



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 500.544 - SP (2019/0084658-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : P M N
ADVOGADO : EDLENIO XAVIER BARRETO - SP270131
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATOS LIBIDINOSOS. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 13.718/2018. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NOVA LEI MAIS BENÉFICA. VÍTIMAS MENORES. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA.

1. A pretendida aplicação retroativa da Lei n. 13.718/2018 aos fatos imputados ao agravante e a alegada violação ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória não foram alvo de deliberação pelas instâncias de origem, o que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre referidos temas, sob pena de se atuar em indevida supressão de instância.

2. Esta Corte de Justiça tem entendido pela inviabilidade da desclassificação da conduta de estupro de vulnerável para aquela prevista no art. 215-A do Código Penal, inserida por meio da Lei n. 13.718, de 24/9/2018, porquanto não há como se aplicar a nova lei nas hipóteses em que se trata de vítimas menores, como no caso em análise, notadamente diante da presunção de violência. Precedentes.

DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIA JÁ DECIDA EM RESP. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE O *HABEAS CORPUS* MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A legalidade da incidência da majorante do inciso II do artigo 226 do Código Penal à pena fixada para o agravante já foi reconhecida por este Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.699.724/SP, julgado em 19/3/2019, o que reforça a ausência de flagrante ilegalidade passível de ser sanada na via eleita, bem como caracteriza a reiteração de pedido, o que também impede o conhecimento do *writ* no ponto.

2. Mantém-se a decisão singular pela qual indeferiu-se liminarmente o *habeas corpus*, nos termo do artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 28 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 500.544 - SP (2019/0084658-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : P M N
ADVOGADO : EDLENIO XAVIER BARRETO - SP270131
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de agravo regimental interposto por P M N contra decisão singular (e-STJ fls. 374-376) por meio da qual se indeferiu liminarmente o *habeas corpus* com fundamento no art. 210 do Regimento Interno desta Corte.

Consta dos autos que o agravante foi denunciado como incurso nas sanções do art. 214 (por diversas vezes), c/c o art. 224, alínea a, e art. 225, § 1º, inciso I, todos do Código Penal, por ter constrangido a menor de 11 (onze) anos de idade, durante as aulas de ginástica, a praticar e a permitir que com ele praticasse ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, consistente em abraçar a infante pelas costas e passar a mão em sua barriga, apalpando seu órgão genital e seios. (e-STJ, fls. 28-30).

Julgada procedente a denúncia, o réu foi condenado à pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática da conduta descrita no art. 214 (por diversas vezes), na forma do art. 71, *caput*, c/c o parágrafo único e o art. 225, § 1º, inciso I e art. 226, inciso II, todos do Estatuto Repressivo, segundo a redação vigente à época dos fatos (e-STJ fls. 35-43).

Inconformada, a defesa apelou, mas seu recurso foi desprovido (e-STJ fls. 58-112), seguindo-se a interposição de recurso especial, ao qual também negou-se provimento (e-STJ FLS. 230-237).

No *habeas corpus* impetrado nesta Corte afirmou-se que os fatos imputados ao paciente não configurariam o crime de atentado violento ao pudor, mas sim o de importunação sexual, introduzido no Código Penal pela Lei 13.718/2018, motivo pelo qual requereu-se a aplicação retroativa do referido diploma legal, por ser mais benéfico ao acusado. Alternativamente, requereu-se o afastamento da causa de aumento do inciso II do artigo 226 do aludido diploma legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No *decisum* agravado indeferiu-se liminarmente o *habeas corpus* com fundamento no art. 210 do Regimento Interno desta Corte.

Nas razões deste agravo regimental (e-STJ fls. 379-389), a defesa insurge-se contra o indeferimento liminar do *writ*, e afirma que a tese de aplicação retroativa da Lei n. 13.718/2018 não foi objeto de deliberação pelas instâncias de origem, porque o acórdão combatido foi proferido em 06/07/2016, em data anterior à promulgação da referida Lei (25/09/2018).

Assevera que impõe-se a concessão da ordem de ofício, apenas para determinar o retorno dos autos ao juízo de 1º grau, para que profira novo julgamento sob a égide da nova Lei n. 13.718/2018 (art. 215-A, CP).

Argumenta, ainda, que se a tese da violação ao princípio da correlação não foi objeto de enfrentamento nas instâncias de origem, por certo que referida tese não foi ventilada no Resp n. 1.699.724, por consequência, não foi objeto de deliberação por esta Corte Superior.

Requer, ao final, seja exercido o juízo de retratação ou submetido o feito ao colegiado para determinar o retorno dos autos ao juízo de 1º grau, para que profira novo julgamento, sob a égide da Lei n. 13.718/2018 (art. 215-A, CP), e para afastar a causa de aumento prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal, redimensionando-se a pena imposta ao agravante.

Por manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos, submeto o agravo regimental à apreciação da Quinta Turma.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 500.544 - SP (2019/0084658-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: A irresignação não merece prosperar.

Com efeito, conforme asseverado na decisão agravada, depreende-se dos autos que a pretendida aplicação retroativa da Lei 13.718/2018 aos fatos imputados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao agravante e a alegada violação ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória não foram alvo de deliberação pelas instâncias de origem, o que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre os tópicos, sob pena de se configurar indevida supressão de instância.

Nessa esteira:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPROS DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A, DO CP. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A tese de que as condutas do paciente devem ser examinadas sob a ótica do novo art. 215-A, do Código Penal, é aventada, pela primeira vez, no presente writ, não havendo manifestação do juiz singular e da Corte de origem sobre a matéria. Em casos como o presente, entende-se que este Superior Tribunal de Justiça não deve se pronunciar, originariamente, sobre a questão, sendo vedada a supressão de instância.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 13 anos e 4 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 483.468/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

No mesmo norte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CAPITULAÇÃO NA DENÚNCIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CORRELAÇÃO, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A suposta nulidade da r. sentença condenatória, ante o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal sem que ela estivesse capitulada e satisfatoriamente descrita na denúncia, não foi suscitada pela defesa no recurso de apelação e não foi apreciada pelo Tribunal de origem, ficando impedida esta Corte de proceder a análise da matéria, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 362.082/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017)

Ainda que superado tal argumento, esta Corte de Justiça tem entendido pela inviabilidade da desclassificação da conduta de estupro de vulnerável para aquela prevista no art. 215-A do Código Penal, inserida por meio da Lei n. 13.718, de 24/9/2018, porquanto não há como se aplicar a nova lei nas hipóteses em que se trata de vítimas menores, como no caso, notadamente diante da presunção de violência.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 217-A, CAPUT, DO CP. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. JULGADO QUE NÃO REVOLVEU MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ELEMENTARES CARACTERIZADAS. DESCLASSIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE SE IMPÕE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A DO CP: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.

1. A questão veiculada no recurso especial não envolve a análise de conteúdo fático-probatório, mas, sim, a possibilidade de caracterização do delito de estupro de vulnerável, notadamente em razão do Superior Tribunal de Justiça ter entendimento de a prática de ato lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos) poder subsumir-se ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal. Dessa forma, não se configura a hipótese de aplicação do óbice constante da Súmula 7/STJ, haja vista a análise eminentemente jurídica do caso.

2. Conforme disposto na decisão ora agravada, o Superior Tribunal de Justiça entende que a prática de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos) se subsume ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. 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. [...] "A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (AgRg no AREsp n. 530.053/MT, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 29/6/2015), em cuja expressão estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente (Rogério Greco, in Curso de Direito Penal, Parte Especial, v.3, p. 467) - (AgRg no REsp n. 1.702.157/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 4/2/2019).

4. Inviável a desclassificação da conduta para aquela prevista nos moldes do art. 215-A do Código Penal, inserido por meio da Lei n. 13.718, de 24/9/2018, porquanto não há como se aplicar a nova lei nas hipóteses em que se trata de vítimas menores, notadamente diante da presunção de violência.

5. A Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça. [...] Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes (AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/3/2019).

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1761248/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/1941. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FATOS INCONTROVERSOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. **PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça "[a] controvérsia atinente à inadequada desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido. (REsp n. 1.605.222/MS, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016)"(AgRg no REsp n. 1.735.061/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe 1º/6/2018.).

2. No caso, a Corte local ressaltou expressamente no acórdão a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de autoria e materialidade, ao reconhecer que "[...] aproveitou-se da ausência de qualquer outra pessoa no local para passar o dedo na vagina da criança" (fl. 274), ficando incontroversa a conduta praticada pelo Agravante.

3. A Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça.

4. Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/3/2019).

De outra sorte, a legalidade da elevação da pena do paciente pela incidência da majorante do inciso II do artigo 226 do Código Penal já foi reconhecida por este Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.699.724/SP, julgado em 19/3/2019, o que reforça a ausência de flagrante ilegalidade passível de ser sanada na via eleita, bem como a reiteração de pedidos, o que também impede o conhecimento do *writ* no ponto.

Confira-se, por oportuno, a ementa do acórdão proferido no o REsp 1.699.724/SP:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. PROFESSOR. RELAÇÃO DE AUTORIDADE COM A MENOR. APLICABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a majorante do artigo 226, inciso II, do CP não possui sua aplicação restrita apenas às relações afetivas, mas toda aquela que, de alguma forma, imponha reverência e temor, como no caso apresentado nos autos.

2. Reconhecida a autoridade que o acusado exercia sobre a vítima, considerando a sua condição de professor, incide a causa de aumento prevista no inciso II do artigo 226 do Código Penal.

3. Agravo regimental desprovido."

Nesse contexto, conclui-se pela impossibilidade de conhecimento do presente *habeas corpus* no ponto, porquanto configurada reiteração de pedido sobre o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual já houve deliberação desta Corte de Justiça.

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. REITERAÇÃO DE PEDIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O recurso ordinário traz pedido idêntico ao formulado no HC 393.851/BA e em ambos se ataca acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia no Habeas Corpus n. 0023373-89.2016.8.05.0000. Referida impetração teve seu mérito julgado em maio do corrente ano.

2. Diante de inadmissível reiteração de pedidos, obstaculizado o conhecimento do recurso ordinário.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC 84.693/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe de 16/08/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. JUNTADA DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA DA POLÍCIA MILITAR. NECESSIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. MATÉRIA PREJUDICADA. REITERAÇÃO DE PEDIDO. INDEFERIMENTO DE PROVAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DENÚNCIA. DECISÃO DE RECEBIMENTO E AFASTAMENTO DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. Resta impedido o exame quanto a temas já decididos nos autos de habeas corpus anteriormente impetrados, por se tratar de mera reiteração de pedidos.

[...]

8. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 84.050/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe de 16/08/2017)

Desse modo, deve ser mantida a decisão que, nos termo do artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **indeferiu liminarmente o habeas corpus**.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0084658-6

AgRg no
HC 500.544 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00103821920068260624 103821920068260624 20160000487077 20160000948868
20170000213376 70074343369

EM MESA

JULGADO: 28/05/2019
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDLENIO XAVIER BARRETO E OUTRO
ADVOGADOS : EDLENIO XAVIER BARRETO - SP270131
PAULO ALCEU COUTINHO DA SILVEIRA - SP254377
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : P M N

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : P M N
ADVOGADO : EDLENIO XAVIER BARRETO - SP270131
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.