



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2000918 - MG (2022/0133996-4)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
AGRAVANTE : J L DE O
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 217-A PARA O CRIME DO ART. 215-A, AMBOS DO CP. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07 DO STJ. INAPLICABILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTADO DE SONO. ELEMENTO ESPECIALIZANTE DO CRIME DO ART. 217-A DO CP. PRECEDENTES.

I - No caso, da leitura do trecho colacionado, resta incontroverso que o réu "*acariciou o corpo de sua filha enquanto esta dormia*" (fl. 448). Vale ressaltar que a pretensão recursal não exige o vedado reexame do material cognitivo, pois busca-se a denominada reavaliação da prova, a qual restou admitida e considerada suficiente no próprio v. acórdão increpado, estando presentes todos os requisitos de admissibilidade recursal.

II - Ao cominar a pena do delito do art. 215-A do CP o legislador deixou claro que o crime de importunação sexual se trata de delito subsidiário. Assim, ao agente só será imputado este delito "*se o ato não constitui crime mais grave*". A seu turno, o tipo legal descrito no artigo 217-A, caput e § 1º, do Código Penal é abrangente, coibindo não só a conjunção carnal, como também, outros atos libidinosos.

III -O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é de que "*o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima*" (AgRg no REsp n. 1.359.608/MG, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 16/12/2013).

IV - Em virtude da situação de vulnerabilidade da vítima, buscou o legislador punir de forma mais severa o agente que venha a praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de catorze anos, enfermo ou deficiente mental que, por sua própria condição, tenha dificuldade de discernir e, consequentemente, não possa consentir com a prática do ato sexual, ou ainda que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

V - No caso dos autos, a conduta perpetrada pelo recorrido não se revelou

como sendo um simples ato de "importunação", ao contrário disso, evidencia-se claramente no sentido de dar contorno e características de ato libidinoso diverso da conjunção carnal em face de vítima vulnerável. A minuciosa descrição dos fatos explicitada no v. acórdão da origem sinaliza para a gravidade da ação do recorrido que passou as mãos nos seios e no restante do corpo da filha enquanto ela dormia.

VI - Portanto, não há é possível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 215-A do CP, haja vista a especialidade do art. 217-A , §1º, do mesmo diploma.

Agravo regimental **desprovido**.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília, 08 de novembro de 2022.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2000918 - MG (2022/0133996-4)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
AGRAVANTE : J L DE O
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 217-A PARA O CRIME DO ART. 215-A, AMBOS DO CP. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07 DO STJ. INAPLICABILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTADO DE SONO. ELEMENTO ESPECIALIZANTE DO CRIME DO ART. 217-A DO CP. PRECEDENTES.

I - No caso, da leitura do trecho colacionado, resta incontroverso que o réu *"acariciou o corpo de sua filha enquanto esta dormia"* (fl. 448). Vale ressaltar que a pretensão recursal não exige o vedado reexame do material cognitivo, pois busca-se a denominada reavaliação da prova, a qual restou admitida e considerada suficiente no próprio v. acórdão increpado, estando presentes todos os requisitos de admissibilidade recursal.

II - Ao cominar a pena do delito do art. 215-A do CP o legislador deixou claro que o crime de importunação sexual se trata de delito subsidiário. Assim, ao agente só será imputado este delito *"se o ato não constitui crime mais grave"*. A seu turno, o tipo legal descrito no artigo 217-A, caput e § 1º, do Código Penal é abrangente, coibindo não só a conjunção carnal, como também, outros atos libidinosos.

III -O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é de que *"o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima"* (AgRg no REsp n. 1.359.608/MG, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Assusete

Magalhães, DJe de 16/12/2013).

IV - Em virtude da situação de vulnerabilidade da vítima, buscou o legislador punir de forma mais severa o agente que venha a praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de catorze anos, enfermo ou deficiente mental que, por sua própria condição, tenha dificuldade de discernir e, conseqüentemente, não possa consentir com a prática do ato sexual, ou ainda que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

V - No caso dos autos, a conduta perpetrada pelo recorrido não se revelou como sendo um simples ato de "importunação", ao contrário disso, evidencia-se claramente no sentido de dar contorno e características de ato libidinoso diverso da conjunção carnal em face de vítima vulnerável. A minuciosa descrição dos fatos explicitada no v. acórdão da origem sinaliza para a gravidade da ação do recorrido que passou as mãos nos seios e no restante do corpo da filha enquanto ela dormia.

VI - Portanto, não há é possível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 215-A do CP, haja vista a especialidade do art. 217-A , §1º, do mesmo diploma.

Agravo regimental **desprovido**.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **J L DE O**, contra decisão de fls. 338-347, pela qual o recurso do **Parquet** foi **provido**.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime hediondo previsto no art. 217-A, §1º, c/c art. 226, inciso II, ambos do CP, por duas vezes, na forma do art. 71 do CP (fls. 161-169).

A defesa interpôs apelação. O eg. Tribunal de Justiça de origem, por maioria, negou provimento ao recurso. O v. acórdão recorrido restou assim ementado (fl. 216):

*"APELAÇÃO CRIMINAL ESTUPRO DE VULNERÁVEL
DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO
SEXUAL LEI NOVA MAIS BENÉFICA NECESSIDADE 1 É DE SE
APLICAR E ENQUADRAR AO CASO ESPECÍFICO A LEI EM VIGOR
N 1371818 ART 215A DO CÓDIGO PENAL PELO PRINCIPIO DA
RETROATIVIDADE DA LEI CRIMINAL MAIS BENÉFICA AO
REQUERENTE PORQUE MAIS ADEQUADA E SUFICIENTE À
REPROVAÇÃO E À PREVENÇÃO DA AÇÃO CRIMINOSA EM
EXAME 2 NEGAR PROVIMENTO AO APELO MAS EM HABEAS*

CORPUS DE OFÍCIO DESCLASSIFICARSE A CONDUTA DO APELANTE PARA AQUELA PREVISTA NO ARTIGO 215A DO CÓDIGO PENAL VVP APELAÇÃO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA FORMA TENTADA E CONSUMADA PRELIMINAR INÉPCIA DA DENÚNCIA INOCORRÊNCIA MÉRITO MATERIALIDADE E AUTORIA ABSOLVIÇÃO IMPOSSIBILIDADE PENABASE REDUÇÃO 1 SE A DENÚNCIA CONTIVER A EXPOSIÇÃO DOS SUPOSTOS FATOS CRIMINOSOS A CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS E A QUALIFICAÇÃO DAS PARTES NÃO HÁ QUE SE CONSIDERÁLA INEPTA PORQUANTO PREENCHIDOS OS REQUISITOS ESTATUÍDOS NO ART 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 2 A MATERIALIDADE E A AUTORIA REFERENTE AOS DELITOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NAS MODALIDADES TENTADA E CONSUMADA SE COMPROVADAS CONDUZEM À MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO NAS SANÇÕES DO ART 217A CC ART 14 II E ART 217A TODOS DO CÓDIGO PENAL 3 AS PENASBASE QUANDO EXACERBADAS DEVEM SER REDUZIDAS PARA QUE ALCANCEM AS FINALIDADES INSCULPIDAS NO ART 59 DO CÓDIGO PENAL."

Opostos embargos infringentes, estes foram acolhidos para desclassificar a conduta de estupro de vulnerável para o tipo de importunação sexual, em acórdão assim ementado (fls. 256):

"EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE SE DERAM O CRIME. CARÍCIAS NO CORPO DA VÍTIMA POR CIMA DA ROUPA. NOVATIO LEGIS IN MEL UIS. RECURSO PROVIDO. Cabível a desclassificação pleiteada tendo em vista que a conduta do acusado melhor se adequa ao tipo penal de importunação sexual, descrito no artigo 215-A do CP. Recurso provido."

Opostos embargos de declaração *Parquet*, estes foram rejeitados (fls. 278-284).

Interposto recurso especial pelo Ministério Público, com fulcro no art. 105, inc. III, alíneas a e c, da Constituição da República, no qual alegou contrariedade, além de divergência jurisprudencial, aos arts. 215-A e 217-A, ambos do CP, arts. 1.022, e 1.025, ambos do CPC e art. 3º do CPP, ao fundamento de que não é devida a desclassificação do delito de estupro para a conduta prevista no artigo 215-A do CP, em razão da incapacidade de resistência da vítima, que dormia profundamente quando foi abusada.

Apontou que *"Ao praticar o ato de passar as mãos nos seios e no restante do corpo da filha enquanto ela dormia, no intuito de satisfação de sua lascívia, o recorrido praticou o crime de estupro de vulnerável, havendo razoabilidade e proporcionalidade*

em ser condenado pelo delito por ele praticado" (fl. 295).

Afirmou que *"malgrado o ato de passar as mãos nos seios da vítima ter sido por sobre as vestes, não descaracteriza o delito de estupro de vulnerável na modalidade de atos libidinosos diversos da conjunção carnal" (fl. 299).*

Requerwu, ao final, o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja o réu condenado nas sanções do artigo 217-A, §1º, do Código Penal.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 304-307), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (fls. 323-334), em parecer cuja ementa registra:

"RECURSO ESPECIAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDUTA PRATICADA CONSISTENTE EM ATO LIBIDINOSO DIVERSO DE CONJUNÇÃO CARNAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAR PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. PRECEDENTES. PROVIMENTO."

Nesta Corte Superior, o recurso do **Parquet** foi **provido**, para restabelecer a condenação do recorrido pelo delito previsto no artigo 217-A do Código Penal (fls 338-347).

Neste regimental (fls. 354-365), o agravante afirma que a análise do recurso especial ministerial exige revolvimento fático-probatório, atraindo, portanto, o óbice no enunciado 7 da Súmula do STJ.

Alega que *"diferentemente do que busca o parquet em seu recurso especial, não se está aqui a discutir meramente a classificação jurídica da conduta imputada ao agravante, mas a rediscussão sobre a ocorrência ou não de elementares do próprio delito de estupro de vulnerável, como por exemplo, a satisfação da libido do agente" (fl. 360)*

Afirma, ainda, que *"o voto vencedor bem exalta a dúvida sobre o agente visar satisfazer a própria libido" (fl. 361).*

Requer, portanto, o recebimento do agravo e a reconsideração da decisão agravada para que seja desprovido o recurso da acusação, mantendo-se, consequentemente, a decisão proferida em segunda instância.

Por manter o **decisum**, trago o feito à Turma para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Em que pesem os argumentos do agravante, a decisão impugnada deve ser mantidas.

Com relação ao recurso especial do Ministério Público aponta a incidência da Súmula 7 do STJ e, ainda, sustenta que *"o voto vencedor bem exalta a dúvida sobre o agente visar satisfazer a própria libido"* (fl. 361), contudo, sem razão.

Conforme relatado, o **Parquet** apontou contrariedade do acórdão recorrido com os artigos 215-A e 217-A, ambos do Código Penal.

Sobre a quaestio, no que importa ao caso, assim fundamentou o eg. Tribunal de origem no julgamento dos embargos infringentes, in verbis (fls. 448-449, grifei):

"Não obstante, tenho que a conduta delitiva praticada melhor se adequa ao tipo penal da importunação sexual, previsto no artigo 215-A do CP.

A condenação pelo crime de estupro de vulnerável no o caso em apreço seria excessiva, apesar dos atos praticados pelo réu serem abomináveis e traumatizantes.

O acervo probatório indica que José Lúcio, entre setembro de 2015 e maio de 2016, por mais de uma vez, acariciou o corpo de sua filha enquanto esta dormia.

A ofendida, ouvida na DEPOL, dentre outras coisas, relatou que "o autor dos abusos é seu pai José Lúcio (..) que foi logo após o completar quatorze anos, que anteriormente, o autor nunca tinha cometido nenhum abuso; que a informante afirma que os abusos consistiam basicamente em carícias que o autor fazia no corpo da informante (..) que a informante não se recorda claramente das ações do autor, pois afirma que sempre estava dormindo (..) "dentro da minha roupa, no meio das pernas não, nunca" (..)" (fls. 08/09).

[...]

Da análise das provas juntadas ao feito, tenho que os atos efetivamente praticados pelo acusado, ainda que extremamente grotescos e reprováveis, de fato não seriam suficientes para a configuração do delito de estupro de vulnerável, ainda que constituam outro crime.

A ofendida, ao tempo dos fatos, já possuía idade superior a 14 (quatorze) anos, de modo que a violência presumida não se aplica ao caso em tela. Ademais, a conduta do agente não aponta para o uso de violência ou grave ameaça.

Conforme salientado pelo ilustre Des. Revisor (fl. 157): "(...) Malgrado vislumbrada a incidência, a priori, da incapacidade de oferecer resistência, é certo que o réu não praticou os atos libidinosos "com" a ofendida (ou seja, com a participação dela, ainda que de forma não consentida ou com consentimento inválido), mas, sim, "contra" ela (sem qualquer ação por parte dela, que estava dormindo), o que, somado à superficialidade e fugacidade dos repugnantes molestamentos, faz com que as condutas

se subsumam à descrita na novel legislação, mais branda e, portanto, de aplicabilidade retroativa (...).

Enfatizo que o réu deve ser condenado e que os atos praticados - são profundamente repulsivos. Todavia, a confirmação da ofendida de que o acusado encostou exclusivamente em seus seios nos encaminha para aplicação de lei penal mais branda ao estupro de vulnerável, em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade."

Oportuno, ainda, transcrever os fundamentos da decisão que rejeitou os embargos de declaração (fls. 280-282):

"Isso porque o referido acórdão foi claro ao consignar que, analisando especificamente o caso concreto, a conduta delitiva praticada pelo réu melhor se adequa ao tipo penal da importunação sexual, previsto no artigo 215-A do CP.

A Turma Julgadora entendeu que a condenação pelo crime de estupro de vulnerável no o caso em apreço seria excessiva, apesar dos atos praticados pelo réu serem, além de obviamente criminosos, absolutamente reprováveis.

O acervo probatório indica que José Lúcio, entre setembro de 2015 e maio de 2016, por mais de uma vez, acariciou o corpo de sua filha enquanto esta dormia.

Foi destacado o depoimento da ofendida prestado perante a autoridade policial, que, dentre outras coisas, relatou que "o autor dos abusos é seu pai José Lúcio (..) que foi logo após completar quatorze -anos, que anteriormente, o autor nunca tinha cometido nenhum abuso; que a informante afirma que os abusos consistiam basicamente em carícias que o autor fazia no corpo da informante (..) que a informante não se recorda claramente das ações do autor, pois afirma que sempre estava dormindo (..) "dentro da minha roupa, no meio das pernas não, nunca" (4" (fis. 08109).

[...]

Assim, da análise das provas juntadas ao feito, concluiu-se que os atos efetivamente praticados pelo acusado, ainda que extremamente grotescos e reprováveis, de fato não seriam suficientes para a configuração do delito de estupro de vulnerável, ainda que constituam outro crime.

A ofendida, ao tempo dos fatos, já possuía idade superior a 14 (quatorze) anos, de modo que a violência presumida não se aplica ao caso em tela. Ademais, a conduta do agente não aponta para o uso de violência ou grave ameaça."

Anoto, diferente do que defende a Defesa, que a pretensão recursal não exige o vedado reexame do material cognitivo, pois busca-se a denominada reavaliação da prova, a qual restou admitida e considerada suficiente no próprio v. acórdão increpado.

Nesta linha, Ulderico Pires dos Santos, analisando o tema (Recurso Especial e Recurso Extraordinário, UPS Editorial, p. 34), diz: *"Mas examinar se os seus juízes malferiram o direito à prova, se negaram o direito que as partes têm de produzi-la, isto é, se a sua produção foi requerida ex vi legis, essa é uma faculdade que não pode ser negada aos juízes dos apelos maiores".* Isto, após alertar que: *"Acrescentamos que não é*

só em consequência do erro de direito que pode haver má valoração da prova. Ela pode decorrer também do arbítrio do magistrado ao negar-se a admiti-la".

Na doutrina alienígena, alertando para a evolução do tema, Castanheira Neves assevera: *"Por outro lado, as questões de controle sobre pontos tradicionalmente incluídos na "questão-de facto", ou cujo controle autônomo, já hoje amplamente admitido tanto pela jurisprudência dos Ss. Ts. como pela doutrina, não exclui a intervenção em domínios que pertenceriam à questão de facto. Pensemos no controle da "defaut de base légale"; no controle do "dever da averiguação da verdade com o respeito pelos "factos notórios" e a exigência de concludente motivação na censura dos desvios de poder relativos ao cumprimento da objectividade probatória, etc; ponto este que se encontra, em momentos decisivos, directamente relacionado com as questões de controle em geral das violações das "regras da experiência", e das violações das "leis do pensamento". Consideraremos ainda as questões muito discutidas relativas à admissibilidade de uma censura em "revista" quer da "manifesta contradição com os autos", vício que a doutrina alemã designa por Aktenwidrigkeit."* (DI GESTA, vol. I, Coimbra Editora, p. 529).

Este Superior Tribunal, em casos de similares crimes contra a dignidade sexual, afastou a Súmula n. 7 desta Corte. Confirmam-se: REsp n. 736.346/MG, Rel. Min^a. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 20/3/2006; REsp n. 1.580.298/GO, Rel. Min. Rogerio Schietti, Sexta Turma, DJe 24/5/2016 e REsp n. 1.561.653/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti, Sexta Turma, DJe 24/5/2016 e AgRg no REsp n. 2.001.957/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/6/2022.

No caso, da leitura do trecho colacionado, resta incontroverso que o réu *"acariciou o corpo de sua filha enquanto esta dormia"* (fl. 448). Vale ressaltar que a pretensão recursal não exige o vedado reexame do material cognitivo, pois busca-se a denominada reavaliação da prova, a qual restou admitida e considerada suficiente no próprio v. acórdão increpado, estando presentes todos os requisitos de admissibilidade recursal.

Pois bem. Ao cominar a pena do delito do art. 215-A do CP o legislador deixou claro que o crime de importunação sexual se trata de delito subsidiário. Assim, ao agente só será imputado este delito *"se o ato não constitui crime mais grave"*.

A seu turno, o tipo legal descrito no artigo 217-A, caput e § 1º, do Código Penal é abrangente, coibindo não só a conjunção carnal, como também, outros atos libidinosos.

De acordo com as lições de Nelson Hungria, *"O ato libidinoso, a que se refere o texto legal, além de gravitar na função sexual, deve ser manifestamente obsceno e*

lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência." (Comentários ao Código Penal, Parte Especial, Volume VIII, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 123, grifei).

Ainda, sobre o delito em comento, na lição de André Estefam: *"Cuida-se de crime de forma livre, que admite, portanto, qualquer meio executório (inclusive a fraude). Não importa, ademais, se houve ou não consentimento para a prática do ato sexual. Se o agente se utilizar de violência ou grave ameaça contra a vítima, deverá tal circunstância ser considerada na dosagem da pena. [...] Atos libidinosos (diversos da conjunção carnal) são aqueles que tenham natureza sexual, como a felação, o coito anal, o beijo em partes pudendas, as carícias íntimas etc. Em nosso sentir, basta a natureza objetiva do ato; alei não exige que o autor do fato busque satisfazer sua lascívia"* (Crimes Sexuais, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 64-65, grifei).

Importa ressaltar que ato libidinoso, atualmente descrito nos artigos 213 e 217-A do Código Penal, não é só o coito anal ou o sexo oral, mas podem ser caracterizados mediante toques, beijo lascivo, contatos voluptuosos, contemplação lasciva, dentre outros. Isto porque, o legislador, com a alteração trazida pela Lei n. 12.015/2009, optou por consagrar que no delito de estupro a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, não havendo rol taxativo ou exemplificativo acerca de quais atos seria considerados libidinosos.

Desta maneira, não distingue a norma penal a natureza ou a forma do ato libidinoso, sendo essencial, entretanto, que o agente se utilize da vulnerabilidade da vítima para satisfazer sua lascívia.

O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é de que *"o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima"* (AgRg no REsp n. 1.359.608/MG, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 16/12/2013).

Ademais, em virtude da situação de vulnerabilidade da vítima, buscou o legislador punir de forma mais severa o agente que venha a praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de catorze anos, enfermo ou deficiente mental que, por sua própria condição, tenha dificuldade de discernir e, conseqüentemente, não possa consentir com a prática do ato sexual, ou ainda que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

No caso dos autos, a conduta perpetrada pelo recorrido não se revelou como sendo um simples ato de "importunação", ao contrário disso, evidencia-se claramente no sentido de dar contorno e características de ato libidinoso diverso da conjunção carnal em

face de vítima vulnerável.

A minuciosa descrição dos fatos explicitada no v. acórdão da origem sinaliza para a gravidade da ação do recorrido que passou as mãos nos seios e no restante do corpo da filha enquanto ela dormia.

Assim, o v. acórdão recorrido divergiu da orientação jurisprudencial desta Corte no sentido da impossibilidade de reconhecimento do crime de importunação sexual, incluído no art. 215-A do CP pela Lei 13.718/2018, quando a vítima se enquadra no conceito jurídico de pessoa vulnerável.

Portanto, não há é possível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 215-A do CP, haja vista a especialidade do art. 217-A , §1º, do mesmo diploma.

A propósito, colaciono precedente da Terceira Seção desta Corte Superior:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA EM ESTADO DE SONO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAR A PREMISSA FÁTICA FIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Dispõe o art. 217-A, §1º, do Código Penal, que também se configura o delito de estupro de vulnerável quando é praticado contra pessoa que, "por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência."

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o estado de sono pode significar circunstância que retira da vítima a capacidade de oferecer resistência.

3. Considerando que o Tribunal a quo destacou que o paciente iniciou os atos enquanto a vítima estava dormindo, sem poder oferecer naquele momento qualquer resistência, não há ilegalidade a ser reconhecida nessa instância, em especial porque a via do habeas corpus não comporta análise de provas com o fim de alterar o entendimento da Corte de origem e do Juízo de primeiro grau, que têm maior proximidade com os dados fático-probatórios.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 489.684/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 26/11/2019, grifei).

No mesmo sentido:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA EM ESTADO DE SONO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAR A PREMISSA FÁTICA FIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO

REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Dispõe o art. 217-A, §1º, do Código Penal, que também se configura o delito de estupro de vulnerável quando é praticado contra pessoa que, "por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência."

2. **Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o estado de sono pode significar circunstância que retira da vítima a capacidade de oferecer resistência.**

3. Considerando que o Tribunal a quo destacou que o paciente iniciou os atos enquanto a vítima estava dormindo, sem poder oferecer naquele momento qualquer resistência, não há ilegalidade a ser reconhecida nessa instância, em especial porque a via do habeas corpus não comporta análise de provas com o fim de alterar o entendimento da Corte de origem e do Juízo de primeiro grau, que têm maior proximidade com os dados fático-probatórios.

4. **Agravo regimental não provido** (AgRg no HC n. 489.684/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 26/11/2019).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No caso concreto, o Tribunal a quo desclassificou a conduta do acusado, tio das vítimas, do crime do art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41 para o do art. 217-A do CP, por ter ele realizado carícias nos seios e órgão genital de uma das vítimas e nas nádegas da outra, ainda que por cima da roupa.

2. A conduta imputada ao recorrente se coaduna com a figura típica descrita no art. 217-A do Código Penal, estando a autoria e a materialidade delitiva evidenciadas nos autos. Na expressão "ato libidinoso" estão contidos todos os atos de natureza sexual, diversos da conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente.

3. Ressalvado meu ponto de vista quanto à possibilidade de desclassificação do tipo penal do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código Penal, acompanho o entendimento de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de desclassificação, quando se tratar de vítima menor de 14 anos, concluindo-se ser 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. 1.225.717/RS, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019).

4. *Agravo regimental não provido*" (AgRg no AREsp n. 1.787.444/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/06/2021, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL (IMPORTUNAÇÃO SEXUAL). IMPOSSIBILIDADE.

1. *"De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra vítima menor de 14 (quatorze) anos de idade, tal como ocorreu na hipótese dos autos, configura o tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, não sendo possível desclassificar a conduta para as preconizadas no art. 215-A do mesmo Códex ou nos arts. 61 e 65 da Lei de Contravenção Penal"* (AgRg no REsp n.1.901.780/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

2. *Agravo regimental desprovido*" (AgRg no AREsp n. 1.819.802/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 28/04/2021).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. VÍTIMA INCAPAZ. ELEMENTO ESPECIALIZANTE. CONDUTA TÍPICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Esta Corte Superior já firmou orientação no sentido de que "[...] não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência aos arts. 557, caput, e § 1º-A, do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal, que permitem ao relator dar provimento, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior."* (AgRg no AREsp 753.044/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Desembargador convocado do TJSP, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015).

2. *Evidenciado que a Corte Estadual, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entendeu, de forma fundamentada, haver prova da materialidade e da autoria do crime de estupro de vulnerável, é inviável alterar este enquadramento fático*

nesta célere via do habeas corpus, por exigir prova pré-constituída.

3. Não é plausível 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 despendido o consentimento da vítima e presumida a violência.

4. O crime de estupro de incapaz 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 desclassificação da conduta. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 689.257/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 04/11/2021).

Assim, verifica-se que a acusação não logrou êxito em infirmar os fundamentos da decisão agravada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0133996-4

**AgRg no
REsp 2.000.918 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0231160329497 03294977620168130231 10231160329497005
2016011706324001 231160329497 3294977620168130231

EM MESA

JULGADO: 08/11/2022
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : J L DE O
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : J L DE O
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.