



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 547.987 - SP (2019/0353852-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : NELSON GONZALES
ADVOGADO : WAGNER FUIN - SP085192
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO. MATERIALIDADE. MENOR DE 14 ANOS. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça. [...] Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes (AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, Relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 1º/3/2019).

2. A pretensão deduzida no *habeas corpus* é a desclassificação da conduta do réu condenado por estupro de vulnerável, o que é inviável no *writ*, no qual não há revolvimento do material fático-probatório delineado nos autos.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2020 (Data do Julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Presidente

MINISTRO NEFI CORDEIRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 547.987 - SP (2019/0353852-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : NELSON GONZALES
ADVOGADO : WAGNER FUIN - SP085192
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por NELSON GONZALES em face de decisão de fls. 210-215, que denegou o *habeas corpus*.

O agravante reitera os termos do pedido inicial, sustentando, em síntese que o art. 215-A do CP *separou de forma clara e objetiva as duas condutas que restaram centralizadas em um só tipo penal (estupro e ato libidinoso contra vulnerável), condutas estas tipificadas no art. 217-A do CP.* (fl. 221)

Requer, por isso, seja alterada *a tipificação do delito para a prevista no art. 215-A do Código Penal e redimensionar a pena privativa de liberdade do Agravante* (fl. 230).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 547.987 - SP (2019/0353852-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Conforme relatado, busca o agravante a desclassificação do delito previsto no art. 217-A para o Art. 215, ambos do CP.

Consta da decisão agravada os seguintes fundamentos (fls. 70-71):

[...] Conforme relatado, busca a defesa a desclassificação da conduta pela qual o paciente foi condenado, art. 217-A, para o delito tipificado no art. 215-A, ambos do Código Penal, sob alegação de que há incidência de *novatio legis in melius*; e o redimensionando a pena imposta.

De início, no que se refere à desclassificação para o tipo previsto no art. 215 do Código Penal, esta Corte firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, como na hipótese, em que a vítima, à época dos fatos, tinha 13 anos (fl. 194), a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima, o que afasta o crime de importunação sexual. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 217-A, CAPUT, DO CP. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. JULGADO QUE NÃO REVOLVEU MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ELEMENTARES CARACTERIZADAS. DESCLASSIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE SE IMPÕE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A DO CP: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.

1. A questão veiculada no recurso especial não envolve a análise de conteúdo fático-probatório, mas, sim, a possibilidade de caracterização do delito de estupro de vulnerável, notadamente em razão do Superior Tribunal de Justiça ter entendimento de a prática de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos) poder subsumir-se ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal. Dessa forma, não se configura a hipótese de aplicação do óbice constante da Súmula 7/STJ, haja vista a análise eminentemente jurídica do caso.

2. Conforme disposto na decisão ora agravada, o Superior Tribunal de Justiça entende que a prática de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios da dignidade e à liberdade sexual da vítima (menor de 14 anos) se subsume ao tipo descrito no art. 217-A do Código Penal.

3. O tipo descrito no art. 217-A do Código Penal é misto alternativo, isto é, prevê as condutas de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. [...] "A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (AgRg no AREsp n. 530.053/MT, Ministro Felix Fischer, Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 29/6/2015), em cuja expressão estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente (Rogério Greco, in Curso de Direito Penal, Parte Especial, v.3, p. 467) - (AgRg no REsp n. 1.702.157/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 4/2/2019).

4. Inviável a desclassificação da conduta para aquela prevista nos moldes do art. 215-A do Código Penal, inserido por meio da Lei n. 13.718, de 24/9/2018, porquanto não há como se aplicar a nova lei nas hipóteses em que se trata de vítimas menores, notadamente diante da presunção de violência.

5. A Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça. [...] Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes (AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/3/2019).

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1761248/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019).

Não obstante, acerca da materialidade do crime e da subsunção da conduta ao tipo de estupro de vulnerável, o colegiado da Corte estadual, na apelação, reputou devidamente comprovada com base nos seguintes fundamentos (fls. 194-198):

[...] Ao que consta dos autos, o Agravante foi condenado à pena de 08 anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 217-A, do Código Penal, **isso porque praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente em segurar com força o rosto e beijar a boca de Bruna Letícia Meireles, à época dos fatos com 13 anos de idade e em seguida a levou para o quarto, a deitou na cama, retirou suas vestes, deitou-se sobre ela e disse "tesão" e que "queria fazer sexo com ela", em seguida apalpou os seios, coxas e nádegas e abrindo suas pernas, tentou penetrar seu pênis na vagina da vítima, sem, contudo, penetrá-la e fez com que ela segurasse seu pênis, sob ameaça.**

Pugna o Agravante a desclassificação de sua conduta para o crime previsto no art. 215-A, do Código Penal, por se tratar de novatio legis in mellius.

[...] qualquer ato libidinoso praticado com menor de catorze anos de idade, se enquadra no tipo previsto no art. 217-A, do Código Penal, isso porque entendeu o legislador que a vítima desse crime não tem discernimento, capacidade para consentir com o ato sexual, devendo prevalecer o princípio da especialidade.

[...]

Logo inviável a desclassificação pretendida.

Ante todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao presente Agravo em Execução, interposto pelo condenado NELSON GONZALES, qualificado nos autos, mantendo a r. de decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Além de tratar a hipótese de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, extrai-se do excerto acima transcrito que o Órgão julgador *a quo* entendeu estar plenamente configurada a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tendo em vista que o paciente *praticou ato libidinoso diverso da conjunção*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

carnal, consistente em segurar com força o rosto e beijar a boca de Bruna Letícia Meireles, à época dos fatos com 13 anos de idade e em seguida a levou para o quarto, a deitou na cama, retirou suas vestes, deitou-se sobre ela e disse "tesão" e que "queria fazer sexo com ela", em seguida apalpou os seios, coxas e nádegas e abrindo suas pernas, tentou penetrar seu pênis na vagina da vítima, sem, contudo, penetrá-la e fez com que ela segurasse seu pênis, sob ameaça, a configurar o delito de estupro, previsto no art. 217-A do Código Penal.

Entender de modo diverso ao que estabelecido pelo Tribunal *a quo*, demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório delineado nos autos, providência inviável na via eleita. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP. ART. 217-A). ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO PENAL. CRIME CONFIGURADO. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

3. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do ilícito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.

4. Quanto ao pleito de desclassificação da conduta para a contravenção penal do art. 61 do Decreto-lei 3.688/1941, o estupro de vulnerável é crime hediondo, comum, material, instantâneo, em regra plurissubsistente, cujos dois núcleos do tipo consistem em ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com vulnerável, nos termos do art. 217-A e 1º, do Código Penal. Diversamente do estupro (CP, art. 213), despiciendo qualquer tipo de violência real ou grave ameaça para a consumação deste crime, bastando a execução de quaisquer dos dois núcleos típicos, ainda que haja o consentimento expresso da vítima.

5. No caso, tomando por base as conclusões das instâncias ordinárias sobre a matéria fática, cujo revolvimento é inviável nessa via expedita do habeas corpus, é evidente a presença de todos os elementos especializantes do crime de estupro de vulnerável, já que o paciente retirou as vestes da vítima vulnerável, tendo acariciado o seu pênis, visando à satisfação da própria lascívia, sendo, portanto, descabido o pleito de desclassificação da conduta para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

6. Writ não conhecido. (HC 431.708/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 213 C/C ART. 14, INC. II, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECADÊNCIA DO DIREITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE REPRESENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. CONTRAVENÇÃO. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. ART. 61, DECRETO-LEI 3.688/41. DESCABIMENTO. UNIDADE DE CONDUTA. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

I - A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

II - A representação das ofendidas, exercida tempestivamente e de forma inequívoca, preenche a condição de procedibilidade para o exercício da ação penal. Precedentes.

II - O delito de estupro se consuma também com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, não havendo distinção quanto à natureza ou à forma do ato praticado, desde que o agente objetive se utilizar da vítima para satisfazer sua própria lascívia.

Precedentes.

III - O exame dos requisitos objetivos e subjetivos para a configuração de concurso formal nas modalidades própria e imprópria e sobre a existência de unicidade de conduta ou de desígnios demanda revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos, inviável na via estreita do recurso especial. Precedentes.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1672777/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ROUBO. DECADÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. SOLENIDADE DISPENSADA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. Pacífico é o entendimento deste Sodalício quanto a prescindibilidade de requisitos formais específicos para a representação nos crimes contra a liberdade sexual, tendo em vista a mens legis da norma, que visa a proteção da vítima em seu pudor. Na hipótese dos autos, ao contrário do que asseverado pela defesa, a vítima desde o início demonstrou a intenção de autorizar a persecução penal, registrando boletim de ocorrência na mesma noite em que ocorreu o fato, providência bastante para o exercício do direito de representação que a lei lhe confere.

2. 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.

3. Esta Corte possui entendimento no sentido de que não é ilegal e tampouco configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para consideração desfavorável dos antecedentes e aplicação da agravante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência.

4. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros elementos probatórios. Ressalva do entendimento da relatora.

5. Ordem denegada.

(HC 429.840/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

Por fim, não operada a desclassificação resta prejudicado o pleito de redimensionamento da pena.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Como se vê, a decisão está em consonância ao entendimento desta Corte, pois, em se tratando de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, como na hipótese, em que a vítima, à época dos fatos, tinha 13 anos (fl. 194), a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima, o que afasta o crime de importunação sexual.

Ademais, o Órgão julgador *a quo* entendeu estar plenamente configurada a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, assim entender de modo diverso ao que estabelecido demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório delineado nos autos, providência inviável na via eleita.

Assim, como o agravante não apresentou elemento capaz de alterar a conclusão do julgado, mantenho o posicionamento firmado na decisão agravada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0353852-1

AgRg no
HC 547.987 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038359820108260081 00041343120198260996 00113183820198260996
113183820198260996 18310 19271859660 20140000127196 20190000950368
38359820108260081 41343120198260996

EM MESA

JULGADO: 11/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WAGNER FUIN
ADVOGADO : WAGNER FUIN - SP085192
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NELSON GONZALES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : NELSON GONZALES
ADVOGADO : WAGNER FUIN - SP085192
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.