

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal - Processual penal - Recurso especial - Ausência de violação do art. 619 do CPP - Crime de atentado violento ao pudor - Continuidade delitiva - Não-configuração - Dispensável a prova pericial - Vítima menor de 14 anos - Caráter absoluto da presunção de violência - Art. 226, III, do CP - Causa de majoração da pena - Revogação pela Lei 11.106/05 - Aplicação retroativa da lei mais benéfica - Recurso conhecido e parcialmente provido

- Estando o acórdão recorrido fundamentado de forma clara e suficiente sobre as questões postas nos autos, não há falar em violação do art. 619 do CPP, uma vez que os embargos de declaração não têm como objetivo responder um a um os argumentos da parte.

- *In casu*, não há configuração de continuidade delitiva entre o primeiro delito apurado em processo autônomo e o presente feito pela ausência de registro do primeiro processo já julgado. Eventual continuidade delitiva, se demonstrada, poderá ser considerada, em momento oportuno, a fim de unificar as penas, conforme dispõe o art. 82, *in fine*, do Código de Processo Penal.

- O laudo pericial não é fundamental para comprovação do delito de atentado violento ao pudor uma vez que, em regra, não costuma deixar vestígios, podendo ser verificado mediante outros elementos probatórios, especialmente o depoimento da vítima.

- A jurisprudência pacificada da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a presunção de violência prevista no art. 224, "a", do Código Penal possui natureza absoluta, entendendo-se, por conseguinte, que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos de consentir na prática do ato sexual.

- Tendo sido a majorante prevista no art. 226, III, do CP revogada com o advento da Lei 11.106/05, pelo princípio da retroatividade da lei mais benéfica, o Superior Tribunal de Justiça entende pela sua aplicação retroativa.

- Recurso especial conhecido e parcialmente provido para afastar a majoração da pena quanto ao disposto no art. 226, III, do Código Penal.

RECURSO ESPECIAL Nº 906.466-MG - Relator: MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA

Recorrente: Tarcízio de Araújo Ferreira. Advogados: Floriano Bernardino da Costa Júnior e outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

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, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Félix Fischer.

Brasília, 19 de março de 2009 (data do julgamento). - *Ministro Arnaldo Esteves Lima* - Relator.

Relatório

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA - Trata-se de recurso especial interposto por Tarcízio de Araújo Ferreira, com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu parcial provimento à apelação criminal, nos termos da seguinte ementa (fl. 265):

Apelação - Atentado violento ao pudor - Recurso que pretende absolvição com base na ausência de provas - Palavras da vítima - Relevância. - Os depoimentos da vítima e das testemunhas, uníssonos no sentido de que o réu cometeu o crime e atentado violento ao pudor bastam pra alicerçar o decreto condenatório - Em infrações de natureza sexual, rotineiramente praticadas às escondidas, a palavra da vítima, ainda que menor de idade, se coerente e em harmonia com as demais declarações constantes dos autos, é de fundamental importância na elucidação da autoria, bastando, por si só, para alicerçar o decreto condenatório.

Alega o recorrente violação dos arts. 1º da Lei 8.625/93 e 619 do Código de Processo Penal, ao argumento de que, em virtude dos efeitos infringentes dos embargos declaratórios, deveria ter o Tribunal a quo determinado a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para parecer ministerial.

Aparenta violação dos arts. 59, 71 e 76 do CP, aduzindo existir conexão desses autos com outra ação penal contra ele instaurada, na qual foi reconhecida a continuidade delitiva.

Sustenta que a ausência de exame pericial na vítima acarretou ofensa ao art. 158 do CPP e que não

restou configurada a presunção de violência prevista na alínea a do art. 224 do CP.

Por fim, argumenta a inconstitucionalidade do art. 226, III, do CP, motivo pelo qual sua pena não pode ser aumentada em virtude da majorante prevista neste dispositivo legal.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 335/337.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso especial (fl. 367/370).

É o relatório.

Voto

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator) - O presente feito refere-se ao crime de atentado violento ao pudor praticado em continuidade delitiva, pelo recorrente contra Munique, menor de quatorze anos de idade.

Nas razões de apelação, alegou o réu a existência de outro processo contra ele, pela prática do mesmo crime contra outras duas vítimas, Milena e Josiane, no mesmo local e circunstâncias de tempo e modo de execução, em que lhe foi aplicada a pena de 10 anos e 8 meses de reclusão (Proc. n. 1.0582.03.900058-0). Requereu fosse o presente processamento absorvido pelo primeiro em decorrência da continuidade delitiva.

O Tribunal *a quo* deixou de apreciar a questão relativa ao outro processo pela ausência de documentação nos autos.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.

De início, não se verifica a violação dos arts. 1º da Lei 8.625/93 e 619 do CPP. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida, o que não ocorre na presente hipótese, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Nesse sentido: REsp 737.997/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 26/9/05.

Também não há falar em continuidade delitiva entre o presente feito e outro já transitado em julgado. O instituto da continuidade delitiva configura um benefício em favor do réu, que, diante de vários crimes praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, considera os subsequentes como continuação do primeiro, aplicando a pena aumentada de 1/6 a 2/3.

No caso dos autos, não há registro do primeiro feito a que se reporta o recorrente para embasar a tese da continuidade delitiva. Ademais, em consulta à secretaria criminal de onde se originaram os feitos, foi informado o trânsito em julgado daquele primeiro.

Pretende, agora, o Ministério Público a apuração de novo fato praticado e independente dos anteriores, por entender que a aplicação do comando do art. 71 do CP, para este caso, resultaria na impunidade do réu.

Em momento oportuno, a eventual continuidade delitiva, se demonstrada, poderá ser considerada, a fim de unificar as penas, conforme dispõe o art. 82, *in fine*, do Código de Processo Penal. Precedente: HC 43.189/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 1º/8/05.

No tocante à alegada violação do art. 158 do CPP, a comprovação do crime de atentado violento ao pudor dispensa a realização de exame pericial, podendo ser verificado mediante outros elementos probatórios, especialmente o depoimento da vítima. É que o laudo pericial não é fundamental na comprovação do delito em espécie uma vez que, em regra, não costuma deixar vestígios.

Ademais, o acórdão recorrido fundamentou as razões de seu convencimento na oitiva de testemunhas e no depoimento da própria vítima.

Nesse sentido, confirmam-se:

Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Art. 213 e 214, c/c art. 226, I, do CP. Negativa de autoria. Análise profunda do conjunto probatório. Impropriedade da via eleita. Atentado violento ao pudor e estupro. Versão da vítima. Crime equiparado a hediondo. Progressão de regime. Possibilidade. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 declarada pelo STF.

I - Resta devidamente fundamentada a r. decisão que baseou a condenação no laudo técnico, na oitiva de testemunha, bem como nas firmes declarações da vítima. Ao revés, para que se verifique a tese de negativa de autoria, far-se-ia necessário o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, procedimento vedado em sede de *habeas corpus*. (Precedentes).

II - A palavra da vítima, em sede de crime de estupro, ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não tem testemunhas, ou deixam vestígios (Precedente).

III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos. Ordem denegada.

Ordem concedida de ofício para afastar o óbice previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 58.349/PE, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 11/12/06.)

Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. Trancamento da ação penal. Ilegitimidade do Ministério Público. Ausência de atestado de pobreza e representação da vítima. Inocorrência. Colidência de interesses. Curador especial. Nomeação a destempo. Irregularidade. Ausência de nulidade. Exame de corpo de delito. Ausência. Prescindibilidade em delitos contra os costumes. Atipicidade da conduta. Impropriedade do *writ*. Ordem denegada.

I. Não há forma rígida para a representação, bastando a manifestação inequívoca do ofendido ou de seu representante legal, no sentido de que sejam tomadas providências visando à apuração da suposta prática delituosa.

II. A aferição do estado de pobreza pode ser feita através de simples análise das condições de vida da vítima e representantes, não sendo indispensável um atestado.

III. Existência de confronto de interesses entre a segunda vítima e sua genitora, ocasionando a nomeação de curador especial ocorrida posteriormente ao recebimento da denúncia.

IV. Se a representação foi oferecida pela curadora especial, tem-se como suprida a exigência legal, 'permitindo o prosseguimento da *persecutio criminis in iudicio*'.

V. A ausência de laudo pericial não tem o condão de afastar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos quais a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios.

VI. O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório, tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária.

VII. Maiores considerações sobre a atipicidade da conduta que refogem à via eleita.

VIII. Ordem denegada. (HC 47.212/MT, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 13/3/06.)

Atentado violento ao pudor. Violência presumida. *Habeas corpus*. Impossibilidade de revolvimento do conjunto probatório para apuração da aparência da idade da vítima e de eventual erro de tipo. Manifestada a carência de recursos e o interesse em representar. Legitimidade do Ministério Público. Regime integralmente fechado. Progressão. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Ordem parcialmente concedida.

1. O *habeas corpus* não permite o revolvimento do acervo probatório, o que seria necessário para apurar a aparência da vítima quando da ocorrência do crime e para verificar a ocorrência de erro de tipo. Precedentes.

2. Manifestados pela genitora da vítima o interesse em representar contra o acusado e a carência de recursos para arcar com custas judiciais e honorários advocatícios, legitima-se o Ministério Público para propor ação penal. Precedentes.

3. A comprovação do crime de atentado violento ao pudor prescinde da realização de exame pericial, podendo ser verificado mediante outros elementos probatórios, especialmente o depoimento da vítima. Precedentes.

4. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90 declarada pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se afastar o óbice à progressão de regime prisional do paciente, cabendo ao Juízo competente a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a sua efetivação.

5. Ordem parcialmente concedida. (HC 53.861/BA, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJ 26/3/08.)

Quanto à presunção de violência prevista no art. 224, "a", do Código Penal, o entendimento é no sentido da sua natureza absoluta, sendo, por conseguinte, irrelevante o consentimento da vítima para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos de consentir na prática do ato sexual. Precedentes: HC 770.018/SC, deste Relator, Quinta Turma, DJ 16/6/08, EREsp 688.211/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 17/11/08.

Por fim, merece provimento o recurso quanto à causa de aumento do art. 226, III, do CP, uma vez que

com o advento da Lei 11.106/05 a majorante prevista neste dispositivo legal foi revogada.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sendo cabível a retroatividade da norma que beneficia o recorrente:

Penal. *Habeas corpus*. Atentado violento ao pudor com violência presumida. Crime hediondo. Causa de aumento de pena prevista no art. 226, inciso III, do CP. Dispositivo revogado. Não aplicação. Regime inicial semi-aberto. Possibilidade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 declarada pelo STF.

I - A Lei nº 11.106/05 revogou o inciso III do art. 226 do CP, pelo que resta prejudicado o pedido de aplicação da referida causa de aumento de pena.

II - Constitui-se o crime de atentado violento ao pudor, ainda que perpetrado em sua forma simples ou com violência presumida, crime hediondo, submetendo-se o condenado por tais delitos ao disposto na Lei nº 8.072/90 (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

III - O c. Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, praticado antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07, pode obter o direito à progressão de regime prisional ou, ainda, iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido. (REsp 1.033.826/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 3/11/08.)

Habeas corpus. Direito processual penal. Atentado violento ao pudor. Absolvição. Falta de prova. Inocorrência. Agente casado. Causa de aumento. Revogação pela Lei nº 11.106/2005. Afastamento do óbice à progressão e estabelecimento do regime prisional semi-aberto. Cabimento.

1. Inviável, na angusta via do remédio heróico, o puro e simples reexame do conjunto da prova, mormente em se tratando de condenação fundamentada não só nas declarações da vítima.

2. A Lei nº 11.106/2005 revogou a causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 226 do Código Penal, sendo a retroatividade da *lex mitior* imperativo constitucional (artigo 5º, inciso XL).

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

4. Tal questão perdeu atualidade, pois que a Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, afastou a impossibilidade de progressão de regime, fazendo do regime fechado apenas o inicial obrigatório.

5. Na compreensão que se firmou na 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, ressaltando o entendimento contrário desta Relatoria, se a consideração das circunstâncias judiciais funda a fixação da pena-base no mínimo legal, é de rigor a imposição do regime prisional menos grave, pena de se ensejar a afirmação da existência de contradição no julgado.

6. Ordem denegada. *Habeas corpus* de ofício. (HC 51.832/SP; Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 22/4/08.)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento apenas para afastar a majoração da pena quanto ao disposto no art. 226, III, do Código Penal.

É o voto.

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, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 19 de março de 2009. - *Lauro Rocha Reis*
- Secretário.

(Publicado no DJe de 13.04.2009.)

...