



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 567413 - SP (2020/0070914-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PIETRO DA SILVA ESTABILE - RJ138750
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : M A DE L A
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. VULNERABILIDADE DA VÍTIMA NÃO CARACTERIZADA NO CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 593/STJ. DESCLASSIFICAÇÃO, IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. ART. 215-A DO CP. IMPOSSIBILIDADE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DELITO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. Writ indeferido liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **M A de L A** contra ato coator proferido pela Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, nos autos do Processo 0001954-51.2018.8.26.0099, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo o paciente condenado à pena de 12 anos de reclusão pela suposta prática de conduta descrita no art. 217-A do Código Penal.

A impetrante narra, em síntese, que foi o paciente condenado por ter supostamente praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal com sua enteada, que possuía 12 anos à época dos fatos.

Alega que o fato descrito na inicial carece de tipicidade, não podendo configurar crime de estupro de vulnerável tomando por base exclusivamente a palavra da vítima, a qual relatou ter perdido a virgindade aos 12 anos, o que demonstra desenvolvimento sexual e consciência dos fatos.

Destaca que o ato libidinoso *fora tão somente uma passada de mão por cima das vestes da adolescente* (fl.10).

Menciona a distinção entre criança e adolescente constante no Estatuto da Criança e do adolescente.

Argumenta que *a incidência da Súmula 593 do STJ deflagra-se em violação ao princípio da Presunção de Inocência, na medida em que resulta na impossibilidade do apelado de exercer qualquer direito de defesa, pois se tornaria presumidamente culpado* (fl. 12).

Assere que a condenação do paciente por estupro de vulnerável fere os postulados constitucionais a taxatividade, da isonomia material, da proporcionalidade e da individualização da pena.

Afirma que o paciente teria desistido voluntariamente de prosseguir com seu comportamento diante da recusa da vítima, sendo que seria plenamente possível que ele continuasse com os atos lascivos, uma vez que estaria sozinho com a vítima menor na data dos acontecimentos (fl. 15). Prossegue concluindo que não é qualquer ato libidinoso que tem aptidão para qualificar a conduta do agente no fato típico de estupro de vulnerável. Não fosse assim, não teria o legislador pátrio, no ano de 2018, editado a Lei n. 13.718 para acrescentar o art. 215-A ao Código Penal Brasileiro (fl. 17).

Defende que é pertinente o enquadramento da conduta do paciente como importunação sexual, prevista no art. 215-A do Código Penal.

Sustenta que o Tribunal local manteve a classificação da conduta como estupro de vulnerável com base em fundamentação simplória, violando o dever de fundamentação previsto nos arts. 93, IX, da Constituição Federal, e 381 do Código de Processo Penal.

Aduz estarem presentes os requisitos para concessão da liminar, motivo pelo qual pede que seja suspensa a certificação do trânsito em julgado. No mérito, requer a absolvição do paciente ou, subsidiariamente, a desclassificação para o delito descrito no art. 215-A do Código Penal.

É o relatório.

A concessão de ordem de *habeas corpus* demanda demonstração, de plano, da ilegalidade, ônus que recai sobre o impetrante, a quem cumpre instruir o feito com a prova pré-constituída de suas alegações.

In casu, verifico, de plano, a inviabilidade do presente *writ*.

A impetração pretende a absolvição ou a desclassificação da conduta para o tipo do art. 215-A do Código Penal. Essas questões foram abordadas pelo Tribunal local da seguinte maneira (fl. 34):

A defesa buscou trazer elementos a respeito da experiência sexual da vítima, porém, como a vítima era menor de quatorze anos à época dos fatos, é certo que há a presunção de violência caracterizadora do tipo penal. O entendimento encontra-se pacificado pela edição da Súmula 593, pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, publicada no DJE em 6/11/2017: "O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente." Logo, diante da presunção de violência para o delito, por ser a vítima menor de 14 anos à época dos fatos, como já constou na r. sentença recorrida, é irrelevante o fato da vítima apresentar eventual comportamento sexualizado, ter sido deflorada logo após os fatos ou de se encontrar grávida, quando de sua oitiva em juízo. Comprovada a configuração do crime de estupro de vulnerável, descabido o pedido de desclassificação para o delito de importunação sexual, tipificado no artigo 215-A do Código Penal, já que este só resta configurado quando não constitui crime mais grave. De qualquer forma, inegável que os atos praticados pelo recorrente, chegando a acariciar os seios da própria enteada, ao tentar beijá-la a força, não podem ser considerados mera importunação sexual. Desta forma,

provas a autoria e a materialidade, a condenação era mesmo de rigor.

É pacífico o entendimento desta Corte de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, incluindo 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 (REsp n. 1.353.575/PR, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 16/12/2013).

Confirmam-se ainda: AgRg no HC n. 491.481/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/6/2019; AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/3/2019; AgRg no AREsp n. 1.168.566/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 3/5/2019, dentre outros.

Vale dizer, sobre o tema, que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 593/STJ, segundo a qual o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Assim, diante da subsunção da conduta do paciente de passar a mão sob as vestes de menor de 14 anos ao tipo do art. 217 do Código Penal, não há como, na via eleita, desconstituir o julgado para se absolver o paciente ou desclassificar o fato para o tipo do art. 215-A do Código Penal, dada a necessidade de revolvimento do material probante.

Importante consignar que delito de estupro de vulnerável se apresenta como específico em relação à importunação sexual, ou seja, possui todas as elementares desse último acrescida de uma especificidade, a vulnerabilidade da vítima. Apenas se descaracterizada a elementar específica, seria possível invocar o soldado de reserva, no caso o art. 215-A do Código Penal (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp n. 1.276.776/RS, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 19/12/2019).

In casu, como visto, caracterizada a vulnerabilidade da vítima, comprovadamente menor de 14 anos de idade, não há falar em desclassificação.

Ante o exposto, **indefiro liminarmente o writ**.

Publique-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator