

**EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.815.128 - RS (2016/0288040-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**EMBARGANTE** : V A DA S  
**ADVOGADOS** : JEFFERSON BILLO DA SILVA E OUTRO(S) - RS043748  
PEDRO NICOLAIEWSKY THADEU E OUTRO(S) - RS100227  
**EMBARGADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO  
SUL

**DECISÃO**

Trata-se de embargos de declaração opostos por V. A. DA S. contra a decisão que conheceu do agravo para conhecer em parte do recurso especial da defesa e, nessa parte, negar-lhe provimento; e contra decisão que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público, para restabelecer a condenação do agravante, por crime consumado, à pena de 12 anos e 6 meses de reclusão.

Preliminarmente, o embargante pugna pela concessão de *habeas corpus* de ofício, para que seja aplicada a alteração legislativa trazida pela Lei n. 13.718/2018. Afirma que sua conduta melhor se subsume ao tipo penal do art. 215-A do Código Penal, qual seja, importunação sexual, uma vez que tocou a vítima por cima das suas roupas e pediu que esta o tocasse por cima de suas roupas.

No mais, aduz que a decisão que deu provimento ao recurso do Ministério Público é omissa, uma vez que não mencionou se o exame da questão demandaria ou não o reexame de matéria fático-probatória. Aponta também omissão na decisão que julgou o recurso da defesa, porquanto não se apreciou a alteração da descrição fática pelo Tribunal de origem, atribuindo-se ao embargante "uma conduta que não foi descrita na denúncia". Por fim, alega que o exame do dissídio jurisprudencial foi omissos e obscuro quanto a relevante passagem que transcreve.

Pugna, assim, pelo acolhimento dos embargos, com efeitos infringentes. Requer, por fim, a intimação da data da sessão de julgamento.

É o relatório. **Decido.**

De pronto, destaco que não há se falar em sessão de julgamento para apreciar embargos de declaração opostos contra decisão monocrática, motivo pelo qual fica sem objeto o pedido de intimação.

No mérito, verifico que os aclaratórios não merecem acolhimento.

Como é cediço, os embargos de declaração possuem fundamentação vinculada. Dessa forma, para seu cabimento, é necessária a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal. A mera irresignação com o entendimento apresentado nas decisões monocráticas, não viabiliza a oposição dos aclaratórios.

O embargante afirma, em um primeiro momento, que há omissão na decisão que julgou o recurso especial interposto pelo Ministério Público, em virtude de não se ter analisado se o exame da questão demandaria ou não o reexame de matéria fático-probatória. Da leitura da decisão embargada, constata-se que 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. Assim, não se verifica o vício apontado.

Quanto à suposta omissão, em virtude de não se ter apreciado a alteração da descrição fática realizada pelo Tribunal de origem, atribuindo-se ao embargante "uma conduta que não foi descrita na denúncia", esclareço que referida alegação se referia à desclassificação do crime de consumado para tentado. Considerava a defesa que, por estar narrado fato consumado e não tentado, não seria possível a desclassificação, mas apenas a absolvição.

No ponto, registrou-se que "eventual desclassificação do crime consumado para o tentado não revela igualmente vulneração do art. 384 do

Código de Processo Penal, 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, haja vista a alteração do acórdão recorrido, no que concerne ao reconhecimento do crime tentado.

Quanto à alegada omissão e obscuridade referente ao dissídio jurisprudencial, destaco que a matéria foi devidamente examinada, consignando-se que "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".

Nesse contexto, constata-se, de forma manifesta, que todos os temas submetidos ao crivo do Superior Tribunal de Justiça foram analisados à exaustão, embora tenha se firmado entendimento em sentido contrário ao da defesa, situação que, entretanto, não autoriza a oposição de embargos de declaração.

Assim, resolvidas as questões com fundamentação satisfatória, acaso a parte não se conforme com as razões declinadas ou considere a existência de algum equívoco ou erro de julgamento, não são os embargos, que possuem função processual limitada, a via própria para impugnar o julgado ou rediscutir a causa.

De fato, "os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, art. 1.022), de modo que é inadmissível a sua oposição para

rediscutir questões tratadas e devidamente fundamentadas no acórdão embargado, já que não são cabíveis para provocar novo julgamento da lide". (EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1076319/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, DJe 22/08/2018).

Além disso, mesmo após o advento no novo Código de Processo Civil, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que "o julgador não é obrigado a rebater cada um dos argumentos aventados pela defesa ao proferir decisão no processo, bastando que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte"(AgRg no AREsp 1009720/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017).

Nesse sentido, ainda, o seguinte precedente desta Corte:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 40 DA LEI N. 9.605/1998. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. MERO INCONFORMISMO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO INDIVIDUALIZADA DE CADA UMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP, QUE NÃO SE CONFUNDE COM A OBRIGAÇÃO DE O MAGISTRADO SE MANIFESTAR EXPLICITAMENTE SOBRE AS QUE NÃO HOVER DESFAVORECIDO. DESNECESSIDADE DE FORNECER RAZÃO PARTICULAR PARA IMPOR A PENA NO MÍNIMO LEGAL ANTE A AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. I - Demonstrado, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, de forma satisfatória e suficiente, que o acórdão embargado não padecia de qualquer vício e que o embargante em verdade pretendia, com o recurso, obter a reforma do julgamento, desnecessária e prolixa seria qualquer manifestação adicional a respeito do tema, visto que esgotada a matéria debatida. II - (...). (AgRg no REsp 1695267/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)*

*PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU*

**OBSCURIDADE. EMBARGOS INFRINGENTE DE AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. FINS DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte. 2. O argumento de que o enunciado da Súmula 83 do STJ aplica-se somente aos recursos especiais interpostos com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional não merece subsistir, uma vez que o entendimento adotado por esta Corte Superior é o de que "esse óbice também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea a do permissivo constitucional" (AgRg no AREsp 475.096/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016). 3. O órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado, tal como ocorre no presente caso. 4. (...). (EDcl no AgRg no AREsp 1224190/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ALEGADA OMISSÃO, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, DE MENÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS QUE TERIAM SIDO VIOLADOS. EMBARGANTE QUE, NAS RAZÕES DO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA SEQUER MENCIONOU OS ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU DE TRATADOS INTERNACIONAIS QUE TERIAM SIDO VIOLADOS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO A RECONHECER. EMBARGOS REJEITADOS. I - Não tendo sido mencionados pela recorrente, nas respectivas razões do recurso ordinário em mandado de segurança (mas apenas nos embargos de declaração), os dispositivos constitucionais e convencionais supostamente violados, não há que se cogitar de omissão no acórdão embargado em não ter feito menção expressa a tais dispositivos. II - "O julgador não é obrigado a manifestar-se sobre todas as teses expostas no recurso, ainda que para fins de prequestionamento, desde que demonstre os fundamentos e os motivos que justificaram suas razões de decidir" (EDcl no AgRg no HC 302.526/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe 01/02/2017). III - Tendo sido enfrentadas no acórdão recorrido todas as matérias ventiladas no recurso, com exceção daquelas em relação às quais houve**

*supressão de instância, por não terem sido apreciadas pelas instâncias ordinárias, inexistente omissão a ser reconhecida. IV - Mesmo para fins de prequestionamento, os embargos de declaração são cabíveis apenas quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, hipóteses que não se verificam no caso concreto. Embargos de Declaração conhecidos, mas rejeitados. (EDcl no AgRg nos EDcl no RMS 50.590/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 10/11/2017)*

Manifesta, portanto, a impossibilidade de acolhimento dos presentes aclaratórios, porquanto não demonstrada a ocorrência de nenhuma das hipóteses do art. 619 do Código de Processo Penal, o que inviabiliza a utilização dos embargos de declaração.

Por fim, destaco que "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).

No mesmo sentido:

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL. OFENSA A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A alegação no sentido de que o autor do delito era menor de 21 anos ao tempo do fato e que não fora aplicada a causa atenuante de pena, prevista no inciso I, do Art. 65 do CP, não foi objeto da apelação e tampouco das contrarrazões do recurso especial. Cuida-se, portanto, de evidente inovação recursal no âmbito das contrarrazões ao agravo interposto contra a decisão que não admitiu o recurso especial. 2. "É descabido postular a concessão de habeas corpus de ofício, como forma de tentar burlar a inadmissão do*

*recurso especial, uma vez que o deferimento daquele 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, para que sejam apreciadas alegações trazidas a destempo"* (EDcl no AgRg no AREsp n. 171.834/RN, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 5/3/2013, DJe 13/3/2013). 3. "A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Carta Magna. Inviável, assim, o exame de ofensa a dispositivos e princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência reservada à Corte Suprema" (AgRg no REsp 1.651.550/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AREsp 1286537/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018)

Na hipótese, o embargante pugna pela aplicação da Lei n. 13.718/2018, com a consequente desclassificação de sua conduta para o tipo penal de importunação sexual. De início, registro que, cuidando-se de lei nova, editada quando o processo já se encontrava sob a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, cabe a esta Corte analisar eventual aplicação da *novatio legis in mellius*.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - FLAGRANTE PREPARADO - CRIME IMPOSSÍVEL - INOCORRÊNCIA - ESTREITA VIA DO WRIT - CONDUTA DE ?TER EM DEPÓSITO - PRETÉRITA À SIMULAÇÃO POLICIAL - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - INCONSTITUCIONALIDADE - LEI 11.464/2007 - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA - ASSOCIAÇÃO EVENTUAL - LEI 11.343/2006 - NOVATIO LEGIS IN MELLIUS - RETROATIVIDADE DA NORMA PENAL MAIS BENÉFICA - DECOTE DE OFÍCIO - EXTENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO À CO-RÉ. I. (...). VII. A causa de aumento de pena contida no artigo 18, III da Lei 6.368/1976 (associação eventual) deve ser decotada da pena dos agentes, pois a Lei 11.343/2006 não a contemplou no rol taxativo de seu artigo 40, tratando-se, portanto, de novatio legis in mellius, matéria que,*

*portanto, pode ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição. VIII. É de rigor a extensão dos efeitos do julgado para co-ré que esteja suportando ilegal constrangimento em sua liberdade de locomoção pelas mesmas razões dos pacientes. IX. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar o óbice para a progressão do regime de cumprimento das penas dos pacientes e, de ofício, para delas decotar a causa especial de aumento contida no revogado inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/1976 (associação eventual), estendendo-se os efeitos do julgado à co-ré. (HC 67.639/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 310)*

No caso concreto, o recorrente foi condenado como incurso no revogado art. 214 c/c o art. 224, alínea "a", do Código Penal, em continuidade delitiva, em virtude de, durante o ano de 2007, como motorista de transporte escolar, no trajeto entre a casa da vítima e a creche, ter compelido a vítima, com 6 anos de idade, a passar as mãos no seu pênis e ter acariciado sua vagina.

Em hipóteses como a dos autos, 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.

No que concerne ao tipo penal do art. 217-A do Código Penal, tem prevalecido igualmente a impossibilidade de desclassificação, 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. 1225717/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019, grifei).

A propósito:



*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 CONTRAVENÇÃO 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 contravenção penal. Precedentes.*

*3. Outrossim, vejo que as condutas praticadas pelo agravante não se almodam 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, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019)*

Contudo, a meu ver, referido entendimento merece uma melhor reflexão. De fato, no que concerne à possibilidade de desclassificação do crime do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código Penal, registro, de início, 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 Código Penal. De fato, 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.

A propósito, trago precedente que, embora não cuide de menor de 14 anos, demonstra a existência de inúmeras condutas que podem configurar ato libidinoso, sem que se pudesse, até então, proceder à devida gradação penal em virtude da maior ou menor violação ao bem jurídico tutelado:

*RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLAÇÃO DO ART 14, I E II, DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO CONFIGURADA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. PROCEDÊNCIA. NOVATIO LEGIS IN MELLIOS. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. TIPO PENAL ADEQUADO*

**AO CASO CONCRETO: IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 654, § 2º, DO CPP. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, QUE SE IMPÕE. 1.** É narrado na exordial acusatória que o increpado aproveitou do momento em que a mãe da vítima (S B da S) não estava presente no recinto (saiu para buscar o filho na APAE), para submeter a vítima à prática de atos libidinosos diversos, consistente em o increpado passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, enquanto esta tentava em vão se desvencilhar do ofensor. 2. Diante da inovação legislativa, apresentada pela Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, foi criado o tipo penal da importunação sexual, inserida no Código Penal por meio do art. 215-A. A conduta do recorrido, conforme descrita na inicial acusatória, consistente em passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, não mais se caracteriza como crime de estupro, senão o novo tipo penal da importunação sexual. 3. Agora, "o passar de mãos lascivo nas nádegas", "o beijo forçado", aquilo que antes tinha que se adequar ao estupro para não ficar impune [...] "ganha" nova tipificação: o crime de importunação sexual. Não há mais dúvida: é crime! Dessa forma, verifica-se um tratamento mais adequado aos casos do mundo da vida e às hipóteses de absolvição forçada dada a única opção (estupro). [...] Assim como a Lei n. 12.015/2009 acabou com concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, unindo as duas condutas em prol do princípio da proporcionalidade (uma vez que a pena era muito desproporcional - no mínimo, igual à do homicídio qualificado!), a Lei n. 13.718/2018 vem, norteadora, trazer diretriz ao intérprete da lei, como se dissesse: **não compare um coito vaginal forçado a um beijo lascivo no Carnaval! [...] o Estado deve proteger a liberdade sexual (sim!), mas não em prol do punitivismo exacerbado, mas em desconformidade com os princípios de Direito Penal. O STJ vinha colocando todos os atos libidinosos no mesmo "balaio", contudo, um beijo "roubado" não é igual a uma conjunção carnal forçada (onde se bate, se agride, se puxa os cabelos...). Sejamos justos (proporcionais) (e não hipócritas!)** No exato sentido da Lei n. 13.718/2018! (Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importu-nacao-sexual-segundo-lei-1378118>; Acesso em 24/1/2019). 4. Ao punir de forma mais branda a conduta perpetrada pelo recorrido, condiciona-se, no presente caso, a sua aplicação diante do princípio da superveniência da lei penal mais benéfica. [...] Em havendo a superveniência de novatio legis in mellius, ou

*seja, sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (AgRg no AREsp n. 1.249.427/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/6/2018). 5. Não obstante a correção da decisão agravada, nesse ínterim, sobreveio a publicação da Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, no DJU de 25/9/2018, que, 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 (AgRg no REsp n. 1.730.341/PR, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 13/11/2018). 6. Recurso especial provido para afastar o reconhecimento da tentativa. De ofício, concedida a ordem de habeas corpus a fim de alterar a tipificação do delito para a prevista no art. 215-A do Código Penal e redimensionar a pena privativa de liberdade do recorrido nos termos da presente decisão. (REsp 1745333/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 14/03/2019)*

Nessa perspectiva, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do *Habeas Corpus* n. 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 Código Penal.

Conforme bem anotado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, antes da entrada em vigor da Lei n. 13.718/2018, a tipificação do crime sexual se situava entre dois extremos: a pena exacerbada do crime de estupro ou a sanção muito branda da contravenção penal. Assim, para se evitar apenamento desproporcional, o julgador se via obrigado a desclassificar a conduta para contravenção, a considerá-la atípica, ou a reconhecer a tentativa.

Diante desse cenário, "a doutrina sempre criticou a ausência de uma precisa diferenciação na lei das diversas modalidades de ato libidinoso. Por isso mesmo o julgador deve sempre procurar **distinguir aquelas condutas mais graves e invasivas daquelas condutas menos reprováveis, preservando assim a razoabilidade e a proporcionalidade da resposta estatal**".

Consignou, assim, 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.*

Dessarte, concluiu "que o ato praticado pelo paciente, inicialmente passível de enquadramento no artigo 217-A do Código Penal, com pena que varia entre 8 e 15 anos, passou a ser incriminado para condutas menos invasivas de forma mais branda pelo crime de importunação sexual, cuja pena varia de 1 a 5 anos. (...) A lei mais proporcional permite aqui que se dê uma apenação de forma melhor".

Em resumo, o julgamento acima está pendente de conclusão:

*Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que concedia a ordem, do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Presidente, que a denegava, e do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que concedia de ofício a ordem para determinar o retorno do processo à primeira instância para que o juiz aplique a pena com base na desclassificação para o art. 215-A do Código Penal, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Consignou o Ministro Marco Aurélio que, se vencido, acompanhará o Ministro Luís Roberto Barroso. Primeira Turma, 18.12.2018.*

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 Código Penal**, porém mantenho 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.

Ao ensejo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 217-A, CAPUT, DO CP. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. JULGADO QUE NÃO REVOLVEU MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ELEMENTARES CARACTERIZADAS. DESCCLASSIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE SE IMPÕE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A DO CP: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. 1. A questão veiculada no recurso especial não envolve a análise de conteúdo fático-probatório, mas, sim, a possibilidade de caracterização do delito de estupro de vulnerável, notadamente em razão do Superior Tribunal de Justiça ter entendimento de a prática de ato lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos) poder subsumir-se ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal. Dessa forma, não se configura a hipótese de aplicação do óbice constante da Súmula 7/STJ, haja vista a análise eminentemente jurídica do caso. 2. **Conforme disposto na decisão ora agravada, o Superior Tribunal de Justiça entende que a prática de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos) se subsume ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal.** 3. O tipo descrito no art. 217-A do Código Penal é misto alternativo, isto é, prevê as condutas de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. [...] "A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (AgRg no AREsp n. 530.053/MT, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 29/6/2015), em cuja expressão estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente (Rogério Greco, in Curso de Direito Penal, Parte Especial, v.3, p. 467) - (AgRg no REsp n. 1.702.157/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 4/2/2019). 4. **Inviável a desclassificação da conduta para aquela prevista nos moldes do art. 215-A do Código Penal, inserido por meio da Lei n. 13.718, de 24/9/2018, porquanto não há como se aplicar a nova lei nas hipóteses em que se trata de vítimas menores, notadamente diante da presunção de violência.** 5. A Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato

*libidinoso, sem violência ou grave ameaça. [...] Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes (AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/3/2019). 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1761248/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019)*

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 214, CAPUT, COMBINADO COM ART. 224, A, ART. 225, § 1º, I, ART. 226, II, e ART. 61, II, F, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL - CP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 616 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. REABERTURA DE PRAZO PARA RAZÕES RECURSAIS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. DISPOSITIVO LEGAL APONTADO COMO VIOLADO ESTÁ DISSOCIADO DAS RAZÕES. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 616 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NOVO INTERROGATÓRIO INDEFERIDO. FACULDADE. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, CONFORME SÚMULA N. 7/STJ. 3) VIOLAÇÃO AO ART. 159, § 3º, DO CPP. LAUDO PSICOLÓGICO PRODUZIDO NA FASE POLICIAL. INTIMAÇÃO PARA INDICAR ASSISTENTE DESCABIDA. 4) VIOLAÇÃO AO ART. 381, II E III, DO CPP. INOVAÇÃO RECURSAL. 5) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. PENA-BASE EXASPERADA COM JUSTIFICATIVA CONCRETA E IDÔNEA. 6) VIOLAÇÃO AO ART. 71 DO CP. INOCORRÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. 1/2 (METADE). ABUSOS COMETIDOS POR DIVERSAS VEZES. 7) VIOLAÇÃO AO ART. 381, III, DO CPP. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO COM BASE NA PROVA DOS AUTOS. 8) VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 155 E 381, III, AMBOS DO CPP. INOCORRÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 9) VIOLAÇÃO AO ART. 381, II E III, DO CPP. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 10) VIOLAÇÃO AO ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. 11) VIOLAÇÃO AO ART. 14, II, DO CP. TENTATIVA. INOCORRÊNCIA. DO DECRETO-LEI. 12) APLICA DO ART. 215-A DO CP. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. DESCABIMENTO PARA O CASO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS. 13) AGRAVO REGIMENTAL

*DESPROVIDO. 1. (...). 10. Nega-se vigência aos arts. 214 e 224, "a" (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (criança), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que a ação do acusado foi "breve e superficial". (REsp 1.154.718/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/3/2016, DJe 28/03/2016). 11. Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui 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 (AgRg no REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 21/3/2012). 12. Embora o art. 214 e o art. 224, "a", ambos do CP, estejam revogados pela Lei n. 12.015/09, 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. 13. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 1225717/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 06/03/2019).*

No mesmo diapasão: (AgRg no AREsp 1168566/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019) e AgRg no AREsp 1361865/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 01/03/2019.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Publique-se.



Brasília, 06 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator

