



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.402 - PR (2012/0211761-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : JOSÉ SMARCZEWSKI FILHO E OUTRO
ADVOGADO : JOSE SMARCZEWSKI FILHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : L P DA S (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. RECONHECIMENTO DE ATENUANTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Entende esta Corte que o consentimento da vítima não é capaz de afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável, pois a presunção de violência é absoluta na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos.
3. Até mesmo os delitos de estupro e atentado violento ao pudor praticados antes de vigente a Lei 12.015/2009, ainda que cometidos mediante violência presumida, consideram-se hediondos.
4. Não tendo o Tribunal analisado o pleito de aplicação da atenuante prevista no inciso I, do art. 65, do Código Penal, não pode esta Corte conhecer originariamente da matéria, sob pena de supressão de instância.
5. No tocante ao pleito de atenuação da reprimenda, com base no desconhecimento da lei, não bastassem os fundamentos exarados pelo Tribunal para o respectivo afastamento, não comprovaram os impetrantes que o paciente desconhecia o caráter ilícito do fato, não havendo motivos para a aplicação do benefício.
6. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.402 - PR (2012/0211761-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : JOSÉ SMARCZEWSKI FILHO E OUTRO
ADVOGADO : JOSE SMARCZEWSKI FILHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : L P DA S (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em favor de L P da S, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 213, *caput*, c/c os arts. 224, *a*, e 226, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal, às penas de 11 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, no regime inicial fechado, por ter mantido relações sexuais com sua enteada, menor, à época com 13 anos de idade, resultando desta relação um filho.

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, mas, de ofício, alterou a pena do paciente, para aplicar a atenuante de confissão em 1/6, tornando-a definitiva em 10 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, no regime fechado, adequando-se a imputação ao art. 217-A, do Código Penal, com a nova redação conferida pela Lei 12.015/2009.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que, *na fase instrutória, ficou cristalina e cabalmente demonstrada, que não existiu qualquer tipo de violência ou qualquer forma de constrangimento* (fl. 2), e, *como a liberdade sexual é considerada um bem jurídico disponível, o consentimento da vítima elimina a tipicidade da conduta* (fl. 8).

Insurgem-se, ainda, em face da aplicação do art. 71 do Código Penal e postulam o afastamento do caráter hediondo conferido ao crime, visto que há julgados do Supremo Tribunal Federal no sentido de afastar a hediondez dos crimes em que se presume a violência.

Por fim, entendem serem aplicáveis as atenuantes previstas no art. 65, I, II e III, *d*, do Código Penal.

Requerem, liminarmente, a suspensão da execução da sentença e, no mérito, a absolvição do paciente, ou alternativamente, a redução da pena.

A liminar foi indeferida às fls. 351/352.

As informações foram prestadas às fls. 355/356, 359/380, 409/418 e 420/439.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 383/400, pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem.

As últimas informações prestadas dão conta de que o paciente está preso, em regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado, na Penitenciária Industrial de Cascavel, sendo o dia 9/3/2016 o previsto para a progressão do regime.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.402 - PR (2012/0211761-1)

VOTO

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

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Primeiramente, com relação ao pleito absolutório, entende esta Corte que o consentimento da vítima não é capaz de afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável, concluindo que a presunção de violência é absoluta na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Neste sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CARÁTER ABSOLUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ARTIGO 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nesta Corte, firmou-se a orientação no sentido de ser absoluta a presunção de violência na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, de forma que o suposto consentimento da vítima, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso com o agente não torna atípico o crime de estupro de vulnerável.

2. Sendo a presunção de violência absoluta em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que ausente o requisito do art. 44, inciso I, do CP.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1472138/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016) (com destaques)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONFIGURAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime" (REsp n. 1.480.881/PI, Terceira Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 10/9/2015).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1536880/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016)

Pelo mesmo motivo não é cabível o pleito de afastamento das regras do art. 71 do Código Penal. Isso porque, segundo os impetrantes, o consentimento da vítima afasta as regras do crime continuado, já que não verificada a violência ou a grave ameaça com que se repetia a conduta delituosa.

Como visto, no entanto, sendo absoluta a presunção de violência no caso específico de estupro de vulnerável, não há de se acolher, no ponto, a pretensão.

Relativamente ao afastamento da hediondez do crime, entende esta Corte que até mesmo os delitos de estupro e atentado violento ao pudor praticados antes de vigente a Lei 12.015/2009, ainda que cometidos mediante violência presumida, consideram-se hediondos. Confira-se:

PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI 12.015/2009. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. PRECEDENTES DESTESUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. "Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados anteriormente à Lei n.º 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, configuram crimes hediondos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal" (EResp 1.255/387/RS, 3ª Seção, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 4/9/2013).

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 331.918/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016)

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO. DESNECESSIDADE DO REEXAME FÁTICO. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. VIOLAÇÃO DO ART. 214, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, NA ANTIGA REDAÇÃO. HEDIONDEZ. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. REQUISITO SUBJETIVO. EXISTÊNCIA. SÚMULA N. 83 DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

1. A controvérsia atinente ao inadequado reconhecimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tentativa do crime de atentado violento do pudor prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência ao art. 214 (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), c/c art. 14, II, ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual das vítimas (crianças), se reconhece a tentativa do delito, ao fundamento de que a consumação do crime em comento se dá tão somente com a introdução do membro viril nas cavidades oral ou anal, ou a introdução "de um seu substituto (do membro viril)" nas cavidades vaginal ou anal.

3. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.

4. Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.225.387/RS, ocorrido em 28/8/2013, a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento acerca do caráter hediondo dos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência presumida, cometidos antes da vigência da Lei n. 12.015/2009.

5. No caso, o paciente violentou vítimas que, à época, contavam 11, 12 e 13 anos de idade, o que não deixa dúvidas de que os delitos sub examine constituem, sim, crimes hediondos.

(...)

9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para que seja reconhecida a forma consumada dos crimes de atentado violento ao pudor contra as vítimas N. A. F. e B. G. I., bem como para reconhecer a hediondez dos crimes praticados.

(REsp 1028062/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016) (com destaques)

Quanto à aplicação de atenuantes ao presente caso, assim manifestou-se a Corte estadual (fls. 290/294):

Alternativamente, sustenta a defesa a aplicação das atenuantes previstas no art. 65, incisos II e III, alíneas "b" e "d".

a) Da confissão espontânea

Sustenta a defesa a aplicação da atenuante prevista no art. 65, inciso III alínea "d".

Ocorre que, conforme se observa às fls. 153/171, o magistrado a quo já considerou tal circunstância, razão pela qual se encontra prejudicado o presente pedido.

"(...) Assim, por concorrer a circunstância atenuante da confissão prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, reduzo a reprimenda em 06 (seis) meses de reclusão, totalizando a pena de 06 (seis) anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 06 (seis) meses de reclusão. (...)."

b) Do desconhecimento da lei

Em que pese os argumentos levantados pela defesa sustentando a incidência da atenuante prevista no art. 65, penso que sua aplicação no caso em exame reste comprometida.

Conforme se observa no art. 21 do Código Penal, o desconhecimento da lei é inescusável. Assim, a atenuante diz respeito tão somente ao erro de proibição, o qual ocorre quando o agente, supondo ser lícita a sua conduta, acaba por praticar um delito.

Ocorre que, no caso em exame, a tese de que o réu desconhecia a ilicitude da conduta de manter conjunção carnal com menor é inviável, ainda mais em tempos onde tais delitos são amplamente combatidos por campanhas vinculadas nos mais diversos meios de comunicação.

Assim, considerando que o réu poderia saber, sem o mínimo de esforço, sobre a ilicitude de sua conduta, inviável o acolhimento da tese.

Nesse sentido:

"(...) II. Não há erro de proibição se o réu poderia, sem o mínimo esforço, saber da ilicitude da sua conduta."

c) Da tentativa de reparação do dano

Não obstante, sustenta a defesa que também deveria incidir sobre a reprimenda a circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "b", do Código Penal.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci, a atenuante presente no dispositivo legal supracitado deve ser aplicada sempre que o agente tentar por sua espontânea vontade evitar as conseqüências do crime.

Entretanto, conforme anteriormente demonstrado, resta comprometido o reconhecimento da atenuante, tendo em vista que o acusado praticou reiteradas vezes a conduta prevista no art. 217-A do Código Penal, somente se importando com as suas conseqüências a partir do momento em que a vítima ficou grávida.

Ademais, cumpre transcrever parte da fundamentação (fl. 165) utilizada pelo magistrado a quo para não aplicar referida circunstância atenuante:

"(...) Isso porque, ao assim proceder o acusado não está fazendo nada mais do que uma obrigação que lhe é imposta por lei, afinal, o filho gerado é seu e, em tese, sendo certa a paternidade, teria de registrá-lo em seu nome e sustentá-lo de qualquer forma, razão pela qual não há falar em aplicação de tal circunstância atenuante."

Dessa maneira, considerando o que foi exposto, penso ser inviável a aplicação da circunstância prevista no art. 65, inciso III, alínea "b".

Da reforma ex officio da sentença

Em que pese não ter sido sustentado pela defesa, penso que o quantum aplicado pelo magistrado na redução da reprimenda mereça ser revisto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme se observa às fls. 164, pela circunstância atenuante da confissão espontânea, houve a redução da reprimenda em (06) meses.

Entretanto, tendo em vista que o acusado confessou o delito tanto na fase inquisitorial, quanto na judicial, penso que a atenuação procedida pelo magistrado deva ser aumentada para um sexto (1/6), restando à reprimenda fixada em cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão. Diante da incidência da causa de aumento prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal, majoro a reprimenda pela metade, restando essa fixada em oito (08) anos e nove (09) meses de reclusão.

Desta feita, conquanto tenha o agente postulado pela aplicação das atenuantes previstas no art. 65, I, II e III, *d*, do Código Penal, o Tribunal estadual manifestou-se apenas quanto à aplicabilidade daquelas dispostas nos referidos incisos II e III, *d*.

Assim, não tendo o Tribunal analisado o pleito de aplicação da atenuante prevista no inciso I, do art. 65, do Código Penal, não pode esta Corte conhecer originariamente da matéria, sob pena de supressão de instância.

De mais a mais, consta da denúncia (fl. 18) que, à época do fato (a partir do mês de fevereiro de 2008), possuía o paciente 36 anos de idade, informação que afasta a aplicação da atenuante prevista no art. 65, I, do estatuto repressivo, a qual dispõe ser circunstância que sempre atenua a pena *ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença*.

No que tange ao reconhecimento da atenuante referente à confissão espontânea, verifica-se não só a sua aplicação pelas instâncias ordinárias, como também, a sua imposição, de ofício, pelo Tribunal *a quo*, em patamar maior do que aquele adotado na sentença, em observância à proporcionalidade e à razoabilidade.

Por fim, no tocante ao pleito de atenuação da reprimenda com base no desconhecimento da lei, além dos fundamentos exarados pelo Tribunal para o respectivo afastamento, não restando comprovado pelo paciente que desconhecia o caráter ilícito do fato, não há motivos que ensejem a aplicação do benefício.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0211761-1

HC 256.402 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200900011745 200911745 7667587

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ SMARCZEWSKI FILHO E OUTRO
ADVOGADO : JOSE SMARCZEWSKI FILHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : L P DA S (PRESO)

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

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, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.