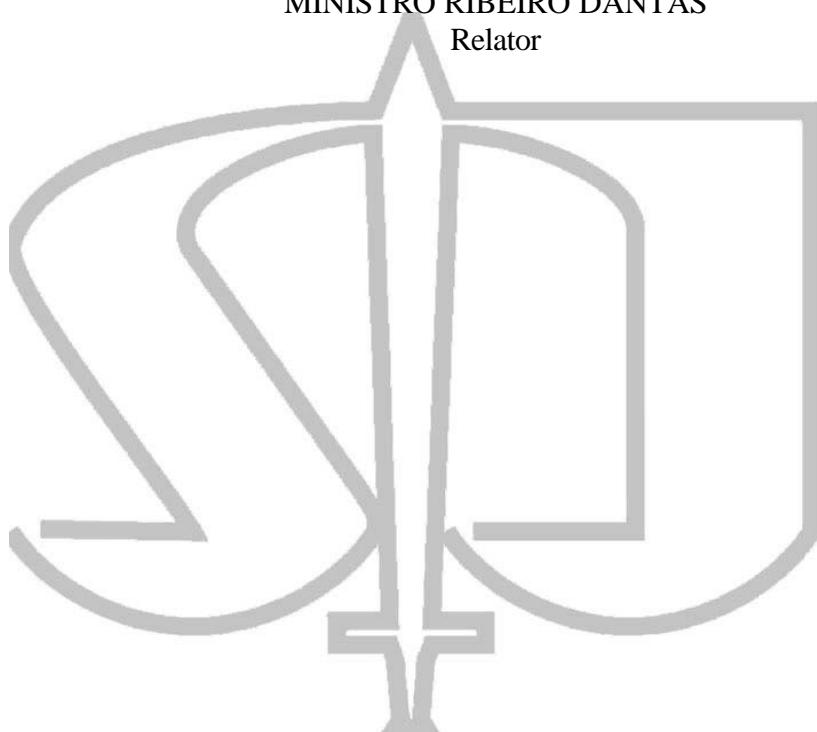
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 02 de junho de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



# *Superior Tribunal de Justiça*

## **HABEAS CORPUS Nº 568.088 - SP (2020/0072942-8)**

**RELATOR** : MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
**IMPETRANTE** : ROBERTO VANDERLEI DA SILVA  
**ADVOGADO** : ROBERTO VANDERLEI DA SILVA - SP319891  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : A F DOS A  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## **RELATÓRIO**

### **EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **A F DOS A** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime do art. 217-A, c/c art. 226, II, ambos do Código Penal, sendo-lhe permitido o recurso em liberdade (e-STJ, fls. 333-336).

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 217-A, DO CP - RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA - impossibilidade - Nos crimes contra a liberdade sexual, quase sempre praticados sem testemunhas presenciais, a palavra da vítima é de amplo valor probatório, sobretudo se corroborada por todos os outros elementos de convicção contidos nos autos.  
Recurso improvido." (e-STJ, fl. 266).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 288-294).

Neste *writ*, o impetrante alega, em síntese, que "não houve JAMAIS o delito tipificado no artigo 217-A do Código Repressivo, conforme descrito na exordial acusatória, bem como jamais ocorreu à conjunção carnal, consistente no coito vaginal ou anal, portanto, em tese, e na pior das hipóteses estamos diante de uma importunação sexual tipificada no artigo 215 – A do Código Repressivo" (e-STJ, fl. 12).

Aduz que "o estupro exige a ciência e discordância da vítima, coagida pela efetiva violência ou grave ameaça" (e-STJ, fl. 13), sendo que, no caso dos autos, não houve violência ou grave ameaça contra a vítima, tampouco estupro de forma consumada, já que não ocorreu penetração vaginal ou anal.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja desclassificada a conduta do paciente para sua forma tentada ou para o delito descrito no art. 215-A.

Indeferida a liminar (e-STJ, fl. 323), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 381-385).

**É o relatório.**

# *Superior Tribunal de Justiça*

## **HABEAS CORPUS N° 568.088 - SP (2020/0072942-8)**

**RELATOR** : MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
**IMPETRANTE** : ROBERTO VANDERLEI DA SILVA  
**ADVOGADO** : ROBERTO VANDERLEI DA SILVA - SP319891  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : A F DOS A  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### **EMENTA**

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. INVIALIDADE. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONDUTA TÍPICA. CRIME CONSUMADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do 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.
2. Evidenciado que as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, haver prova da materialidade e da autoria do crime de estupro de vulnerável, constatando-se que o paciente ordenou que a vítima, de apenas 7 anos de idade à época, abaixasse suas calças e esfregou seu órgão genital nas nádegas dela, tendo, ainda, mandado que a menor colocasse o órgão genital dele na boca, dando início ao sexo oral, é inviável alterar o enquadramento fático da conduta nesta célere via do *habeas corpus*.
3. Não é viável a aplicação do art. 215-A do Código Penal na hipótese de estupro de vulnerável, porque a conduta do agente possui elemento especializante, referente ao fato de ser a vítima incapaz, bem como de ser presumida a violência, sendo tais hipóteses regidas pelo art. 217-A do Código Penal, no qual é despicando o consentimento da vítima e presumida a violência.
4. O crime de estupro de vulnerável contempla duas condutas distintas, quais sejam, ter conjunção carnal com menor de 14 anos e praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça, essenciais ao tipo penal descrito no art. 213 do CP, dada a vulnerabilidade da vítima.
5. A prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável constituiu consumação do delito de estupro de incapaz, não havendo se falar em tentativa ou desclassificação da conduta. Precedentes.
6. É firme o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior no sentido da "impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que o referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos" (AgRg na RvCr 4969/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 1º/7/2019).
7. *Writ* não conhecido.

# *Superior Tribunal de Justiça*

## **VOTO**

### **O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):**

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do 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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Inicialmente cumpre ressaltar que o *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

Na hipótese, o Juízo de 1º grau, ao condenar o réu, e o Tribunal *a quo*, ao manter sua condenação no delito de estupro de vulnerável consumado, fundamentaram suas decisões nos seguintes termos, respectivamente:

"[...] A materialidade do delito restou devidamente demonstrada nos autos com o boletim de ocorrência de fls. 05/06 e declarações da ofendida. A autoria do delito debitada ao réu, também, ficou demonstrada nos autos, como se verá. Quando de seu interrogatório o réu negou a prática do delito. O requerido acrescentou que nunca molestou sexualmente a vítima, com quem tinha e tem um bom relacionamento. Aduziu que ficou sabendo do ocorrido por meio da representante da vítima que o interpelou a respeito dos fatos. Narrou que nesta ocasião Vanessa estava acompanhada da vítima, que confirmou o ocorrido na sua frente. A negativa apresentada pelo acusado restou completamente ilhada nos autos e foi afastada pela robusta prova acusatória. As testemunhas de defesa nada puderam esclarecer a respeito dos fatos, uma vez que nada presenciaram. Relataram as testemunhas, em síntese, que a vítima pouco frequentava a casa dos avós. Afirmaram que a vítima sempre teve um bom relacionamento com o réu, bem como que nada presenciaram de anormal. Ponderaram, no mais, que mesmo depois dos fatos a vítima continuou a frequentar a residência do réu, bem como ter com ele um bom relacionamento. Neste ponto, é de ser ressaltado que as testemunhas de defesa não puderam comprovar, de forma cabal e extreme de dúvidas, que o réu nunca esteve sozinho na companhia da ofendida. Muito pelo contrário, todas as testemunhas de defesa foram firmes ao confirmar que a vítima frequentava a residência de seus avós, principalmente aos finais de semana. Por outro lado, as vítimas e testemunhas de acusação trouxeram relatos firmes e coerentes, demonstrando que os fatos se deram tais como narrados na denúncia. Em todas as oportunidades em que foi ouvida a vítima trouxe relato firme e coerente a respeito dos fatos.

Valéria Carvalho Dos Anjos relatou que foi vítima de abuso sexual por parte do réu em apenas uma oportunidade. Relatou que estava passando o final de semana na casa de sua avó paterna.

Ponderou que estava no quarto de sua tia Ivonete na companhia de seu irmão mais velho e do réu. Contou que o réu pediu para que seu irmão

# *Superior Tribunal de Justiça*

fosse buscar um salgadinho. Relatou que disse ao réu que poderia ir comprar, mas este negou e pediu para seu irmão ir comprar o salgado.

Salientou que quando seu irmão saiu o réu aproveitou para abaixar suas calças e esfregar seu órgão genital em sua região íntima. Narrou que seu irmão se aproximou o que fez com que o réu parasse. Aduziu que depois disso o réu se aproveitou de mais um momento em que ficou sozinho e introduziu o pênis em sua boca, vindo a ejacular. Disse que demorou para contar os fatos para sua mãe por sentir-se insegura. Aduziu, no mais, que resolveu contar o ocorrido pois ia realizar um exame de sangue e ficou com medo de que aparecia algo no resultado. Confirmou que os fatos se deram de modo rápido e que o réu se aproveitou de um momento que ficou a sós em sua companhia. O depoimento da menor encontrou respaldo no relato da testemunha de acusação.

Vanessa Carvalho dos Anjos, genitora da vítima, disse ter ficado sabendo do ocorrido por meio da própria vítima. Aduziu que a vítima contou que na época dos fatos estava na casa da avó paterna quando foi abusada sexualmente pelo réu. Salientou que a vítima disse que os fatos se deram por apenas uma vez. Narrou que a vítima disse que estava no quarto em que residiam, na companhia de seu irmão e do réu. Afirma que Valéria contou que o réu pediu que seu irmão fosse buscar um salgadinho. Acrescentou que a vítima relatou que o réu se aproveitou dessa oportunidade, abaixou suas calças e tentou introduzir o pênis em sua região genital. Salientou que a vítima disse que como ele não conseguiu acabou por introduzir o pênis na boca da vítima.

Negou que tivesse qualquer tipo de problema de relacionamento com o acusado. Aduziu que depois dos fatos notou uma diferença no comportamento da vítima, que tentava evitar ir até a residência dos avós, bem como encontrar o acusado. A respeito do depoimento da vítima é de ser ressaltado que nos crimes sexuais, a palavra da vítima adquire especial relevância, pois a grande maioria destes delitos ocorrem às ocultas, sem quaisquer testemunhas presenciais. (...) Pondere-se, outrossim, que não há nos autos sequer indícios de que a vítima ou sua genitora tivessem interesse em prejudicar o réu, atribuindo a ele tão grave fato criminoso.

Lembre-se, também, que o fato de a vítima atualmente conviver com o réu esporadicamente não afasta a possibilidade de ter sido ela submetida à violência trazida na denúncia. (...) O delito restou consumado diante da inequívoca prova da prática de atos libidinoso.

Lembre-se, no mais, que a vítima relatou que não houve penetração, razão pela qual o laudo pericial resultou negativo. Em suma, o réu deve ser condenado nos termos da denúncia..” (**e-STJ, fls. 333-335**).

"[...] Ouvida na fase policial, a vítima Valéria disse que contava com sete anos de idade, quando um dia estava na casa de sua avó paterna junto com seu irmão e o tio Ailton. Relatou que seu tio Ailton mandou o irmão da declarante sair e comprar algo, ficando sozinho com a declarante. Ailton, então, mandou abaixar a calça, ele foi por trás da declarante, que ficou em pé, ele encostou o “piu piu” dele nas nádegas da declarante, logo em seguida, ele mandou que colocasse o “piu piu” dele em sua boca, sendo que estava com um líquido branco. Colocou na boca e cuspiu o líquido no chão, e Ailton mandou-a limpar o chão com papel higiênico. A declarante esclareceu que não contou o que Ailton fez para ninguém porque tinha medo de seu pai brigar com sua mãe, pois eles viviam brigando, e como

# *Superior Tribunal de Justiça*

atualmente estão separados, a declarante resolveu contar para sua genitora. Esclareceu que depois do que Ailton lhe fez, continuou frequentando a casa de seus avós paternos normalmente e Ailton nunca mais fez “aquilo” com a declarante (fls . 07/08)

(...)

Assim vista a prova, conclui-se que a condenação do apelante era mesmo de rigor.

Os reiterados relatos da vítima narrando o abuso sofrido e apontando o réu como o autor dos fatos, encontraram fina sintonia com os depoimentos da genitora da vítima, e, ainda, foram corroborados pelo laudo pericial formando conjunto suficiente a embasar a condenação.

O laudo pericial de fls. 93/98, assim concluiu:

*“Por ocasião da presente perícia psicológica, a pericianda apresentou-se trajada de forma condizente às condições climáticas, faixa etária e meio social, bem como higiene preservada. Manteve atitude colaborativa durante o presente exame. Suas funções cognitivas mostraram-se preservadas, não tendo sido observadas alterações em sua sensopercepção, atenção, curso e qualidade do pensamento, articulação lógica de ideia e elaboração e manejo de conceitos e juízo, estando tais funções em acordo com seu grau de desenvolvimento psicoemocional e faixa etária. Exibiu autoestima e autoimagem prejudicadas. Negou alterações de sono e fez referência a distúrbio alimentar. Exibiu sinais depressivos, de insegurança emocional e raiva. Aspectos de psicomotricidade sem alterações e potencial volitivo atuante, com referência a relações sociais pouco recompensadoras e estados de expressão, linguagem e consciência preservados. Não foram verificadas alterações patológicas em sua memória, bem como em sua capacidade de orientação auto e alopsíquica. Não encontramos quesitos para Psicologia nas cópias dos autos em nosso poder.*

*Por ocasião da presente avaliação, e sob o ponto de vista estritamente psicológico, verificamos traços comportamentais que sugerem a possibilidade de ocorrência de aproximação sensual e não se notou eventual instrumentalização de sua vontade por terceiros, tendo a pericianda afirmado com veemência ter sofrido vitimização tal como consta nos autos”.*

É sabido que em casos de crimes contra os costumes, os quais geralmente são praticados às escondidas, a palavra da vítima, se coerente, equilibrada e amparada nos demais elementos carreados aos autos é bastante para condenar o réu, devendo ser aceita.

(...)

Todo o contexto probatório, de forma inequívoca, demonstra a veracidade dos fatos narrados pela vítima, corroborados pelos relatos firmes e coerentes de sua genitora e conclusão do laudo psicológico juntado aos autos.

Ora, não há qualquer razão nos autos para não dar credibilidade às declarações da vítima e da testemunha ouvida, nem mesmo para crermos que elas teriam motivos para incriminar falsamente um inocente.

A desculpa do apelante restou solta nos autos, sem nada a aboná-la e, por isso, não merece crédito.

Além disso, nada produziu a d. defesa em demérito à credibilidade das palavras da vítima e da testemunha.

O simples fato de a vítima ainda manter relacionamento com o tio, mesmo após ter sofrido violência sexual, não tem o significado pretendido pela d.

# Superior Tribunal de Justiça

Defesa e não serve para afastar as demais provas produzidas nos autos. Diante disso, não há que se falar em insuficiência de provas para a condenação do apelante.

Vale lembrar que nos crimes sexuais, em que, geralmente, são praticados às escondidas, sem testemunhas presenciais, a palavra da vítima assume demasiada importância. E no presente caso, todos os relatos da vítima foram no sentido do abuso sexual sofrido.

(...)

Deste modo, não cabe desmerecer as palavras da vítima, somente por se tratar de criança, já que os fatos por ela narrados encontraram respaldo na prova pericial produzida.

Dessa forma, o robusto conjunto probatório formado em desfavor do apelante deve prevalecer em relação à sua negativa de autoria quanto à conduta delituosa, razão pela qual a absolvição deve ser afastada." (e-STJ, fls. 269-279).

Consoante se extrai dos trechos acima transcritos, as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, haver prova da materialidade e da autoria do crime de estupro de vulnerável, constatando-se que o paciente ordenou que a vítima, de apenas 7 anos de idade à época, abaixasse suas calças e esfregou seu órgão genital nas nádegas dela, tendo, ainda, mandado que a menor colocasse o órgão genital dele na boca, dando início ao sexo oral. Inviável, pois, alterar este enquadramento fático nesta célere via do *habeas corpus*, que exige prova pré-constituída.

Outrossim, não é viável a aplicação do art. 215-A do Código Penal na hipótese de estupro de vulnerável, porque a conduta do agente possui elemento especializante, referente ao fato de ser a vítima incapaz, sendo tais hipóteses regidas pelo art. 217-A do Código Penal, no qual é despiciendo o consentimento da vítima e presumida a violência.

Ademais, o crime de estupro de vulnerável contempla duas condutas distintas, quais sejam, ter conjunção carnal com menor de 14 anos e praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça, essenciais ao tipo penal descrito no art. 213 do CP, dada a vulnerabilidade da vítima.

Como ato libidinoso deve ser entendido qualquer ato diverso da conjunção carnal revestido de conotação sexual.

Deste modo, a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável constituiu a consumação do delito de estupro de vulnerável, não havendo que se falar em tentativa ou desclassificação da conduta.

Ainda, "é firme o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior no sentido da "impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que o referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos" (AgRg na RvCr 4969/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 1º/7/2019).

Neste sentido, trago à colação os seguintes acórdãos desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL - CP. TIPO ALTERNATIVO MISTO. CONSUMAÇÃO. TER CONJUNÇÃO CARNAL OU PRATICAR OUTRO ATO LIBIDINOSO COM MENOR DE 14 ANOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA TENTADA. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL

# *Superior Tribunal de Justiça*

DESPROVIDO.

1. O tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal é alternativo misto, isto é, prevê as condutas de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos.
2. "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" (AgRg no REsp 1751263/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 17/10/2018).
3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1800415/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNICK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 22/10/2019, grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL (TENTADO). FATOS INCONTROVERSOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 61 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL MEDIANTE VIOLENCIA OU GRAVE AMEAÇA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL (LEI N.º 13.718/2018). DELITO COMETIDO COM VIOLENCIA OU GRAVE AMEAÇA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Apreciar a demanda posta no apelo especial não importa em revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, mas, tão somente, qualificação jurídica do quadro fático já delineado pela Corte a quo, consignando que os fatos descritos no acórdão configuravam o crime de estupro.
2. Em sendo os atos libidinosos diversos da conjunção carnal praticados mediante violência ou grave ameaça, tal como ocorreu na hipótese dos autos, conforme a descrição da conduta apurada pelas instâncias ordinárias, é de ser reconhecida não a figura tentada, mas, sim, a consumação do delito de estupro previsto no art. 213 do Código Penal, sendo incabível, ainda, a desclassificação da conduta para a da contravenção prevista no art. 61 do Decreto n.º 3.688/1941.
3. Insubsistente o pedido subsidiário para a aplicação do art. 215-A do Código Penal - importunação sexual -, trazido a lume com a edição da Lei n.º 13.718/2018, porquanto a conduta que se subsume à moldura estabelecida no citado dispositivo legal pressupõe que o ato libidinoso contra Vítima maior de 14 (quatorze) anos de idade tenha sido praticado, necessariamente, sem violência ou grave ameaça, o que, conforme os trechos do arresto atacado antes transcritos, não se verificou na hipótese dos autos.
4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1812706/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 28/10/2019, grifou-se);

"REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, CPP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ESTUPRO, SOB A ALEGAÇÃO DE MENOR GRAVIDADE DA CONDUTA: DESCABIMENTO. PRÁTICAS DE ATOS LIBIDINOSOS

# *Superior Tribunal de Justiça*

DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL, SEXO ORAL OU SEXO ANAL:  
FORMA CONSUMADA DO DELITO.

**1. O tipo descrito no art. 217-A do Código Penal é misto alternativo, isto é, prevê as condutas de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos.**

No caso concreto, ao autor da revisão criminal foi imputada a conduta de colocar o dedo na vagina de menina de 7 anos e passar as mãos nos seios e nádegas de menina de 11 anos.

**2. Pacificou-se, nesta Corte, o entendimento de que "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" (AgRg REsp n.**

**1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 21/3/2012).**

**3. "É inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (REsp 1.313.369/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 5.8.2013).**

**4. A gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal. (REsp 1.561.653/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016)".**

**5. Revisão criminal julgada improcedente." (RvCr 4.936/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/6/2019, DJe 14/8/2019, grifou-se).**

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É o voto.

# *Superior Tribunal de Justiça*

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0072942-8

**HC 568.088 / SP**  
**MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00368777920138260002 23112013 368777920138260002 4602013

EM MESA

JULGADO: 02/06/2020  
SEGREDO DE JUSTIÇA

### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE	:	ROBERTO VANDERLEI DA SILVA
ADVOGADO	:	ROBERTO VANDERLEI DA SILVA - SP319891
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	A F DOS A
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

### **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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.