

HABEAS CORPUS Nº 628.870 - PR (2020/0311523-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ILIO DE PAULA TEIXEIRA E OUTROS
ADVOGADOS : ILIO DE PAULA TEIXEIRA - PR101311
MARISOL MARIA VILELA CRISTINO - PR068769
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : S B (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO DELITO. ART. 20 § 1º, DO CP. VÍTIMA QUE AFIRMOU POSSUIR 15 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ERRO DE TIPO CONFIGURADO. SEGUNDA CONJUNÇÃO CARNAL PRATICADA DEPOIS DE A VÍTIMA REVELAR TER 13 ANOS DE IDADE. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA DE 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, "b", e § 3º, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O crime de estupro de incapaz contempla duas condutas distintas, quais sejam, ter conjunção carnal com menor de 14 anos e praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça, dada a vulnerabilidade da vítima, sendo que como ato libidinoso deve ser entendido qualquer ato diverso da conjunção carnal revestido de conotação sexual. Ademais, 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.

2. O erro de tipo, previsto no art. 20, § 1º, do Código Penal, isenta de pena o agente que “por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. O erro sobre elemento constitutivo do crime, portanto, exclui o dolo do agente. A idade da vítima é elemento constitutivo do crime de estupro de vulnerável, uma vez que, se ela contar com 14 anos ou mais, deve ser provada a prática de violência ou grave ameaça, a fim de se configurar o delito descrito no art. 213 do Código Penal.

3. Hipótese na qual as instâncias ordinárias reconheceram que a vítima afirmou ao paciente possuir 15 anos, tendo contado sua verdadeira idade somente depois de praticar, na primeira oportunidade, conjunção carnal com o réu.

4. Resta configurado erro de tipo em relação ao primeiro estupro, pois o paciente, embasado na afirmação da própria vítima e na idade colocada por ela em seu perfil na rede social Facebook, desconhecia o fato de estar se relacionando com menor de 14 anos, o que afasta o dolo de sua conduta.

5. Correta a condenação do paciente pelo segundo estupro, pois, mesmo sabendo tratar-se de menor com 13 anos de idade, procurou a vítima e com ela manteve novamente relação sexual.

6. De acordo com a Súmula 440/STJ, “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em

Superior Tribunal de Justiça

razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena de 8 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto.

8. Ordem concedida, com o fim de condenar o paciente pela prática de um delito de estupro de vulnerável, fixar sua pena em 8 anos de reclusão e estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 628.870 - PR (2020/0311523-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ILIO DE PAULA TEIXEIRA E OUTROS
ADVOGADOS : ILIO DE PAULA TEIXEIRA - PR101311
MARISOL MARIA VILELA CRISTINO - PR068769
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : S B (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **S. B.** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 217-A, *caput*, por duas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 38-52).

Interposta apelação, a Corte Estadual negou provimento ao recurso ministerial, em aresto assim ementado:

"APELAÇÃO CRIME – CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NOS ARTS. 217-A, *caput*, c/c art. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL (POR DUAS VEZES) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO PELA DEFESA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS PELAS PROVAS EXISTENTES NO CADERNO PROCESSUAL, SENDO SUFICIENTES PARA O JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DEDUZIDA NA DENÚNCIA – DEPOIMENTO PESSOAL DA OFENDIDA QUE SE ENCONTRA CORROBORADO PELAS DEMAIS PROVAS TESTEMUNHAIS COLIGIDAS AOS AUTOS – FARTO CONJUNTO DE PROVAS – PALAVRA DA VÍTIMA QUE TEM RELEVANTE VALOR PROBATÓRIO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – TESE DE DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO ERRO DE TIPO, COM A CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO – NÃO CABIMENTO – VERSÃO NARRADA PELA VÍTIMA DE QUE HAVIA CONTADO SUA VERDADEIRA IDADE – ACUSADO QUE POSSUÍA PLENA CIÊNCIA – DOSIMETRIA ESCORREITA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO" (e-STJ, fl. 25).

Transitada em julgado a condenação, a defesa ajuizou revisão criminal, a qual foi julgada improcedente, restando o acórdão assim ementado:

“REVISÃO CRIMINAL DE ACÓRDÃO. REQUERENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE DOIS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ARTIGO 217-A POR DUAS VEZES, NA, FORMA DO ARTIGO 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). (1) ALMEJADA ABSOLVIÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO DELITO. ALEGAÇÃO DE QUE A VÍTIMA TERIA MENTIDO A IDADE, CARACTERIZANDO ERRO DE TIPO. MATÉRIA DEVIDAMENTE ANALISADA PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA E CONFIRMADA EM GRAU DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DE PROVAS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL, A QUAL NÃO SE EQUIPARA A RECURSO DE APELAÇÃO. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE.” (e-STJ, fl. 17).

Neste *writ*, os impetrantes alegam, em síntese, que o paciente deve ser absolvido, pois as duas relações sexuais mantidas com a vítima foram consentidas, sem violência ou grave ameaça, sendo que “no momento da ocorrência da primeira relação sexual o Paciente não sabia a sua idade, acreditando que esta seria maior de quatorze anos, ou seja, incorrendo em erro de tipo, tendo em vista a idade informada pela menor e a idade constante em seu perfil de Facebook, contradizendo, portanto condenação do crime por duas vezes” (e-STJ, fl. 4).

Ressaltam que “o fato de o acusado ter conhecimento da idade da vítima na segunda relação sexual não retroage à primeira, pois, nessa não tinha conhecimento, devendo, portanto ser condenado apenas pela segunda conduta” (e-STJ, fl. 10).

Requerem, liminarmente, que sejam afastados os efeitos da condenação e, no mérito, que seja reconhecido o erro de tipo essencial no tocante à primeira relação sexual do paciente com a vítima, e reformada a sentença, para condená-lo apenas em relação ao segundo ato sexual, reduzindo, conseqüentemente, a pena que lhe foi imposta e o regime prisional.

Indeferida a liminar (e-STJ, fl. 55) o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 58-65).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 628.870 - PR (2020/0311523-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ILIO DE PAULA TEIXEIRA E OUTROS**
ADVOGADOS : **ILIO DE PAULA TEIXEIRA - PR101311**
MARISOL MARIA VILELA CRISTINO - PR068769
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ**
PACIENTE : **S B (PRESO)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO DELITO. ART. 20 § 1º, DO CP. VÍTIMA QUE AFIRMOU POSSUIR 15 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ERRO DE TIPO CONFIGURADO. SEGUNDA CONJUNÇÃO CARNAL PRATICADA DEPOIS DE A VÍTIMA REVELAR TER 13 ANOS DE IDADE. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA DE 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, "b", e § 3º, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O crime de estupro de incapaz contempla duas condutas distintas, quais sejam, ter conjunção carnal com menor de 14 anos e praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça, dada a vulnerabilidade da vítima, sendo que como ato libidinoso deve ser entendido qualquer ato diverso da conjunção carnal revestido de conotação sexual. Ademais, 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.

2. O erro de tipo, previsto no art. 20, § 1º, do Código Penal, isenta de pena o agente que “por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. O erro sobre elemento constitutivo do crime, portanto, exclui o dolo do agente. A idade da vítima é elemento constitutivo do crime de estupro de vulnerável, uma vez que, se ela contar com 14 anos ou mais, deve ser provada a prática de violência ou grave ameaça, a fim de se configurar o delito descrito no art. 213 do Código Penal.

3. Hipótese na qual as instâncias ordinárias reconheceram que a vítima afirmou ao paciente possuir 15 anos, tendo contado sua verdadeira idade somente depois de praticar, na primeira oportunidade, conjunção carnal com o réu.

4. Resta configurado erro de tipo em relação ao primeiro estupro, pois o paciente, embasado na afirmação da própria vítima e na idade colocada por ela em seu perfil na rede social Facebook, desconhecia o fato de estar se relacionando com menor de 14 anos, o que afasta o dolo de sua conduta.

5. Correta a condenação do paciente pelo segundo estupro, pois, mesmo sabendo tratar-se de menor com 13 anos de idade, procurou a vítima e com ela manteve novamente relação sexual.

6. De acordo com a Súmula 440/STJ, “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”. De

Superior Tribunal de Justiça

igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena de 8 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto.

8. Ordem concedida, com o fim de condenar o paciente pela prática de um delito de estupro de vulnerável, fixar sua pena em 8 anos de reclusão e estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda.



VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

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

Na hipótese, o Juízo de 1º grau, ao condenar o réu, e o Tribunal *a quo*, ao manter sua dupla condenação pelo delito de estupro de vulnerável, tanto na apelação quanto na revisão criminal, fundamentaram suas decisões nos seguintes termos, respectivamente:

"[...] A informante Beatriz de Souza Pereira, vítima, declarou que a situação narrada na denúncia ocorreu, ou seja, manteve relações sexuais com o réu antes nunca havia tido; na época tinha 13 anos de idade; conheceu o réu pelo Facebook, tiveram uma conversa pela rede social e ele passou a convidar a depoente para sair, resistiu por um tempo, mas acabou cedendo; ele disse que levaria a depoente ao shopping para se conhecerem melhor; no primeiro encontro o réu buscou a depoente em casa e a levou para a casa dele, localizada no Bairro Vila Amélia, e estando lá, não foi forçada, mas o réu passou a ser um pouco agressivo, falar em um tom mais alto e tiveram a primeira relação sexual; não foi ameaçada, apenas o réu falava mais alto; depois do primeiro encontro o réu pediu desculpas à depoente, disse que não era para ter acontecido “nada daquilo” e que voltariam a sair para ir no shopping; saiu com o réu e ele estava levando a depoente novamente para a casa dele, contudo, sua mãe descobriu e foi encontrada com o réu pela polícia; ao que se recorda só houve relação sexual uma vez; depois deste dia não o viu mais; tinha acabado de criara conta no Facebook, seu pai a proibia, mas o desobedeceu e fez; disse ao réu que tinha 15anos, não contou que tinha 13, por ser muito nova e acreditar que ele não sairia com uma pessoa desta idade; foi apenas uma vez na casa do réu; não se recorda de ter ido a parques com ele; no seu perfil do Facebook colocou a idade certa, contudo, deixou oculto, afirmando para o réu ter 15 anos; após ter a primeira relação com o réu ele perguntou se a idade da depoente estava correta, então contou a ele que na verdade tinha 13 anos; ele não teve nenhuma reação ao saber a idade real da depoente; não se recorda de ter ido a parques, mas foi duas vezes na casa do réu; nestas duas oportunidades tiveram relações sexuais e na terceira vez que estava indo sua mãe acabou descobrindo e foram flagrados pela polícia antes

de chegar; mesmo sabendo a idade da depoente o réu a procurou novamente para manter relação sexual; lembra das duas relações que teve com o réu e ele estava insistindo para uma terceira; fez o exame um dia após ter a segunda relação com o réu; o réu foi a primeira pessoa com quem teve relações sexuais; não sabe quem é Sérgio Thiago Cordeiro das Neves; não usou preservativo com o réu.

(...)

Já a vítima, nas duas oportunidades em que foi ouvida, foi firme ao declarar que começou a conversar com o réu pelo Facebook e foi duas vezes à residência dele, onde mantiveram relações sexuais, sendo que o réu foi seu primeiro parceiro. A vítima também relatou que inicialmente disse ao réu que possuía quinze anos, mas após a primeira relação, contou que tinha apenas treze anos.

(...)

De outro vértice, não há que se falar em erro do tipo, como pretende a defesa. O erro de tipo é aquele que vicia a vontade do agente, ou seja, é o erro que causa uma falsa percepção da realidade, incidindo sobre os elementos estruturais do tipo.

Maurach conceitua o erro de tipo como sendo: “o desconhecimento de circunstâncias do fato pertencentes ao tipo legal, com independência de que os elementos sejam descritivos ou normativos, jurídicos ou fáticos”.

Na mesma linha, Bitencourt destaca que: “a errônea suposição de que não concorre um elemento do fato origina o erro de tipo. O sujeito crê que seu atuar é permitido, em virtude de não saber o que faz; sua vontade não está dirigida à realização do tipo”.

Para estar configurado o erro de tipo, deve estar ausente na vontade do agente, a pretensão de alcançar uma finalidade típica. No caso, como bem ressaltou o representante do Ministério Público em sede de alegações finais, “ainda que se considere que a vítima mentiu inicialmente a sua idade para o acusado, como ela explana em seu depoimento judicial, tem-se que logo após a primeira relação sexual o réu a questionou acerca da sua idade tendo afirmado que teria 13 (treze) anos, e, mesmo assim, o acusado continuou se encontrando com a vítima e mantendo relações sexuais com a mesma”.

Logo, no caso concreto, não houve erro de representação psíquica sobre a realidade do fato, pois a prova angariada foi satisfatória em demonstrar que o réu tinha plena condição de saber – e soube – que a vítima possuía menos de 14 (quatorze) anos de idade.

(...)

Dessarte, restaram preenchidas as elementares do tipo penal em exame, uma vez que o réu Sérgio Batista teve conjunção carnal por duas vezes com a vítima Beatriz de Souza Pereira, que contava com 13 (treze) anos de idade na data dos fatos (certidão de nascimento do mov. 10.6).

Diante das conclusões supra e da ausência de causas excludentes da antijuridicidade e de causas dirimentes da culpabilidade, a condenação do réu é medida que se impõe.

(...)

V -DOSIMETRIA DA PENA

Atendendo ao disposto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, e observando o método trifásico de aplicação da pena, previsto no artigo 68,

caput, do Código Penal, passo a individualizar a pena do réu.

1ª Fase – Pena Base

a) Culpabilidade: aqui entendida como o grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente, encontra-se no patamar ordinário. O réu tinha consciência da ilicitude de seu agir e poderia tê-lo amoldado aos ditames legais, contudo, não há elementos a indicar a necessidade de elevação de seu apenamento neste tópico.

b) Antecedentes: são os anteriores envolvimento judiciais do acusado, devendo, entretanto, ser consideradas apenas as decisões com trânsito em julgado e que não configurem reincidência, sob pena de *bis in idem*.

Analisando a certidão extraída do Oráculo (mov. 91.1), verifiquei que o réu não possui antecedentes, pois responde apenas a esta ação penal.

c) Conduta social: não existem nos autos elementos aptos a ensejar a valoração negativa da conduta social do réu.

d) Personalidade: não há elementos suficientes nos autos para aferir tal circunstância, razão pela qual a presumo normal.

e) Motivos: são os normais ao tipo em exame, ou seja, o intuito de satisfazer à própria lascívia.

f) Circunstâncias: são as que normalmente rodeiam o delito.

g) Consequências: não extrapolaram os limites da figura penal.

h) Comportamento da vítima: não houve contribuição da vítima para o evento delitivo.

À vista de tais operadoras, observando o disposto no artigo 59, II, do Código Penal, bem como os critérios de necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do delito, fixo a pena-base em oito anos de reclusão, no termo mínimo em razão do exame favorável de todas as operadoras supra.

2ª Fase – Pena Provisória

Não há agravantes ou atenuantes a serem sopesadas. Assim, mantenho a pena provisória em oito anos de reclusão.

3ª Fase – Pena Definitiva

Não há causas de aumento ou de diminuição de pena a serem sopesadas. Dessarte, fixo a pena definitiva em oito anos de reclusão.

Crime Continuado

Diante da comprovação de que o crime foi praticado por duas vezes, em idênticas condições de tempo, lugar e maneira de execução e em unidade de desígnios, aplicável a regra do crime continuado ao caso.

O critério a ser utilizado para dosar o aumento de pena no crime continuado é o número de delitos praticados.

Assim, aumento a pena no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), equivalente a um ano e quatro meses, e fixo, então, a pena privativa de liberdade em nove anos e quatro meses de reclusão.

(...)

Regime Carcerário

O regime prisional inicial é fixado mediante análise dos seguintes critérios: quantidade de pena aplicada, tempo de prisão provisória, reincidência e circunstâncias judiciais.

No caso concreto, a quantidade de pena aplicada (nove anos e quatro meses de reclusão), apesar de o réu ser primário e da análise

totalmente favorável das moduladoras do art. 59 do Código Penal, enseja a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda imposta, na forma do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal." **(e-STJ, fls. 39-51).**

"[...] Por fim, em que pese a tese defensiva, não há que se falar em erro de tipo, sob o argumento de desconhecimento da verdadeira idade da vítima, pois como bem pontuado por ela em seu depoimento judicial, "disse ao réu que tinha 15 anos, não contou que tinha 13, por ser muito nova e acreditar que ele não sairia com uma pessoa desta idade; foi apenas uma vez na casa do réu; não se recorda de ter ido a parques com ele; no seu perfil do Facebook colocou a idade certa, contudo, deixou oculto, afirmando para o réu ter 15 anos; após ter a primeira relação com o réu ele perguntou se a idade da depoente estava correta, então contou a ele que na verdade tinha 13 anos; ele não teve nenhuma reação ao saber não se recorda de ter ido a parques, mas foi duas vezes na casa do réu; nestas a idade real da depoente; duas oportunidades tiveram relações sexuais e na terceira vez que estava indo sua mãe acabou descobrindo e foram flagrados pela polícia antes de chegar; mesmo sabendo a idade da depoente o réu a procurou novamente para manter relação sexual; lembra das duas relações que teve com o réu e ele estava insistindo para uma terceira.

Dessa forma, vislumbra-se que o acusado tinha plena ciência de que a vítima contava com 13 (treze) anos na data dos fatos, e ainda assim, a procurou outras vezes, com o intuito de manter relações sexuais.

Logo, por todos os ângulos que se analise a questão, sobressai de forma incontestável que o delito realmente foi praticado pelo apelante. Até porque não se identifica, no plexo probatório, qualquer prova que sugerisse que a vítima ou as testemunhas tivessem a intenção deliberada de incriminar o réu.

Passadas as coisas dessa maneira, rejeito as teses absolutórias.

- Da dosimetria da pena

Neste ponto, ausentes pleitos defensivos, tampouco vislumbro a necessidade de qualquer alteração de ofício, haja vista que a pena para o delito de estupro foi fixada no mínimo legal, qual seja, 08 (oito) anos de reclusão, acrescida da fração de 1/6, diante da continuidade delitiva, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, mantenho a pena definitiva em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado." **(e-STJ, fls. 35-36).**

"[...] Ao analisar o conteúdo do processo que se pretende revisar, é possível verificar que, ao contrário do sustentado pela defesa, o acusado efetivamente tinha à sua disposição elementos que o permitissem concluir que estava se relacionando sexualmente com adolescente menor de 14 (catorze) anos, o que inclusive foi confirmado pela vítima em seguida e, ainda assim, o requerente a procurou para reiteração do ato delituoso, inexistindo, portanto, amparo legal para o acolhimento do pedido formulado na presente revisão criminal." **(e-STJ, fl. 23).**

Superior Tribunal de Justiça

Consoante se extrai dos trechos acima transcritos, as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entendeu, de forma fundamentada, haver prova da materialidade e da autoria do crime de estupro de vulnerável, constatando-se que o paciente, tendo conhecido a vítima pelo Facebook, marcou de encontrá-la e a levou para sua casa onde, mediante consentimento, sem violência ou grave ameaça, mantiveram relação sexual. O ato sexual teria ocorrido em duas oportunidades, sendo que na primeira vez, ao questionar a adolescente, ela o teria informado que contava com 15 anos, tendo apenas revelado possuir, na verdade, 13 anos de idade, depois da primeira relação sexual.

De fato, cumpre ressaltar que o crime de estupro de incapaz contempla duas condutas distintas, quais sejam, ter conjunção carnal com menor de 14 anos e praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça, dada a vulnerabilidade da vítima, sendo que como ato libidinoso deve ser entendido qualquer ato diverso da conjunção carnal revestido de conotação sexual. Ademais, 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.

O erro de tipo, previsto no art. 20, § 1º, do Código Penal, isenta de pena o agente que “por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. O erro sobre elemento constitutivo do crime, portanto, exclui o dolo do agente. A idade da vítima é elemento constitutivo do crime de estupro de vulnerável, uma vez que, se ela contar com 14 anos ou mais, deve ser provada a prática de violência ou grave ameaça, a fim de se configurar o delito descrito no art. 213 do Código Penal.

Na hipótese, as instâncias ordinárias reconheceram que, tendo o paciente questionado, a vítima afirmou possuir 15 anos, tendo contado sua verdadeira idade somente depois de praticar, na primeira oportunidade, conjunção carnal com o réu.

Conclui-se, portanto, que resta configurado erro de tipo em relação ao primeiro estupro, pois o paciente, embasado na afirmação da própria vítima e na idade colocada por ela em seu perfil na rede social Facebook, desconhecia o fato de estar se relacionando com menor de 14 anos, o que afasta o dolo de sua conduta.

Neste sentido, trago à colação s seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. — ERRO DE TIPO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte tem entendido que, circunstancialmente, o desconhecimento acerca da idade da apontada vítima pode afastar o dolo do acusado.

2. No caso concreto, tanto o juízo sentenciante quanto o Tribunal *a quo* entenderam que o erro de tipo encontra justificativa nos elementos da narrativa do fato, sendo que desconstituir tal entendimento implicaria em revolvimento fático-probatório, inviável em função da incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. " (AgRg no REsp 1810576/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 24/03/2020, grifou-se);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO.

IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 593/STJ. ERRO DE TIPO. ART. 20 DO CP. VALORAÇÃO DA PROVA. OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior, sob a égide dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015, firmou posicionamento 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.

Nessa linha, foi editada a Súmula n. 593/STJ (O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente).

2. O erro de tipo pode ser conceituado como a falsa representação da realidade, o que afasta o dolo, não havendo crime. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, mediante a ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP) (REsp 1.746.712/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe 22/8/2018).

3. Pela leitura das decisões proferidas pelas instâncias de origem, verifica-se que o envolvido incorreu em erro sobre a idade da vítima, que é circunstância elementar do delito de estupro de vulnerável. Dessa forma, deve haver a exclusão do dolo de sua conduta e, conseqüentemente, o afastamento de sua condenação.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1693341/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019, grifou-se).

Posteriormente, contudo, mesmo sabendo tratar-se de menor com 13 anos de idade, procurou a vítima e com ela manteve novamente relação sexual, estando correta, desse modo, sua condenação pelo segundo estupro.

Neste contexto, afastada a condenação pelo primeiro estupro praticado, resta o paciente condenado como incurso no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, razão pela qual passa-se à nova análise da pena a ele aplicada.

Inexistindo circunstância judicial desfavoravelmente valorada, deve a pena ser fixada no mínimo legal, em 8 anos de reclusão, na primeira etapa do critério dosimétrico, a qual se torna definitiva, em razão da ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição de pena.

Quanto ao regime, de acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento

Superior Tribunal de Justiça

mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena de 8 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto.

Ante o exposto, **concedo** a ordem, com o fim de condenar o paciente pela prática de um delito de estupro de vulnerável, fixar sua pena em 8 anos de reclusão e estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0311523-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 628.870 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00047178120138160033 00559683320198160000 47178120138160033
559683320198160000

EM MESA

JULGADO: 15/12/2020
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ILIO DE PAULA TEIXEIRA E OUTROS
ADVOGADOS : ILIO DE PAULA TEIXEIRA - PR101311
MARISOL MARIA VILELA CRISTINO - PR068769
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : S B (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.