



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 387.667 - SP (2017/0025691-9)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE : AUGUSTO MARQUES DA SILVA NETO**  
**ADVOGADO : AUGUSTO MARQUES DA SILVA NETO - SP353954**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : A R R**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. ANÁLISE DO ART. 312 DO CPP. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 523/STF. ERRO DE PROIBIÇÃO. MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DA 3ª SEÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.*

1. Não há falar em condicionar a prisão aos pressupostos do art. 312 do CPP, se a sentença condenatória já transitou em julgado.
2. A defesa, no âmbito do processo penal, deve ser a mais completa possível, garantindo-se que, em todas as fases, o acusado, ainda que revel, esteja devidamente representado por defensor que zele pela regularidade dos procedimentos, requerendo o que for de direito a seu favor. Tal não implica dizer que o advogado, escolhido pela parte ou nomeado pelo juízo, tenha que enveredar por uma linha específica de defesa, ou, obrigatoriamente, recorrer até as instâncias superiores.
3. Na hipótese, não foi demonstrada desídia da defesa do paciente, que foi assistido por advogado durante todo o curso do processo criminal. Incidência da Súmula 523/STF.
4. A 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp. 1.480.881/PI, julgado sob o rito do artigo 543 do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra menores de 14 (catorze) anos é absoluta, sendo irrelevante para a caracterização do delito o consentimento da vítima ou a sua prévia experiência sexual.
5. Ordem denegada.

### ACÓRDÃO



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 387.667 - SP (2017/0025691-9)**

**RELATOR** : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA  
**IMPETRANTE** : AUGUSTO MARQUES DA SILVA NETO  
**ADVOGADO** : AUGUSTO MARQUES DA SILVA NETO - SP353954  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : A R R

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de A R R, condenado pelo delito do art. 217-A do Código Penal, no qual se aponta, como autoridade coatora, o Desembargador Relator do Processo Crime n. 0001212-66.2013.7.26.0498, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, determinando a expedição de mandado de prisão.

Alega que a prisão foi determinada sem fundamento concreto de cautelaridade, para que se iniciasse a execução da pena, enquanto poderia estar pendente recurso especial ao STJ.

Pelo que se depreende da confusa petição inicial, a defesa postula o reconhecimento do erro de proibição, porquanto réu e vítima seriam namorados, possuindo, atualmente, uma filha em comum e vivendo em união estável. O paciente não teria consciência, à época dos fatos, que estaria cometendo um crime.

Embora refira à inadmissibilidade da prisão cautelar, aponta cerceamento de defesa pela não interposição de embargos declaratórios e recurso especial.

Indeferido o pedido de liminar (e-STJ fls. 241/242), foram prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 250/261).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 387.667 - SP (2017/0025691-9)**

### **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Segundo se extrai dos autos, o paciente foi processado e, ao final, condenado, por sentença proferida nos autos da Ação Penal 0001212-66.2013.8.26.0498, da Vara Única da Comarca de Ribeirão Bonito/SP, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao art. 217-A do Código Penal.

A defesa recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de recurso de apelação, objetivando sua absolvição por atipicidade da conduta, por ausência de dolo e consentimento da vítima, pugnando, alternativamente, pela excludente de culpabilidade relativa ao erro de proibição.

O recurso foi desprovido, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 254):

*Processo penal. Prova. Crime de violência sexual. CP, art. 217-A, caput. Condenação em primeira instância. Pleito defensivo de absolvição. Impossibilidade. Teses de atipicidade e de erro de proibição não convencem. Recurso defensivo a que se nega provimento.*

Na ocasião, foi determinada a expedição de mandado de prisão. A condenação transitou em julgado.

Observa-se, assim, que não há falar em prisão preventiva, mas em prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado.

A tese de existência de cerceamento de defesa, pela não interposição de recurso especial ou embargos de declaração, não pode ser acolhida, à mingua de qualquer demonstração de desídia da defesa do paciente, que foi assistido por advogado durante todo o curso do processo criminal.

Já tive oportunidade de me manifestar no sentido de que "A defesa, no âmbito do processo penal, deve ser a mais completa possível, garantindo-se que, em todas as fases, o acusado, ainda que revel, esteja devidamente representado por defensor que zele pela regularidade dos procedimentos, requerendo o que for de direito a seu favor. Tal não



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

implica dizer que o advogado, escolhido pela parte ou nomeado pelo juízo, tenha que enveredar por uma linha específica de defesa, ou, obrigatoriamente, recorrer até as instâncias superiores, não havendo nulidade por cerceamento de defesa apenas porque novos advogados contratados inovaram em teses defensivas que poderiam ter sido suscitadas anteriormente" (HC 322.214/PE, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 14/12/2016).

Cabe à defesa demonstrar que eventual atuação diversa dos advogados anteriores, poderia, de forma concreta, ter acarretado a absolvição do paciente, ainda que pela geração de dúvida no julgador, o que não ficou demonstrado no caso dos autos, pois as alegações do presente recurso nem sequer inovam quanto àquelas suscitadas anteriormente no processo.

Em tema de nulidade de ato processual, vigora, no processo penal, o princípio *pas de nullité sans grife*, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). Foi, desse modo, editado, pelo Supremo Tribunal Federal, o enunciado sumular 523, que assim dispõe: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

A propósito:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 1º, XIII, DO DECRETO-LEI 201/67. CRIME PRATICADO POR EX-PREFEITO. NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREJUÍZO SUPOSTO PELO RÉU NÃO COMPROVADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DEFICIÊNCIA DE DEFESA NÃO EVIDENCIADA. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE RECURSAL. DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA PELA CORTE ESTADUAL ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DEFESA PRÉVIA OFERECIDA PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE NOVA ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DA DEFESA ANTES DO RECEBIMENTO DA INCOATIVA PELO MAGISTRADO DE 1º GRAU. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS. PEÇA ACUSATÓRIA RATIFICADA, SEM QUE QUALQUER FATO NOVO FOSSE ACRESCIDO. DESNECESSIDADE DE OFERTA DE NOVA DEFESA PRÉVIA. DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA MOTIVADA, ASSIM COMO AQUELA PROFERIDA APÓS A



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*MANIFESTAÇÃO DEFENSIVA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO APELO DEFENSIVO ORDEM NÃO CONHECIDA.*

(...).

6. A Súmula/STF n. 523 preleciona que, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu". Além disso, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "a alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu" (RHC 39.788/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 25/2/2015), o que não restou demonstrado na hipótese em apreço.

7. O simples fato de o antigo defensor do réu não ter logrado interpor agravo regimental em face da decisão exarada pela Presidência desta Corte, que não conheceu do agravo em recurso especial manejado do acórdão confirmatório da sentença, não importa nulidade, tendo em vista o princípio da voluntariedade recursal. Em verdade, notadamente no que se refere aos recursos de natureza extraordinária, que possuem requisitos de admissibilidade próprios, a viabilidade da interposição deve ser avaliada pelo patrono da parte, sendo que a sua eventual inércia não denota abandono da causa, nos moldes do preconizado pelos impetrantes, e nulidade processual por cerceamento de defesa.

(...). (HC 365.684/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 20/09/2016)

No mais, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp. 1.480.881/PI, julgado sob o rito do artigo 543 do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra menores de 14 (catorze) anos é absoluta, sendo irrelevante para a caracterização do delito o consentimento da vítima ou a sua prévia experiência sexual.

No mesmo sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. JULGAMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA.*

1. O julgamento monocrático do agravo em recurso especial, com esteio em óbices processuais e na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, tem respaldo nas



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*disposições do Código de Processo Civil e do Regimento Interno desta Corte.*

*2. Para se chegar à conclusão a respeito da insuficiência de provas para embasar o decreto condenatório, a qual ensejaria a absolvição do agravante, seria necessário o reexame dos elementos fáticos-probatórios dos autos, o que é defeso nesta instância extraordinária, em virtude do disposto na Súmula 7/STJ. Precedentes.*

*3. De acordo com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, há presunção absoluta de violência nos casos de prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.*

*4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp. 1003470/AP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017).*

Ante o exposto, ausente constrangimento ilegal, **denego** a ordem.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0025691-9

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 387.667 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012126620130030166 00012126620138260498 12126620130030166  
12126620138260498 2342013

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017  
SEGREDO DE JUSTIÇA

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AUGUSTO MARQUES DA SILVA NETO  
ADVOGADO : AUGUSTO MARQUES DA SILVA NETO - SP353954  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : A R R

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.