



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1879974 - SC (2020/0146751-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : C DOS A S
ADVOGADO : DENISE SILVA DE AMORIM FARIA - SC015078
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL PREVISTO NO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL – CP. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. 1) REVALORAÇÃO JURÍDICA DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. 2) INDEVIDA APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 568 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. NÃO VERIFICAÇÃO. JULGAMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL QUE SANA EVENTUAL VÍCIO. 3) A CONSUMAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL SE DÁ COM A PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. 4) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A discussão acerca de fatos incontroversos constantes das decisões das instâncias ordinárias não configura o revolvimento fático-probatório, vedado pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Precedentes.

2. Não há que se falar em ofensa ao princípio da colegialidade em razão do julgamento monocrático do recurso especial, uma vez que, nos termos da Súmula n. 568, desta Corte, *"o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema"*.

2.1. *"A decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, ainda que não viabilizada a sustentação oral das teses apresentadas, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante"* (AgRg no HC 485.393/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2019).

3. O Tribunal de origem, embora reconheça que o acusado praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de 14 anos, desclassificou a conduta para o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal, o que destoava da jurisprudência desta Corte, inclusive sumulada por meio do enunciado de n. 593/STJ, segundo o qual *"o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato,*

sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".

4. 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, 27 de outubro de 2020.

Joel Ilan Paciornik
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1879974 - SC (2020/0146751-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : C DOS A S
ADVOGADO : DENISE SILVA DE AMORIM FARIA - SC015078
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL PREVISTO NO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL – CP. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. 1) REVALORAÇÃO JURÍDICA DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. 2) INDEVIDA APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 568 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. NÃO VERIFICAÇÃO. JULGAMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL QUE SANA EVENTUAL VÍCIO. 3) A CONSUMAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL SE DÁ COM A PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. 4) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A discussão acerca de fatos incontroversos constantes das decisões das instâncias ordinárias não configura o revolvimento fático-probatório, vedado pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Precedentes.

2. Não há que se falar em ofensa ao princípio da colegialidade em razão do julgamento monocrático do recurso especial, uma vez que, nos termos da Súmula n. 568, desta Corte, *"o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema"*.

2.1. *"A decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, ainda que não viabilizada a sustentação oral das teses apresentadas, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante"* (AgRg no HC 485.393/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2019).

3. O Tribunal de origem, embora reconheça que o acusado praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de 14 anos, desclassificou a conduta para o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal, o que destoava da jurisprudência desta Corte, inclusive sumulada por meio do enunciado de n. 593/STJ, segundo o qual *"o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato,*

sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".

4. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por C DOS A S contra decisão de fls. 263/265 que rejeitou os embargos de declaração opostos à decisão de fls. 237/244 que deu provimento ao recurso especial para cassar o acórdão impugnado e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento da ação revisional, afastada a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 215-A do Código Penal, uma vez que o crime previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, se consuma com a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos.

No presente regimental, a defesa sustenta que o Tribunal de origem, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entendeu, de forma fundamentada, que o ora agravante não praticou o crime de estupro de vulnerável, mas sim, o de importunação sexual, de modo que a apreciação da demanda posta no apelo especial do Ministério Público e o seu provimento, com cassação do acórdão do Tribunal de origem, violou o contido no enunciado sumular n. 7, pois importou em revolvimento do acervo-fático probatório dos autos.

Afirma que a decisão monocrática agravada viola o princípio da colegialidade, na medida em que deu provimento a recurso especial interposto pelo órgão acusatório, cassando acórdão do TJSC que havia desclassificado o crime de estupro de vulnerável a que havia sido condenado o ora agravante, para o crime previsto no art. 215-A c.c o art. 226, II, ambos do Código Penal.

Alega que, diferentemente do sustentado na decisão monocrática, o v. acórdão impugnado não contrariou o art. 215-A e nem negou vigência ao art. 217-A, *caput*, do CP, na medida em que a conduta que foi atribuída ao ora agravante não mais se amolda à figura típica do crime de estupro de vulnerável em razão da superveniência da Lei 13.718/2018, que criou o crime de importunação sexual.

Aduz que *"a conduta do agravante, consistente em pegar as mãos da adolescente e masturba-se, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem despi-la, sem penetração, sem tocá-la, não mais se caracteriza como crime de estupro, mas o novo tipo penal da importunação sexual"* (fl. 277).

Assevera que *"que a vítima contava, à época, com 13 (treze) anos e 10(dez) meses de idade, já tinha vida sexual ativa, possuía histórico de fuga para a casa do*

namorado e agressão física à própria mãe, circunstâncias devidamente ponderadas pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento que, registra-se, foi interrompido em duas oportunidades para pedido de vista" (fl. 279).

Argumenta que em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e taxatividade, deve ser mantida a decisão do TJ/SC que desclassificou o crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual. Pleiteia, ainda, a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao colegiado para negar provimento ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

Em que pesem os argumentos veiculados no presente agravo regimental, a decisão deve ser mantida.

Inicialmente, não há que se falar em aplicação do óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ no presente caso, pois a decisão foi amparada nos fatos incontroversos que constaram no acórdão proferido pelo Tribunal de origem, no qual ficou consignado expressamente que houve a prática de atos libidinosos contra menor de 14 anos. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA PELO TRIBUNAL A QUO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. VALORAÇÃO DA PROVA. DESPROVIMENTO.

1. A exclusão de qualificadora constante na pronúncia somente pode ocorrer quando manifestamente im procedente, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri, juiz natural para julgar os crimes dolosos contra a vida.

2. No caso, a vítima foi atingida por um tamborete de metal na cabeça, vindo a óbito, por ter dito que "não gostava de preto".

3. **Os fatos trazidos a esta Corte encontram-se incontroversos nos autos, não havendo que se falar no revolvimento do conjunto probatório, vedado a teor da Súm. n. 7/STJ, mas tão somente na reavaliação da prova, o que é permitido na via do especial.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1364414/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2018).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL

NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. QUALIFICADORAS. RESTABELECIMENTO. REVALORAÇÃO.

1. Não há que se falar em mácula ao princípio da ampla defesa, pois há previsão legal que autoriza o relator a decidir monocraticamente o recurso especial, cabendo, irrisignada a parte, a interposição de agravo regimental ao colegiado. Ademais, já assentou esta Corte a orientação de que "a ausência de previsão de sustentação oral no julgamento do agravo regimental, nos termos do art. 159 do RISTJ, não viola do princípio da ampla defesa" (AgRg no REsp n. 1583108/MG, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018).

2. **A reavaliação da moldura fática delineada no acórdão à qual se atribui outra qualificação jurídica não se confunde com o vedado reexame de fatos e provas, que é obstado pela Súmula n. 7 desta Corte.**

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1317406/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 2/8/2018).

Sobre a inaplicabilidade da Súmula n. 568 do STJ, consoante o entendimento desta Corte, não existe ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil – CPC e art. 3º do Código de Processo Penal – CPP, os quais autorizam o relator negar provimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado, deficientemente fundamentado, em confronto com Súmula ou jurisprudência dominante, como é o caso dos autos, conforme se verá no mérito do agravo regimental.

No mesmo sentido, pela validade da aplicação da Súmula n. 568 do STJ, notadamente diante da possibilidade de interposição de agravo regimental que, embora não permita a sustentação oral, sana eventual vício, cito precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 932 DO CPC E 34 DO RISTJ E DA SÚMULA N. 568 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. MERO INCONFORMISMO. DENÚNCIA. PRESENÇA DE INDÍCIO PARA A DEFLAGRAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência aos arts. 932 do Código de Processo Civil e 34, XVIII e XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e o enunciado contido no verbete sumular n. 568 desta Corte Superior, que franqueiam ao relator a possibilidade de não conhecer de recurso caso

manifestamente inadmissível, procedente ou improcedente.

[...]

6. *Agravo regimental não provido* (AgRg no AREsp 831.159/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 10/4/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE NOVO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Cumpra-se destacar que não há que se falar em ofensa ao princípio da colegialidade em razão do julgamento monocrático do recurso especial. Isso porque, nos termos da súmula 568, desta Corte, "o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".*

[...]

4. *Agravo regimental desprovido* (AgRg no AREsp 1100334/RJ, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NOS TERMOS LEGAIS. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

3. *No mesmo sentido, "o Supremo Tribunal Federal reconhece a validade do julgamento monocrático (em casos de aplicação de jurisprudência dominante) e a constitucionalidade da vedação de sustentação oral no julgamento de agravo regimental" (HC n. 138413 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 7/3/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017).*

[...]

5. *Agravo regimental improvido* (AgRg no REsp 1804556/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/5/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 932, III, CPC. ART. 34, XVIII, "A", E XX, DO RISTJ. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANÁLISE CONJUNTA PARA AMBOS OS DELITOS. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA IGUAL A 8 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ART. 33, § 2º, B, § 3º, CÓDIGO PENAL). SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - A decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, ainda que não viabilizada a sustentação oral das teses apresentadas, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante.

[...] *Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 485.393/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2019).*

Passo, portanto, à apreciação das razões do agravo regimental.

Conforme constou na decisão agravada, o Tribunal de origem, embora reconheça que o acusado praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de 14 anos, deferiu o pedido revisional para desclassificar a conduta imputada ao ora agravante para o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal.

O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls. 140/155):

Na hipótese em exame, a prova oral apontou que o réu, efetivamente, foi masturbado pela vítima, nos exatos termos descritos na denúncia; entretanto, apesar de reprovável a conduta, não se verifica gravidade o bastante para se amoldar ao delito de estupro de vulnerável.

[...]

Tem-se ciência, bem verdade, de entendimento diverso por parte do STF (HC n. 134.591, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 01.10.2019) e do STJ, dando conta de que "O crime do art. 215-A do CP resta configurado tão somente quando o ato libidinoso é praticado sem violência ou grave ameaça, não sendo possível falar em importunação sexual quando a conduta for perpetrada mediante violência presumida" (STJ, AgRg nos EDcl no HC 458.521, Min. Ribeiro Dantas, j. 10.10.2019).

[...]

Registre-se que o tipo penal do art. 215-A do CP não faz a distinção da pessoa ofendida - se maior ou menor de 14 anos. Diz apenas que é crime "Praticar contra

alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro", da mesma forma que os demais crimes que integram o título VI, capítulo I, do CP (dos crimes contra a liberdade sexual - arts. 213 a 216-A), enquanto o capítulo II é específico em tratar dos crimes sexuais contra vulnerável (arts. 217-A a 218-C).

Desse modo, entende-se que a capitulação que mais se adequa aos fatos é a do art. 215-A, do CP, de modo que é deferido o pedido revisional por tal fundamento.

Contudo, o entendimento do Tribunal de origem está desalinhado à jurisprudência desta Corte, pois, embora reconheça que o acusado praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de 14 anos, desclassificou a conduta para o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDUTAS LIBIDINOSAS DIVERSAS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941). INADEQUAÇÃO. CONFORMAÇÃO DAS CONDUTAS PRATICADAS AO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Casa firmou-se na compreensão de que o crime de estupro de vulnerável consuma-se com a prática de conjunção carnal ou de qualquer ato libidinoso diverso, ofensivo à integridade sexual da vítima e que revele a intenção lasciva do agente.

2. Os atos libidinosos imputados ao agravante e considerados incontroversos pela Corte estadual, consistentes em dar tapinhas e apertar o pênis da vítima menor de 14 anos à época dos fatos, amoldam-se inequivocadamente ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do Código Penal), sendo inadequada a desclassificação de tais condutas para contração penal. Precedentes.

3. Outrossim, vejo que as condutas praticadas pelo agravante não se amoldam ao art. 215-A do Código Penal, pois o texto do normativo em referência ("Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro") evidencia que a conduta criminosa deve ser praticada sem violência ou grave ameaça. Todavia, é sedimentada nesta Corte "a presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos" (REsp n. 1.320.924/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe de 29/8/2016, grifei).

4. A questão, inclusive, já foi objeto de análise por esta Corte Superior de Justiça, que decidiu pela impossibilidade de aplicação do mencionado artigo na hipótese de estupro de vulnerável, porquanto "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" (AgRg no AREsp n. 1361865/MG, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/2/2019, DJe 1º/3/2019).

5. Ademais, também já foi assentado neste Superior Tribunal que é "[...] inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1225717/RS, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019, grifei).

6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1168566/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 3/5/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A PARA O DO ART. 215-A DO CP (INTRODUZIDO PELA LEI 13.718/2018) IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, "o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, incluindo 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" (HC 264.482/RJ Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe de 3/8/2015).

2. Desse modo, o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, consuma-se quando o agente mantém conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 (catorze) anos, sendo irrelevante, ainda, o consentimento da vítima.

3. Não obstante a inovação trazida pelo art. 215-A do Código Penal (introduzido pela Lei 13.718/2018), "a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos" (REsp n. 1.320.924/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe de 29/8/2016, grifei), de modo que é "inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14

anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1225717/RS, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019, grifei).

4. No caso, a conduta do réu, consistente em passar a mão por cima e por dentro da roupa, na vagina e nos seios, bem como esfregar o pênis no pé da vítima, menor de 14 anos de idade, ajusta-se ao tipo penal do art. 217-A do CP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1808319/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 4/6/2019).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. 1. RESP DO MP. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME CONSUMADO. EXAME QUE NÃO ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. 2. ARESP DA DEFESA. OFENSA AO ART. 384 DO CPP. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA. MUTATIO LIBELLI. NÃO OCORRÊNCIA. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONSUMADO. PERDA DO OBJETO. 3. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 1.029, § 1º, CPC e 255, § 1º, RISTJ. SITUAÇÕES FÁTICAS. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE. 4. PEDIDO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INICIATIVA DO JULGADOR. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. 5. APLICAÇÃO DA LEI N. 13.718/2018. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 6. ENTENDIMENTO QUE MERECE MELHOR REFLEXÃO. POSSIBILIDADE DE NÃO HAVER EXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. INEXISTÊNCIA, A MEU VER, DE ÓBICE À DESCLASSIFICAÇÃO. 7. ENTENDIMENTO DO STF AINDA NÃO FIRMADO. HC 134.591/SP PENDENTE DE CONCLUSÃO DE JULGAMENTO. RESSALVA DE PONTO DE VISTA. MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O TEMA. 8. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PEDIDO PARA AGUARDAR O JULGAMENTO DO HC 134.591/STF. DECISÃO QUE NÃO TERÁ EFEITO VINCULANTE. MÉRITO DO PRESENTE RECURSO JÁ ANALISADO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO. 9. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A adequada tipificação da conduta imputada não demandou revolvimento dos fatos e das provas, pois suficiente a leitura da narrativa para se aferir a existência de crime consumado. Dessa forma, o exame do recurso não encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

2. Eventual desclassificação do crime consumado para o tentado não revela igualmente vulneração do art. 384 do CPP, uma vez que a conduta consumada abrange todo os elementos da conduta tentada, não se cuidando de nova definição jurídica. Dessarte, eventual

desclassificação, com base no conjunto probatório, não atrai a disciplina da *mutatio libelli*, uma vez que o recorrente efetivamente se defendeu da prática de estupro de vulnerável. Ademais, com o provimento do recurso especial do Ministério Público, para restabelecer a condenação pelo crime consumado, referido capítulo do recurso da defesa perde seu objeto.

3. Quanto ao dissídio jurisprudencial, a divergência não ficou devidamente demonstrada. Com efeito, o recorrente não se desincumbiu de demonstrar o dissídio de forma adequada, nos termos do art. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil e do art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que não ficou demonstrada a identidade de situações fáticas.

4. "A concessão da ordem de ofício ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional, quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao direito de locomoção, não servindo para suprir eventuais falhas na interposição do recurso, ou mesmo para que sejam apreciadas alegações trazidas a destempo" (AgInt no REsp 1606199/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 01/09/2016).

5. Tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de desclassificação 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 embargante (art. 214 c/c o art. 224, alínea "a", do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos.

6. A meu ver, referido entendimento merece uma melhor reflexão. De fato, na atual redação, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Dessa forma, tenho dificuldades em identificar, de pronto, óbice à possibilidade de desclassificação, porquanto é possível que o caso concreto, pela ausência de expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, não demande a gravosa punição trazida no art. 217-A do CP. Com efeito, não é recomendável que as condutas de conjunção carnal, sexo oral e sexo anal possuam o mesmo tratamento jurídico-penal que se dá ao beijo lascivo, sob pena de verdadeira afronta à proporcionalidade.

7. O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do HC 134.591/SP, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto-vista, se manifestou no sentido da possibilidade de se desclassificar a conduta do art. 217-A para a do art. 215-A, ambos do CP. Consignou que o problema real é que na prática como o tipo do art. do 217-A não distingue condutas mais ou menos invasivas, com frequência, como aconteceu aqui, os juízes desclassificavam. Portanto, o meio caminho talvez seja uma solução melhor que um dos dois extremos. Além do que, com todo respeito, acho que um réu primário de bons antecedentes que deu um beijo lascivo numa criança,

gravíssimo, não merece oito anos de cadeia, que é uma pena superior a um homicídio. Nesse encadeamento de ideias, ressalvo meu ponto de vista quanto à possibilidade de desclassificação do tipo penal do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do CP, porém fica mantido o entendimento de ambas as Turmas do STJ, no sentido da impossibilidade de desclassificação, quando se tratar de vítima menor de 14 anos, em razão do argumento central de presunção de violência. Ressalva, no ponto, do entendimento do Relator em sentido diverso. Prevalência da interpretação colegiada do STJ.

8. Quanto ao pedido de suspensão da condenação proferida nos presentes autos, até que seja julgado o HC 134.591/STF, destaco que o presente recurso já se encontra devidamente examinado e julgado, de acordo com o entendimento predominante no STJ. Ademais, o julgamento do referido mandamus, embora possa orientar os demais órgãos do judiciário, não terá efeito vinculante. Dessarte, não há se falar em suspensão. Acaso o recorrente pretenda se beneficiar de eventual alteração jurisprudencial, na linha do julgamento que está sendo realizado no STF, deve requerer diretamente naquela Corte.

9. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg nos EDcl no REsp 1815128/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 5/8/2019).

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 1.605.222/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016)" (AgRg no REsp 1.735.061/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe de 01/06/2018.)

2. No caso, a Corte local ressaltou expressamente no acórdão a 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.º 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 1361865/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 1º/3/2019).

Nesse sentido, foi editado o enunciado de n. 593 da Súmula do STJ, segundo o qual *"O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente"*.

Por fim, quanto ao pedido de concessão de efeito suspensivo, esta Corte tem entendido que *"a superveniência do julgamento do recurso especial ao qual se buscava a concessão de efeito suspensivo, ainda que sem trânsito em julgado, prejudica o pedido de tutela provisória em razão da perda do objeto"* (AgRg no TP 1.556/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2018).

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

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0146751-6

**AgRg nos EDcl no
REsp 1.879.974 / SC
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00013410220148240075 13410220148240075 40100371420198240000
4010037142019824000050000

EM MESA

**JULGADO: 27/10/2020
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. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO : C DOS A S

ADVOGADO : DENISE SILVA DE AMORIM FARIA - SC015078

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : C DOS A S

ADVOGADO : DENISE SILVA DE AMORIM FARIA - SC015078

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.