



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 482.106 - ES (2018/0322664-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : VINICIUS ALVES BARBOSA  
**ADVOGADO** : VINÍCIUS ALVES BARBOSA - ES015669  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PACIENTE** : D DE MJ

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. *EMENDATIO LIBELI*. AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONDENAÇÃO NOS EXATOS TERMOS DA DENÚNCIA. NOVA TIPIFICAÇÃO. EXECUÇÃO DA PENA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS NA ORIGEM. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DE DANOS NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE AMBULATORIAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. O Juízo de primeiro grau considerou que a conduta do paciente descrita como acariciar os seios da menor de 14 anos caracterizaria crime de estupro de vulnerável, e não da contravenção penal de perturbação da tranquilidade. Não houve qualquer alteração da descrição fática dos contida na denúncia, mas tão somente da definição jurídica do fato imputado. Desse modo, de rigor a aplicação do instituto da *emendatio libeli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal – CPP, não havendo falar em aditamento da denúncia ou abertura de vista à defesa para integração do contraditório.

3. A restrição da liberdade do paciente decorre do esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias. Relativamente à execução provisória da pena, é firme tanto no Supremo Tribunal Federal – STF, a partir do julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, quanto nesta egrégia Corte de Justiça, a partir do julgamento pela egrégia Sexta Turma dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, a orientação jurisprudencial segundo a qual é possível o imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser os recursos extraordinários desprovidos de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, sob a ótica de repercussão geral, no julgamento do ARE n. 964246, também da relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI, o Plenário da excelsa Corte Suprema reafirmou sua jurisprudência no sentido de que *"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" ( in DJe de 25/11/16).*

4. *"A via processual do habeas corpus não é adequada para impugnar a reparação civil fixada na sentença penal condenatória, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, pois a sua imposição não acarreta ameaça, ainda que indireta ou reflexa, à liberdade de locomoção" (HC 302.141/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/5/2016).*

5. *Habeas Corpus* não conhecido.

### ACÓRDÃO

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, não conhecer do pedido e julgar prejudicado o agravo regimental de fls. 194/196, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 482.106 - ES (2018/0322664-0)

IMPETRANTE : VINICIUS ALVES BARBOSA  
ADVOGADO : VINÍCIUS ALVES BARBOSA - ES015669  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PACIENTE : D DE MJ

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de D DE MJ, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo no julgamento da Apelação n. 0001851-71.2016.8.08.0016.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos tipificados nos arts. 213 e 217-A, ambos do Código Penal – CP (estupro e estupro de vulnerável), à pena de 33 anos, 5 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial fechado, concedido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual, segundo consta da inicial, negou provimento ao recurso e determinou a execução provisória da pena em acórdão assim ementado:

*APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - NULIDADES - EMENDATIO LIBELLI - SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA - PALAVRA DA VITIMA - EXAME DE CORPO E DE DELITO - ATOS LIBIDINOSOS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 65 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41 - DOSIMETRIA - CONDUCTA DA VÍTIMA - AGRAVANTE ART. 61. INCISO II ALÍNEA C DO CP - MAJOR ANTE ART. 71 DO CP - DANOS MORAIS - RECORRER EM LIBERDADE - FIANÇA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*

*1. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. Inteligência do art. 383 do CPP.*

*2. Em leitura da sentença não se observa qualquer predileção do magistrado por qualquer das partes, utilizando o duto juízo apenas de sua experiência na carreira jurídica para expressar o seu entendimento sobre os autos.*

*3. A sentença esboçou expressamente os fatos e fundamento pelo qual entendeu estarem presentes a autoria e a materialidade dos ilícitos imputados ao paciente. Ademais, o magistrado possui o livre convencimento motivado (art 155 do CPP), deste modo, analisando o conjunto probatório utilizou para o édito condenatório toda, as provas que entendeu necessárias, em detrimento daquelas que acreditou*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não estavam traduzindo a verdade, tudo de forma devidamente fundamentada.

4. É pacífica a jurisprudência no sentido de que nos crimes, de natureza sexual, a palavra da vítima possui valor especial no tocante à demonstração da materialidade do delito, especialmente quando encontra respaldo em outras evidências apuradas.

5. A despeito da norma estabelecida no art. 158 do CPP, tratando-se de delito apurado aproximadamente 06 (seis) anos de seu acontecimento, a ausência do exame de corpo de delito não é capaz de afastar o reconhecimento da configuração do ilícito, uma vez que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima é elemento de convicção de alta importância.

6. Na novel redação do art. 217-A do CP, atos libidinosos podem ser praticados de diversas formas, não necessitando de conjunção carnal como toques, beijos lascivos, consumando-se com o mero contato físico entre a vítima e o agressor.

7. Não é possível na primeira fase da dosimetria fixar a pena base abaixo do mínimo legal.

8. Como extraído dos autos, as vítimas moravam na propriedade do apelante e este se aproveitava de que a mãe daquelas estava trabalhando na lavoura para abusar das vítimas, uma com a desculpa de que deveria levar marmita para ele e outra atrás da casa da segunda vítima, devendo incidir a agravante do art. 61, inciso U, alínea "c" do CP.

9. Com relação à vítima Chaiane, esta informa que por apenas uma vez o apelante teria tocado os seus seios, logo, não há que se imputar, aqui, o crime continuado (art. 71 do CP).

10. O juiz, ao proferir sentença condenatória fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

11. "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmando pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (STF, HC 126.292/SP).

12. "O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado". Inteligência do art. 336 do CPP.

13. Recurso conhecido e parcialmente provido (fls.64/66).

No presente *writ*, sustenta que a sentença é nula, uma vez que o magistrado singular procedeu à *emendatio libeli*, sem abrir prazo às partes para manifestação, em afronta aos termos do art. 384 do Código de Processo Penal – CPP. Desse modo, alega violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Afirma ser inidôneo o argumento de que o paciente seria "notável proprietário de terras e produtor rural", para a impor condenação por danos morais no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e arbitrar uma fiança de 60 salários mínimos.

Assevera que o paciente respondeu em liberdade à instrução criminal, razão pela qual não está configurado o *periculum libertatis*. Alega que, tendo em vista a existência de apelo exclusivo da defesa, a determinação de execução provisória da pena viola o princípio da vedação ao *reformatio in pejus*.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a anulação da sentença e que seja determinada a reabertura da instrução criminal ou seja declarada a inocência do paciente, bem como sua manutenção em liberdade.

O *writ* foi inicialmente indeferido liminarmente em razão da deficiente instrução (fls. 33/36). O Requerente juntou as peças faltantes às fls. 45/75, levando a reconsideração da decisão anterior e ao indeferimento do pedido de liminar, conforme decisão de fls. 78/82.

Informações prestadas às fls. 91/93 e 97/163.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, conforme parecer de fls. 165/169.

Novo pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar foi formulado às fls. 178/180, tendo sido indeferido à fl. 188. Contra esta decisão, interpôs agravo regimental de fls. 194/196.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.106 - ES (2018/0322664-0)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

A primeira tese deduzida no presente *writ* diz respeito à suposta ocorrência de *mutatio libeli* em violação ao preceitos do Código de Processo Penal – CPP. Para a análise das alegações, faz-se necessário transcrever a denúncia:

*Extrai-se dos autos do inquérito policial que instrui a presente que no ano de 2010, na localidade de Monforte Frio, nesta cidade e Comarca de Conceição do Castelo/ES, o denunciado em epígrafe, constrangeu mediante grave ameaça a menor Fernanda de Oliveira Medeiros, à época, com 14 (quatorze) anos de idade, a praticar consigo relação sexual dentro do secador de café da propriedade do denunciado.*

*Afloram dos autos que o denunciado além das ameaças, consubstanciada no prenúncio de rescindir o contrato de parceria agrícola com a mãe da ofendida, provedora do lar e das filhas menores, com o passar do tempo e diante de uma maior maturidade da adolescente começou a oferecer gorjetas e presentes à Fernanda além de fazer várias promessas em troca de favores sexuais.*

*Consta ainda dos autos que Fernanda, no ano 2007, quando possuía apenas 11 (onze) anos de idade teve sua tranquilidade violada pelo denunciado, que, constantemente passava a mão nos seios da infante, sobre a roupa, em sua residência, toda vez que esta entregava marmitta para o denunciado na hora do almoço, a pedido deste.*

*Contudo, em que pese estar configurada a contravenção penal perturbação à tranquilidade (art. 65 do Dec. Lei 3.688/41) na conduta do denunciado de passar a mão nos seios da menor por cima da roupa, deixo de oferecer denúncia com relação a tal infração, tendo em vista a ocorrência da prescrição (mais de três anos da data do fato delituoso).*

*O inquérito policial informa ainda que, do ano de 2013 até julho de 2015, na localidade de Monforte Frio, zona rural desta cidade e Comarca de Conceição do Castelo/ES, o denunciado em epígrafe, de forma habitual, perturbou a tranquilidade da menor Chaiane de Oliveira,*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*irmã de Fernanda, que no início das investidas possuía apenas 13 (treze) anos de idade, acariciando os seios da menor sobre a roupa, atrás da casa da adolescente, situada na propriedade do denunciado.*

*Perante as conselheiras tutelares que atenderam a ocorrência (fls. 13 a 15-verso), a vítima Fernanda chegou a declarar que saiu de casa, porque estava com medo de sofrer novos abusos por parte do denunciado e que tanto ela quanto sua irmã Chaiane preferiam o abrigo a morar com a mãe. Fato que revela e evidencia a situação de risco e de extrema opressão a que estavam submetidas.*

*Assim agindo, por constranger mediante grave ameaça a menor Fernanda de Oliveira Medeiros, com 14 anos na data dos fatos, a praticar consigo conjunção carnal, incorreu o denunciado no crime previsto no art. 213, §1º do Código Penal e por perturbar a tranquilidade da menor Chaiane de Oliveira (de outubro de 2013 até 2015, período não coberto pela prescrição) incorreu o denunciado na contravenção penal estatuída no art. 65 do Dec. Lei 3.688/41, ambos na forma do artigo 69 do Código Penal Brasileiro. Razão pela qual requer que o Ministério Público seja instaurada a competente ação penal, citando-o para responder nos termos da ação sob pena de revelia, pugnando, ao final, por sua condenação (fls. 19/21).*

A sentença condenatória, por sua vez, trouxe o seguinte:

*Primeiramente, é preciso tecer algumas observações acerca dos fatos relacionados à controvérsia criminal aqui posta.*

*Segundo consta da denúncia, o requerido, enquanto notável proprietário de terras e produtor rural de Conceição do Castelo/ES, pessoa tradicional da comunidade conceiçãoense (o que facilmente se observa pelo grande afluxo de declarações abonatórias de fls. 101 a 222), teria abusado sexualmente de duas filhas de um meeiro seu, entre os anos de 2010 a 2015, de nomes Fernanda de Oliveira Medeiros e Chaiane de Oliveira.*

*Com a primeira o demandado teria praticado, por diversas vezes, ato de conjunção carnal (estupro) ao passo que com a segunda, teria acariciado seus seios por sobre a roupa (fato que o Ministério Público capitulou como sendo "perturbação de tranquilidade", circunstância essa com a qual não se concorda, como abaixo se explicita).*

*Tais fatos teriam se dado através de uma ameaça - velada ou não - de desemprego e miséria da família das vítimas, uma vez que o requerido se aproveitava de sua posição hierarquicamente superior (e sua nítida ascendência financeiramente) para praticar o ilícito. Esclareço, na forma do Art. 374, inciso I do CPC, aplicável aqui ex vi o Art. 3º do CPP que a realidade das lavouras de café na região são de extrema vulnerabilidade dos ditos "parceiros" para com os proprietários de terra.*

*São poucos os proprietários e muitos os necessitados, os quais vivem dos favores e da disponibilidade que a terra daqueles lhe permite, em situação de hipossuficiência tal - e não poucas vezes de*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*agrura financeira - que a expulsão da terra, associada ao "nome maculado" do "meeiro", pode de fato significar a morte social sua e de sua família, quando não o próprio perecimento físico, pela miséria ou, infelizmente, pela bala.*

*É nesse contexto que a situação dos autos se enquadra.*

*E é nesse diapasão, tendo em conta estas circunstâncias que passo ao labor de valorar as provas dos autos.*

*A primeira confirmou in totum seu depoimento prestado na fase inquisitorial, asseverando que desde seus 11 anos o acusado "passava a mão nos seus seios" no momento em que ela, a seu pedido, levava marmitta de comida à casa do acusado.*

*Que isso ocorrera por várias vezes e a ofendida nada referiu "porque tinha medo de contar haja vista que o Sr. Délcio era dono da terra e precisavam do emprego para sobreviver".*

*Posteriormente, quando fez 14 anos, viu-se compelida, pelas mesmas razões, a praticar conjunção carnal com o acusado, tendo realizado tais atos por algumas vezes (ao menos 5), assim tendo feito porque "precisavam ficar na terra dele, já que não tinham para onde ir".*

*[...]*

*Portanto, reputo demonstrados os fatos narrados na exordial.*

*Cabe agora adentrar na análise da adequação típica.*

*E assim adentro para realizar a emendatio libeli, na forma do Art. 383 do CPP.*

*Como aventado an passant acima, não considero que o ato de apalpar os seios de uma criança ou de uma adolescente, sem o seu consentimento, seja qualificada como mera contravenção.*

*O próprio e. TJES quando instado a fazê-lo já manifestou entendimento de que configura ato libidinoso não "[...] somente com a introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima, mas todos os atos que implicam contato com o pênis, com a vagina, com os seios ou com o ânus, os que implicam manipulação erótica (por mãos ou dedos) destes mesmos órgãos pelo respectivo parceiro, também o perfazem" (APL 0000155-39.2012.8.08.0016).*

*Destarte, não há aqui uma contravenção de perturbação da tranqüilidade perpetrado em face das vítimas Chaiane e Fernanda, mas sim um ato libidinoso diverso da conjunção carnal.*

*Porém, com relação à ofendida Fernanda, observo que o Parquet não colacionou tais condutas na denúncia, por reputá-las como mera contravenção e, portanto, sujeitas à prescrição.*

*Dessa forma, considero que a emendatio libeli não poderá alcançá-las, sob pena de se inovar, neste momento, a acusação. Por isso, exclusivamente com relação à 2ª vítima (Chaiane) é que tal conclusão será aplicada.*

*Acerca da efetiva configuração de grave ameaça, para os fins do crime de estupro - dispensável no caso de Chaiane, dada a redação do Art. 217-A do Código Penal mas imprescindível para as acusações acerca da ofendida Fernanda - entendo que tal conceito penal deve tanto envolver uma análise objetiva dos fatos quanto subjetiva da*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima.

Nesse sentido, afirma ROGÉRIO SANCHES CUNHA que a "[...] individualidade da vítima deve ser tomada em consideração. Assim, a idade, sexo, grau de instrução, etc. São fatores que não podem ser desconsiderados na análise do caso concreto [...] uma promessa de mal injusto pode ser grave para uma moça de pouca idade e não o ser para uma senhora de meia idade. Logo, as circunstâncias do caso concreto demonstrarão se houve ou não o delito" (Manual de Direito Penal: parte especial. 8a ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 460).

No caso vertente, considero que a situação de vulnerabilidade econômica da família da ofendida Fernanda, associada à dependência que a situação de vida lhes impingia, somada à sua tenra idade, tornaram as investidas do acusado revestidas de ameaça tal que parecera àquela jovem adolescente (14 anos no primeiro ato de conjunção carnal) uma situação de impossível resistência, cujo "não" importaria em miséria familiar ou tragédia ainda pior.

Portanto, considero típicas as condutas atribuídas ao réu.

Pelo exposto, resta fixada a condenação do réu nos artigos 213 (vítima Fernanda) e 217-A (vítima Chaiane), ambos do Código Penal (fls. 22/29).

No ponto, o Tribunal de origem assim se manifestou:

Com relação à alegação de que o magistrado condenou o apelante em dispositivo não imputado na denúncia (art. 217-A do CP), sem ofertar o contraditório e a ampla defesa, observo que a inicial acusatória, apesar de ter tipificado o fato como previsto no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41, contém a descrição dos fatos.

Neste modo, na forma como estabelecido no art. 383 do CPP, "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".

Portanto, não se trata de *mutatio libelli*, como pretende a defesa, mas sim de *emendatio libelli*, caso em que o juiz adéqua os fatos já narrados na denúncia à tipicidade que aferiu, corrigindo a classificação jurídica, não sendo necessário, portanto oferta ao contraditório e a ampla defesa (fl. 51).

Da análise dos autos, verifica-se que o Juízo de primeiro grau considerou que a conduta do paciente descrita como acariciar os seios da menor de 14 anos caracterizaria crime de estupro de vulnerável, e não da contravenção penal de perturbação da tranquilidade.

Não houve qualquer alteração da descrição fática dos contida na denúncia, mas tão somente da definição jurídica do fato imputado. Desse modo, de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rigor a aplicação do instituto da *emendatio libeli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, não havendo falar em aditamento da denúncia ou abertura de vista à defesa para integração do contraditório.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO. EMENDATIO LIBELI. FATOS SUFICIENTEMENTE DESCRITOS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOLO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. PEDIDO DE HABEAS CORPUS. DESCABIDO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM A COAÇÃO ILEGAL AO DIREITO DE IR E VIR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Quando incluiu no decreto condenatório a imputação da prática do crime de extorsão, a instância ordinária não exorbitou dos limites descritivos da denúncia ofertada nos autos. Com efeito, a inicial acusatória já contemplava em seu conteúdo a afirmação de que o recorrente exigiu dinheiro da vítima como condição para restituir a motocicleta que havia subtraído dias antes, mediante violência e grave ameaça.

**2. Como é cediço, no "... sistema processual penal brasileiro, o réu se defende da imputação fática e não da imputatio juris. Desse modo, tratando-se de emendatio libelli e não mutatio libelli, mostra-se desnecessária a observância das disposições do art. 384 do Código de Processo Penal..." (AgRg no REsp 1531039/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 26/10/2016). Precedentes.**

3. Ademais, os fundamentos do acórdão recorrido deixam claro que a instrução criminal contribuiu para o esclarecimento do fato, somando ao quadro cognitivo elementos de prova da extorsão sofrida pela vítima que, para ter de volta a motocicleta subtraída, foi constrangida pelo recorrente a entregar-lhe a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Assim, rever o decreto condenatório na extensão pretendida pela defesa demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. Não há, nos autos, elementos capazes de indicar que o agravante sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal no seu direito constitucional de livre locomoção. Assim, mostra-se descabido o pedido de concessão de ordem de habeas corpus, de ofício, no caso concreto.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1236372/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 12/3/2018)

Ademais, a adequação típica realizada pelo magistrado está em perfeita harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. POSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula 7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.

**2. Segundo o art. 217-A do CP - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos -, a consumação do crime de estupro de vulnerável pode ocorrer com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.**

**3. Na expressão "ato libidinoso" estão contidos todos os atos de natureza sexual, diversos da conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente. Dessa forma, com base no contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu, em tentar apalpar os seios da vítima, de 13 anos, por dentro da blusa, e beijá-la, não pode ser confundida com a do art. 61 da Lei de Contravenções Penais, uma vez que se trata de efetivo contato corpóreo com a adolescente, com o propósito único de satisfação de seu desejo sexual, conforme consignado pela Corte de origem.**

4. Assim, a conduta imputada ao acusado se coaduna com a figura típica descrita no art. 217-A do Código Penal, estando a autoria e a materialidade delitiva evidenciadas nos autos, por meio das palavras da vítima, de testemunhas e parecer psicológico.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1702065/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/2/2018, DJe 19/2/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. POSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula 7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.

**2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**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 (HC 264.482/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015). Assim, o crime de estupro de vulnerável, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, configura-se quando o agente mantém conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 (catorze) anos, sendo irrelevante, ainda, o consentimento da vítima.**

3. Diante do contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu, em apalpar os seios e a genitália da vítima, de apenas 8 anos, por cima da roupa, não pode ser confundida com a do art. 65 da Lei de Contravenções Penais, uma vez que se trata de efetivo contato corpóreo com a criança, com o propósito único de satisfação de seu desejo sexual.

4. É inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (REsp 1313369/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 5.8.2013). Nessa linha, ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal. (REsp 1561653/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016).

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1684947/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 27/10/2017)

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDUTA DE AGARRAR MENOR DE 14 ANOS, APALPAR-LHE OS SEIOS E AS NÁDEGAS, MORDER-LHE A ORELHA E TENTAR BEIJÁ-LA. INTUITO DE SATISFAZER A LASCÍVIA. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

**1. Adequar a classificação de conduta fartamente descrita no acórdão recorrido não implica reexame de provas.**

2. "Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima é de suma importância para o esclarecimento dos fatos, considerando a maneira como tais delitos são cometidos, ou seja, de forma obscura e na clandestinidade." (AgRg no AREsp 652.144/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2015, DJe 17/06/2015)

3. Os atos praticados pelo agravante, consistentes em agarrar uma menor, passar as mãos nas nádegas e seios, ao mesmo tempo em que lhe morde a orelha e tenta beijá-la, denotam claramente o intuito de satisfazer a lascívia.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1622491/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 11/10/2017).

Em consulta à página na internet do Tribunal de origem, verifica-se que contra o acórdão proferido em apelação, foi interposto recurso de Embargos de Declaração que restaram desprovidos. Contudo, tratando-se de processo que corre sobre segredo de justiça, não foi possível o acesso ao teor do acórdão.

No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade.

Esta egrégia Corte de Justiça, por sua vez, também adotou o aludido posicionamento, mormente a partir do julgamento pela egrégia Sexta Turma dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, cujo brilhante voto sintetiza a *quaestio* em debate conforme se verifica dos trechos a seguir transcritos:

*Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de “guarda da Constituição” (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem **o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade**. Assim específica, verbis:*

*(...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, **não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz**. Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, **é necessário uma validade prática**” (Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123. Destaquei.).*

*Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

[...]

O exemplo, que se repete, com assiduidade, no cotidiano dos tribunais, evidencia a patologia do sistema criminal brasileiro e também mostra, com clareza meridiana, que a maior parte dos recursos são manejados já no exercício da jurisdição extraordinária, onde se sucedem agravos regimentais e embargos declaratórios a cada decisão, monocrática ou colegiada, que se toma.

Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que **talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do habeas corpus tenha alcançado, por conta da assim chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, tamanha elasticidade** quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização. De ação voltada à proteção da liberdade, em decorrência de coação ilegal, atual ou iminente, o remédio heroico, como dito na Exposição de Motivos do projeto de reforma do Código de Processo Penal (em trâmite na Câmara dos Deputados), transformou-se em **“sub-rogado universal das impugnações recursais”**, do que resulta sempre a permissão para que, mesmo na pendência de recurso extraordinário sem efeito suspensivo, se faça uso do writ – ou de medida cautelar – para sobrestar agressão, atual ou iminente, à liberdade de locomoção do indivíduo.

Certo é que, em decorrência dessa **pletora de meios impugnativos**, que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma **infundável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos** – o que, na compreensão, v.g., dos ministros Teori Zavascki, Luiz Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes, condiciona a concretização do ius puniendi do Estado a que o acusado não mais interponha outro recurso, de modo a alcançar-se o trânsito em julgado da condenação – a **Suprema Corte acabou assumindo, na dicção do Ministro Roberto Barroso, “papel decisivo nessa reestruturação”**.

Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou positivação na Carta de 1988, o **princípio da duração razoável do processo** (art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) sugere que **sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal**, como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o Bill of Rights, **mas também à parte contrária**, que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunhão social.

[...]

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII da Carta





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 1988, prescrevendo fórmula semelhante, que permitiria – por não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.

Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da vedação contida no art. 60, § 4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, **preservado o núcleo essencial dessa garantia**, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o **salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas**.

Equilíbrio, aliás, que há de ser sempre perseguido quando se trata de compatibilizar **interesses igualmente legítimos de punição dos culpados e de proteção dos inocentes**. Assim, a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, **as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo** (GREVI, Vittorio. Alla ricerca di un processo penale giusto. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13).

Acrescente-se ainda, que em 5.10.2016, o Plenário da Suprema Corte, no julgamento do pedido de liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43 e 44, reafirmou o entendimento de ser possível a execução da pena após a condenação em segunda instância.

No caso em debate, o impetrante se insurge contra o julgamento do recurso de apelação que manteve a condenação do réu e determinou o início da execução provisória. Contra esse acórdão, como dito anteriormente, foram interpostos Embargos de Declaração que restaram desprovidos.

Dessa forma, tendo em vista a nova orientação perfilhada tanto pela Suprema Corte quanto por este Superior Tribunal de Justiça, o julgamento da apelação esvazia o objeto do presente *habeas corpus* acerca da custódia cautelar. A restrição da liberdade do ora paciente decorre, agora, do esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias.

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC n. 342.782/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 30/3/2016; HC n. 352.543/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 30/3/2016; HC n. 348.190/SP,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 30/3/2016 e HC 352.216/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 30/3/2016.

Logo, não há falar em constrangimento ilegal decorrente da determinação do início da execução da pena. Do mesmo modo, não havendo mais falar em prisão cautelar ou em medida cautelar substitutiva, a questão do valor da fiança resta prejudicada.

Por fim, no que diz respeito à fixação do valor mínimo para a indenização, bem como a condição financeira do paciente em razão de se tratar de modesto motorista e não notável possuidor de terras (conforme exaustivamente arguido pela defesa no pedido de reconsideração de liminar de fls. 178/180 e no agravo regimental de fls 194/196), o *writ* não comporta conhecimento ante a ausência de risco à liberdade ambulatorial. Nesse sentido:

*CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. INVIABILIDADE EM SEDE DE WRIT. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. ORDEM NÃO CONHECIDA.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

*2. A via processual do habeas corpus não é adequada para impugnar a reparação civil fixada na sentença penal condenatória, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, pois a sua imposição não acarreta ameaça, ainda que indireta ou reflexa, à liberdade de locomoção. Precedentes.*

*3. Habeas corpus não conhecido (HC 302.141/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/5/2016)*

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da presente impetração e jogar prejudicado o Agravo regimental de fls. 194/196.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0322664-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 482.106 / ES**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018517120168080016 1352015 18517120168080016

EM MESA

JULGADO: 21/05/2019  
SEGREDO DE JUSTIÇA

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : VINICIUS ALVES BARBOSA  
ADVOGADO : VINÍCIUS ALVES BARBOSA - ES015669  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PACIENTE : D DE M J

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

#### **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, não conheceu do pedido e julgou prejudicado o agravo regimental de fls. 194/196, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.