



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.610 - SP (2017/0039913-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JOSE CLAUDIO BRITO
ADVOGADO : JOSÉ CLÁUDIO BRITO - SP239106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R U D (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA INCAPAZ DE OFERECER RESISTÊNCIA. DORMIA NO MOMENTO DOS FATOS. CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ART. 225, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO**.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, **de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas**, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade, o que não ocorre na espécie.

III - Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, **haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime**, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito.

IV - As reformas trazidas pela Lei nº 12.015/09 demonstram uma maior preocupação do legislador em proteger os vulneráveis, tanto é que o estupro cometido em detrimento destes (**art. 217-A do CP**) possui, no preceito secundário, um **quantum** muito superior ao tipo penal do **art. 213 do CP**. E o **parágrafo único do art. 225 do CP** corrobora tal entendimento, uma vez que atesta um interesse público na persecução penal quando o crime é cometido em prejuízo de uma vítima vulnerável.

V - **In casu**, o eg. Tribunal de origem rechaçou a tese de ilegitimidade ativa do Ministério Público para oferecimento da denúncia, em face da vulnerabilidade da vítima, que encontrava-se dormindo no momento do suposto crime, portanto, era incapaz de oferecer resistência. Ressalte-se que o ora paciente foi justamente denunciado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática, em tese, do art. 217-A, § 1º, do Código Penal, o que enseja uma ação penal pública incondicionada. Consignou que as retratações apresentadas pela ofendida e sua genitora não vinculam a atuação do Ministério Público por se tratar de caso de ação penal pública incondicionada.

VI - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria, não sendo necessário, de imediato, a certeza da autoria, a qual será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio do **in dubio pro societate**.

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.

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

Brasília (DF), 08 de agosto de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.610 - SP (2017/0039913-5)

IMPETRANTE : JOSE CLAUDIO BRITO
ADVOGADO : JOSÉ CLÁUDIO BRITO - SP239106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R U D (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de R. U. D. contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos do **Habeas Corpus** n. 2248063-82.2016.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 217-A, §1º, do Código Penal (estupro de vulnerável), pois no dia 4/9/2016, teria praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com D. H. P. O. G., enquanto a vítima dormia.

O d. Juízo da Comarca de Aparecida/SP recebeu a denúncia em 20/9/2016, conforme r. decisão de fls. 99-100.

Apresentada resposta à acusação, o Magistrado de 1º grau afastou a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público e considerou que a vítima não podia oferecer resistência no momento da investida do paciente, mantendo a classificação jurídica do tipo penal no artigo 217-A, §1º do Código Penal, que se processa mediante ação penal pública incondicionada. Entendeu, assim, que não há falar em ilegitimidade ativa do Ministério Público na espécie, bem como não ser hipótese de absolvição sumária, e determinou o prosseguimento do feito (fls. 152-153).

Irresignada, a Defesa do paciente impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem, com pedido liminar, requerendo a extinção da punibilidade em razão da retratação das representações ofertadas por mãe e filha, a revogação da prisão preventiva e o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa (fls. 1-12).

A liminar foi parcialmente deferida para conceder liberdade provisória sem fiança ao paciente, mediante a imposição de medidas cautelares diversas da prisão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantendo-se as demais disposições da decisão de 1º Grau (fls. 157-158).

Ao julgar o mérito do **writ**, o eg. Tribunal de origem, concedeu parcialmente a ordem, apenas para confirmar a liminar que concedeu a liberdade provisória, afastando a alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público para oferecimento da denúncia, e mantendo o entendimento de impossibilidade de trancamento da ação penal, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"Habeas Corpus. Estupro de vulnerável. Impossibilidade de oferecer resistência. Pleito de liberdade provisória sem fiança e trancamento da ação penal. Retratações da vítima e genitora. Constrangimento ilegal configurado. Não evidenciada a necessidade da custódia cautelar. Ordem concedida em parte, ratificada a liminar" (fl. 175).

Dá o presente **habeas corpus**, no qual o paciente reitera os argumentos do **writ** originário, e pleiteia, em síntese, o **trancamento** da ação penal, alegando, em síntese, ausência de justa causa pois considera que Ministério Público não teria legitimidade ativa para oferecer denúncia no caso em análise.

Requer, a concessão de liminar a fim de que a ação penal seja sobrestada até o julgamento final do **writ** e, ao final, a concessão da ordem para que seja determinado o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

Pedido liminar **indeferido** à fl. 185.

Informações prestadas às fls. 192-200.

O d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 204-208, manifestou-se pelo não conhecimento do **habeas corpus**, conforme parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 1º DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. PROVA DA OCORRÊNCIA, EM TESE, DO DELITO. PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. INVIABILIDADE DO TRANCAMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
NÃO CONHECIMENTO DO WRIT."*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.610 - SP (2017/0039913-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JOSE CLAUDIO BRITO
ADVOGADO : JOSÉ CLÁUDIO BRITO - SP239106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R U D (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA INCAPAZ DE OFERECER RESISTÊNCIA. DORMIA NO MOMENTO DOS FATOS. CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ART. 225, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO**.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, **de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas**, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade, o que não ocorre na espécie.

III - Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, **haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito.

IV - As reformas trazidas pela Lei nº 12.015/09 demonstram uma maior preocupação do legislador em proteger os vulneráveis, tanto é que o estupro cometido em detrimento destes (**art. 217-A do CP**) possui, no preceito secundário, um **quantum** muito superior ao tipo penal do **art. 213 do CP**. E o **parágrafo único do art. 225 do CP** corrobora tal entendimento, uma vez que atesta um interesse público na persecução penal quando o crime é cometido em prejuízo de uma vítima vulnerável.

V - **In casu**, o eg. Tribunal de origem rechaçou a tese de ilegitimidade ativa do Ministério Público para oferecimento da denúncia, em face da vulnerabilidade da vítima, que encontrava-se dormindo no momento do suposto crime, portanto, era incapaz de oferecer resistência. Ressalte-se que o ora paciente foi justamente denunciado pela prática, em tese, do **art. 217-A, § 1º, do Código Penal**, o que enseja uma ação penal pública incondicionada. Consignou que as retratações apresentadas pela ofendida e sua genitora não vinculam a atuação do Ministério Público por se tratar de caso de ação penal pública incondicionada.

VI - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria, não sendo necessário, de imediato, a certeza da autoria, a qual será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio do **in dubio pro societate**.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Pretende o paciente, em síntese, o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, sob alegação de que, embora a vítima fosse maior de 18 anos à época dos fatos, foi oferecida a denúncia pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público, o qual não teria legitimidade ativa para tal fim.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso próprio.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Razão não assiste ao impetrante.

Inicialmente, cumpre destacar que o trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, **de plano**, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade.

A liquidez dos fatos, cumpre ressaltar, **constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa**, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no espectro processual do **habeas corpus** ou de seu recurso ordinário, uma vez que seu manejo pressupõe uma ilegalidade ou abuso de poder **tão flagrante que pode ser demonstrada de plano**.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes do col. **Pretório Excelso**:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE EXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento de ação penal em habeas corpus constitui medida excepcional, que só se justifica nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade ou de ausência, demonstrada de plano, de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. 2. Não se admite no habeas corpus a análise aprofundada de fatos e provas, a fim de se verificar a inocência do Paciente. 3. O trancamento da ação penal em relação a outros corréus não permite, por si só, a conclusão de que estaria o Paciente sofrendo constrangimento ilegal, não se inferindo dos autos que exista uma identidade entre a situação deles e a do Paciente. 4. Habeas corpus denegado" (HC n. 115.116/RJ, Segunda Turma, Rel^a. Min^a. Carmen Lúcia, DJe de 17/11/2014).

"HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. PECULATO-FURTO. CRIME MILITAR. MUNIÇÕES DE USO RESTRITO DAS FORÇAS ARMADAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA QUE PERMITE AO ACUSADO O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. RELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA.

1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “o trancamento da ação penal pela via restrita do habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade” (RHC 119.607, Rel. Min. Luiz Fux). 2. A denúncia descreve suficientemente os fatos, ao menos em tese, caracterizadores do crime de peculato-furto (art. 303, § 2º, do Código Penal Militar) e está embasada em elementos concretos colhidos no curso do inquérito policial militar. Peça inaugural que permite ao acusado o pleno exercício do direito de defesa. 3. A subtração de munições de uso restrito, de propriedade das Forças Armadas, não permite a aplicação do princípio da insignificância penal. 4. Habeas Corpus indeferido" (HC n. 108.168/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 3/9/2014).

"Habeas corpus. 2. Art. 334, § 1º, “c” e “d”, do Código Penal (contrabando de máquinas caça-níqueis). Absolvição durante a suspensão condicional do processo. 3. Pedido de trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Não ocorrência. 4. Satisfeitos os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 41, do CPP e não comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Precedentes. 5. Ordem denegada" (HC n. 115.730/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3/6/2014).

No presente caso, consta que o paciente foi denunciado pela prática do crime de estupro de vulnerável, em razão de ter, em tese, praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal enquanto a vítima se encontrava dormindo.

A decisão de primeiro grau que recebeu a denúncia consignou que a conduta do paciente se enquadra no tipo penal do art. 217, §1º, do Código Penal, e que há lastro probatório mínimo para o exercício da ação penal, com os seguintes fundamentos, **in verbis**:

"Pelo que se depreende dos elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, no momento em que a vítima despertou, o réu já havia nela esfregado seu pênis, consumando o crime de estupro de vulnerável.

Ora, no momento da investida de R., a vítima encontrava-se dormindo e, portanto, não podia, como não pôde verdadeiramente, oferecer qualquer tipo de resistência. Tanto é que chegou a ser molestada sexualmente, suportando o esfregão do pênis do réu em seu corpo, pouco importando que, logo em seguida, tenha despertado e logrado dele se desvencilhar, impedindo que o crime de exaurisse" (fl. 152).

Ao analisar o pedido de trancamento da ação penal, o eg. Tribunal de origem rechaçou a tese de ilegitimidade ativa do Ministério Público para oferecimento da denúncia, em face da vulnerabilidade da vítima, consignando que as retratações apresentadas pela ofendida e de sua genitora quanto aos fatos alegados não vinculam a atuação do Ministério Público por se tratar de ação penal pública incondicionada, não sendo o caso de trancamento da ação penal. Destaco os seguintes trechos do voto condutor do v. acórdão combatido:

"De início, deve ser afastada a alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público para oferecimento da denúncia, tendo em vista que o presente caso encontra-se em consonância com o artigo 217-A, §1º, do Código Penal, atribuindo-se legitimidade ativa ao parquet pelo disposto no artigo 225, parágrafo único, do mesmo código.

A vulnerabilidade da vítima encontra-se na situação de estar dormindo quando da prática do ato libidinoso, impossibilitando oferecer resistência, tornando a ação penal pública incondicionada.

Ademais, não há que se falar em interferência do juízo de 1º grau nas atividades do Ministério Público, pois mesmo que este tenha encampado a defesa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preliminar, o magistrado não está vinculado ao alegado, mas sim aos fatos, de maneira que entendeu pela ausência dos requisitos para absolvição sumária e determinou audiência de instrução e julgamento (fls. 140/141).

Vale destacar que as retratações apresentadas pela vítima e de sua genitora quanto aos fatos alegados, ainda que anteriormente ao oferecimento da denúncia, não vinculam a atuação do Ministério Público ou mesmo geram qualquer uma das hipóteses de absolvição sumária, especialmente por se tratar de caso de ação penal pública incondicionada e não haver qualquer comprovação de espontaneidade nas declarações.

[...]

Diante disso, afastada a possibilidade de trancamento da ação penal, a liberdade provisória fica mantida com as medidas cautelares impostas, estando o paciente ciente de que o descumprimento de alguma delas resultará na decretação de sua prisão preventiva" (fls. 177-178).

No tocante à natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, assim dispõe o art. 225 do Código Penal, **verbis**:

"Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

***Parágrafo único.** Procede-se, entretanto, mediante **ação penal pública incondicionada** se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou **pessoa vulnerável**. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)"*

Na hipótese, o eg. Tribunal de origem consignou que a vítima estava dormindo quando da prática do suposto crime, portanto, era incapaz de oferecer resistência, **caracterizando, assim, a situação de vulnerabilidade**. Ressalte-se que o ora paciente foi justamente denunciado pela prática, em tese, do art. 217-A, § 1º, do Código Penal (fls. 152-153).

Dessarte, **em casos de vulnerabilidade** da ofendida, **a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal**. Constata-se que o referido artigo **não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente**, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no **momento do cometimento do crime**, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito.

Confira-se que esta conclusão também encontra respaldo em segmento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

doutrina:

*"...em todas as hipóteses do Capítulo II, a ação penal será pública incondicionada, desmentindo parcialmente o enunciado do caput do art. 225. Relembrando: vulneráveis são: a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento (para a prática de atos libidinosos), a **que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência**, ou, em qualquer hipótese, o menor de catorze anos. É importante frisar que está incluído aqui o caso da vítima que, não sendo doente ou deficiente mental, foi, por um motivo diverso, impedida de opor resistência (por exemplo, a pessoa que foi sedada para que o agente pudesse estuprá-la), que está compreendida nesta categoria (Como já se disse, a vulnerabilidade se estabelece no instante do crime, pouco importando que tenha sido uma situação passageira e que, no momento de se propor a ação penal, o ofendido não mais se encontre na condição de vulnerável). Este, em suma, é o perfil do vulnerável, que, ao lado do menor de dezoito anos, justifica a ação pública incondicionada, que representa exceção à regra da ação pública condicionada. (...)" (Marcão, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal/ Renato Marcão, Plínio Gentil. - 2. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 264)*

Ademais, não se desconhece a existência do julgado proferido pela col. 6ª Turma desta Corte Superior que, ao interpretar o **art. 225 do Código Penal**, assim entendeu, **verbis**:

"A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o strepitus judicii." (HC n. 276.510/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 28/11/2014).

Todavia, no voto-vista relacionado ao julgamento supramencionado, o em. Ministro **Rogério Schietti Cruz** consignou, **verbis**:

"É que, muito embora entenda que a vulnerabilidade a que alude o art. 217-A, na parte final do seu parágrafo primeiro (na hipótese em que a vítima, "por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência"), não exija que a vítima seja pessoa vulnerável – bastando que a situação concreta assim a caracterize (...).

*Sendo assim, a vulnerabilidade momentânea da vítima decorreu da própria ação violenta do paciente, inerente ao tipo materializado no art. 213 do CPP. Logo, não há mesmo de incidir a previsão do § 1º do art. 217-A, do CPB, pois em **tal***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situação a vulnerabilidade já existia quando o agente inicia a execução do crime (pense-se na vítima completamente embriagada, ou sedada, ou em estado de coma). A diferença é sutil, mas há de ser feita, sob pena de desconsiderar-se a violência empregada pelo agente precisamente para subjugar a vítima e com ela praticar algum tipo de ato libidinoso, estando ela ainda totalmente consciente ou não."

O entendimento de que a vulnerabilidade da vítima é aferível no momento do cometimento do crime, não tendo o legislador feito qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, foi assentada no julgamento do Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** n. 72.963/MT, de minha relatoria, conforme ementa que se traz à colação, **in verbis**:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. TRANCAMENTO DO PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA INCAPAZ DE OFERECER RESISTÊNCIA. ESTÁGIO AVANÇADO DE EMBRIAGUEZ. CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ART. 225, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. RECURSO DESPROVIDO.

I - A aventada tese de trancamento do processo penal por ausência de justa causa, isto é, por falta de lastro probatório mínimo a embasar a ação penal não foi apreciada pelo eg. Tribunal **a quo**, de modo que a análise dela por esta Corte Superior, antecipadamente, incorreria **em indevida supressão de instância**.

II - Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constatou-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, **haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime**, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito.

III - As reformas trazidas pela Lei nº 12.015/09 demonstram uma maior preocupação do legislador em proteger os vulneráveis, tanto é que o estupro cometido em detrimento destes (**art. 217-A do CP**) possui, no preceito secundário, um quantum muito superior ao tipo penal do **art. 213 do CP**. E o **parágrafo único do art. 225 do CP** corrobora tal entendimento, uma vez que atesta um interesse público na persecução penal quando o crime é cometido em prejuízo de uma vítima vulnerável.

IV - **In casu**, o eg. Tribunal de origem consignou que a vítima estava em estágio avançado de embriaguez, inclusive, no momento do suposto crime, estava inconsciente, portanto, era incapaz de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oferecer resistência, caracterizando, assim, a situação de vulnerabilidade. Ressalte-se que o ora paciente foi justamente denunciado pela prática, em tese, do art. 217-A, § 1º, do Código Penal, o que enseja uma ação penal pública incondicionada.

V - Ad argumentandum tantum, na hipótese, ainda houve a representação da vítima perante a autoridade policial no dia seguinte ao suposto fato criminoso. Portanto, não há constrangimento ilegal a ser reconhecido na presente via.

Recurso ordinário desprovido" (RHC n. 72.963/MT, Quinta turma, de minha relatoria, DJe de 15/12/2016).

Com efeito, as reformas trazidas pela Lei nº 12.015/09 demonstram uma maior preocupação do legislador em proteger os vulneráveis, tanto é que o estupro cometido em detrimento de vulnerável (art. 217-A do CP) possui, no preceito secundário, um **quantum** muito superior ao tipo penal do art. 213 do CP. E o parágrafo único do art. 225 do CP corrobora tal entendimento, uma vez que atesta um interesse público na persecução penal quando o crime é cometido em prejuízo de uma vítima vulnerável.

A premissa acima está interligada com a **vedação de proteção deficiente**, a qual tem por finalidade resguardar direitos individuais e da coletividade quanto à segurança, como vem reconhecendo a doutrina (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 98, Jun. 2005; STRECK, Lenio Luiz. *Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: Revista da Ajuris, n. 97, Março. Porto Alegre: AJURIS, 2005; STÖRRING, Lars Peter. *Das Untermaßverbot in der Diskussion: untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur*. Berlin: Duncker&Humblot, 2009.

Neste contexto, conclui-se que a ação penal, no caso de ofendido vulnerável, é pública incondicionada, sendo prescindível a representação da vítima como condição de procedibilidade. Vale ressaltar que não há qualquer diferenciação acerca da espécie de vulnerabilidade apta a ensejar essa natureza de ação penal.

Neste sentido é a lição da doutrina, **verbis**:

"[...] Destaque-se, porém, que se a vítima for “pessoa vulnerável”, os crimes serão os tipificados no Capítulo II, tendo por sujeito passivo aquela categoria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinada de indivíduos, situação para a qual é prevista a ação penal pública incondicionada (artigo 225, Parágrafo único, CP). Dessa forma, na realidade, todo e qualquer crime tipificado no Capítulo II sobredito, sendo necessariamente perpetrado contra vulneráveis ou menores de 18 anos, será, invariavelmente, de ação penal pública incondicionada (artigo 225, , CP). Isso porque não existe no Capítulo II nenhum crime que não seja perpetrado contra “vulnerável” ou pelo menos contra menores de 18 anos.” (Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, disponível em: <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937321/acao-penal-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual>, acesso em 7/12/2016).

Sendo a ação penal pública incondicionada, a eventual retratação da vítima quanto à representação ofertada (fls. 60-61) não implica a ilegitimidade ativa do Ministério Público para o oferecimento da denúncia pelo crime de estupro de vulnerável.

Ademais, segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria, não sendo necessário, de imediato, a certeza da autoria, a qual será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio do **in dubio pro societate**.

Logo, inviável o trancamento da ação penal.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0039913-5

HC 389.610 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003536420168260621 20170000073473 22480638220168260000 27372016
3536420168260621

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE CLAUDIO BRITO
ADVOGADO : JOSÉ CLÁUDIO BRITO - SP239106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R U D (PRESO)

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, não conheceu do pedido."

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