

HABEAS CORPUS Nº 548.563 - SP (2019/0356869-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : ELZA COSTA DA SILVA SOUSA
ADVOGADO : ELZA COSTA DA SILVA SOUSA - SP280852
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : A R (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de A R no qual se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação n. 0000673-86.2016.8.26.0404).

Consta dos autos que o paciente, no primeiro grau de jurisdição, foi condenado à pena de 16 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 217-A, *caput*, c/c o art. 226, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

A defesa apelou. A 3ª Câmara de Direito Criminal negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 237):

Estupros de vulnerável - Apelação - Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento dos delitos, praticados em continuidade - Absolvição - Descabimento - Pena motivadamente dosada, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime - Sentença mantida - Recurso desprovido.

Nas razões do presente *writ*, a impetrante aponta constrangimento ilegal decorrente da classificação do delito atribuída pelas instâncias ordinárias (e-STJ fl. 32):

Com o advento da Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018 houve modificação e tipificação dos crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro (sic), passado a vigorar o artigo 215-A dessa forma:

“Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

A pena é de reclusão de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Observa-se que no presente processo, nas conversas de mensagens de celular, do paciente A[...] com a vítima às fls. 93/117, não houve fala de conjunção carnal , e ainda o Laudo do IML às fls.89/90 não

Superior Tribunal de Justiça

foi localizado nenhuma lesão de cunho sexual, e o paciente foi julgado e condenado no crime de estupro (sic) de vulnerável do artigo 217-A do Código Penal a uma pena severa de 16 anos e 4 meses.

Assevera a defesa que "[...] tanto na denúncia (anexo) bem como na sentença a descrição dos atos praticados pelo paciente estão em conformidade como artigo 215-A, Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018. De acordo com as mensagens entre o paciente e a vítima descritas no Laudo técnico às fls.91/117, entendemos s.m.j, que os atos estão de acordo com o delito tipificado ao artigo 215-A do CP" (e-STJ fl. 34).

Diante dessas considerações, busca a impetrante "[...] seja concedida a ordem LIMINARMENTE e a seguir confirmada a fim de cassar o acórdão proferido nos autos da Apelação nº 0000673-86.2016.8.26.0404, concedendo ao Paciente a TIPIFICAÇÃO dos atos praticados para o crime constante do Artigo 215-A, do Código Penal, de acordo com a Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018, como medida de inteira e verdadeira JUSTIÇA!" (e-STJ fl. 35).

Liminar indeferida às e-STJ fls. 262/264.

Prestadas informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do writ, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 296):

Habeas Corpus impetrado como sucedâneo de recurso ordinário. Paciente condenado por estupro de vulnerável, por duas vezes, na forma do artigo 71 do Código Penal. Desclassificação de crime. Importunação sexual. Descabimento. Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento do delito. Ausência de constrangimento ilegal.

– Promoção pelo não conhecimento do writ.

É o relatório.

A despeito dos argumentos apresentados pela defesa, o writ não prospera. Senão vejamos.

No caso em destaque, o Tribunal de origem entendeu que o crime de estupro se consumou, com base na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 239/247):

Contudo, ao ser ouvido em Juízo, passou a negar o delito. Por outro lado, ao ser questionado sobre as declarações prestadas na Delegacia de Polícia, refutou apenas a parte relacionada ao ato de

ter chupado o seio da vítima. Admitiu a troca de mensagens com a sobrinha com conteúdo sexual, cujo intuito era esclarecer as curiosidades e dúvidas dela sobre o assunto. Disse reconhecer que errou na forma de se expressar, afirmando que tudo não passou de uma “força de expressão”. Aduziu, ainda, que no dia dos fatos (dia 16.01.07) esteve trabalhando durante o período da manhã (fls. 303 registro audiovisual).

A prova colhida sob o crivo do contraditório edificou-se em desfavor do recorrente.

É certo que quando ouvida na Delegacia de Polícia, na presença de seu pai “[W J R] irmão do réu, a vítima, a princípio, negou que o réu tivesse mantido contato físico com ela (fls. 14). Porém, na mesma oportunidade, ao ser reinquirida na presença apenas de sua irmã [C DA R P], a ofendida não apenas confirmou os fatos, como detalhou os atos perpetrados pelo acusado.

Afirmou que na manhã do dia 16 de janeiro de 2016, o recorrente lhe pediu que pegasse no “pinto” dele, tendo lhe ameaçado caso assim não fizesse. Esclareceu ter segurado o pênis do acusado e ele com sua mão sobre a dela se masturbou até ejacular. Naquele mesmo dia, no período da tarde, o suplicante a levou até um “quartinho”, que fica do lado externo da casa, onde ambos ficaram pelados, ocasião em que ele colocou o pênis entre suas nádegas, no início do ânus. No entanto, não ocorreu penetração, pois naquele instante, a campainha tocou e ambos vestiram-se rapidamente. Acrescentou que o réu havia lhe prometido um notebook em troca ao ato sexual (fls. 15).

Ouvida em Juízo, a vítima igualmente narrou em detalhes os atos libidinosos praticados pelo réu, ratificando, ainda, as ameaças por ele feitas na ocasião. Contudo, não se revelou segura quanto ao dia exato em que teria sido levada até o “quartinho” pelo réu, se no período da tarde do dia dos fatos ou se uma semana depois. Confirmou ter trocado mensagens pelo “Facebook” com o acusado e com ele conversado sobre sexo, tendo o acusado insistido para que apagasse os conteúdos (fls. 299 registro audiovisual).

Urge obtemperar, a propósito, que, em tema de infrações sexuais intencionalmente praticados na clandestinidade, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixando quaisquer vestígios a palavra das vítimas constitui importante elemento de convicção e assume especial relevância na elucidação dos fatos e na identificação do autor, máxime quando em consonância com os demais informes probatórios, como é o caso em testilha, e porque não detectado qualquer interesse em prejudicá-lo gratuita e falsamente.

[...]

Anote-se, ainda, que eventuais dissensões nos depoimentos da vítima na fase inquisitiva e em Juízo não têm o condão, ao contrário do sustentado defensivamente, de infirmar ou desnaturar a imputação, notadamente porque as alegadas dessemelhanças, apenas em aspectos secundários, não atingiram parte substancial da narrativa, porquanto coincidentes em sua essência primária.

Ademais, a insegurança revelada em relação à narrativa dos detalhes dos fatos delituosos decorre, por vezes, do trauma sofrido, mormente se se considerar que o caso se refere a atos libidinosos perpetrados em face de vítima que contava com apenas onze anos de idade à época, circunstância que, por si só, tem o condão de blindar a recordação precisa dos fatos.

[C DA R P], irmã da vítima, esclareceu que tomou conhecimento dos fatos ao manusear o aparelho de telefone celular de [G], ocasião em que constatou o cunho sexual das diversas mensagens trocadas entre ela e o réu. Chamou-lhe atenção o fato de que o acusado pedia para que [G] apagasse as mensagens por eles trocadas. Disse que atendendo ao pedido de sua irmã, a acompanhou em seu segundo depoimento prestado na Delegacia de Polícia. Confirmou que a vítima lhe contou sobre os atos libidinosos praticados pelo recorrente: em uma oportunidade, pela manhã, este teria “mordido” o seios da irmã, por cima de sua vestimenta, além de ter colocado as mãos dela em seu pênis e se masturbado; em outra oportunidade, o acusado teria tentado penetrar o pênis no ânus da vítima, mas o ato não se consumou, pois a campainha tocou naquele instante (fls. 301 registro audiovisual).

[N L DA R], mãe da ofendida, igualmente declarou ter tomado ciência dos fatos por meio da visualização das conversas e mensagens trocadas entre [G] e o réu pelo telefone celular. Disse ter ficado em choque ao constatar o teor do conteúdo das mensagens, e, diante da gravidade, decidiu acionar a polícia.

Afirmou que [G], por vergonha, não lhe detalhou os fatos, tendo confidenciado apenas à irmã mais velha, [C] (fls. 305 registro audiovisual).

Fernando de Oliveira, policial militar, relatou ter atendido a ocorrência em tela. Afirmou que a polícia foi acionada, pois a mãe da vítima havia constatado no aparelho de telefone celular da criança diversas mensagens de cunho sexual enviadas pelo tio.

As mensagens revelavam a promessa de presente à vítima em troca de sexo. Em conversa informal com a ofendida, esta lhe confirmou a troca de mensagens e, ainda, que o réu já teria passado as mãos em suas pernas (fls. 298 registro audiovisual).

[M C R], esposa do acusado, informou que no dia dos fatos estavam envolvidos com os preparativos para a festa de aniversário de seu filho, que se realizou no dia seguinte (no domingo). Ratificou que [G] pernoitou em sua casa, mas negou que esta tivesse ficado sozinha com o réu. Confirmou a existência de um “quartinho” do lado externo na casa. Sobre os fatos, disse que o réu apenas lhe falou que teria enviado mensagem para o telefone da sobrinha, porém não tomou conhecimento do teor desta. Ressaltou que o acusado trabalhou pela manhã do dia dos fatos (fls. 302 registro audiovisual).

[L A R], cunhada do apelante, disse que esteve na casa do acusado no domingo, durante a festa de aniversário, ocasião em que a vítima também estava presente.

Declarou que [G] costumava pernoitar na residência do réu, porém

dormia no quarto e na companhia da prima [G]. Disse não ter percebido nada de anormal no comportamento da vítima e não relacionamento desta com o tio. Afirmou que o réu lhe confirmou ter trocado mensagens com a vítima (fls. 297 registro audiovisual).

[G R], prima da ofendida e filha do réu, afirmou que [G] costumava pernoitar em sua casa e nessas ocasiões dormia em seu quarto. Asseverou que a vítima nunca permaneceu sozinha na casa, e não percebeu nada de estranho em relação ao comportamento do acusado e da prima (fls. 304 registro audiovisual).

A testemunha de defesa [G H C] declarou que esteve na casa do réu no dia dos fatos, ajudando nos preparativos para a festa de aniversário de Neto. Disse que a vítima também estava no local e de lá não se ausentou (fls. 300 registro audiovisual).

A par das declarações da vítima e dos testemunhos de sua irmã e genitora sobre os fatos, os documentos encartados às fls. 18/64 e o laudo pericial realizado nos aparelhos de telefone celular do apelante e da vítima (fls. 92/117) corroboram a imputação.

Ora, da análise do conteúdo das mensagens e conversas mantidas entre o réu e a sobrinha, constata-se não apenas o teor sexual daquelas, mas, inequivocamente, a alusão feita pelo réu a atos libidinosos concretos já praticados e a intenção de reiterá-los (vide fls. 94/102), não havendo se cogitar de mera “força de expressão”.

Anote-se, ainda, que a circunstância de o acusado ter trabalhado no período da manhã do dia 16.01.2016 (fls. 309/310) não tem o condão de ilidir a essência da imputação, tampouco fragiliza as provas coligidas aos autos, porquanto restou suficientemente demonstrado que por mais de uma vez o acusado praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a sobrinha.

Outrossim, o estudo social com a vítima se revelou prescindível na espécie, tendo em conta o contundente conjunto probatório colhido nos autos (testemunhal e pericial), apto e bastante para evidenciar a prática do delito tipificado no artigo 217-A, do Código Penal, que, ressalte-se, não se limitou ao depoimento da ofendida.

Frise-se que para a concretização do delito de estupro de vulnerável, irrelevante eventual consentimento da vítima menor de quatorze anos, ou mesmo de sua suposta experiência sexual anterior. Desse modo, como bem salientado pelo ilustre sentenciante, “Independente do acusado ter ameaçado a vítima (como ela afirma), ou mesmo se os fatos foram consentidos por esta, o crime se caracteriza. Nesse ponto, anódinas as declarações testemunhais no sentido de que a vítima “gosta de determinado tipo de música” ou que “tenha determinado comportamento ou palavreado”” (fls. 348).

Irrelevante na hipótese a conclusão do laudo de conjunção carnal (fls. 090) pela inexistência de lesões ou de indícios de atos libidinosos, porquanto os imputados atos não consistiriam em conjunção carnal e não são típicos de causarem lesões ou vestígios aparentes.

[...]

Descabida, ademais, a tese aventada recursalmente de mínima ofensividade da conduta, diante da própria gravidade inerente aos atos libidinosos perpetrados pelo réu (afora carícias íntimas, colocou a mão da vítima sobre seu pênis e se masturbou, assim como colocou seu órgão genital entre as nádegas dela, na tentativa de penetrar o seu ânus), destacando-se que foram praticados contra criança que contava com apenas onze anos de idade à época, de sorte que indiscutível a efetiva lesividade da ação delitiva contra o bem jurídico tutelado, a liberdade sexual.

Nesse contexto fático, a condenação pelo delito de estupro de vulnerável era mesmo de rigor, único desfecho compatível com a análise atenta e severa dos autos, não havendo se falar em insuficiência probatória, tampouco em atipicidade da conduta. (Grifei.)

Como se vê do excerto supracitado, foi registrado na instância ordinária que as condutas do agente consistiram em carícias íntimas, colocar a mão da vítima sobre seu pênis e se masturbar, além de colocar seu órgão genital entre as nádegas dela, "na tentativa de penetrar o seu ânus", com evidente fim libidinoso, o que leva à conclusão, conforme assentado nas decisões objurgadas, de que as ações praticadas pelo ora paciente amoldam-se perfeitamente ao que estatui o art. 217-A do Código Penal – "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos".

Assim, não há que se falar em desclassificação para o delito previsto no art. 215-A do CP, em nome de ausência de violência ou grave ameaça, como pretende a defesa (e-STJ fl. 33).

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).

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

Superior Tribunal de Justiça

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).

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).

De fato, nas hipóteses em que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal é praticado contra menor de 14 anos, a conduta configura estupro e não importunação sexual.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

Publique-se. Intimem-se

Brasília, 24 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator