

Processo

HC 490514

Relator(a)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Data da Publicação

DJe 16/05/2019

Decisão

HABEAS CORPUS Nº 490.514 - RS (2019/0021798-8)

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de M. C. G., contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na Revisão Criminal n. 0256668-70.2018.8.21.7000.

Constados autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, à pena de 12 anos de reclusão (e-STJ, fls. 59-71).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça negou provimento (e-STJ, fls. 75-95).

Após o trânsito em julgado do decreto condenatório, a defesa ajuizou revisão criminal perante a Corte de origem, no qual pugnou pela aplicação retroativa do artigo 215-A do CP, introduzido pela novel Lei nº 13.718, de 24.9.2018, com a conseqüente readequação da pena imposta. A ação revisional, porém, foi julgada improcedente, nos moldes da seguinte ementa:

"REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA OU ARGUMENTO NOVO. DECISÃO QUE NÃO PODE SER HAVIDA COMO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS, ANTES PELO CONTRÁRIO. PEDIDOS ALTERNATIVOS DE CAPITULAÇÃO JURÍDICA DIVERSA PARA TRATO PENAL MENOS SEVERO QUE NÃO PODEM SER ATENDIDOS, SEQUER POR POLÍTICA CRIMINAL, EM SEDE REVISIONAL. O TOQUE CONSUMA A INFRAÇÃO NA MODALIDADE ATO LIBIDINOSO.

INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL POR APENAMENTO DESPROPORCIONAL QUE NÃO TEM SIDO ACEITA PELA JURISPRUDÊNCIA. Ação julgada improcedente. Unânime" (e-STJ, fl. 97).

Neste writ, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) "inegável que a conduta de prática de ato libidinoso imputada ao Paciente não tem a mesma gravidade da conjunção carnal"; b) "no caso dos autos, pela descrição da conduta apurada pelo Acórdão de Apelação Crime nº 70064270366, não houve violência ou grave ameaça"; c) "é caso de aplicação retroativa do artigo 215-A do CÓDIGO PENAL, introduzido pela novel Lei nº 13.718, de

24.9.2018, publicada no DOU de 25.9.2018"; d) "não obstante a correção do Acórdão condenatório objeto de revisão criminal, nesse ínterim, sobreveio a publicação da Lei n.º 13.718, de 24 de setembro 2018, no DJU de 25/09/2018, que, 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. É tipo penal diverso que não existia ao tempo da infração, cediço que o ato libidinoso não tem a mesma gravidade do estupro" (e-STJ, fls. 3-9). Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja determinada a "aplicação retroativa do artigo 215-A do CP, introduzido pela novel Lei nº 13.718, de 24.9.2018, publicada no DOU de 25.9.2018, com a consequente readequação da pena imposta nos autos da ação penal nº 011/2.10.0000169-9, com os benefícios para idoso com 75 anos de idade" (e-STJ, fl. 9). Indeferido o pedido liminar (e-STJ, fl. 130-131), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 212-217). É o relatório.

Decido.

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.

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

A propósito do tema, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO. EXCESSO DE PRAZO SUPERADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. 1. O habeas corpus não é o meio adequado para a análise de tese de desclassificação da conduta por exigir, necessariamente, uma avaliação do conteúdo fático-probatório, procedimento incompatível com a via estreita do writ, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

2. A alegação de ausência dos requisitos autorizadores da medida constritiva cautelar não foi enfrentada pela Corte a quo, o que impede o conhecimento da questão diretamente por este Tribunal, sob pena de

indevida supressão de instância.

3. Quanto ao alegado excesso de prazo verifica-se que já houve o encerramento da instrução criminal com a apresentação das alegações finais. Assim, aplica-se, **no** caso, o enunciado n. 52 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

4. **Nos** termos da orientação jurisprudencial desta Corte, A transferência do preso para estabelecimento prisional situado próximo ao local onde reside sua família não é norma absoluta, cabendo ao Juízo de Execuções Penais avaliar a conveniência da medida (HC n. 18.599/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/10/2002, DJU 04/11/2002).

5. Encerrada a instrução, entendo ser conveniente que o pedido de transferência seja novamente requerido perante o Juízo de primeiro grau que, diante na nova situação fática, poderá avaliar melhor a necessidade ou não da manutenção do recorrente na unidade prisional em que se encontra.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

(RHC 91.605/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/12/2017, DJe 13/12/2017, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE LATROCÍNIO.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE.

IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior é firme na compreensão de não ser possível conhecer de desclassificação, tendo em vista que a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório produzido ao longo da marcha processual, providência incompatível com os estritos limites do remédio constitucional, marcado pela celeridade e pela sumariedade na cognição.

2. Na espécie, o Tribunal de origem, com amparo **nos** elementos probatórios delineados nas instâncias ordinárias, manteve a condenação pela prática do delito descrito **no** art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 14, II, do Código Penal, e concluiu ser incabível a pretendida desclassificação para o crime tipificado **no** art. 157, § 3º, primeira parte, do mesmo diploma legal.

3. Mostra-se inviável, portanto, o exame do pleito de desclassificação, pois, para se afastar a conclusão das instâncias originárias, seria necessário o revolvimento do conjunto probatório, o que é vedado em habeas corpus.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 373.075/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/12/2017, DJe 14/12/2017, grifou-se).

Nesse contexto, se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, que a conduta descrita na peça acusatória subsume-se ao tipo penal do art. 217-A do CP, a análise das alegações concernentes ao pleito de desclassificação demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.

Ademais, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema n.º 918, vinculado ao Recurso Especial Repetitivo 1.480.881/PI (Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 10/9/2015), firmou entendimento no sentido de que "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".

Além disso, importa destacar que o crime do art. 215-A do CP resta configurado tão somente quando o ato libidinoso é praticado sem violência ou grave ameaça, não sendo possível falar em importunação sexual quando a conduta for perpetrada mediante violência presumida.

A fim de corroborar tal entendimento, trago à colação os recentes julgados desta Corte:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDUtas LIBIDINOSAS DIVERSAS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941). INADEQUAÇÃO. CONFORMAÇÃO DAS CONDUtas PRATICADAS AO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Casa firmou-se na compreensão de que o crime de estupro de vulnerável consuma-se com a prática de conjunção carnal ou de qualquer ato libidinoso diverso, ofensivo à integridade sexual da vítima e que revele a intenção lasciva do agente.

2. Os atos libidinosos imputados ao agravante e considerados incontroversos pela Corte estadual, consistentes em dar tapinhas e apertar o pênis da vítima menor de 14 anos à época dos fatos, amoldam-se inequivocadamente ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do Código Penal), sendo inadequada a desclassificação de tais condutas para contravenção penal. Precedentes.

3. Outrossim, vejo que as condutas praticadas pelo agravante não se

almodam ao art. 215-A do Código Penal, pois o texto do normativo em referência ("Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro") evidencia que a conduta criminosa deve ser praticada sem violência ou grave ameaça. Todavia, é sedimentada nesta Corte "a presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos" (REsp n. 1.320.924/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe de 29/8/2016, grifei).

5. Ademais, também já foi assentado neste Superior Tribunal que é "[...] inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1225717/RS, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019, grifei).

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1168566/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/4/2019, DJe 3/5/2019, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONSUMADO. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Qualquer o ato libidinoso diverso da conjunção carnal se insere no conceito de estupro de vulnerável, nos termos de firme entendimento desta Corte Superior, segundo o qual "inclui 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" (AgRg no REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 21/3/2012), Precedentes.

2. "Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ainda que expressos na Carga Magna, são inerentes à norma inserta em cada um dos artigos do Código Penal, relativos à dosimetria da pena, bem como ao estabelecimento do regime inicial do cumprimento da sanção, e não exclusivos ao texto constitucional." (AgRg/REsp 1751263, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 17/10/2018). Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1730933/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/3/2019, DJe 29/3/2019, grifou-se).

Ante o exposto, não conheço do writ.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de maio de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS Relator