

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.577.110 - SP (2019/0267554-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : L A M DOS S
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS MATHEUS MOLINA - DEFENSOR PÚBLICO - SP329364
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL PRATICADOS CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS DE IDADE. CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA AQUELAS PREVISTAS NO ART. 215-A DO MESMO *CÓDEX* OU NO ART. 61 DA LEI DE CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL PROVIDO. AGRADO CONHECIDO PARA CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por L. A. M. DOS S. contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual não foi conhecido o respectivo agravo em recurso especial (fls. 326-327).

Alega a Defesa, nas razões do regimental, que, ao contrário do consignado na decisão agravada, rebateu todos os fundamentos do provimento judicial que não admitira o apelo nobre.

O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 346-348).

É o relatório. Decido.

Com razão o Agravante, pois, nas razões do agravo em recurso especial, há demonstração de insurgência contra toda a fundamentação adotada pela Corte de origem para a inadmissibilidade do recurso especial.

Nessas condições, reconsidero a decisão agravada e passo ao exame do recurso interposto.

Superior Tribunal de Justiça

Trata-se de agravo em recurso especial interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu o processamento do recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, na Apelação Criminal n.º 0006738-86.2018.8.26.048.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, c.c. as disposições da Lei n.º 8.072/1990 (fls. 142-154).

Irresignadas, Defesa e Acusação interpuseram as respectivas apelações. A Corte de origem negou provimento ao apelo defensivo e proveu parcialmente o recurso do *Parquet* para reconhecer a continuidade delitiva e, por via de consequência, redimensionar a reprimenda ao patamar de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (fls. 249-255).

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, contrariedade ao art. 215-A do Código Penal e ao art. 61 do Decreto-Lei n.º 3.688/1941.

Afirma ser de rigor reconhecer que a conduta do Agravante não se amolda ao tipo previsto no art. 217-A, mas, sim, àquela tipificada como importunação ofensiva ao pudor ou, no máximo, importunação sexual.

Contrarrazões às fls. 384-394. O apelo nobre não foi admitido (fl. 297). Foi interposto agravo (fls. 303-308).

Feito esse breve esboço histórico, passo ao exame da controvérsia.

O acórdão recorrido está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 250-254; sem grifos no original):

"Apurou-se que o apelante, em datas e horários incertos, entre os anos de 2016 e 2017, no local indicado na denúncia, praticou, por diversas vezes, ato libidinoso com o menor Juliano Magalhães Siqueira, menor de quatorze anos de idade à época dos fatos. Segundo apurado, a vítima e o réu são sobrinho e tio, respectivamente, e, no período mencionado, nas vezes que Juliano ia à casa de sua bisavó, o réu, morador da casa dos fundos, esperava a vítima ficar sozinha para se aproximar e praticar com ela atos libidinosos, diversos da conjunção carnal.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo boletim de ocorrência de autoria conhecida, laudo pericial a fls. 33/35, bem como, pela prova oral coligida.

A autoria restou inequívoca.

Superior Tribunal de Justiça

Ouvido em solo policial bem como em Juízo o apelante negou a prática delitiva.

Contudo, sua versão exculpatória restou isolada diante do arcabouço probatório amealhado.

[...]

Não há cogitar de insuficiência de provas.

Como se pôde verificar, diante das declarações coerentes e seguras da vítima, além das provas coligidas, de rigor era a condenação do acusado, nos termos da r. sentença.

Ademais, não há que se questionar o valor probante das declarações da vítima e testemunhas, já que apresentaram depoimentos coerentes e seguros, e em perfeita harmonia com o conjunto probatório produzido. Ressalte-se que a palavra da vítima possui grande relevância em crimes desta natureza, não se vislumbrando qualquer motivo que as fizessem mentir em Juízo.

[...]

*De igual forma, observa-se que está **devidamente comprovada a vulnerabilidade da vítima, haja vista a idade desta ao tempo dos fatos, consoante documento acostado aos autos (menor de 14 anos de idade). Com o advento da Lei 12.015/09, mencionada vulnerabilidade da vítima passou a ser absoluta (cedendo passo a expressão violência presumida).***

[...]

*No mais, **incabível o pleito de desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor ou para o delito de importunação sexual, visto que, para a configuração do estupro de vulnerável, basta a evidência do dolo do agente em praticar a conduta típica, constrangendo a vítima vulnerável, mediante violência presumida, a praticar atos lascivos, dissolutos, com o propósito de desafogo de sua concupiscência.***

Ora, no caso em tela, a conduta lasciva do réu em muito extrapolou a simples contravenção de importunação ofensiva ao pudor, configurando-se indubitavelmente a prática de atos libidinosos necessários à caracterização do crime de estupro de vulnerável.

Por fim, a r. sentença contém a correta análise dos fatos e a condenação era mesmo de rigor."

Como se vê, o entendimento adotado pela Corte *a quo* está em perfeita harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo 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 no art. 61 da Lei de Contravenção Penal.

Nesse sentido.

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL – CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 1) INDEVIDA APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 568 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. NÃO VERIFICAÇÃO. JULGAMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL QUE SANA EVENTUAL VÍCIO. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 217-A DO CP. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE DESCLASSIFICOU A CONDENAÇÃO PARA O ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/91 (LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS – LCP). ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, VEDADO CONFORME SÚMULA N. 7 DO STJ, INAPLICÁVEL ANTE A REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS INCONTROVERSOS CONSTANTES NO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. 3) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Cumpre 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 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'.

1.1. '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).

2. Nega-se vigência ao art. 217-A do CP quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (crianças), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que as 'ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave' (REsp 1598077/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 1º/8/2016).

2.1. No caso em tela, o autor cometeu ato libidinoso contra a vítima menor de 14 anos, pois passou a mão nas pernas e na vagina da vítima por sobre a roupa, motivo pelo qual foi afastada a desclassificação operada pelo Tribunal de origem para a contravenção penal do art. 61 da LCP.

2.2. A discussão acerca de fatos incontroversos constantes das decisões das instâncias ordinárias que enseja a reavaliação jurídica

deles não configura o revolvimento fático-probatório, vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

3. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no REsp 1.791.197/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 19/11/2019; sem grifos no original.)

"[...]

DESCCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. *É descabido o uso do agravo regimental para acrescentar à pretensão defensiva fundamentos não suscitados oportunamente no recurso especial. Precedentes.*

2. *Demais disso, consoante tese fixada pelas Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte Superior é impossível a 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).

3. *Agravo regimental ao qual se nega provimento.*" (AgRg nos EDcl no REsp 1.788.666/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 23/10/2019; sem grifos no original.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDUTAS LIBIDINOSAS DIVERSAS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCCLASSIFICAÇÃO 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*

Superior Tribunal de Justiça

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 1.168.566/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019; sem grifos no original.)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo regimental para RECONSIDERAR a decisão agravada. CONHEÇO do agravo para CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora