



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 734.116 - RO (2015/0151180-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : S S DOS S
ADVOGADO : FRANCISCO BARROSO SOBRINHO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. DESCLASSIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AGRADO DESPROVIDO.

1. No caso dos autos, salientou o acórdão recorrido que o acusado compareceu à audiência acompanhado da Defensoria Pública, que patrocinava a sua defesa, ocasião em que foram ouvidas as testemunhas por ele arroladas e praticados todos os atos processuais necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa, sem que, na oportunidade, se apontasse qualquer mácula ao procedimento adotado. Assim, o acatamento da tese de que as perguntas feitas pelo Juízo induziram as respostas da vítima ou testemunhas esbarram no óbice da Súmula 7 desta Corte.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, eventual nulidade por inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal é relativa, sujeita à preclusão se não alegada oportunamente, como no caso concreto, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração do efetivo prejuízo à defesa.

3. A pretensão de reconhecimento de ausência de provas suficientes para a condenação, bem como de desclassificação da conduta para a do art. 61 da LCP, por demandar amplo reexame de matéria fático-probatória, é inviável na via eleita, a teor da Súmula 7/STJ.

4. Ademais, já decidiu esta Corte que, *se a intenção do agente é a satisfação de seu desejo sexual, estando presentes os elementos constantes no tipo descrito no art. 217-A do Código Penal, trata-se de hipótese de configuração do delito de estupro de vulnerável, objetivando a reprimenda ali contida a proteção da liberdade, da dignidade e do desenvolvimento sexual.* (REsp. 1.481.546/GO, Rel Min. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 5/12/2014).

5. Quanto ao dissídio, além da incidência da Súmula 83/STJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto o acórdão está em consonância com a jurisprudência desta Corte, verifica-se que a divergência não ficou suficientemente demonstrada. Com efeito, a transcrição dos trechos dos acórdãos paradigmas feita pelo recorrente não permite concluir pela existência de similitude fática com a hipótese retratada nos autos.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 734.116 - RO (2015/0151180-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : S S DOS S
ADVOGADO : FRANCISCO BARROSO SOBRINHO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Cuida-se de agravo interposto contra decisão que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial de S S DOS S, por incidência das Súmulas 7 e 83 desta Corte.

Alega o agravante que, no tocante à desobediência ao art. 212 do Código de Processo Penal, não incide a Súmula 7/STJ. O efetivo prejuízo está comprovado pela condenação do réu com lastro na prova testemunhal colhida arbitrariamente, com respostas já prontas nas perguntas feitas pela juíza. Aduz que, cuidando-se de nulidade absoluta, não há falar em preclusão.

Insiste na existência de dissídio jurisprudencial com julgado desta Corte (REsp 1.259.482/RS) e de outros tribunais.

Sustenta que merece ser absolvido da imputação de estupro de vulnerável, com a desclassificação da conduta para o delito de importunação ofensiva ao pudor.

Requer o provimento do agravo para anular o processo desde a fase de instrução, por violação do art. 212 do Código de Processo Penal. Alternativamente pede a sua absolvição, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal ou a desclassificação de sua conduta para a do art. 61 da Lei das Contravenções Penais.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 734.116 - RO (2015/0151180-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

A irresignação não merece prosperar.

O recurso especial do ora agravante, fundado nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III, da Constituição Federal, foi interposto em adversidade a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado (e-STJ fls. 155/156):

Apelação criminal. Degravação de audiência.

Desnecessidade.

É desnecessária a degravação da audiência de instrução, pois incompatível com o disposto no art. 405, § 2º, do CPP, que é viabilizar mais agilidade e fidelidade na colheita da prova, sem ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Defensoria arrola mesma testemunha da acusação. Possibilidade. Assegurado ampla defesa e contraditório.

Não há se falar em cerceamento do direito de defesa quando ao réu fica assegurado o contraditório e a ampla defesa, representada pela competente Defensoria Pública, instituição por ele indicada quando citado para responder à acusação por escrito (fl. 396 CPP) e o faz, arrolando as mesmas testemunhas arroladas pelo Ministério Público e comparece à audiência de instrução e julgamento, praticando todos os atos processuais necessários ao exercício da defesa.

Apelação. Crimes contra os costumes. Relatos da vítima. Suficientes.

Nos ilícitos contra os costumes, geralmente praticados na clandestinidade, os relatos coerentes da vítima, endossados pela prova testemunhal, são suficientes para comprovar a prática dos fatos.

É incabível a desclassificação para o artigo 61 da Lei de Contravenções penais se a natureza dos atos libidinosos praticados contra a vítima ultrapassa os limites da contravenção de importunação ofensiva ao pudor, que se caracteriza pela conduta de importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor.

Estupro de vulnerável. Desclassificação para o art. 65 da LCP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Impossível a desclassificação para o crime descrito no art. 65 da Lei de Contravenção Penal quando o acervo fático-probatório produzido nos autos demonstra que o apelante praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com pessoa vulnerável, menor de 14 anos de idade, consistente em carícias na vagina da vítima, pois configura o crime de estupro de vulnerável.

De início, apontou a defesa maltrato ao art. 386, VII, do Código de Processo Penal, ante a ausência de provas seguras para a condenação, porquanto o depoimento da vítima seria contraditório. Alegou ofensa ao art. 212 do Código de Processo Penal em razão de o Juiz ter feito perguntas diretas às partes, o que caracteriza nulidade absoluta. Postulou a desclassificação da conduta para a figura da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei das Contravenções Penais). Citou julgados em abono de suas teses, com a finalidade de demonstrar a divergência jurisprudencial.

Observe que, no tocante ao art. 212 do Código de Processo Penal, o Tribunal *a quo* afirmou o seguinte (e-STJ fls. 160/161):

c) Formulação de perguntas pelo magistrado. Respostas induzidas.

Ofensa ao devido processo legal.

Alega a defesa, ainda, que não houve imparcialidade da magistrada na formulação das perguntas.

Argumenta que as respostas foram sugestionadas e que as perguntas já vinham acompanhadas da resposta, o que causou enorme prejuízo à defesa do recorrente.

Sem razão.

Como bem ressaltou o nobre Procurador de Justiça, as perguntas da magistrada foram no sentido da busca real, de forma imparcial, sem qualquer sugestionamento. Tanto assim, que em nenhum momento a defesa se insurgiu contra elas. Não cabe agora, em momento processual inadequado, querer o recorrente protestar contra algo que deveria ter sido feito quando da instrução.

Por isso, rejeito também esta preliminar.

Assim, maiores considerações a respeito, para o acatamento da tese de que as perguntas feitas pelo Juízo induziram as respostas da vítima ou testemunhas, esbarram no óbice da Súmula 7 desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos da jurisprudência desta Corte, eventual nulidade por inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal é relativa, sujeita à preclusão se não alegada oportunamente, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, o que não ocorreu no caso concreto.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ART. 217-A DO CP. INQUIRÇÃO DIRETA DAS TESTEMUNHAS PELO JUIZ. NULIDADE RELATIVA NÃO ARGUIDA A TEMPO E MODO PRÓPRIOS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 155 DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME CONTINUADO. ART. 71 DO CP. FRAÇÃO DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a nulidade referente à inquirição direta das testemunhas pelo juiz é de natureza relativa, cujo reconhecimento depende da arguição pela parte no momento oportuno e da demonstração de efetivo prejuízo.

2. A nulidade não foi apontada a tempo e de maneira apropriada, pois não houve qualquer insurgência da defesa na audiência de instrução ou nas alegações finais e nem sequer a ocorrência de efetivo prejuízo ao sistema acusatório, haja vista o registro de que "o defensor efetuou perguntas diretamente às testemunhas, não enfrentando qualquer obstaculização".

3. Não há falar em condenação baseada unicamente em elementos colhidos na fase inquisitorial, quando o juiz utiliza depoimentos das vítimas e das testemunhas, produzidos sob o crivo do contraditório, além de laudo pericial, para motivar sua convicção.

4. É ilegal a exasperação da pena em 1/3, pelo reconhecimento da continuidade delitiva do art. 71 do CP, fundada apenas no número de vítimas (3) e sem a indicação do número de infrações praticadas pelo réu. Recomendado, a teor da jurisprudência desta Corte, o aumento de 1/5 da pena.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente para reduzir a 1/5 o aumento de pena pela continuidade delitiva, resultando a pena definitiva do paciente em 14 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão. (HC 289.541/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015)

No caso dos autos, salientou o acórdão recorrido que o acusado compareceu à audiência acompanhado da Defensoria Pública, que patrocinava a sua defesa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocasião em que foram ouvidas as testemunhas por ele arroladas e praticados todos os atos processuais necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa, sem que, na oportunidade, se apontasse qualquer mácula ao procedimento adotado.

Assim, tendo a defesa somente após a prolação da sentença, alegado a nulidade sem, entretanto, explicar qual o prejuízo observado, não há falar em violação do art. 212 do Código de Processo Penal. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NULIDADE POR AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NULIDADE RELATIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). III - Na linha da jurisprudência desta Corte, a nulidade por inobservância ao art. 212 do Código de Processo Penal é relativa, sujeita, portanto, à preclusão e à demonstração de efetivo prejuízo, o que inexistiu na espécie. IV - Ademais, insta consignar que eventual prejuízo pela ausência de membro do Ministério Público na audiência de instrução, caso houvesse, só interessaria à acusação, sendo inadmissível o reconhecimento de nulidade relativa que só à parte contrária interessa. (Precedentes). Habeas corpus não conhecido. (HC 298.040/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3/2/2015, DJe 23/2/2015).

No mais, a pretensão de reconhecimento de ausência de provas suficientes para a condenação, por demandar amplo reexame de matéria fático-probatória, é inviável na via eleita, a teor da Súmula 7/STJ. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 7/STJ E 279/STJ. RECURSO INTERPOSTO PELA ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA NOS MOLDES LEGAIS E REGIMENTAIS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 3º, DO CP.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito dos recursos extraordinários. (Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...). *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp. 674.442/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 30/6/2015, DJe 3/8/2015).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. REALIZAÇÃO NO REGIMENTAL. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA.

1. *A pretensão do agravante não é a reavaliação das provas, e sim a análise do seu conteúdo, sendo correta a aplicação da Súmula 7/STJ.*

2. *Valorar juridicamente a prova é aferir se, diante da legislação pertinente, um determinado meio probatório é apto para provar algum fato, ato, negócio ou relação jurídica.*

3. *No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar suporte a uma condenação criminal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conjunto probatório seria apto para dar suporte à condenação do agravante pela prática do crime de estupro de vulnerável em continuidade delitiva. Isso não é valoração jurídica da prova, mas reexame do acervo de provas, vedado pela Súmula 7/STJ.*

(...).

5. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp. 685.290/RO, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015).

A Súmula 7/STJ impede, igualmente, a pretendida desclassificação da conduta para tipo existente na Lei de Contravenções Penais. Ademais, os fatos, como narrados no acórdão impugnado, não se amoldam à simples importunação ofensiva.

Com efeito, "se a intenção do agente é a satisfação de seu desejo sexual, estando presentes os elementos constantes no tipo descrito no art. 217-A do Código Penal, trata-se de hipótese de configuração do delito de estupro de vulnerável, objetivando a reprimenda ali contida a proteção da liberdade, da dignidade e do desenvolvimento sexual." (REsp. 1.481.546/GO, Rel Min. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 5/12/2014).

Quanto ao dissídio, além da incidência da Súmula 83/STJ, porquanto o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão está em consonância com a jurisprudência desta Corte, verifica-se que a divergência não ficou suficientemente demonstrada. Com efeito, a transcrição dos trechos dos acórdãos paradigmas feita pelo recorrente não permite concluir pela existência de similitude fática com a hipótese retratada nos autos.

Ante o exposto, subsistentes os fundamentos da decisão agravada, **nego provimento** ao agravo.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0151180-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 734.116 / RO**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008709420128220015 8709420128220015

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : S S DOS S
ADVOGADO : FRANCISCO BARROSO SOBRINHO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : S S DOS S
ADVOGADO : FRANCISCO BARROSO SOBRINHO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.