



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1860091 - SC (2020/0024203-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : O K
ADVOGADO : DIANA CORRÊA FLORIANO - SC017087
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 1) PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. PREVISTO NO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL – CP. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. 2) CONSUMAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL QUE SE DÁ COM A PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. 3) EVENTUAL PREVENÇÃO ARGUÍDA APÓS JULGAMENTO DO APELO NOBRE. PRECLUSÃO. PRECEDENTES 4) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Eventual prevenção em relação ao RESp 1716968 não configurada pela incidência da preclusão, pois arguída após julgamento do apelo nobre, nos termos do art. 71, parágrafo 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ. Precedentes.

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. O Tribunal de origem, ao reconhecer que a conduta delitiva do agravante se amoldaria ao tipo de importunação sexual (prática de atos libidinosos contra vítima com 12 (doze) anos de idade, à época dos fatos, consistentes em tocar em seus seios sob as vestes e dar tapas em suas nádegas, com o intuito de acariciar-lhe, a fim de satisfazer a própria lascívia), e previsto no art. 215-A do Código Penal, se destoa da jurisprudência desta Corte.

4. Esta Corte Superior possui firme entendimento no sentido da *"impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que 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, Relator(a) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 1º/7/2019).

5. Apelo nobre ministerial com a correta demonstração da divergência jurisprudencial nos moldes legais e regimentais.

6. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de fevereiro de 2021.

JOEL ILAN PACIORNIK
Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1860091 - SC (2020/0024203-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : O K
ADVOGADO : DIANA CORRÊA FLORIANO - SC017087
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 1) PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. PREVISTO NO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL – CP. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. 2) CONSUMAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL QUE SE DÁ COM A PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. 3) EVENTUAL PREVENÇÃO ARGUÍDA APÓS JULGAMENTO DO APELO NOBRE. PRECLUSÃO. PRECEDENTES 4) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Eventual prevenção em relação ao RESp 1716968 não configurada pela incidência da preclusão, pois arguída após julgamento do apelo nobre, nos termos do art. 71, parágrafo 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ. Precedentes.

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. O Tribunal de origem, ao reconhecer que a conduta delitiva do agravante se amoldaria ao tipo de importunação sexual (prática de atos libidinosos contra vítima com 12 (doze) anos de idade, à época dos fatos, consistentes em tocar em seus seios sob as vestes e dar tapas em suas nádegas, com o intuito de acariciar-lhe, a fim de satisfazer a própria lascívia), e previsto no art. 215-A do Código Penal, se destoou da jurisprudência desta Corte.

4. Esta Corte Superior possui firme entendimento no sentido da *"impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que 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, Relator(a) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 1º/7/2019).

5. Apelo nobre ministerial com a correta demonstração da divergência jurisprudencial nos moldes legais e regimentais.

6. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 833/838, de minha relatoria, na qual dei provimento a recurso especial ministerial para restabelecer a condenação do ora agravante no crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, do CP).

Relata que após ser condenado pelo juízo *a quo* como incurso no art. 65, da LCP, à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, convertida em pena restritiva de direito, foram interpostas apelações ministerial e defensiva, sendo esta última provida para decretar a extinção de punibilidade em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Ato contínuo o Ministério Público interpôs recurso especial, o qual foi provido (REsp nº 1716968, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior), a fim de determinar o retorno dos autos à origem para realização de nova dosimetria da pena.

Informa a fixação, pelo TJ/SC, da pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, ressaltando que a decisão no recurso especial se deu em 1º/2/2018, e que a Lei n. 13.718/2018 inseriu o tipo penal de importunação sexual no art. 215-A, do CP, se amoldando à sua conduta delitiva, pois não teria havido violência ou grave ameaça contra a vítima.

Destaca que a Corte de origem não procedeu à desclassificação da conduta delitiva pois não poderia agir de ofício, cabendo tão-somente ao Superior Tribunal de Justiça a alteração da tipificação do fato.

Sustenta que a denúncia foi infundada, *"tendo em vista que apenas tentou corrigir a postura de Leiza (vítima), assim como faz habitualmente com outras pessoas (...)"* (fl. 846), inexistindo provas da autoria do delito previsto no art. 217-A, do CP, ao tempo em que colaciona depoimentos de testemunhas a seu favor.

Aduz que teria sido vítima de um conluio para destituí-lo da diretoria da rádio comunitária (FM 87.5 de Schoroeder), além de ressaltar controvérsias existentes no depoimento da mãe da vítima

Salienta o ajuizamento de revisão criminal, que foi deferida para desclassificar sua conduta para o tipo previsto no art. 215-A, do Estatuto Repressivo, e fixada nova pena, agora no patamar de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituída por pena restritiva de direitos, decretando-se, ainda, a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Aduz que o Ministério Público interpôs recurso especial nesta Corte Superior, tendo sido provido para restabelecer a condenação no art. 217-A, do CP, sendo

imperiosa a modificação da decisão agravada, a fim de cassar o acórdão recorrido, pois a conduta delitiva se enquadra no crime previsto no art. 215-A, do CP, ante a inexistência de violência ou grave ameaça.

Argumenta, ainda, ser impossível o reconhecimento da divergência jurisprudencial alegada pelo recorrente, em razão da diferença de soluções entre o acórdão recorrido e o paradigma.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do recurso ao órgão colegiado para seja mantido o acórdão recorrido e sua condenação no crime de importunação sexual (fls. 843/861).

É o relatório.

VOTO

Em que pesem os argumentos expendidos pelo ora agravante, a decisão merece ser mantida.

Preliminarmente, ressalto que consultei o em. Ministro Sebastião Reis Júnior sobre eventual prevenção em relação ao REsp 1716968, de sua relatoria, com as mesmas partes deste recurso (fl. 865), e em resposta acostada às fls. 868/870, entendeu não está configurada pois arguida após o julgamento do recurso especial, em face da incidência da preclusão.

No presente caso, o Tribunal de origem, ao reconhecer que a conduta delitiva do agravante se amoldaria ao tipo de importunação sexual (prática de atos libidinosos contra vítima com 12 (doze) anos de idade, à época dos fatos, consistentes em tocar em seus seios sob as vestes e dar tapas em suas nádegas, com o intuito de acariciar-lhe, a fim de satisfazer a própria lascívia), e previsto no art. 215-A do Código Penal, destoou da jurisprudência desta Corte, que se firmou diante da *"impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que 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, Relator(a) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 1º/7/2019). No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DISSÍDIO DE VULNERÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 217-A, CAPUT, DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ELEMENTARES CARACTERIZADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PELA CORTE

DE ORIGEM PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 215-A DO CP. DESCABIMENTO. VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA. PREVALÊNCIA

DO VOTO VENCIDO DA APELAÇÃO CRIMINAL.

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 que a prática de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e atentatórios 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 atentatórios à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos) se subsume ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal.

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, Relator 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 tratam de vítimas menores, notadamente diante da presunção de violência.

5. A Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, 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. Afastado o fundamento que lastreou o voto condutor do acórdão da apelação, razão assiste ao agravante quanto ao pleito subsidiário, de prevalência dos

termos dispostos no voto vencido.

7. Agravo regimental parcialmente provido para fazer prevalecer o voto vencido da apelação criminal (AgRg no REsp 1845797, Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, EXTA TURMA, DJe 1º/7/2020) (grifos meus).

E quanto à alegada não demonstração da divergência jurisprudencial, melhor sorte não assiste ao agravante, pois o recorrente se desincumbiu das corretamente exigências legais e regimentais do instituto, apresentando quadro comparativo entre o acórdão recorrido e o paradigma, com a indicação das semelhanças entre a ótica dos fatos e do direito aplicável e soluções jurídicas opostas, conforme se verifica no trecho da petição do apelo nobre às fls. 770/776.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0024203-1

**AgRg no
REsp 1.860.091 / SC
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00034512920118240026 34512920118240026 40148447720198240000
4014844772019824000050000

EM MESA

**JULGADO: 02/02/2021
SEGREDO DE JUSTIÇA**

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO : O K
ADVOGADO : DIANA CORRÊA FLORIANO - SC017087

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : O K
ADVOGADO : DIANA CORRÊA FLORIANO - SC017087
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.