

**HABEAS CORPUS Nº 547.923 - SP (2019/0353569-0)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MARIELA MONI MARINS - SP343394  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : C S DA S (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de C. S. DA S. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0001627-19.2017.8.26.0495.

Consta nos autos que o Paciente foi condenado, em 21/03/2019, à pena de 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime carcerário inicial fechado, como incurso nos crimes dispostos nos arts. 213, § 1.º c.c. o art. 14, inciso II, e 213, *caput*, na forma do 69, *caput*, todos do Código Penal, por ter, em 25/11/2015, tentado constrangir a Vítima, que tinha 16 anos de idade, mediante grave ameaça, a com ele ter conjunção carnal e a praticar outros atos libidinosos, só não consumando seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade. Do mesmo modo, em 18/03/2017, constrangeu a Vítima, mediante violência, a permitir que com ela se praticassem atos libidinosos diversos da conjunção carnal (fl. 57).

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo, nos termos da seguinte ementa (fl. 103):

*"ESTUPRO QUALIFICADO TENTADO E ESTUPRO SIMPLES. Réu que tentou estuprar a vítima de dezesseis anos e, cerca de um ano depois, constrangeu-a a pratica de atos libidinosos. Prova robusta da autoria e da materialidade dos delitos.*

*Condenação mantida. Impossibilidade de desclassificação para a contravenção penal prevista no artigo 61, do Decreto-lei nº 3.688/41, ou para o delito de importunação sexual (art. 215-A, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.718/18).*

*Pena que comporta redução. Inexistência de maus antecedentes. Redução da pena do estupro qualificado em dois terços, em razão da tentativa.*

*Concurso material de delitos. Regime fechado necessário.*

*Inviabilidade da detração. Apelo parcialmente provido para redução da pena."*

Neste writ, a Defensoria Pública alega, inicialmente, que "*ao analisar-se detidamente os autos, verifica-se que não há que se falar em estupro, mas sim em mera contravenção penal de importunação sexual*" (fl. 5). Afirma, para tanto, que, "*conforme narrado pela própria vítima, o Paciente desembarcou de sua bicicleta agarrando-a por trás, passando a mão em seu corpo. Ante a reação negativa na investida, deixou o local, nada fazendo. Repita-se: a própria vítima é quem diz que o máximo que fez o Paciente foi 'passar a mão em seu corpo', sem conseguir tirar sua roupa*" (fl. 6).

Defende que a conduta do Paciente não preenche nenhum "*dos elementos objetivos para o crime previsto no artigo 213 do Código Penal, estando a conduta muito mais próxima daquela prevista no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais*" (fl. 7).

Subsidiariamente, sustenta que, diante da superveniência de lei penal mais benéfica, a conduta do Paciente deve ser readequada do tipo penal descrito no art. 213 para a do crime previsto no art. 215-A, pois não houve violência ou grave ameaça contra a Vítima, com a consequente modificação da pena e abrandamento do regime prisional.

Aduz, ainda subsidiariamente, que em relação aos fatos ocorridos em 18/03/2017, iniciada a execução, o crime não se consumou por circunstâncias alheias a vontade do Paciente ante a reação da Vítima, motivo pelo qual deveria ser reconhecido que o delito foi cometido na forma tentada.

Assevera, por fim, que, "*[o]perados os reenquadramentos jurídicos pretendidos neste writ, indispensável a readequação do regime prisional*" (fl. 16), aplicando-se os enunciados das Súmulas n.ºs 718 e 719 do STF e 440 desta Corte.

Requer, liminarmente e no mérito, a desclassificação dos delitos e a readequação do regime prisional.

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Não está configurado um dos pressupostos autorizadores do acolhimento da pretensão liminar, qual seja, o *fumus boni iuris*, pois o direito invocado pela Parte

Impetrante não é de reconhecimento que se mostra prontamente inequívoco.

Inicialmente, quanto aos pedidos de desclassificação para a infração prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais ou para o delito tipificado no art. 215-A, o Tribunal de origem, no ponto, consignou o que se segue (fl. 107):

*"[...] Configurado, assim, os crimes de estupro qualificado tentado e estupro simples consumado, não havendo de se cogitar em absolvição.*

*Ressalte-se, ademais, que é incabível a desclassificação dos delitos para a contravenção do artigo 61, do Decreto-lei nº 3.688/41, eis que não tratam os autos da hipótese de 'importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor'.*

*Anote-se que também é inviável a desclassificação para a figura típica do artigo 215-A, do Código Penal (redação da Lei nº 13.718/2018), eis que evidente que o apelante, na primeira vez, tentou constranger a vítima e, na segunda ocasião, constrangeu-a, mediante violência, 'a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso'."*

Considerada essa conjuntura, parece ser aplicável no caso o entendimento de que é *"inviável o enfrentamento do pleito desclassificatório da conduta do paciente para contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto 3688/41, tendo em vista a necessidade de revolvimento do arcabouço fático-probatório amalhado aos autos, providência incabível no veio restritivo e mandamental do habeas corpus"* (STJ, HC 429.840/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018).

Quanto à pretendida desclassificação para o crime descrito no art. 215-A do Código Penal (importunação sexual), verifico que as instâncias ordinárias reconheceram que **o crime ocorreu mediante violência**, o que afasta, em tese, a incidência do referido artigo.

No mais, também não merece acolhimento o pedido de desclassificação do crime de estupro para a sua forma tentada. De fato, as instâncias de origem, após a apreciação das provas produzidas na fase de instrução criminal, concluíram que o Paciente consumou o crime previsto no art. 213 do Código Penal, pois *"ele abaixou a calça, deu uma gravata na vítima e ficou esfregando seu pênis na ofendida"* (fl. 62).

Nessa perspectiva, o entendimento desta Corte Superior é no sentido 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, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013)." (HC 483.883/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 01/03/2019, sem grifos no original).

Ademais, o acolhimento da referida pretensão também demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos do processo criminal, o que é vedado na presente via do *habeas corpus*.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CRIME CONSUMADO. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO. QUANTUM DE PENA E REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDOS. WRIT NÃO CONHECIDO.**

[...]

2. A reforma introduzida pela Lei n. 12.015/2009 condensou num só tipo penal as condutas anteriormente tipificadas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, constituindo, hoje, um só crime o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. **Como ato libidinoso deve ser entendido qualquer ato diverso da conjunção carnal revestido de conotação sexual.**

3. **Considerando os atos lascivos aos quais a vítima foi submetida, claramente atentatórios à sua dignidade sexual, resta consumado o crime de estupro, não havendo se falar, portanto, em tentativa. De mais a mais, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-comprobatório dos autos, o que não se coaduna com a via do habeas corpus.**

[...]

6. Writ não conhecido." (HC 390.463/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017; sem grifos no original.)

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Requisitem-se informações ao Tribunal de origem, o qual deverá, ainda, fornecer a respectiva senha ou chave de acesso para consulta aos andamentos processuais, caso seja necessário.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora