



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2052675 - SC (2023/0043209-9)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : R K G M
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 217-A DO CP PARA O CRIME DO ART. 215-A DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL COM PESSOA VULNERÁVEL. VÍTIMA EM ESTADO DE SONO. CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA PREJUDICADA. ELEMENTO ESPECIALIZANTE DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I - A reavaliação da prova é admitida em sede de recurso especial, nas hipóteses em que a pretensão recursal não demanda reexame do material cognitivo, como no caso em exame, restando afastado o óbice sumular 7/STJ.

II - O 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, no delito de estupro, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, não havendo rol taxativo ou exemplificativo acerca de quais atos seriam considerados libidinosos.

III - 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.**

IV - No caso dos autos, a conduta perpetrada pelo recorrido não se revelou como sendo um simples ato de "importunação", mas, ao contrário disso, evidenciam-se claramente as características da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal em face de vítima vulnerável, porquanto em estado de sono, restou prejudicada sua capacidade de resistir, condição que favoreceu ao agente abaixar suas calças, levantar as saias da vítima e tentar penetração ao afastar suas roupas íntimas, ocasião em que a vítima despertou e pôde, enfim, manifestar resistência.

V - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema repetitivo 1121, fixou tese no sentido de que: *"presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)"* (REsp n. 1.959.697/SC, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 1/7/2022).

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 João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 13 de junho de 2023.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2052675 - SC (2023/0043209-9)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : R K G M
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 217-A DO CP PARA O CRIME DO ART. 215-A DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL COM PESSOA VULNERÁVEL. VÍTIMA EM ESTADO DE SONO. CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA PREJUDICADA. ELEMENTO ESPECIALIZANTE DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I - A reavaliação da prova é admitida em sede de recurso especial, nas hipóteses em que a pretensão recursal não demanda reexame do material cognitivo, como no caso em exame, restando afastado o óbice sumular 7/STJ.

II - O 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, no delito de estupro, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, não havendo rol taxativo ou exemplificativo acerca de quais atos seriam considerados libidinosos.

III - 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.**

IV - No caso dos autos, a conduta perpetrada pelo

recorrido não se revelou como sendo um simples ato de "importunação", mas, ao contrário disso, evidenciam-se claramente as características da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal em face de vítima vulnerável, porquanto em estado de sono, restou prejudicada sua capacidade de resistir, condição que favoreceu ao agente abaixar suas calças, levantar as saias da vítima e tentar penetração ao afastar suas roupas íntimas, ocasião em que a vítima despertou e pôde, enfim, manifestar resistência.

V - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema repetitivo 1121, fixou tese no sentido de que: "*presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)*" (REsp n. 1.959.697/SC, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 1/7/2022).

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **R K G M** contra a decisão que deu provimento ao recurso especial ministerial para restaurar a sentença condenatória (fls. 930-936).

Depreende-se dos autos condenação do recorrido à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime do artigo 217-A, §1º, do Código Penal.

Em segunda instância, o eg. Tribunal de origem rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação interposta pela Defesa para desclassificar a conduta para o delito de importunação sexual, condenando o recorrido à pena de 1 (um) ano de reclusão, no regime inicial aberto, a qual foi substituída por pena restritiva de direito (fls. 789-795) e, posteriormente, rejeitou os embargos declaratórios ministeriais (fls. 825-826).

Nas razões do presente recurso especial (fls. 836-850), o Parquet sustentou ofensa ao artigo 215-A e negativa de vigência ao artigo 217-A, §1º, ambos do Código Penal, sob argumento de que, ao contrário do que restou consignado no v. acórdão recorrido, a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra pessoa vulnerável configura o delito de estupro de vulnerável, em face do enquadramento da v

ítima no conceito jurídico de pessoa vulnerável, que não pode exprimir validamente sua resistência.

O recurso foi provido para restabelecer a sentença condenatória (fls. 930-936).

Neste regimental, a Defesa entende pela incidência da Súmula 7/STJ, pois necessário o reexame factual para se restaurar a sentença condenatória e a inexistência de entendimento pacificado sobre o estado de sono se caracterizar como vulnerabilidade.

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão impugnada ou, subsidiariamente, pela apresentação do recurso ao Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O presente agravo regimental não merece provimento.

Neste agravo regimental, consigno que a Defesa pretende a incidência da Súmula 7/STJ para que seja reformada a decisão e seja restaurado o v. acórdão objurgado.

Consoante outrora destacado, 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 v. acórdão recorrido, que consigna expressamente tratar-se de crime de estupro de vulnerável, conforme acima destacado.

Nesta linha, Ulderico Pires dos Santos, analisando o tema (Recurso Especial e Recurso Extraordinário, UPS Editorial, p. 34, grifei), 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"*.

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. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 20/3/2006; REsp n. 1.580.298/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti, Sexta Turma, DJe 24/5/2016 e REsp n. 1.561.653/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, Sexta Turma, DJe 24/5/2016 e AgRg no REsp n. 2.001.957/PR, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/6/2022.

Acerca da temática recursal, o eg. Tribunal de origem assim dispôs:

"Em razão disso, vislumbra-se que, conforme requerido pela defesa de forma subsidiária, o modus operandi mais se adequa à prática de importunação sexual, em razão do cometimento de atos libidinosos contra a vontade da vítima, nos termos do art. 215-A, caput, do Código Penal, razão pela qual a adequação da capitulação jurídica, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, é de rigor.

Não há dúvidas de que o crime fora praticado contra vítima maior de 14 (quatorze) anos, cuja intenção de satisfazer a lascívia restou demonstrada do próprio ato libidinoso praticado, o que afasta, por si só, eventual adequação para o disposto no art. 65 da Lei de Contravenções Penais.

Ainda, o estado de sono da vítima não constituiu emprego de meio fraudulento para fins de subsunção dos fatos ao que dispõe o art. 215, caput, do Código Penal, já que não decorreu de ato praticado pelo apelante.

Por outro lado, também não se afasta a possibilidade do sono ensejar a caracterização do que dispõe o art. 217, § 1º, do Código Penal, "contra alguém que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência". O tipo em questão não presume e tampouco diferencia os graus de contribuição, diminuição ou até mesmo impossibilidade de resistência da vítima.

No caso, portanto, a classificação jurídica, vigente à época, mais adequada era a disposta no art. 217, § 1º, do Código Penal. No entanto, considerando que o estado de sono não afastou de forma considerável a capacidade de manifestar resistência e tampouco impediu de forma relevante para que manifestasse seu dissenso, tendo apenas contribuído para tanto, viável a desclassificação para o disposto no art. 215-A, do mesmo diploma legal, mais benéfico." (fls. 793).

Denota-se que o eg. Tribunal de origem entendeu pela desclassificação da conduta, uma vez que o estado de sono da vítima não teria prejudicado a sua livre manifestação de resistência, conclusão esta dissonante com o entendimento desta Corte Superior, senão vejamos.

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, mas 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; a lei não exige que o autor do fato busque satisfazer sua lascívia*" (Crimes Sexuais, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 64-65, grifei).

Importa ressaltar, ademais, 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, no delito de estupro, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, não havendo rol taxativo ou exemplificativo acerca de quais atos seriam considerados libidinosos.

Nesta esteira, 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).

Assim, 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.

Na presente hipótese, a minuciosa descrição dos fatos explicitada no v. acórdão da origem sinaliza para a gravidade da ação do recorrido, pois restou consignado que:

"No local, o apelante, na companhia da vítima, dirigiu-se para o seu quarto, colocou um colchão no chão para que ela dormisse e foi em direção da sua cama. Após pegar no sono, foi surpreendida pelo apelante, já sem calças, com o pênis ereto, sobre si, tentando retirar suas roupas íntimas, a fim de praticar consigo a conjunção carnal contra sua vontade e prevalecendo-se da especial condição de vulnerabilidade pelo estado de sono. Vestia uma saia comprida e,

quando acordou, a saia estava na sua cintura e o apelante tentava afastar a sua calcinha" (fls. 792-793).

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 tal qual no caso dos autos, em que a vítima, por estar dormindo, teve a sua capacidade de resistir prejudicada, tanto que, ainda em estado de sono, teve a sua saia levantada pelo recorrente que, com a calça abaixada, deitou-se sobre ela e tentou afastar sua roupa íntima (fl. 792).

Nesse diapasão, esta Corte Superior, em mais de uma ocasião, já manifestou entendimento no sentido de que o estado de sono caracteriza vulnerabilidade: "*Devidamente caracterizada a conduta descrita no art. 217-A do Código Penal, pelo fato do agravante ter passado a mão na vagina e nas nádegas da menor por debaixo de suas vestes enquanto dormia, impõe-se a condenação pela prática do delito na modalidade consumada, entendimento que guarda harmonia com a jurisprudência deste Sodalício, incidindo, portanto, a Súmula n. 83/STJ" (AgRg no AREsp 1.245.796/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 17/08/2018).*

E mais:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA FORMA TENTADA. QUANTUM DA REDUÇÃO. PERCENTUAL DE 1/3 (UM TERÇO) DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. ITER CRIMINIS. EXAME APROFUNDADO DE PROVA. SÚM. 7/STJ.

1. A redução da pena pela tentativa deve observar o estágio do iter criminis já percorrido pelo agente. Quanto mais perto da consumação, menor vai ser a fração redutora, pois maior reprovabilidade merece sua conduta.

2. No caso, o réu entrou no quarto de sua sobrinha, deitou na cama onde a menor estava dormindo, e então passou a mão em suas nádegas, após isso, a vítima mudou de posição, e o embargante insistiu na prática delitativa ao passar a mão na "parte íntima" dela.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 1.265.103/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1/8/2018.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA EM ESTADO DE SONO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAR A PREMISA 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.)

No caso dos autos, a conduta perpetrada pelo recorrido não se revelou como sendo um simples ato de "importunação", mas, ao contrário disso, evidenciam-se claramente as características da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal em face de vítima vulnerável, porquanto em estado de sono, restou prejudicada sua capacidade de resistir, condição que favoreceu ao agente abaixar suas calças, levantar as saias da vítima e tentar penetração ao afastar suas roupas íntimas, ocasião em que a vítima despertou e pôde, enfim, manifestar resistência.

De mais a mais, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema repetitivo 1121, fixou tese no sentido de que: "*presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)*" (REsp n. 1.959.697/SC, Terceira Seção, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 1/7/2022, grifei).

Assim, o v. acórdão recorrido diverge 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, haja vista a especialidade do art. 217-A do mesmo diploma.

Ante o exposto, tendo em vista que a parte agravante não conseguiu demonstrar o equívoco da decisão impugnada, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0043209-9

**AgRg no
REsp 2.052.675 / SC
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00061237720158240023 31500175 61237720158240023

EM MESA

**JULGADO: 13/06/2023
SEGREDO DE JUSTIÇA**

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO : R K G M
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : R K G M
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
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 João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.