



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 833.652 - RS
(2016/0003518-5)**

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : A E E
ADVOGADOS : LEONARDO RIZZOLO FETTER - RS030720
LEOMAR FETTER E OUTRO(S) - RS029031
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DECLARAÇÃO DE POBREZA NA VIGÊNCIA DO ART. 225, § 1º, INC. I, DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VERACIDADE DA DECLARAÇÃO DE POBREZA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE ABSOLUTA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REQUISITOS. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso."* (AgRg no REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR)

2. Foram preenchidos os requisitos do art. 225, § 1º, inciso I, do Código Penal então vigente, não podendo se falar em nulidade do processo por ilegitimidade do Ministério Público para oferecer a denúncia nos termos em que proposta. Para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem quanto à presunção de veracidade da declaração de pobreza apresentada, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Agravo regimental desprovido.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 22 de setembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 833.652 - RS
(2016/0003518-5)**

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : A E E
ADVOGADOS : LEONARDO RIZZOLO FETTER - RS030720
LEOMAR FETTER E OUTRO(S) - RS029031
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental em embargos de declaração em agravo regimental em agravo em recurso especial, cujo explanação processual se passa a expor.

Os embargos infringentes opostos contra acórdão em sede de apelação não foram conhecidos por serem intempestivos.

No juízo de admissibilidade feito pelo Tribunal de origem, o recurso especial também não foi conhecido porque considerado intempestivo, ao entendimento de que o recurso incabível ou intempestivo não suspende ou interrompe o prazo recursal (fls. 892/896).

Por força de agravo, o recurso subiu a esta Corte. O agravo em recurso especial não foi conhecido (fls. 988/990) em razão da incidência do enunciado da Súmula n. 182/STJ, que dispõe: *"É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."*

Adveio agravo regimental em que a parte recorrente, repisando os argumentos expedidos no recurso especial e no agravo em recurso especial, alegou nulidade absoluta do julgado proferido pelo Tribunal estadual, cujo relatório transcrevo:

"Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do agravo em recurso especial pela incidência da Súmula 182/STJ.

O agravante, reforçando os argumentos expedidos no recurso especial alega, em preliminar, nulidade absoluta do julgado. Em primeiro lugar, em face da sentença absolutória que reconheceu a inexistência do delito tipificado na exordial acusatória, cujas situações ou circunstâncias acabaram não sendo levados em consideração no segundo grau de jurisdição, como a condição pessoal do Recorrente, que poderiam ser reconhecidas de ofício. Em segundo lugar, em razão da condição social e financeira que a família da vítima ostentava, que lhe permitiu, inclusive, contratar advogados como assistentes de acusação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na defesa de seus interesses, configurando, dessa forma, ofensa ao art. 255, § 1º, do Código Penal então vigente (2008), pela total ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação penal (fls. 1.004/1.006). Afirma, desse modo, que mesmo ocorrente a intempestividade recursal, as ilegalidades que motivam o presente recurso são de ordem pública, permitindo, de ofício, a prestação jurisdicional, em razão das nulidades absolutas que maculam o presente procedimento. (fls. 1.001) Requer, assim, a alteração da dosimetria da pena para o grau mínimo, em decorrência da tentativa e a possibilidade de conversão da pena imposta ao recorrente em restritivas de direitos, passando ao juiz da execução a responsabilidade de determinar as condições (fls. 1.019).

Diz ainda que:

Diante das ilegalidades e abusividades (jurídicas) produzidas no primeiro e no segundo grau, não importa, aqui, a tempestividade do recurso: primordial é a análise das circunstâncias de ordem pública que gravitam sobre o tema – todas possíveis de ser reconhecidas de ofício, conforme amplamente argumentado.

Essa a pretensão do recorrente: no mínimo ver os suas alegações articuladas no Recurso Especial interposto analisada pela totalidade dos Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (não pode e não deve o Ministro Relator afastar essa possibilidade).

Requer, então, o regular recebimento da presente irresignação para que, uma vez conhecido, seja julgado inteiramente procedente o recurso de Agravo Regimental de modo que seja recebido o Recurso Especial nos termos propostos.

Recebido o Recurso Especial, pede, desde logo, seja o mesmo colocado em pauta para julgamento para que, ao final, emergja decisão reconhecendo a ilegalidade da decisão atacada (fls. 1.020).

Por fim, requer a reconsideração da decisão agravada, ou que o processo seja levado à Turma com o provimento do seu recurso.

É o relatório. Decido. (fls. 1.023/1.024)

Em face desses argumentos e para melhor elucidar a alegada nulidade, reconsiderarei a decisão, mas negando provimento ao agravo por outro fundamento, qual seja, a ausência de ilegalidade para declarar a nulidade do acórdão recorrido para conceder *habeas corpus* de ofício como postulado pelo recorrente (fls. 1.024/1.029).

Foram opostos embargos de declaração em que o embargante alegou as seguintes omissões:

= A primeira omissão

Argumentou o recorrente que o artigo 7º da Lei n. 12.015/09 expressamente revogou o artigo 214 do Código Penal, que previa o crime de atentado violento ao pudor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, a regra, a respeito, é absolutamente clara: quando um tipo penal é expressamente revogado, opera-se a **abolitio criminis**, causa extintiva da punibilidade (art. 107, III, do Código Penal).

Buscou, dessa forma, **o reconhecimento da abolitio criminis (decorrente da aplicação da lei 12.015/09), com a consequente extinção da punibilidade.**

Sendo tal circunstância um direito subjetivo do réu/recorrente, tal análise e julgamento deve ser feito por este Tribunal (inclusive de ofício) – ou seja, deve tal omissão ser suprida.

= A segunda omissão

Argumentou o recorrente que teve tolhido o direito de produzir prova (tanto pericial, quanto ao que diz respeito a capacidade técnica da perita nomeada) no procedimento criminal no primeiro grau – tal circunstância, além de ofender e negar vigência aos arts. 155 e 156 do CPP, acarreta evidente nulidade do processado.

Novamente, aqui, passível a manifestação de ofício do julgador, no sentido de reconhecer esta nulidade, anulando o julgado e determinando a volta do procedimento ao primeiro grau de jurisdição, a fim de permitir-se a produção da prova requerida.

= A terceira omissão

Perceba o Ministro Relator:

O acórdão recorrido, ao decretar a condenação do aqui recorrente, **fixou a pena base levando em consideração o aumento decorrente da Lei dos crimes hediondos.**

Evidentemente inadequado tal parâmetro já que não se pode dizer ou afirmar que violência presumida não gera a causa especial de aumento de pena prevista aos crimes hediondos.

No caso em tela, impositiva é a exclusão da pena da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90 – **reconhecendo-se, dessa forma, a inaplicabilidade desta lei aos crimes com violência presumida (novamente, aqui, tal circunstância deve e pode ser reconhecida de ofício, pois diz respeito a fixação da pena).**

= A quarta omissão

Avulta questão pacífica entre os que estudam matéria penal – mas não unicamente penal – que toda e qualquer decisão emanada do Poder Judiciário deve ser fundamentada, tal como recomenda o art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

Ora, isso significa dizer que, **para majorar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado deve embasar sua convicção em argumentos substanciais acerca das circunstâncias judiciais avaliadas, não podendo firmar a sua intelecção apenas em juízos abstratos e assertórias inconsistentes.**

Fácil perceber que, no decreto condenatório, **nenhuma fundamentação existe para definição da pena acima do mínimo** – ao contrário, todas as circunstâncias são favoráveis (e tanto isto é reconhecido que o julgador fixou o regime como aberto).

Assim, **constatada a ausência de fundamentação acerca da aferição negativa das consequências do crime, revela-se necessária a reforma da dosimetria para se aplicar sanção justa e**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente.

Ante o exposto, argumentou o recorrente ser **impositiva a alteração da pena base fixada no acórdão recorrido, definindo-a no mínimo legal.**

E sobre tal circunstância, de ordem pública, não se manifestou o Ministro Relator.

= A quinta omissão

Novamente quanto a pena, o Superior Tribunal de Justiça definiu, em diferentes julgados, **que o quantum da redução no crime tentado é objetivo – ou seja, sem elementos concretos a redução deve ser fixada no máximo.**

Perceba o Ministro Relator a motivação do acórdão condenatório atacado quanto a redução pela tentativa:

Por fim, reconhecida a minorante da tentativa, reduz a pena em $\frac{1}{2}$ (metade), restando definitiva em **03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão.**

Clara e solar a falta de fundamentação! Não existem elementos concretos que a balizem.

Dessa forma, **necessária e impositiva a utilização do patamar de dois terços como critério de redução** (conforme recente acórdão da Sexta Turma do STJ, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Recurso Especial nº 1.340.747, julgado no dia 13/05/2014, acórdão publicado no DJ em 21/05/2014).

Uma vez mais quanto a tal pedido, de evidente caráter público, não se manifestou o julgador – emerge, aqui, uma vez mais, necessária seja tal omissão devidamente suprimida, com a necessária manifestação judicial a respeito do tema.

= A sexta omissão

Não desconhece o Ministro Relator o julgamento do Plenário do STF onde foi reconhecida e declarada a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006 (Habeas Corpus nº 97.256), afastando o óbice à conversão da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos (isto na hipótese de condenação pela prática do crime de tráfico de entorpecentes).

Argumentou o recorrente que **o modelo adotado na Lei 8.072/90 não observa o princípio da individualização da pena**, já que não considerara as particularidades de cada pessoa, sua capacidade de reintegração social e os esforços empreendidos com finalidade de ressocialização.

Dessa forma, tal vedação não passa pelo juízo de proporcionalidade – por consequência, afastada essa vedação, não existe óbice à substituição em exame nos crimes hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais.

Nesse sentido, buscou o recorrente fosse reconhecida a **possibilidade de conversão da pena imposta em restritiva de direitos** (passando ao juízo da execução a responsabilidade de determinar as condições).

Também tal pedido se reveste em direito subjetivo do réu, permitindo a manifestação de ofício pelo julgador – justa, legal e jurídica a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretensão do recorrente de ter a decisão do STJ a respeito de tal pretensão (devendo a omissão ser, dessa forma, suprimida). [...]. (fls. 1.035/1.039, grifos do original)

Referidos embargos foram rejeitados nestes termos: "Os aclaratórios não merecem acolhida. Conforme estabelece o art. 619 do CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de correção de omissão, obscuridade, ambiguidade ou contrariedade no acórdão embargado. O embargante não aponta nenhum dos aludidos vícios. Pretende a modificação do provimento anterior, com a rediscussão da questão, o que não se coaduna com a medida integrativa. Portanto, os embargos devem ser rejeitados. São precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria nesta Corte Superior: [...]. (fls. 1.048/1.050).

Inconformado, o recorrente interpôs o presente agravo regimental, sustentando enfaticamente os mesmos argumentos expendidos nos recursos pretéritos, conforme se reproduz resumidamente:

Entende e defende o recorrente que a decisão condenatória deve, de ofício, ser anulada! (foram, no presente procedimento, desconsideradas tanto Lei Federal quanto a Constituição).

Frise-se, uma vez mais:

*Ainda que entenda este Egrégio Tribunal Superior que o Recurso Especial é intempestivo (diante da intempestividade do recurso de Embargos Infringentes julgada no segundo grau – **decisão ora agravada**), deve a motivação ser analisada e julgada, **ante a expressa possibilidade da concessão de Habeas Corpus de ofício** (situação já reconhecida em diferentes oportunidades, tanto do STJ como no STF 1).*

*E, aliás, apenas para deixar bem definido: também não importa seja, por qualquer razão, não conhecido o Recurso Especial – **toda a matéria aqui esgrimida é definida como matéria de ordem pública, ou seja, autorizada a ser reconhecida de ofício** (em situações semelhantes, já fixaram a Quinta e a Sexta Turma do STJ em reconhecer matéria de ordem pública mesmo em recursos intempestivos):*

[...]

Resumindo:

Mesmo se admitindo, para fins de argumentação, a intempestividade, as ilegalidades que motivam o presente recurso são de ordem pública, permitindo, de ofício, a prestação jurisdicional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dito isso, importante fixar:

As nulidades absolutas que maculam o presente procedimento suportam-se, basicamente, nas seguintes origens:

A primeira durante o procedimento no primeiro grau de jurisdição (nulidades essas que não foram levantadas perante o segundo grau pelo simples fato de que a sentença foi absolutória)

Justo e impositivo que este Tribunal, por sua Quinta Turma, analise, agora, tais circunstâncias jurídicas, caracterizadoras de violação/negativa de vigência da lei federal (ante a flagrante ilegalidade) Depois, num segundo momento, **emergem situações que também geram a nulidade absoluta do decreto condenatório, essas oriundas do julgamento de segundo grau** (situações essas a quais, no mínimo, geraram irregularidades suficientes para autorizar, deste Tribunal, **a possibilidade da alteração do julgado via concessão de Habeas Corpus de ofício**).

Exatamente por isso, o agravante dividiu o Recurso Especial trazendo, por primeiro, a **condição pessoal do recorrente** – reconhecendo que tais circunstâncias, totalmente provadas e demonstradas nos autos são, sim, matéria de prova (e não desconhece o recorrente que este Tribunal não analisa provas).

Todavia, essas mínimas informações são importantes para que umas das irregularidades/nulidades que maculam o presente procedimento seja convenientemente analisada: **a questão da fixação da pena (fácil perceber que a pena foi fixada acima do mínimo – sem qualquer fundamentação; e que o percentual de diminuição da pena pela tentativa não foi o maior – novamente sem qualquer fundamentação; tais situações autorizam a manifestação, de ofício, deste Egrégio Tribunal)**.

[...]. (fls. 1.060/1.062, destaques do original)

Afirma, desse modo, que essas circunstâncias geram a nulidade absoluta de todo o procedimento que poderiam ser reconhecidas de ofício, independentemente de recurso, requerendo o reconhecimento da ilegalidade da decisão atacada, bem como a redução da pena em decorrência da tentativa e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 1.076/1.079)

Por fim, pretende a remessa do feito à Turma julgadora para que o agravo seja conhecido e provido o recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 833.652 - RS
(2016/0003518-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Em que pese o inconformismo do recorrente o recurso não prospera.

A decisão agravada merece ser mantida pelos seus próprios fundamentos, *verbis*:

[...]

No presente agravo regimental, o agravante alega nulidade absoluta do julgado.

Em primeiro lugar, em face da sentença absolutória que reconheceu a inexistência do delito tipificado na exordial acusatória, cujas situações ou circunstâncias acabaram não sendo levados em consideração no segundo grau de jurisdição, como a condição pessoal do recorrente, que poderiam ser reconhecidas de ofício.

Em segundo lugar, em razão da condição social e financeira que a família da vítima ostentava, que lhe permitiu, inclusive, contratar advogados como assistentes de acusação, na defesa de seus interesses, configurando, dessa forma, ofensa ao art. 255, § 1º, do Código Penal então vigente (2008), pela total ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação penal (fls. 1.004/1.006).

Afirma, desse modo, que mesmo ocorrente a intempestividade recursal, as ilegalidades que motivam o presente recurso são de ordem pública, permitindo, de ofício, a prestação jurisdicional, em razão das nulidades absolutas que maculam o presente procedimento. (fls. 1.001)

Quanto à alegada nulidade do julgado proferido pelo Tribunal de origem por ter modificado a r. sentença absolutória, transcreve-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão recorrido:

Como se vê, a meu sentir, os fatos ultrapassaram em muito a mera importunação ou perturbação da tranquilidade da vítima, que apesar da pouca idade, narrou com segurança e clareza os abusos perpetrados pelo réu.

Nada obstante, considerando que a conduta praticada pelo réu se limitou à manipulação da vagina da vítima e na esfregação da mão da ofendida em seu pênis, por cima da roupa, possível o reconhecimento da forma tentada do delito de atentado violento ao pudor.

[...]

Nesses termos, dou parcial provimento à apelação para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 214, dc o art. 224, alínea "a" e art. 14, inciso II, todos do Código Penal anterior à Lei nº 12.015/2009, com a incidência das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposições da Lei nº 8.072/1990.

[...]

Dosimetria da Pena.

O réu agiu com culpabilidade normal. Não possui antecedentes. A conduta social foi abonada. Sem elementos para a aferição da personalidade. A motivação foi ordinária a esta espécie de delitos. As circunstâncias são negativas, uma vez que o acusado aproveitou-se do momento de recreação das crianças e do fácil acesso à vítima, amiga de seu filho, para perpetrar os abusos. As consequências não são dignas de nota. A vítima não contribuiu para a prática delitiva.

[...]. (fls. 676/679)

Com efeito, é pacífica a compreensão desta Corte de que o delito de atentado violento ao pudor com violência presumida se CONSUMA com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima.

Desse modo: "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso." (AgRg no REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR)

Com esse entendimento, os seguintes julgados desta Corte:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMA CRIANÇA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 214, CAPUT, C/C O ART. 224, "A", DO CÓDIGO PENAL (VIGENTES À ÉPOCA DOS FATOS). CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia atinente à inadequada desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência aos arts. 214 e 224, "a" (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (criança), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que a ação do acusado foi "breve e superficial".

3. *A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.

4. É pacífica a compreensão de que o delito de atentado violento ao pudor com violência presumida se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima.

Precedentes.

5. *Recurso especial provido para condenar o réu como incurso no art. 214, caput, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal (vigentes à época dos fatos), devendo os autos retornar ao Tribunal de Justiça estadual, para que se proceda à dosimetria da pena.* (REsp 1.154.718/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 28/3/2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso.

2. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/3/2012)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. ART. 214, c/c. ART. 224, "A", AMBOS DO CÓDIGO PENAL. VIOLAÇÃO. CONDENAÇÃO RESTABELECIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I - O decisum ora objurgado explicitou as circunstâncias fáticas por meio das quais o crime foi perpetrado, salientando a dinâmica da conduta perpetrada pelo acusado, tudo com base na descrição feita pelo acórdão objeto do recurso especial. Ou seja, não houve necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplicasse o direito.

II - O Tribunal de origem, por considerar os atos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticados pelo acusado de menor gravidade, optou por não cominar a pena do antigo crime de atentado violento ao pudor, tecendo considerações sobre a incongruência legal em equiparar casos de simples atos lascivos a casos mais graves, em que há coito anal, por exemplo.

III - Considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal somente as hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco o da doutrina e da jurisprudência, acerca do tema.

IV - Conforme já consolidado por esta Corte Nacional: *"o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso"* (AgRg REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ªT., DJe 21/3/2012).

V - A contravenção penal descrita no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de perturbar a tranquilidade de outrem.

VI - Nega-se vigência ao artigo 214, c.c. o artigo 224, "a" (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), quando se desclassifica o delito para a referida contravenção, como na hipótese dos autos, em que, conforme descrito no acórdão a quo, o réu manipulou a vagina da vítima - que contava, à época, 7 anos de idade.

VII - A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.

VIII - *Agravo Regimental não provido.* (AgRg no REsp 1.371.413/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 8/9/2014)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO. CONTATO FÍSICO COM A VÍTIMA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Consuma-se o delito de atentado violento ao pudor 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" (REsp 1.021.117/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 11/5/09).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a prática de delito consumado, nos termos da sentença condenatória, impondo-se, contudo, o regime inicial fechado. (REsp 1.168.589/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe de 19/4/2010)

Em relação à questionada nulidade por ofensa ao artigo 225, § 1º, inciso I, do Código Penal vigente à época do recebimento da denúncia (fls. 549 e 729), referida norma preceituava:

Ação penal

Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou de sua família;

Consta da r. sentença o seguinte:

Preliminarmente, cabe ressaltar que a condição processual legal para a instauração da demanda restou estampada nos autos pelos termos de representação e declaração de pobreza de fls. 08, satisfazendo os requisitos encerrados no artigo 225, § 1º, inciso I, e § 2º, do Código Penal, legitimando assim a iniciativa do Ministério Público para a oferta da denúncia, muito embora a argumentação defensiva no sentido de que a família da vítima disporia de condições financeiras para mover a ação penal privada. (fls. 551)

Como se verifica, a requerente preencheu os requisitos do 225, § 1º, inciso I, do Código Penal então vigente, não podendo se falar em nulidade do processo por ilegitimidade do Ministério Público para oferecer a denúncia nos termos em que proposta.

Para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem quanto à presunção de veracidade da declaração de pobreza apresentada, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. VALOR DA CAUSA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. SUSPENSÃO DO FEITO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA Nº 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Esta Corte Superior é firme no sentido de que a declaração de pobreza que tenha por fim o benefício da assistência judiciária gratuita tem presunção relativa de veracidade, podendo ser afastada fundamentadamente.

[...]

4. Inviável rever o entendimento do Tribunal de origem que afastou a presunção de veracidade da declaração de pobreza, decidiu o ponto relacionado à suspensão do feito com base nos elementos probatórios e aplicou multa por litigância de má-fé, haja vista a vedação do reexame de provas em recurso especial, cristalizada na Súmula nº 7/STJ.

5. A necessidade de revisão do conjunto fático-probatório impede o conhecimento do recurso especial pela divergência jurisprudencial, haja vista a ausência de similitude fática entre os casos confrontados.

6. *Agravo regimental não provido.* (AgRg nos EDcl no Ag 1404991/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/11/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICO-FINANCEIRA NÃO COMPROVADA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Inviável a modificação do julgado estadual, na via especial, se o tribunal de origem, soberano no exame de fatos e provas dos autos, concluiu que a parte não comprovou a hipossuficiência econômico-financeira necessária à concessão da justiça gratuita (Súmula 7/STJ).

2. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 608.509/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 10/2/2015)

Desse modo, não vejo nenhuma ilegalidade para declarar a nulidade do acórdão recorrido e conceder habeas corpus de ofício como postulado.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo regimental e, com fundamento no art. 932, inc. IV, alínea "a", do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, nego provimento ao agravo em recurso especial. (fls. 1.024/1.029)

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0003518-5

**AgRg nos EDcl no AgRg no
AREsp 833.652 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016927320138217000 02620800061253 02758261920158217000 2620800061253
70052770674 70063616643 70065904484 70066856014

EM MESA

JULGADO: 22/09/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : A E E
ADVOGADOS : LEONARDO RIZZOLO FETTER - RS030720
LEOMAR FETTER E OUTRO(S) - RS029031
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ASSUNTO: DIREITO PENAL

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : A E E
ADVOGADOS : LEONARDO RIZZOLO FETTER - RS030720
LEOMAR FETTER E OUTRO(S) - RS029031
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.