



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.313.369 - RS (2012/0062524-5)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
RECORRENTE : M A R
ADVOGADO : ANDRE LUIS ANSCHAU MIELKE
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ACÓRDÃO DE APELAÇÃO QUE DESCLASSIFICA O DELITO PARA A FORMA TENTADA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DA PROVA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO.

1. Embora o acórdão de apelação, reformando sentença condenatória, tenha desclassificado os delitos de atentado violento ao pudor para a forma tentada, a questão refere-se à valoração jurídica dos fatos, perfeitamente possível em sede de especial.

2. Em nosso sistema penal, o atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o delito com o contato físico entre o agressor e a vítima.

3. Inadmissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta.

4. O estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados antes da edição da Lei n. 12.015/2009, são hediondos. Precedente - REsp n. 1.110.520/DF, admitido como representativo de controvérsia.

5. Declarada, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, devem ser observados, na fixação do regime prisional, os parâmetros do artigo 33, §§2º e 3º do Código Penal.

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, impõe-se estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do acusado, não reincidente e condenado à sanção definitiva de 7 anos de reclusão.

7. Diante do *quantum* da pena, inviável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inc. I, do Código Penal, que veda a benesse quando a sanção for superior a 4 anos de reclusão.

8. Recurso da Defesa a que se nega provimento, e recurso do Ministério Público provido, em parte, a fim de, reconhecida a modalidade consumada dos delitos, fixar a pena do acusado em 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial da Defesa e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 25 de junho de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.313.369 - RS (2012/0062524-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Tratam-se de recursos especiais interpostos pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul e por M. A. R.

M. A. R. foi denunciado como incurso nas sanções do art. 218 (diversas vezes), c/c o art. 226, incs. II e III, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal; art. 218 (diversas vezes), c/c os arts. 226, inc. III e 61, inc. II, alínea 'f', n/f do art. 71, *caput*, todos do Código Penal; art. 214 (diversas vezes), c/c os arts. 224, alínea 'a', 226, inc. III e 61, inc. II, alínea "f", n/f do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, e n/f da Lei n. 8072/90; art. 214 (diversas vezes), c/c os arts. 224, alínea "a", 226, inc. III e 61, inc. II, alínea "f", n/f do art. 71, *caput*, todos do Código Penal e n/f da Lei n. 8.072/90, sendo todos os delitos praticados em concurso material (art. 69, *caput*, do Código Penal). Os fatos narrados na exordial acusatória podem assim ser resumidos (fls. 2/8):

1º Fato - No período compreendido entre dezembro/2003 e julho/2004, por diversas vezes, corrompeu e praticou atos de libidinagem com o adolescente A. C. B. (com 14 anos de idade à época dos fatos).

2º Fato - No período compreendido entre maio e julho/2004, corrompeu e praticou atos de libidinagem com o adolescente J. A. (com 14 anos de idade à época dos fatos).

3º Fato - No ano de 2003 e no período compreendido entre os meses de janeiro a julho/2004, por diversas vezes, constrangeu o adolescente P. M. da R. (com 11 e 12 anos de idade à época dos fatos), mediante violência presumida, a permitir que com ele se praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

4º Fato - No ano de 2003 e no período compreendido entre os meses de janeiro a julho/2004, por diversas vezes, constrangeu o adolescente V. M. dos S. (com 12 e 13 anos de idade à época dos fatos), mediante violência presumida, a permitir que com ele se praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

No 1º fato, o denunciado usou de sua autoridade sobre a vítima, que se encontrava sob a sua guarda e responsabilidade (Ação de Guarda nº 119/1.03.0000433-2).

Nos 2º, 3º e 4º fatos, o acusado prevaleceu-se das relações de hospitalidade, pois convidava os adolescentes, que estavam abrigados no Lar Esperança Gunnar Axell, em Porto Xavier/RS, para passarem os fins de semana em sua residência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A ação foi julgada procedente condenando o acusado às seguintes penas (fls. 735/745):

1º fato - Art. 218 (diversas vezes), c/c o art. 226, incs. II e III, n/f do art. 71, todos do Código Penal - 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

2º fato - Art. 218 (diversas vezes), c/c o art. 226, incs. II e III, n/f do art. 71, todos do Código Penal - 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

3º fato - Art. 214 (diversas vezes), c/c o art. 224, alínea "a", c/c o art. 226, inc. III e 61, inc. II, "f", n/f do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, n/f da Lei nº 8.072/90 - 18 (dezoito) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

4º fato - Art. 214 (diversas vezes), c/c o art. 224, alínea "a", c/c o art. 226, inc. III e 61, inc. II, "f", n/f do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, n/f da Lei nº 8.072/90 - 18 (dezoito) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Aplicou-se a regra do concurso material - art. 69 do CP.

Foi fixado o regime fechado para o início do cumprimento da sanção de todos os delitos, indeferida a substituição da pena e concedido o direito de apelar em liberdade.

Inconformada, apelou a Defesa postulando: a) nulidade do processo, por cerceamento de defesa, a contar da prova pericial realizada, eis que não intimada da data da realização das avaliações psicológicas, nem da juntada aos autos; b) nulidade do processo, em face do indeferimento do pedido de novo interrogatório e por não terem sido apresentadas alegações finais pelo réu; c) nulidade da sentença por não terem sido enfrentadas todas as teses defensivas - *abolitio criminis* em relação ao delito previsto no art. 218 do Código Penal e necessidade de prova acerca da efetiva corrupção dos menores (fls. 756/766).

À oportunidade do julgamento, o Tribunal *a quo* rejeitou as preliminares e proveu, em parte, o apelo para, mantida a condenação quanto aos 3º e 4º fatos, reconhecer a modalidade tentada dos delitos, afastar a majorante do art. 9º, da Lei n. 8.072/90 e aplicar a regra da continuidade delitiva, redimensionando a pena para 3 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.

Declarou, ainda, extinta a punibilidade quantos aos delitos de corrupção de menores, com fundamento no art. 107, inc. III, do Código Penal, eis que a conduta do art. 218 do Código Penal, tal como descrita na denúncia, deixou de ser incriminada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passando a ter novo enfoque com o advento da Lei n. 12.015/2009, operando-se a *abolitio criminis*.

O v. acórdão está assim ementado (fls. 801/802):

CRIMES SEXUAIS. CORRUPÇÃO DE MENORES E ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR. NÃO INTIMAÇÃO DA DEFESA DOS LAUDOS PSICOLÓGICOS JUNTADOS. Irregularidade que não implica, por si só, nulidade, na medida em que o sentenciante, para condenar o réu, não se baseou exclusivamente nos laudos, e, sim, na palavra das vítimas e demais elementos probatórios.

RENOVAÇÃO DO INTERROGATÓRIO APÓS EDIÇÃO DA LEI 11.719/08. Não há obrigatoriedade na renovação do interrogatório realizado antes da vigência da Lei 11.719/08, ocorrida em 20 de agosto de 2.008.

INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. Preliminar não acolhida eis que a defesa foi intimada duas vezes, sendo que na primeira postulou a nulidade do interrogatório e na segunda a extinção da punibilidade fundada na '*abolitio criminis*' em relação a ambos os delitos – de corrupção de menores e de atentado violento ao pudor.

NÃO ENFRENTAMENTO DE TESES DEFENSIVAS. Conquanto verifique que a sentença não enfrentou tese defensiva da '*abolitio criminis*' em relação à corrupção de menores e a necessidade de efetiva corrupção, a hipótese não comporta a declaração de nulidade, pois no concernente, o exame do mérito do recurso defensivo é mais favorável ao apelante.

CORRUPÇÃO DE MENORES. ARTIGO 218 DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. O artigo 218 do Código Penal a ter novo enfoque depois do advento da Lei n.º 12.015/2009, sendo a conduta imputada ao réu tal como descrita na denúncia, descriminalizada pela nova lei.

ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR. Condenação mantida, diante da palavra das vítimas. TENTATIVA. Reconhecimento da forma tentada dos delitos, atento ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade entre a conduta do réu e a sanção penal cominada na lei.

PENA. DOSIMETRIA. Pena redimensionada. REGIME CARCERÁRIO. Aberto.

PRELIMINARES REJEITADAS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO AOS FATOS 01 E 02 (CORRUPÇÃO DE MENORES). APELO PARCIALMENTE PROVIDO AOS FATOS 03 E 04 (ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR).

O Ministério Público opôs embargos de declaração alegando omissão no v. aresto, eis que deixou de aplicar o art. 9º da Lei n. 8.072/90, sob o argumento de violação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da legalidade.

Ressaltou que é vedado aos órgãos fracionários dos Tribunais Estaduais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por força de cláusula de reserva de plenário do art. 97 da CF, proceder ao controle de constitucionalidade de dispositivos legais editados sob sua égide sem a instauração do incidente disciplinado pelos arts. 480, 481 e 482 do CPC. Salientou que deixando de instaurar o incidente, o Órgão Fracionário não observou a Súmula Vinculante n. 10 do STF.

Os aclaratórios ministeriais foram assim desacolhidos (fl. 852):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

Inexiste a omissão apontada, eis que o aresto embargado analisou devidamente a questão trazida a julgamento. Inexistindo a omissão e contradição apontadas, não merecem acolhimento os embargos declaratórios. Rediscussão de mérito que é incabível em sede de embargos. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS.

A Defesa também embargou alegando omissão, no tocante à possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal, tendo a Corte *a quo* assim acolhido os embargos (fl. 857):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

Havendo omissão no aresto acerca dos motivos pelos quais a pena privativa de liberdade não foi substituída por restritiva de direitos, merecem acolhimento os presentes embargos para que a mesma seja suprida. EMBARGOS ACOLHIDOS.

Daí a interposição de recurso especial pelo Ministério Público e pela Defesa, ambos fundamentados na alínea "a" do permissivo constitucional.

DO RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No especial do Ministério Público, sustenta o representante do *Parquet* contrariedade aos arts. 14, inc. II, e 214 do Código Penal, e art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90.

Aduz que "o agente percorreu todo o *iter criminis*, esgotando os atos de execução previstos no tipo penal do crime de atentado violento ao pudor, ao constranger dois meninos menores de quatorze anos - os quais residiam em um orfanato -, a permitir que com eles fossem praticados atos libidinosos diversos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjunção carnal, quais sejam, passar as mãos em seus órgãos genitais, enquanto dormiam no quarto de hóspedes da residência do réu" (fl. 877).

Acrescenta que "a maior ou menor gravidade do ato perpetrado deve servir como parâmetro a nortear a aplicação da reprimenda penal, porém não como causa de afastamento da consumação do ilícito" e que "o tipo objetivo do crime de atentado violento ao pudor, quando se refere a ato libidinoso diverso da conjunção carnal, inclui toda a ação atentatória ao pudor praticada com o intuito lascivo, sejam eles sucedâneos de conjunção carnal ou não, de sorte que mesmo os toques voluptuosos são considerados libidinosos" (fl. 878).

Prossegue dizendo que "o acórdão recorrido contrariou o artigo 2º, §1º, da Lei n. 8072/90, ao fixar o regime inicial aberto para crime hediondo expressamente previsto no seu artigo 1º, inciso VI, cujo cumprimento de pena deve se dar no inicial fechado, mesmo em se tratando de crime praticado antes da vigência da Lei n. 11.464/07" (fl. 880).

Pugna, ao final, pelo provimento do especial, com o reconhecimento da consumação dos atentados violentos ao pudor, fixando o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

DO RECURSO ESPECIAL DA DEFESA

A Defesa, por sua vez, sustenta contrariedade ao art. 44 do Código Penal, eis que M. A. R., pessoa responsável e trabalhadora, tem direito à pena substitutiva já que não é reincidente e foi condenado a 3 anos e 6 meses de reclusão, além das circunstâncias do fato indicarem que a substituição apresenta-se por demais suficiente.

Requer, assim, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito.

Contra-arrazoados (fls. 914/918 e 928/941) e admitidos (fls. 958/971), nesta Instância, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do defensivo (fls. 982/993).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.313.369 - RS (2012/0062524-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Tratam-se de recursos especiais interpostos pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul e por M. A. R. contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, que proveu, em parte, a Apelação n. 70035823319, a fim de, mantida a condenação pela prática de atentado violento ao pudor praticado contra os adolescentes P. M. da R. e V. M. dos S., reconhecer a modalidade tentada dos delitos, afastar a majorante do art. 9º, da Lei n. 8.072/90 e aplicar a regra da continuidade delitiva, redimensionando a pena do acusado para 3 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.

São estes os fundamentos do acórdão recorrido (fls. 822/823):

8 - Embora reprovável a conduta do réu, a de molestar dois menores de quatorze anos de idade, ao passar a mão em seus pênis, enquanto dormiam no quarto de hóspedes da casa, cabível reconhecer a forma tentada do delito.

Penalizar a conduta do réu com o mesmo rigor com que se penaliza atos invasivos que não se caracterizem como conjunção carnal, como sexo oral ou anal, não se adequa ao princípio da razoabilidade.

A conduta do réu, de passar a mão no pênis das vítimas constitui manobra de cunho sexual menos invasiva que a exigida para a aplicação de pena rigorosa cominada ao artigo 214 do Código Penal. Pode-se entender, portanto, que precederia a execução de atos mais graves, não podendo ser reprovada com a mesma intensidade com que se reprimem atos que representam maior violação ao corpo da vítima e à liberdade sexual como o coito anal ou oral.

Atenta, portanto, ao princípio da proporcionalidade entre a ofensa advinda da conduta do réu e a sanção penal, e considerando que o tipo do artigo 214 do Código Penal abriga atos de natureza sexual mais graves, invasivos, nos quais há contato direto com os genitais de réu/vítima, cumpre reconhecer a forma tentada do delito, reduzindo a pena por metade.

9 - Afasto o concurso material dos delitos, mantendo, apenas a continuidade delitiva.

P. referiu ter ido passear na casa do acusado quatro ou cinco vezes. Lembrou ter sido abusado mais de uma vez (fl. 149).

V. mencionou ter ido quatro vezes à casa do acusado. Afirmou que o réu só não abusou do depoente a primeira vez (fl. 150).

10 - Possível reconhecer a continuidade delitiva, ainda que se trate de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítimas diversas, eis que os delitos ocorreram no mesmo modo de execução, tempo e lugar.

Como se pode observar, a Corte de origem, invocando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, desclassificou os delitos para a modalidade tentada, sob o argumento de que a conduta do réu não pode ser punida com o mesmo rigor daquelas que implicam atos invasivos, como, por exemplo, a conjunção carnal, o sexo oral ou anal.

Em primeiro lugar, afasto a incidência da Súmula 7 do STJ, porquanto os fatos objetos do presente recurso foram igualmente narrados na proemial acusatória e na sentença que condenou o acusado pela prática de atentado violento ao pudor consumado. E, embora o acórdão recorrido tenha desclassificado os delitos para a forma tentada, a questão refere-se à valoração jurídica dos fatos, perfeitamente possível em sede de especial.

Cinge-se a controvérsia em saber se o ato de fazer carícias nos órgãos genitais dos adolescentes é suficiente para ensejar a condenação por atentado violento ao pudor na modalidade consumada.

Em nosso sistema penal, o delito de atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos. E a consumação do referido crime se dá quando evidenciada a existência de contato físico entre o agressor e a vítima.

Guilherme de Souza Nucci, ao discorrer sobre o tema, destaca:

14. Consumação. [...] No tocante aos outros atos libidinosos, basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima, que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo que este busque a obtenção do prazer sexual. Entretanto, o *iter criminis* deve ser analisado caso a caso, pois existem inúmeras formas de satisfação da lascívia, por meio do constrangimento de alguém. (*in* Código Penal Comentado, 11ª edição, pág. 946)

Na hipótese, verifica-se, pela narrativa da conduta e pela fundamentação declinada pelo Magistrado singular, que houve a consumação do delito de atentado violento ao pudor, uma vez que restou evidenciada a prática de atos libidinosos com efetivo e reiterado contato físico entre o agressor e as vítimas menores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, não é admissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. PERFEITA CONFIGURAÇÃO DO CRIME. CONDUTA DE INTRODUIR A MÃO E TOCAR PARTES ÍNTIMAS DA VÍTIMA.

1. A violência presumida afigura-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor, em face de sua incapacidade volitiva (art. 224, a, do CP).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, para a consumação do delito de atentado violento ao pudor, mediante violência presumida, basta o mero contato físico. Logo, inadmissível a configuração da tentativa no caso em análise, no qual ocorreu efetivamente a execução do delito em tela (art. 214 do CP), pois ocorrida a violência, pelo que se infere dos autos.

3. Fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento do regime prisional.

4. Inadequada a incidência da Súmula 7/STJ, porquanto os fatos descritos na sentença são abonados pelo acórdão estadual e a questão controvertida refere-se não à discussão de fatos, 'mas sim de valoração jurídica de situação fática' (AgRg no REsp n. 721.466/SP, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 1º/7/2009).

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp nº 842.431/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 14/12/2011)

PENAL E PROCESSO PENAL - RECURSO ESPECIAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - RÉU QUE MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA BEIJA MENOR DE 10 ANOS DE IDADE APALPANDO-LHE A GENITÁLIA - CRIME CONSUMADO - REGIME INICIAL FECHADO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1 - Consuma-se o delito de atentado violento ao pudor com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, exigindo a lei o contato físico com o ofendido, quando prevê ação do agente sobre a vítima. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.

2 - Considera-se consumado o atentado violento ao pudor, não havendo como se reconhecer a tentativa, na hipótese em que o autor, agindo de violência ou grave ameaça, desfere beijo na boca da vítima com dez anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de idade, apalpando-lhe a genitália.

3 - Em face da nova interpretação atribuída ao art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, há que se fixar o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, conforme, inclusive, requereu o douto Ministério Público Federal, no caso concreto.

4 - Recurso Especial Provido. (REsp nº 1164940/RS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 08/11/2010)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTATO FÍSICO ENTRE AGRESSOR E VÍTIMA. CONSUMAÇÃO. ATOS LIBIDINOSOS. RECONHECIMENTO DAS CONDUTAS CONCUPISCENTES.

1. O crime de atentado violento ao pudor resta consumado quando, evidenciada a existência de contato físico entre o agressor e sua vítima, mediante violência ou grave ameaça, ainda que o agente seja impedido de prosseguir na prática de atos libidinosos por fatores alheios à sua vontade. Precedentes.

2. Recurso provido para, reformando o acórdão recorrido, reconhecer a consumação do crime de atentado violento ao pudor. (REsp nº 1021447/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 11/05/2009)

Reconhecida a modalidade consumada dos delitos praticados pelo acusado (fatos nºs 3 e 4), passo, então, ao redimensionamento da pena.

Nos termos do acórdão recorrido, mantenho a pena-base no mínimo legal para cada delito - 6 anos de reclusão.

Diante da ausência de insurgência ministerial acerca do afastamento do concurso material com o reconhecimento da continuidade delitiva, mantenho o aumento em 1/6, conforme determinou o acórdão de apelação, chegando-se ao *quantum* definitivo de 7 anos de reclusão.

Em relação ao regime prisional, passo a tecer breves considerações a respeito do tema.

A Terceira Seção desta Eg. Corte, ao apreciar o REsp. n. 1.110.520/DF, admitido como representativo de controvérsia, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, firmou orientação no sentido de que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que praticados na forma simples e antes da edição da Lei n. 12.015/2009, são hediondos

Malgrado essa característica, o Supremo Tribunal Federal declarou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, tanto na sua redação original (HC n. 82959/SP - 23/2/2006), como após as alterações introduzidas pela Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES - 27/6/2012). Assim, não é mais obrigatório o cumprimento da pena em regime fechado, seja integral ou inicialmente, aos condenados pela prática de crime hediondo.

Logo, devem ser observados, na determinação do regime prisional, os parâmetros do artigo 33, §§2º e 3º do Código Penal, que prevê a possibilidade do estabelecimento do regime semiaberto ao condenado não reincidente, com pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos, observados os critérios previstos no art. 59 do referido Diploma Legal.

No caso, verifico que a pena-base de M. A. R., não reincidente, foi imposta no mínimo legal, por lhe serem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. A pena definitiva foi fixada em 7 anos de reclusão. Logo o início do cumprimento da pena deve ser no regime prisional semiaberto.

Confira-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO ANTES DA LEI N.º 12.015/2009. CRIME HEDIONDO. REGIME FECHADO OBRIGATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N.º 440 DESTE TRIBUNAL E 719 DA SUPREMA CORTE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. A hediondez do crime de atentado violento ao pudor praticado antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 já foi reiteradamente afirmada por esta Corte Superior (REsp n.º 1.110.520/SP; AgRg no HC n.º 250451/MG; HC n.º 169910/SP; AgRg no REsp n.º 1348987/RS) e pelo Supremo Tribunal Federal (HC n.º 101860/RS; HC n.º 106668/PR; HC n.º 97778/RS).

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e a Súmula n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. *In casu*, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, as instâncias ordinárias optaram por fixar o regime fechado para início de cumprimento de pena.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida, a fim de fixar o regime semiaberto como regime inicial de cumprimento de pena. (HC nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

196.036/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013)

Finalmente, não comporta provimento o recurso da Defesa.

Diante do *quantum* definitivo da pena - 7 anos de reclusão -, inviável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inc. I, do Código Penal, que veda a benesse quando a sanção for superior a 4 anos de reclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da Defesa, e dou provimento, em parte, ao recurso especial do Ministério Público, a fim de, reconhecida a modalidade consumada dos delitos, fixar a pena de M. A. R. em 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0062524-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.313.369 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11920400007004 1700466620108217000 20400007004 3740321020118217000
70035823319 70044412385

PAUTA: 25/06/2013

JULGADO: 25/06/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : M A R
ADVOGADO : ANDRE LUIS ANSCHAU MIELKE
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

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, negou provimento ao recurso especial da defesa e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.