



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.538 - RJ (2013/0237270-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : M P DA S (PRESO)
ADVOGADOS : MAURO SILVA DE CASTRO
WILLER TOMAZ DE SOUZA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL. NATUREZA. SÚMULA 608/STF. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. LEGISLAÇÃO POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. ANULAÇÃO. CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DE DECADÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, que deu nova redação ao artigo 225 do Código Penal, a ação penal nos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência real, passou a ser de natureza pública condicionada à representação, exceto nas hipóteses em que a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, em que a ação será pública incondicionada.

3. Em atenção ao princípio da retroatividade da lei posterior mais benéfica, *ex vi* do disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, de rigor sua aplicação a casos como o presente. Com a anulação da ação penal, tem-se por reconhecida a decadência do direito de representação, e a extinção da punibilidade.

4. Recurso ordinário provido para, reconhecida a extinção da punibilidade, nos moldes do artigo 107, IV, c.c. art. 103, todos do Código Penal, trancar a ação penal n.º 0012161-21.2013.8.19.0054, da 1ª Vara Criminal da Comarca de São João de Meriti/RJ - com dois votos vencidos, e um voto pelo provimento sob outro fundamento.

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: Prosseguindo julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior dando provimento ao recurso em habeas corpus, verificou-se empate na votação, prevalecendo a decisão mais favorável ao réu, a Sexta Turma, deu provimento ao recurso em habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará o acórdão, vencidos o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz e a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE). Votou com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 08 de abril de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.538 - RJ (2013/0237270-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : M P DA S (PRESO)

ADVOGADOS : MAURO SILVA DE CASTRO

WILLER TOMAZ DE SOUZA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

MARCOS PEREIRA DA SILVA, ora recorrente, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, denegatório do *HC* n. 0024722-45.2013.8.19.0000, por meio de acórdão assim ementado:

*Habeas Corpus. Artigos 214 c/c 226, II do Código Penal. Impetração alegando que o paciente possui os requisitos para responder o processo em liberdade. Tem-se como justificada a segregação cautelar, fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, pela conveniência da instrução criminal e, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, até porque os crimes atribuídos ao acusado são dotados de grande censurabilidade e geradora de ampla repercussão no meio social. Presença de indícios de materialidade e autoria, ante o farto conjunto probatório já carreado aos autos, notadamente pelo depoimento da vítima. A primariedade, residência no distrito da culpa e trabalho fixo não são argumentos suficientes para afastar os requisitos do art. 312 do CPP. Por outro lado, **segundo a Súmula n.º 608, do STF, "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada"**, não havendo que se cogitar de ilegitimidade da atuação do Ministério Público, **tampouco em decadência** do direito de ação por parte da ofendida. Neste contexto, depreende-se da denúncia que **o paciente agarrou à força a vítima e a jogou na cama, arrancando-lhe a roupa com o fim de praticar coito anal**. Resta, portanto, caracterizada a violência real. Insurge-se, ademais, contra ato da autoridade policial que se recusou a informar o motivo da prisão do paciente se limitando a entregar apenas o mandado de prisão preventiva. O impetrante não apresentou qualquer prova hábil a identificar qualquer ilegalidade praticada*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela autoridade policial, limitando-se apenas a argumentos. De resto, as alegações do paciente referem-se ao mérito da causa, que não encontra sede para discussão na via estreita do 'writ'. Denegação da ordem. (Fl. 208, destaquei)

O recorrente foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 214, c/c o 226, II, do CP (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), por fatos ocorridos em "**meados de 2009**" (fl. 15). **A denúncia foi recebida em 2.5.2013, mesma data de decretação da prisão preventiva.**

Assevera o recorrente que, conforme a exordial acusatória, o delito fora praticado mediante violência real; assim, de acordo com o preceituado pela Súmula n. 608 do STF, seria de ação penal pública incondicionada.

Relata que, no entanto, **após o oferecimento da denúncia, a vítima se retratou** perante a Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro e, em audiência realizada em 17.6.2013, "*reiterou todos os termos de sua retratação, ao passo que as demais testemunhas de acusação nada disseram acerca do fato objeto da denúncia*" (fl. 225).

Assim, foi impetrado *habeas corpus* na Corte de origem, sob o fundamento de que inexistira violência real, portanto a conduta seria atípica; naquele *writ*, pugnou pelo trancamento da ação penal e pela ausência de fundamentação para a decretação da custódia cautelar.

O Tribunal estadual, por sua vez, entendeu pela existência de violência real na conduta imputada ao ora recorrente, de modo que a ação penal seria pública incondicionada e considerou legítima a decretação da prisão preventiva.

Nas razões deste recurso, alega o recorrente que há jurisprudência firmada nesta Corte Superior no que se refere à possibilidade do trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus*, em caso de atipicidade manifesta da conduta, passível de aferição mediante cognição sumária, o que ocorreria no caso em tela, pois a exordial acusatória estaria lastreada em depoimento prestado pela suposta vítima na fase de inquérito, portanto, somente a palavra dela poderia sustentar eventual condenação, visto que não foi realizado exame de corpo de delito.

Aduz que o revogado artigo 214 do CP exige a ocorrência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violência real para a tipificação da conduta descrita no tipo penal, a fim de atrair a hipótese de ação penal pública incondicionada, a teor da Súmula n. 608 do STF; para tanto, seria necessária a existência de indícios de prova acerca da aludida violência, sob pena de falta de justa causa para a ação penal, além da inépcia da denúncia.

Relata que a vítima *"nunca afirmou que foi jogada com violência na cama, mas apenas que foi jogada, ato corriqueiro em uma relação sexual, incapaz de, por si só, atrair a elementar da violência real"* (fl. 228), além do que, na data dos fatos, encontrava-se na igreja junto com o recorrente, foi chamada ao quarto e lá manteve relação sexual (coito anal), sem nenhum indício de violência real.

Defende que sua autoridade religiosa limita-se à causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, do CP, sem fazer parte do tipo penal do atualmente revogado art. 214 do CP, razão pela qual não poderia ser utilizada duplamente, a fim de tipificar uma conduta que não tem a referida elementar em sua descrição típica.

No que tange à decretação da custódia cautelar, alega o recorrente que:

a) o decreto preventivo fundamenta-se em fatos que não se relacionam com a denúncia, como supostas ameaças feitas pelo recorrente a alguns depoentes, sem que tais ameaças tivessem qualquer vínculo com a ação penal objeto deste recurso;

b) para o argumento da garantia da instrução criminal, as supostas ameaças devem se dirigir a testemunhas do processo, sendo que uma das testemunhas, em juízo, veio a se retratar da alegação de que teria sido anteriormente ameaçada;

c) não se pode considerar inquéritos policiais e ações penais em curso como fundamento da periculosidade do recorrente; e

d) *"meras suspeitas ou ilações não se prestam a motivar a prisão cautelar"* (fl. 237).

Afirma estar extinta a punibilidade pela decadência, visto que **a representação oferecida pela vítima ocorreu após o prazo decadencial de 6 meses exigido pelo artigo 103 do CP, a contar da data da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, assim, o provimento deste recurso ordinário, para que seja trancada a ação penal, por atipicidade da conduta, ou para que seja revogada a custódia cautelar, por falta de motivação concreta e, ao cabo, para que seja declarada a extinção de punibilidade do recorrente.

Liminar indeferida às fls. 271/272 pelo Presidente desta Corte, Ministro Felix Fischer.

Despacho de admissibilidade do recurso à fl. 256.

Sem contrarrazões, os autos ascenderam a este Tribunal Superior, onde, instado, o Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento do recurso, em parecer assim ementado (fl. 277):

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGOS 214 c/c 226, II do CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 608/STF. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312, DO CPP.

- Inviável o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta do art. 214, do Código Penal, uma vez que, em sentido frontalmente comprovado e contrário à tese, restou configurada a existência da elementar do tipo, a violência real.

- "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada." Súmula 608/STF.

- Presentes os requisitos autorizadores - art. 312, do Código de Processo Penal, que legitimam a manutenção da prisão preventiva.

- Parecer pela negativa de provimento ao recurso ordinário.

Autos atribuídos à minha relatoria em 18.9.2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.538 - RJ (2013/0237270-0)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. ALEGADO CONSENSO NA PRÁTICA DA RELAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. VÍTIMA QUE RESIDIA NA IGREJA EM QUE O ACUSADO ATUAVA COMO PASTOR E GUIA ESPIRITUAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DELITO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA REAL. SÚMULA 608 DO STF. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O trancamento da ação penal através do *Habeas Corpus* só deve ocorrer quando se encontrar manifestadamente ausente a justa causa para o prosseguimento da ação penal, seja pela comprovação da existência de alguma excludente de tipicidade, extinção da punibilidade ou inexistência de prova da materialidade ou de indícios de autoria.

2. Na espécie, para se ilidir a violência real na conduta delituosa, afirmada pelas instâncias ordinárias, faz-se necessário o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *writ*. Precedentes.

3. Para levar ou manter o réu à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP, a afastar a invocação da mera gravidade abstrata do delito, ou o recurso a afirmações vagas e descontextualizadas de que a prisão é necessária para garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

4. Na hipótese dos autos, mostrou-se válida a prisão cautelar do recorrente, visto que apoiada em sua periculosidade concreta, ante o relatado *modus operandi* com que a conduta teria sido praticada – contra vítima que dele dependia e que residia na igreja onde o recorrente exercia a função de pastor – e à vista do relato de que o recorrente exerce grande poder de influência sobre as vítimas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunhas, em razão de sua atuação como orientador espiritual.

5. Nos delitos praticados mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada, dispensada a representação da vítima, razão pela qual não há que se falar em decadência do direito de ação, a teor da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

5. Recurso em *habeas corpus* não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Inicialmente, destaco que, em contato via correio eletrônico com a 1ª Vara Criminal da Comarca de São João do Meriti/RJ, em 10.3.2014, o gabinete obteve a informação de que ainda não sobreveio a prolação de sentença nos autos da ação penal objeto deste recurso, razão pela qual a custódia cautelar do recorrente ainda decorre do decreto de prisão preventiva, título judicial que justamente é atacado por meio deste reclamo (Processo n. 0012161-21.2013.8.19.0054).

Com o propósito de contextualizar a controvérsia, transcrevo excerto da denúncia (fls. 15/16, destaquei, *sic*):

[...]

*Em meados de 2009, no interior da Igreja Assembleia de Deus dos Últimos Dias, situada na Av. Dr. Délio Guaraná, n.º 353, Éden, nesta comarca, o denunciado, com vontade de satisfazer a sua lascívia, **constrangeu mediante violência [E. C. de J.], a permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.***

No dia dos fatos, o denunciado a agarrou à força e a jogou na cama. Ato contínuo, arrancou a roupa de [E.] e a colocou de bruços, pressionando o seu pênis contra o seu ânus, não tendo conseguido a penetração porque o denunciado não teve ereção o suficiente. Não satisfeito, o denunciado obrigou [E.] a fazer-lhe sexo oral.

O denunciado tinha autoridade sobre [E.], pois era o Pastor e Presidente da Igreja Assembleia de Deus dos Últimos Dias. Ademais, [E.] morava na Igreja, era dependente e tinha o denunciado como seu líder espiritual, em quem acreditava e a quem seguia com fervor.

Em assim agindo, praticou o denunciado o crime previsto no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

214, c/c 226, II, todos do Código Penal.

Feita a transcrição da exordial acusatória, passo, agora, à análise do mérito do recurso.

I.

Do trancamento da ação penal por atipicidade da conduta

Alega o recorrente que, ao contrário do consignado pelas instâncias ordinárias, não praticou a conduta com emprego de violência real, pois mantinha relações sexuais consentidas com a suposta vítima, além do que uma eventual condenação se fundamentaria somente na palavra dela, pois não foi realizado exame de corpo de delito.

Requer, portanto, seja afastada a incidência do enunciado sumular 608 do STF, "*para que seja trancada a ação penal por manifesta atipicidade da conduta*" (fl. 223).

Ao se pronunciar acerca da alegada atipicidade da conduta, assim asseriu a Corte de origem (fl. 208, destaquei):

[...]

*Neste contexto, depreende-se da denúncia que o paciente agarrou à força a vítima e a jogou na cama, arrancando-lhe a roupa com o fim de praticar coito anal. **Resta, portanto, caracterizada a violência real.***

[...]

Portanto, como se verifica, a denúncia foi oferecida em 25/04/2012, sendo recebida em 08/05/2013, momento em que foi decretada a custódia do paciente e a inicial acusatória oferecida no prazo legal, sendo preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus*, por ser medida excepcional, somente é cabível quando restar demonstrada, de maneira inequívoca, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, ou a existência de causa extintiva da punibilidade, **situações essas que não vislumbro caracterizadas na espécie.**

Tendo em vista que a denúncia é uma peça processual por meio da qual o órgão acusador submete ao Poder Judiciário o exercício do *jus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

puniendi, o legislador estabeleceu alguns requisitos essenciais para a formalização da acusação, a fim de que seja assegurado ao acusado o correto exercício do contraditório e da ampla defesa. Na verdade, a própria higidez da denúncia opera como uma garantia do acusado.

Segundo o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, "a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

Por sua vez, no juízo de admissibilidade da acusação, em grau de cognição superficial e limitado, prevê o artigo 395 do CPP:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Logo, a denúncia deve ser recebida se, atendido seu aspecto formal (artigo 41 c/c 395, I, do CPP), e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual, quanto das condições para o exercício da ação penal (artigo 395, inciso II, do CPP), a peça vem acompanhada de lastro probatório mínimo a amparar a acusação (art. 395, III, do CPP).

No caso, não identifico qualquer fator a ensejar o pretendido encerramento prematuro da ação penal a que responde o recorrente.

Com efeito, **restou incontroverso, nas instâncias ordinárias, que o delito supostamente praticado pelo recorrente ocorreu com o emprego de violência real.** Desse modo, **para se perquirir acerca do efetivo emprego de violência na conduta a ele imputada, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos,** o que é vedado na via estreita da ação constitucional.

Esta Corte Superior já decidiu que, "*tendo concluído o Tribunal*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'a quo' que o ilícito imputado ao paciente foi cometido mediante violência real, não cabe a esta Corte rever o aludido entendimento, já que demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência incabível em sede de 'habeas corpus' (HC 167.922/SC, Rel. Ministro **Campos Marques** (Desembargador convocado do TJ/PR), 5T., DJe 24.4.2013).

No mesmo sentido:

*HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA QUE DESCREVE OS SUPOSTOS FATOS DELITUOSOS EM DETALHES. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. **CONSENTIMENTO DA VÍTIMA**. INIDONEIDADE DOS MEIOS EMPREGADOS PELO PACIENTE PARA IMPEDIR A RESISTÊNCIA DA VÍTIMA. **TESES QUE DEMANDAM O REVOLVIMENTO E VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO**. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.*

1. A denúncia oferecida em desfavor do paciente atende aos requisitos elencados no artigo 41 do Código de Processo Penal, pois especifica as circunstâncias dos supostos fatos criminosos que lhe foram atribuídos, declinando o tempo, o lugar e o modo como teriam sido praticados.

2. A narração contém a descrição de conduta abstratamente tipificada na legislação penal pátria, a qual, como qualquer outra, está sujeita a comprovação por parte do órgão acusatório.

3. Sedimentou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que para se acolher o pleito de trancamento da ação penal na via do habeas corpus é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de valoração do conjunto probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa de extinção da punibilidade, ou a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade.

4. *Na hipótese, um juízo de conformidade com as teses defendidas pelos impetrantes - consentimento da vítima na prática dos atos libidinosos e inidoneidade dos meios empregados pelo paciente para impedir a sua resistência - demandaria a valoração das provas produzidas no caderno processual, providência própria da resolução do mérito da ação penal e inviável de ser tomada na via estreita do habeas corpus.*

5. Ordem denegada.

(HC 114495/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5T., DJe 30.8.2012,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destaquei)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CRIME COMETIDO CONTRA ENTEADA E EMPREGO DE VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

1. A pretensão absolutória, por demandar revolvimento do conjunto fático-probatório, não se compatibiliza com a via estreita do habeas corpus.

2. Além disso, a partir da leitura dos autos, tem-se que a condenação foi lastreada em laudo pericial, além de prova testemunhal e das declarações da vítima.

3. Não há falar em decadência do direito de representação na ação penal pública incondicionada.

4. Na hipótese, o paciente, além de ser padrasto da vítima, empregou violência real na prática delitiva.

5. Ordem denegada.

(HC 65.217/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 17.12.2010, destaquei).

Na mesma linha já decidiu a Corte Suprema, conforme recente julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA MENOR DE QUATORZE ANOS (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA MODALIDADE TENTADA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DO ART. 59 DO CP. EXCESSO DECOTADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. INVIABILIDADE DE NOVO REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. PRECEDENTES. PENA INFERIOR À OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS RECONHECIDAS NA SENTENÇA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. PRECEDENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO IMPROVIDO. 1. Não há como avançar nas alegações postas no recurso acerca da comprovação da materialidade delitiva ou da desclassificação do delito para modalidade tentada, pretensões que demandariam o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus. Precedentes. 2. Não é cabível, na via estreita do habeas corpus, proceder a reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, sendo autorizado apenas controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades. No caso, entretanto, não se constata qualquer vício ou desproporcionalidade aptos a justificar o redimensionamento da pena. Precedentes. 3. [...]. 4. Recurso ordinário improvido.

(RHC 110834, Rel. Ministro Teori Zavascki, 2T., DJe 11.12.2013, destaquei)

No que se refere à ausência de exame de corpo de delito, convém trazer à baila o disposto no artigo 167 do Código de Processo Penal:

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Na lição de Eugenio Pacelli de Oliveira

Entende-se por vestígios todo e qualquer material que possa ser apreendido fisicamente – independente de sua natureza micro ou macro (sangue ou qualquer material genético, cigarro, vidros, líquidos, etc) – e que tenha relação com o objeto material do crime, ou com suas circunstâncias (tempo, lugar, meio de execução, etc). (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência - 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 338).

De acordo com a exordial acusatória, o delito ocorreu em "**meados de 2009**" (fl. 15) e, conforme relatado pelo próprio recorrente, a vítima **representou perante a autoridade policial em 17.4.2012** (fl. 247). Outrossim, **passados anos da data do fato, certamente desapareceram os vestígios da prática delituosa.**

Ressalto que a palavra da vítima em delitos de natureza sexual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assume fundamental importância, visto que tais crimes geralmente ocorrem às escuras, sem a presença de testemunhas e, em diversos casos, as vítimas, por constrangimento, podem tardar a reportar os fatos às autoridades responsáveis pela persecução penal.

É esse o entendimento corroborado por esta Corte Superior, ao entender que, *"cuidando-se de acusação da prática de delitos contra a liberdade sexual que não deixam vestígios, os quais, na maioria dos episódios, são cometidos à clandestinidade, o conjunto probatório se resume ao confronto da versão dos fatos dada pelo acusado e pela vítima, sendo certo que a jurisprudência atribui maior relevância à palavra desta última, quando exarada de forma coerente e desprovida de contradições"* (HC 215.444/BA, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5T., DJe 21.11.2013).

No mesmo sentido: **REsp 1.336.961/RN**, Rel. Ministro **Campos Marques** (Desembargador convocado do TJ/PR), 5T., DJe 13.9.2013; **HC 259.092/MG**, Rel. Ministra **Assusete Magalhães**, 6T., DJe 3.4.2013.

Desse modo, **entendo não assistir razão ao recorrente quanto ao trancamento da ação penal, por atipicidade da conduta, seja pela necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do writ, seja pela prescindibilidade do exame de corpo de delito** para comprovar a materialidade do crime em tese cometido.

II.

Da revogação da custódia cautelar, pela ausência de fundamentação concreta

Aduz o recorrente que a decisão que decretou a segregação cautelar carece de fundamentação idônea, visto que se fundamenta em depoimentos nos quais os respectivos depoentes teriam sido por ele ameaçados, sem que as supostas ameaças tivessem qualquer relação com o fato delituoso, além de o decreto prisional fundamentar a periculosidade do recorrente em outros inquéritos e ações penais em curso.

O Magistrado de piso, ao receber a denúncia, em 2.5.2013, decretou a custódia cautelar do recorrente, sob os seguintes fundamentos: (fl. 36, destaquei):

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Decreto a prisão preventiva do réu MARCOS PEREIRA DA SILVA (PASTOR MARCOS) como requerido pelo Ministério Público já que presente o 'fumus comissi delicti' pelo conjunto probatório trazido aos autos e que fornecem justa causa a presente demanda. **Há relato minucioso da vítima e relatos de outras testemunhas que proporcionam suporte probatório mínimo em relação ao ESTUPRO narrado na denúncia.***

*Periculum 'in libertatis' para manutenção da ORDEM PÚBLICA tendo em vista a gravidade dos fatos que segundo indícios acontecem rotineiramente contra as pessoas abrigadas pelo réu. Recomenda-se ainda para garantia da instrução penal, para que o réu não impossibilite, prejudique ou influencie no depoimento de qualquer testemunha, certo que há vítima que irá depor. **Não se pode esquecer o grande poder de influência do réu sobre as vítimas e testemunhas em razão de sua atuação como pastor, orientador espiritual, conselheiro de vida, sem falar da sua força política e ligação com facções criminosas cujos integrantes lhe demonstram devoção.***

A Corte de origem, ao denegar a ordem lá impetrada, assim se manifestou acerca da manutenção da custódia cautelar (fl. 208, destaquei):

*A autoridade dita coatora, ao prestar informações (fl. 59/60), esclareceu que a denúncia narra a **extrema gravidade dos fatos**, havendo indícios de que **os atos libidinosos eram praticados de forma rotineira, já que o paciente possui grande poder sobre as vítimas, pois estas freqüentavam sua igreja, e tinham o ora paciente como orientador espiritual e conselheiro de vida.***

*Informou-se, por fim, que se manteve a custódia do paciente sob o fundamento da garantia da conveniência da instrução criminal, na forma do art. 312 do CPP, **já que também existe nos autos informações de que o paciente tem ligação com facções criminosas, tem força política e grande devoção de seus seguidores, e uma vez solto, certamente atrapalharia a instrução criminal.***

*Dessa maneira, verifica-se que a decisão encontra-se bem fundamentada, estando o 'periculum in libertatis' demonstrado, em primeiro lugar, como fundamento da garantia da ordem pública, bem como com a **necessidade de afastamento cautelar do paciente de suas lideradas, potenciais vítimas de crimes contra a dignidade sexual.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que *"a custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal."* (HC 268.711/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 29.5.2013).

Isto significa dizer que, **para levar (ou manter) o investigado ou réu à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP**, o que afasta a invocação da mera gravidade abstrata do delito, ou o recurso a afirmações vagas e descontextualizadas de que a prisão é necessária para garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (fundamentação *ope legis*).

Sob essas premissas, verifico que **se mostra suficiente a fundamentação lançada na decisão que decretou a custódia cautelar, porquanto contextualizou, em dados concretos, individualizados e identificáveis nos autos do processo, a necessidade de segregação do réu.**

Com efeito, o Juiz singular fundamentou a decretação da cautela extrema na periculosidade do recorrente, evidenciada pelo *modus operandi* em que o delito foi cometido, **utilizando-se do poder de influência que teria sobre a suposta vítima, além de indícios da existência de outras vítimas e de suposta ligação entre o recorrente e facções criminosas.**

Na linha de precedentes desta Corte, a gravidade da infração tem sido reconhecida como válida para autorizar a prisão cautelar quando decorre da **gravidade concreta** do comportamento do agente, como na hipótese dos autos.

Com efeito, *"o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, demonstradas a gravidade concreta do delito e a periculosidade do agente pelo 'modus operandi', a segregação cautelar do Acusado encontra-se devidamente fundamentada, não havendo que falar em constrangimento ilegal"* (HC 283.222/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, 5T., DJe 11.2.2014).

No mesmo sentido: **RHC 37.584/CE**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6T., DJe 3.2.2014; **RHC 34.996/PE**, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5T., DJe 3.2.2014, **RHC 41.444/MG**, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 6T., DJe 22.10.2013.

Por fim, ressalto que **a gravidade da conduta perpetrada pelo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrente, bem como as **circunstâncias em que o delito foi praticado**, aliadas às condições pessoais do recorrente – poder de influência sobre os fiéis, testemunhas e relatada ligação com facções criminosas – evidenciam, a meu ver, ser inadequada a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, dispostas no art. 319 do CPP.

III.

Da extinção de punibilidade, pela decadência do direito de ação

Sustenta o recorrente que, em face da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor passaram a ser de ação penal pública condicionada à representação, a teor do novel art. 225 do CP, que, por ser norma de natureza penal, retroage para beneficiar o réu; assim, em decorrência de o fato narrado na denúncia haver ocorrido em meados de 2009 e a vítima haver prestado depoimento somente em 17.4.2012, sua representação teria ocorrido após o prazo decadencial de 6 meses, contando-se a partir da entrada em vigor da Lei n. 12.015, em 7 de agosto de 2009.

Defende a mitigação do enunciado sumular n. 608 do Supremo Tribunal Federal, ante a entrada em vigor da nova legislação, a teor do atual art. 225 do CP, motivo pelo qual pleiteia seja declarada a extinção de punibilidade pela decadência do direito de ação da suposta vítima.

A meu ver, também não assiste razão ao recorrente quanto a este ponto.

Por óbvio, não se pode olvidar que a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe alterações substanciais ao procedimento dos ora denominados crimes contra a dignidade sexual, entre eles, a modalidade de ação penal referente a tais delitos.

Antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, os crimes contra a liberdade sexual eram, como regra, de ação penal privada, exceto nas seguintes hipóteses: a) em caso de miserabilidade da vítima ou de sua família; b) se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; c) se da violência empregada resultasse lesão grave ou morte.

A última circunstância se infere da redação do art. 101 do CP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que trata da ação penal nos crimes complexos:

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Logo, como a ação penal nos crimes de lesão corporal de natureza grave e de homicídio era – e ainda é – pública incondicionada, quando da violência empregada no delito sexual resultava à vítima lesão grave ou morte, a ação penal será, igualmente, da mesma espécie.

Se, por sua vez, da violência empregada na conduta delituosa resultasse lesão corporal de natureza leve, aplicava-se a Súmula n. 608/STF em detrimento do artigo 88 da Lei n. 9.099/95, o qual dispõe que a ação penal nos crimes de lesões corporais leves e culposas é condicionada à representação.

Em face da nova redação do artigo 225 do Código Penal, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual passou a ser, em regra, pública condicionada à representação, e pública incondicionada na hipótese de ser a vítima menor de 18 anos ou vulnerável.

Entendo que, **a despeito da literalidade do disposto no art. 225 do Código Penal**, nos crimes praticados mediante **violência real**, **ainda incide a Súmula n. 608 do STF, como no caso dos autos, em que a violência empregada restou incontroversa.**

Assim, **não há que se falar em decadência do direito de ação**, visto que a ação penal é pública incondicionada, dispensada a representação da vítima, por obediência ao enunciado sumular n. 608 do STF, pois **a ofendida, no contexto fático da conduta delituosa, teria sido jogada na cama com violência, sendo-lhe arrancada a roupa pelo recorrente, com o intuito de submetê-la ao coito anal**, conforme consignado pelo Tribunal *a quo* (fl. 212, destaquei):

Por outro lado, a defesa alega, ainda, a ilegalidade do recebimento da denúncia que tipifica o antigo crime de atentado violento ao pudor, que na época dos fatos era de ação penal privada com prazo decadencial de 06 (seis) meses, destacando-se que a vítima apenas foi à delegacia no ano de 2012, ou seja, após



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05 (cinco) anos do término do prazo decadencial. Para tanto, a defesa requer a decadência, tendo em vista a não representação ofertada pela vítima no tempo, eis que os fatos ocorreram em 2009 e a denúncia foi oferecida em 2013.

Com efeito, segundo a Súmula n.º 608, do STF, "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada", não havendo que se cogitar de ilegitimidade da atuação do Ministério Público, tampouco em decadência do direito de ação por parte da ofendida.

Neste contexto, depreende-se da denúncia que o paciente agarrou à força a vítima e a jogou na cama, arrancando-lhe a roupa com o fim de praticar coito anal. Resta, portanto, caracterizada a violência real.

[...]

Portanto, com se verifica, a denúncia foi oferecida em 25/04/2012, sendo recebida em 08/05/2013, momento em que foi decretada a custódia do paciente e a inicial acusatória oferecida no prazo legal, sendo preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP.

Conforme lição de Rogerio Greco:

*De acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, **toda vez que o delito de estupro for cometido com emprego de violência real, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do CP**, somente se exigindo a representação do ofendido nas hipóteses em que o crime for cometido com emprego de grave ameaça. (Curso de Direito Penal – Parte Especial - Volume III, 9ª edição. Niterói/RJ: Editora Impetrus, 2013, p. 475, destaquei).*

Filho: É esse também o entendimento de Fernando da Costa Tourinho

[...], a Súmula 608 do STF permanece incólume às críticas doutrinárias: no estupro cometido com violência, pouco importa se da 'vis compulsiva' resulta lesão grave, leve ou morte, a ação penal será pública incondicionada. [...] O Supremo, em decorrência da sua 'jurisprudential construction', erigiu a ação penal, nesses casos, à qualidade de pública incondicionada (Processo Penal - Volume I, 35ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 444-445).

Em verdade, a subsistência da Súmula n. 608 do STF, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fonte normativa bastante para afastar a literalidade do artigo 225 do Código Penal, deriva de uma interpretação sistêmica e teleológica do preceito penal sancionador, que, a toda evidência, não admite condicionar o exercício de ação penal relativa a um crime que a Constituição da República qualificou como hediondo.

Deveras, desde há muito a Suprema Corte firmou o entendimento de que “o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei nº 8.072/90. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve ser dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido.” (RHC 82098/PR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Publicação: DJ 29-11-2002 p-23 J. 10/09/2002- Primeira Turma; em igual sentido, HC 93794/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 24/10/2008).

Isso porque – parece-me evidente – a Lei Maior, em seu artigo 5º, inciso XLIII, deixou clara sua opção por conferir um rigor muito maior para o tratamento jurídico-penal dos crimes hediondos. Por sua vez, a Lei nº 8.072/90 robusteceu esse rigor penal e processual penal, estabelecendo regras que tornam inequívoca a ideia de que esses crimes devem merecer atenção prioritária do Poder Público para a sua repressão.

Ora, sendo certo que um dos crimes elencados na referida lei é precisamente o de atentado violento ao pudor – cujas condutas típicas passaram a integrar o delito de estupro, com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009 (art. 1º, V, da Lei n. 8.072/90) –, como entender que a punição de tão grave crime deva depender da vontade exclusiva da própria vítima para que o órgão oficial de persecução penal possa promover a acusação contra o autor da conduta?

Confiram-se os seguintes julgados desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. PROCESSO PENAL. ESTUPRO COMETIDO COM VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ALEGAÇÃO DE QUE A NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFECÇÃO DE EXAME DE CORPO DE DELITO IMPEDE O RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES. IMPOSSIBILIDADE DESTA CORTE SOBREPOR-SE A QUAISQUER CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO PONTO, POR SEREM SOBERANAS NA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. PALAVRA DA VÍTIMA, QUE, DE QUALQUER FORMA, NOS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, É ELEMENTO PROBATÓRIO DE CONSIDERÁVEL VALOR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. [...].

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

3. **Não é o que ocorre no caso, no entanto, pois os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados com violência real ou por meio de grave ameaça são de ação penal pública incondicionada.** Inteligência da Súmula n.º 608 do Supremo Tribunal Federal.

4. [...]

5. [...].

6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 254236/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5T., DJe 28.2.2013, destaquei).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA 608/STF. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, **em caso de estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência real**, como na hipótese dos autos - de acordo com o afirmado pelas instâncias ordinárias, inclusive com o respaldo do laudo de corpo de delito - **a ação penal cabível é a pública incondicionada**, a teor do Enunciado nº 608 da súmula do Supremo Tribunal Federal, não havendo que se cogitar de ilegitimidade na atuação do Ministério Público.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus desprovido.*

(RHC 22362/RO, Rel. Ministro **Haroldo Rodrigues** (Desembargador convocado do TJ/CE), 6T., DJe 25.4.2011, destaquei)

Ressalto que, em duas recentes decisões monocráticas, a Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, decidiu no sentido de que, em delito sexual praticado mediante violência real, o reconhecimento da extinção da punibilidade pela decadência do direito de ação da vítima demandaria o revolvimento do contexto-fático probatório dos autos.

A primeira decisão refere-se ao *writ* impetrado pelo ora recorrente perante a Corte Suprema (HC n. 118934/RJ), contra decisão que indeferira o pleito de urgência no RHC 39.299/RJ, de Relatoria do Ministro Jorge Mussi, *in verbis*:

[...]

Para acolhimento da alegação da manifesta atipicidade da conduta imputada ao Paciente, diante da ausência de violência contra a vítima, tendo ela consentido com a prática do ato sexual, ou da alegação de decadência, inequívoca seria a necessidade do exame de fatos e provas, ao que não se presta o habeas corpus.

(HC 118934, Rel. Ministra **Cármen Lúcia**, decisão monocrática, DJe 20.8.2013)

A segunda decisão foi proferida nos autos do *Habeas Corpus* n. 118.946/RJ, também impetrado pelo ora recorrente perante o STF, contra decisão da então Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), que indeferira o pedido de reconsideração da decisão desfavorável ao pleito de urgência no HC n. 274.058/RJ. Confira-se:

[...]

Neste momento, para que se pudesse cogitar da incidência do art. 225 do Código Penal, alterado pela Lei n. 12.015/2009, e acolher a pretensão dos ora Impetrantes para declarar a extinção da punibilidade pela decadência, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos para afastar a premissa de que o delito imputado foi praticado pelo Paciente com violência real. Este Supremo Tribunal assentou que o ‘habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento' (HC 74.295, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 22.6.2001).

(HC 118946, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Decisão monocrática, DJe 21.8.2013, destaquei).

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso em *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.538 - RJ (2013/0237270-0)

VOTO-VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Sr. Presidente, inicialmente quero parabenizar a estréia do Dr. Mauro Silva de Castro, que atuou com muita tranquilidade e segurança. Sequer parecia ser a primeira vez de V. Exa. aqui, só passei a acreditar porque foi dito na tribuna.

Quanto ao voto propriamente dito, não tenho porque discordar das três fundamentações apresentadas pelo eminente Ministro Relator.

A despeito das inovações legislativas (art. 225 da Lei n. 12.015/2009) referentes ao processamento dos crimes contra a dignidade sexual, ambas as turmas desta Corte ostentam precedentes no sentido da aplicabilidade do enunciado sumular n. 608 do Pretório Excelso para as hipóteses de crime de estupro praticado com violência real. A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME DE ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA 608/STF. 3. IMPUGNAÇÃO À CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. 4. DOSIMETRIA. PENA APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DE CAUSA DE AUMENTO. ART. 226, II, DO CP. AUSÊNCIA DE VARIAÇÃO. 5. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO PARA INICIALMENTE FECHADO. INEXISTÊNCIA DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. CUMPRIMENTO PROGRESSIVO. 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na inicial para verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Cuida-se de estupro praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, porém com violência real. Dessa forma, incide, no caso dos autos, o verbete nº 608 da Súmula do Pretório Excelso, in verbis: "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada".

3. Mostra-se inviável, em habeas corpus, desconstituir as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, acerca da prática delitiva, com base em ampla cognição sobre o material fático-probatório, porquanto desprovida de dilação probatória a via eleita.

4. Fixada a pena no mínimo legal, não há o que ser redimensionado, pois a reprimenda não pode ser aplicada aquém do mínimo legal, a não ser que incida alguma causa de diminuição, o que não se verificou. Ademais, reconhecida a causa de aumento do art. 226, inciso II, do Código Penal, cujo patamar é fixo, também não é possível sua modificação.

5. Extirpado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado, o qual foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com a posterior alteração da Lei nº 8.072/1990 pela Lei nº 11.464/2007, tem-se que toda pena aplicada é cumprida de forma progressiva (art. 112 da Lei de Execuções Penais), sendo desnecessário, portanto, apor o termo inicialmente antes da designação do regime escolhido.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 232.064/TO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 02/04/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. PROCESSO PENAL. ESTUPRO COMETIDO COM VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ALEGAÇÃO DE QUE A NÃO CONFEÇÃO DE EXAME DE CORPO DE DELITO IMPEDE O RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES. IMPOSSIBILIDADE DESTA CORTE SOBREPOR-SE A QUAISQUER CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO PONTO, POR SEREM SOBERANAS NA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. PALAVRA DA VÍTIMA, QUE, DE QUALQUER FORMA, NOS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, É ELEMENTO PROBATÓRIO DE CONSIDERÁVEL VALOR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

3. Não é o que ocorre no caso, no entanto, pois os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados com violência real ou por meio de grave ameaça são de ação penal pública incondicionada. Inteligência da Súmula n.º 608 do Supremo Tribunal Federal.

4. Não prospera a alegação de que a ausência de exame de corpo de delito impede o reconhecimento da configuração dos delitos cometidos pelo Paciente, pois "[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 há testemunhas ou deixam vestígios" (STJ, HC 135.972/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009.)

5. Reconhecer a ausência, ou não, de elementos de autoria e materialidade acarreta, inevitavelmente, profundo reexame do acervo fático-probatório, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do habeas corpus. Ultrapassa as balizas do remédio constitucional do habeas corpus pedido para que as provas produzidas na instrução criminal sejam reapreciadas. Precedentes: STJ, HC 135.972/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER; STJ, HC 76.599/RS; Rel. Min. JANE SILVA (Des. convocada do TJ/MG); STJ, HC 81.181/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ.

6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 254.236/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28/02/2013)

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO E ESTUPRO. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO CRIME SEXUAL. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. CRIME PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA REAL. SÚMULA 608/STF. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA.

1. Consoante o entendimento firmado neste Superior Tribunal, tratando-se de crime de estupro praticado com emprego de violência real, a ação penal é pública incondicionada. Inteligência da Súmula 608/STF.

2. No caso, é imputado ao paciente a prática de dois crimes de homicídio, em sequência, contra sua companheira e seu vizinho. Além do crime de estupro contra a esposa do vitimado.

3. Se há indícios de que o crime sexual foi praticado mediante violência e grave ameaça contra a ofendida, inclusive com o uso de faca, é desnecessário discutir se o termo de representação e a declaração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipossuficiência, colhidos ao término da instrução, são extemporâneos.

4. Mesmo que se entendesse imprescindível a aquiescência da vítima, sua intenção já foi demonstrada, pois sua conduta após o evento delituoso - comparecimento à Delegacia e submissão ao exame pericial - serve para validar o firme interesse na propositura da ação penal.

5. Ordem denegada.

(HC 168.697/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 21/03/2012)

Do Supremo Tribunal Federal confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. DESNECESSIDADE DE LESÕES CORPORAIS. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE O PACIENTE E A MÃE DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A questão diz respeito à legitimidade do Ministério Público para propor a ação penal no caso concreto.

2. É dispensável a ocorrência de lesões corporais para a caracterização da violência real nos crimes de estupro. Precedentes.

3. Caracterizada a ocorrência de violência real no crime de estupro, incide, no caso, a Súmula 608/STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

4. Tem a jurisprudência admitido também a posição do mero concubino ou companheiro para tornar a ação pública incondicionada.

5. Havendo o vínculo de união estável entre o paciente e a mãe da vítima, aplica-se o inciso II do § 1º do art. 225 do Código Penal (vigente à época dos fatos).

6. Writ denegado. (HC 102683, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011 EMENT VOL-02458-01 PP-00090 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 404-408)

Não se olvida que, na hipótese, houve retratação da vítima. Contudo, diante das provas carreadas aos autos, impossível realmente o trancamento da ação penal.

Relativamente à prisão cautelar, questão pontuada pelo douto Relator, tenho, na esteira do voto, que há no *decisum* hostilizado fundamentação concreta suficiente. A matéria foi bastante examinada, tendo sido colacionados muitos detalhes a respeito do ilícito.

Ante o exposto, acompanho integralmente o voto do Ministro Relator, negando provimento ao recurso em *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0237270-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 39.538 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024722-45.2013.8.19.0000 00247224520138190000 121612120138190054
247224520138190000

EM MESA

JULGADO: 25/03/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : M P DA S (PRESO)

ADVOGADOS : MAURO SILVA DE CASTRO
WILLER TOMAZ DE SOUZA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MAURO SILVA DE CASTRO, pela parte RECORRENTE: M P DA S

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso, sendo acompanhado pela Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), pediu vista a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Aguarda o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.538 - RJ (2013/0237270-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : M P DA S (PRESO)
ADVOGADOS : MAURO SILVA DE CASTRO
WILLER TOMAZ DE SOUZA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão da natureza da ação penal.
O relator, culto Ministro Rogério Schietti Cruz, assim sumariou o feito:

MARCOS PEREIRA DA SILVA, ora recorrente, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, denegatório do HC n. 0024722-45.2013.8.19.0000, por meio de acórdão assim ementado:

*Habeas Corpus. Artigos 214 c/c 226, II do Código Penal. Impetração alegando que o paciente possui os requisitos para responder o processo em liberdade. Tem-se como justificada a segregação cautelar, fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, pela conveniência da instrução criminal e, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, até porque os crimes atribuídos ao acusado são dotados de grande censurabilidade e geradora de ampla repercussão no meio social. Presença de indícios de materialidade e autoria, ante o farto conjunto probatório já carreado aos autos, notadamente pelo depoimento da vítima. A primariedade, residência no distrito da culpa e trabalho fixo não são argumentos suficientes para afastar os requisitos do art. 312 do CPP. Por outro lado, **segundo a Súmula n.º 608, do STF, "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada"**, não havendo que se cogitar de ilegitimidade da atuação do Ministério Público, **tampouco em decadência** do direito de ação por parte da ofendida. Neste contexto, depreende-se da denúncia que **o paciente agarrou à força a vítima e a jogou na cama, arrancando-lhe a roupa com o fim de praticar coito anal**. Resta, portanto, caracterizada a violência real. Insurge-se, ademais, contra ato da autoridade policial que se recusou a informar o motivo da prisão do paciente se limitando a entregar apenas o mandado de prisão preventiva. O impetrante não apresentou qualquer prova hábil a identificar qualquer ilegalidade praticada pela autoridade policial, limitando-se apenas a argumentos. De resto, as alegações do paciente referem-se ao mérito da causa, que não encontra sede para discussão na via estreita do 'writ'. Denegação da ordem. (Fl. 208, destaquei)*

O recorrente foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 214, c/c o 226, II, do CP (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), por fatos ocorridos em "**meados de 2009**" (fl. 15). **A denúncia foi recebida em 2.5.2013, mesma data de decretação da prisão preventiva.**

Assevera o recorrente que, conforme a exordial acusatória, o delito fora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticado mediante violência real; assim, de acordo com o preceituado pela Súmula n. 608 do STF, seria de ação penal pública incondicionada.

Relata que, no entanto, **após o oferecimento da denúncia, a vítima se retratou** perante a Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro e, em audiência realizada em 17.6.2013, *"reiterou todos os termos de sua retratação, ao passo que as demais testemunhas de acusação nada disseram acerca do fato objeto da denúncia"* (fl. 225).

Assim, foi impetrado *habeas corpus* na Corte de origem, sob o fundamento de que inexistira violência real, portanto a conduta seria atípica; naquele *writ*, pugnou pelo trancamento da ação penal e pela ausência de fundamentação para a decretação da custódia cautelar.

O Tribunal estadual, por sua vez, entendeu pela existência de violência real na conduta imputada ao ora recorrente, de modo que a ação penal seria pública incondicionada e considerou legítima a decretação da prisão preventiva.

Nas razões deste recurso, alega o recorrente que há jurisprudência firmada nesta Corte Superior no que se refere à possibilidade do trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus*, em caso de atipicidade manifesta da conduta, passível de aferição mediante cognição sumária, o que ocorreria no caso em tela, pois a exordial acusatória estaria lastreada em depoimento prestado pela suposta vítima na fase de inquérito, portanto, somente a palavra dela poderia sustentar eventual condenação, visto que não foi realizado exame de corpo de delito.

Aduz que o revogado artigo 214 do CP exige a ocorrência de violência real para a tipificação da conduta descrita no tipo penal, a fim de atrair a hipótese de ação penal pública incondicionada, a teor da Súmula n. 608 do STF; para tanto, seria necessária a existência de indícios de prova acerca da aludida violência, sob pena de falta de justa causa para a ação penal, além da inépcia da denúncia.

Relata que a vítima *"nunca afirmou que foi jogada com violência na cama, mas apenas que foi jogada, ato corriqueiro em uma relação sexual, incapaz de, por si só, atrair a elementar da violência real"* (fl. 228), além do que, na data dos fatos, encontrava-se na igreja junto com o recorrente, foi chamada ao quarto e lá manteve relação sexual (coito anal), sem nenhum indício de violência real.

Defende que sua autoridade religiosa limita-se à causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, do CP, sem fazer parte do tipo penal do atualmente revogado art. 214 do CP, razão pela qual não poderia ser utilizada duplamente, a fim de tipificar uma conduta que não tem a referida elementar em sua descrição típica.

No que tange à decretação da custódia cautelar, alega o recorrente que:

a) o decreto preventivo fundamenta-se em fatos que não se relacionam com a denúncia, como supostas ameaças feitas pelo recorrente a alguns depoentes, sem que tais ameaças tivessem qualquer vínculo com a ação penal objeto deste recurso;

b) para o argumento da garantia da instrução criminal, as supostas ameaças devem se dirigir a testemunhas do processo, sendo que uma das testemunhas, em juízo, veio a se retratar da alegação de que teria sido anteriormente ameaçada;

c) não se pode considerar inquéritos policiais e ações penais em curso como fundamento da periculosidade do recorrente; e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

d) "meras suspeitas ou ilações não se prestam a motivar a prisão cautelar" (fl. 237).

Afirma estar extinta a punibilidade pela decadência, visto que a **representação oferecida pela vítima ocorreu após o prazo decadencial de 6 meses** exigido pelo artigo 103 do CP, **a contar da data da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009.**

Requer, assim, o provimento deste recurso ordinário, para que seja trancada a ação penal, por atipicidade da conduta, ou para que seja revogada a custódia cautelar, por falta de motivação concreta e, ao cabo, para que seja declarada a extinção de punibilidade do recorrente.

Liminar indeferida às fls. 271/272 pelo Presidente desta Corte, Ministro Felix Fischer.

Despacho de admissibilidade do recurso à fl. 256.

Sem contrarrazões, os autos ascenderam a este Tribunal Superior, onde, instado, o Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento do recurso, em parecer assim ementado (fl. 277):

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGOS 214 c/c 226, II do CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 608/STF. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312, DO CPP.

- Inviável o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta do art. 214, do Código Penal, uma vez que, em sentido frontalmente comprovado e contrário à tese, restou configurada a existência da elementar do tipo, a violência real.

- "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada." Súmula 608/STF.

- Presentes os requisitos autorizadores - art. 312, do Código de Processo Penal, que legitimam a manutenção da prisão preventiva.

- Parecer pela negativa de provimento ao recurso ordinário.

Pelo seu voto, o nobre relator nega provimento ao recurso, ao seguinte argumento:

Inicialmente, destaco que, em contato via correio eletrônico com a 1ª Vara Criminal da Comarca de São João do Meriti/RJ, em 10.3.2014, o gabinete obteve a informação de que ainda não sobreveio a prolação de sentença nos autos da ação penal objeto deste recurso, razão pela qual a custódia cautelar do recorrente ainda decorre do decreto de prisão preventiva, título judicial que justamente é atacado por meio deste reclamo (Processo n. 0012161-21.2013.8.19.0054).

Com o propósito de contextualizar a controvérsia, transcrevo excerto da denúncia (fls. 15/16, destaquei, *sic*):

[...]

Em meados de 2009, no interior da Igreja Assembleia de Deus dos Últimos Dias, situada na Av. Dr. Délio Guaraná, n.º 353, Éden, nesta comarca, o denunciado, com vontade de satisfazer a sua lascívia, **constrangeu mediante violência [E. C. de J.], a permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.**

No dia dos fatos, **o denunciado a agarrou à força e a jogou na cama. Ato contínuo, arrancou a roupa de [E.] e a colocou de bruços, pressionando o seu pênis contra o seu ânus, não tendo conseguido a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penetração porque o denunciado não teve ereção o suficiente. Não satisfeito, o denunciado obrigou [E.] a fazer-lhe sexo oral.

O denunciado tinha autoridade sobre [E.], pois era o Pastor e Presidente da Igreja Assembleia de Deus dos Últimos Dias. Ademais, [E.] morava na Igreja, era dependente e tinha o denunciado como seu líder espiritual, em quem acreditava e a quem seguia com fervor.

Em assim agindo, praticou o denunciado o crime previsto no art. 214, c/c 226, II, todos do Código Penal.

Feita a transcrição da exordial acusatória, passo, agora, à análise do mérito do recurso.

I.

Do trancamento da ação penal por atipicidade da conduta

Alega o recorrente que, ao contrário do consignado pelas instâncias ordinárias, não praticou a conduta com emprego de violência real, pois mantinha relações sexuais consentidas com a suposta vítima, além do que uma eventual condenação se fundamentaria somente na palavra dela, pois não foi realizado exame de corpo de delito.

Requer, portanto, seja afastada a incidência do enunciado sumular 608 do STF, "*para que seja trancada a ação penal por manifesta atipicidade da conduta*" (fl. 223).

Ao se pronunciar acerca da alegada atipicidade da conduta, assim asseriu a Corte de origem (fl. 208, destaquei):

[...]

Neste contexto, depreende-se da denúncia que o paciente agarrou à força a vítima e a jogou na cama, arrancando-lhe a roupa com o fim de praticar coito anal. **Resta, portanto, caracterizada a violência real.**

[...]

Portanto, como se verifica, a denúncia foi oferecida em 25/04/2012, sendo recebida em 08/05/2013, momento em que foi decretada a custódia do paciente e a inicial acusatória oferecida no prazo legal, sendo preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus*, por ser medida excepcional, somente é cabível quando restar demonstrada, de maneira inequívoca, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, ou a existência de causa extintiva da punibilidade, **situações essas que não vislumbro caracterizadas na espécie.**

Tendo em vista que a denúncia é uma peça processual por meio da qual o órgão acusador submete ao Poder Judiciário o exercício do *jus puniendi*, o legislador estabeleceu alguns requisitos essenciais para a formalização da acusação, a fim de que seja assegurado ao acusado o correto exercício do contraditório e da ampla defesa. Na verdade, a própria higidez da denúncia opera como uma garantia do acusado.

Segundo o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, "a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

Por sua vez, no juízo de admissibilidade da acusação, em grau de cognição superficial e limitado, prevê o artigo 395 do CPP:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Logo, a denúncia deve ser recebida se, atendido seu aspecto formal (artigo 41 c/c 395, I, do CPP), e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual, quanto das condições para o exercício da ação penal (artigo 395, inciso II, do CPP), a peça vem acompanhada de lastro probatório mínimo a amparar a acusação (art. 395, III, do CPP).

No caso, não identifico qualquer fator a ensejar o pretendido encerramento prematuro da ação penal a que responde o recorrente.

Com efeito, **restou incontroverso, nas instâncias ordinárias, que o delito supostamente praticado pelo recorrente ocorreu com o emprego de violência real.** Desse modo, **para se perquirir acerca do efetivo emprego de violência na conduta a ele imputada, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos**, o que é vedado na via estreita da ação constitucional.

Esta Corte Superior já decidiu que, *"tendo concluído o Tribunal 'a quo' que o ilícito imputado ao paciente foi cometido mediante violência real, não cabe a esta Corte rever o aludido entendimento, já que demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência incabível em sede de 'habeas corpus'"* (HC 167.922/SC, Rel. Ministro **Campos Marques** (Desembargador convocado do TJ/PR), 5T., DJe 24.4.2013).

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA QUE DESCREVE OS SUPOSTOS FATOS DELITUOSOS EM DETALHES. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. **CONSENTIMENTO DA VÍTIMA.** INIDONEIDADE DOS MEIOS EMPREGADOS PELO PACIENTE PARA IMPEDIR A RESISTÊNCIA DA VÍTIMA. **TESES QUE DEMANDAM O REVOLVIMENTO E VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO.** INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A denúncia oferecida em desfavor do paciente atende aos requisitos elencados no artigo 41 do Código de Processo Penal, pois especifica as circunstâncias dos supostos fatos criminosos que lhe foram atribuídos, declinando o tempo, o lugar e o modo como teriam sido praticados.

2. A narração contém a descrição de conduta abstratamente tipificada na legislação penal pátria, a qual, como qualquer outra, está sujeita a comprovação por parte do órgão acusatório.

3. Sedimentou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que para se acolher o pleito de trancamento da ação penal na via do habeas corpus é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de valoração do conjunto probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de extinção da punibilidade, ou a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade.

4. Na hipótese, um juízo de conformidade com as teses defendidas pelos impetrantes - consentimento da vítima na prática dos atos libidinosos e inidoneidade dos meios empregados pelo paciente para impedir a sua resistência - demandaria a valoração das provas produzidas no caderno processual, providência própria da resolução do mérito da ação penal e inviável de ser tomada na via estreita do habeas corpus.

5. Ordem denegada.

(HC 114495/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5T., DJe 30.8.2012, destaquei)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CRIME COMETIDO CONTRA ENTEADA E EMPREGO DE VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

1. A pretensão absolutória, por demandar revolvimento do conjunto fático-probatório, não se compatibiliza com a via estreita do habeas corpus.

2. Além disso, a partir da leitura dos autos, tem-se que a condenação foi lastreada em laudo pericial, além de prova testemunhal e das declarações da vítima.

3. Não há falar em decadência do direito de representação na ação penal pública incondicionada.

4. Na hipótese, o paciente, além de ser padrasto da vítima, empregou violência real na prática delitiva.

5. Ordem denegada.

(HC 65.217/PR, Rel. Ministro **Og Fernandes**, 6T., DJe 17.12.2010, destaquei).

Na mesma linha já decidiu a Corte Suprema, conforme recente julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA MENOR DE QUATORZE ANOS (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). **ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA MODALIDADE TENTADA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DO ART. 59 DO CP. EXCESSO DECOTADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. INVIABILIDADE DE NOVO REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. PRECEDENTES. PENA INFERIOR À OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS RECONHECIDAS NA SENTENÇA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. **1. Não há como avançar nas****



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegações postas no recurso acerca da comprovação da materialidade delitiva ou da desclassificação do delito para modalidade tentada, pretensões que **demandariam o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus**. Precedentes. 2. Não é cabível, na via estreita do habeas corpus, proceder a reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, sendo autorizado apenas controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades. No caso, entretanto, não se constata qualquer vício ou desproporcionalidade aptos a justificar o redimensionamento da pena. Precedentes. 3. [...]. 4. Recurso ordinário improvido.

(RHC 110834, Rel. Ministro **Teori Zavascki**, 2T., DJe 11.12.2013, destaquei)

No que se refere à ausência de exame de corpo de delito, convém trazer à baila o disposto no artigo 167 do Código de Processo Penal:

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Na lição de Eugenio Pacelli de Oliveira

Entende-se por vestígios todo e qualquer material que possa ser apreendido fisicamente – independente de sua natureza micro ou macro (sangue ou qualquer material genético, cigarro, vidros, líquidos, etc) – e que tenha relação com o objeto material do crime, ou com suas circunstâncias (tempo, lugar, meio de execução, etc). (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência - 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 338).

De acordo com a exordial acusatória, o delito ocorreu em "**meados de 2009**" (fl. 15) e, conforme relatado pelo próprio recorrente, a vítima **representou perante a autoridade policial em 17.4.2012** (fl. 247). Outrossim, **passados anos da data do fato, certamente desapareceram os vestígios da prática delituosa**.

Ressalto que a palavra da vítima em delitos de natureza sexual assume fundamental importância, visto que tais crimes geralmente ocorrem às escuras, sem a presença de testemunhas e, em diversos casos, as vítimas, por constrangimento, podem tardar a reportar os fatos às autoridades responsáveis pela persecução penal.

É esse o entendimento corroborado por esta Corte Superior, ao entender que, "*cuidando-se de acusação da prática de delitos contra a liberdade sexual que não deixam vestígios, os quais, na maioria dos episódios, são cometidos à clandestinidade, o conjunto probatório se resume ao confronto da versão dos fatos dada pelo acusado e pela vítima, sendo certo que a jurisprudência atribui maior relevância à palavra desta última, quando exarada de forma coerente e desprovida de contradições*" (HC 215.444/BA, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5T., DJe 21.11.2013).

No mesmo sentido: REsp 1.336.961/RN, Rel. Ministro **Campos Marques** (Desembargador convocado do TJ/PR), 5T., DJe 13.9.2013; HC 259.092/MG, Rel. Ministra **Assusete Magalhães**, 6T., DJe 3.4.2013.

Desse modo, **entendo não assistir razão ao recorrente quanto ao trancamento da ação penal, por atipicidade da conduta, seja pela**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *writ*, **seja pela prescindibilidade do exame de corpo de delito** para comprovar a materialidade do crime em tese cometido.

II.

Da revogação da custódia cautelar, pela ausência de fundamentação concreta

Aduz o recorrente que a decisão que decretou a segregação cautelar carece de fundamentação idônea, visto que se fundamenta em depoimentos nos quais os respectivos depoentes teriam sido por ele ameaçados, sem que as supostas ameaças tivessem qualquer relação com o fato delituoso, além de o decreto prisional fundamentar a periculosidade do recorrente em outros inquéritos e ações penais em curso.

O Magistrado de piso, ao receber a denúncia, em 2.5.2013, decretou a custódia cautelar do recorrente, sob os seguintes fundamentos: (fl. 36, destaquei):

[...]

Decreto a prisão preventiva do réu MARCOS PEREIRA DA SILVA (PASTOR MARCOS) como requerido pelo Ministério Público já que presente o 'fumus commissi delicti' pelo conjunto probatório trazido aos autos e que fornecem justa causa a presente demanda. **Há relato minucioso da vítima e relatos de outras testemunhas que proporcionam suporte probatório mínimo em relação ao ESTUPRO narrado na denúncia.**

Periculum 'in libertatis' para manutenção da ORDEM PÚBLICA **tendo em vista a gravidade dos fatos que segundo indícios acontecem rotineiramente contra as pessoas abrigadas pelo réu.** Recomenda-se ainda para garantia da instrução penal, para que o réu não impossibilite, prejudique ou influencie no depoimento de qualquer testemunha, certo que há vítima que irá depor. **Não se pode esquecer o grande poder de influência do réu sobre as vítimas e testemunhas em razão de sua atuação como pastor, orientador espiritual, conselheiro de vida, sem falar da sua força política e ligação com facções criminosas cujos integrantes lhe demonstram devoção.**

A Corte de origem, ao denegar a ordem lá impetrada, assim se manifestou acerca da manutenção da custódia cautelar (fl. 208, destaquei):

A autoridade dita coatora, ao prestar informações (fl. 59/60), esclareceu que a denúncia narra a **extrema gravidade dos fatos**, havendo indícios de que **os atos libidinosos eram praticados de forma rotineira, já que o paciente possui grande poder sobre as vítimas, pois estas freqüentavam sua igreja, e tinham o ora paciente como orientador espiritual e conselheiro de vida.**

Informou-se, por fim, que se manteve a custódia do paciente sob o fundamento da garantia da conveniência da instrução criminal, na forma do art. 312 do CPP, **já que também existe nos autos informações de que o paciente tem ligação com facções criminosas, tem força política e grande devoção de seus seguidores, e uma vez solto, certamente atrapalharia a instrução criminal.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa maneira, verifica-se que a decisão encontra-se bem fundamentada, estando o 'periculum in libertatis' demonstrado, em primeiro lugar, como fundamento da garantia da ordem pública, bem como com a **necessidade de afastamento cautelar do paciente de suas lideradas, potenciais vítimas de crimes contra a dignidade sexual.**

A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que *"a custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal."* (HC 268.711/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 29.5.2013).

Isto significa dizer que, **para levar (ou manter) o investigado ou réu à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP**, o que afasta a invocação da mera gravidade abstrata do delito, ou o recurso a afirmações vagas e descontextualizadas de que a prisão é necessária para garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (fundamentação *ope legis*).

Sob essas premissas, verifico que **se mostra suficiente a fundamentação lançada na decisão que decretou a custódia cautelar, porquanto contextualizou, em dados concretos, individualizados e identificáveis nos autos do processo, a necessidade de segregação do réu.**

Com efeito, o Juiz singular fundamentou a decretação da cautela extrema na periculosidade do recorrente, evidenciada pelo *modus operandi* em que o delito foi cometido, **utilizando-se do poder de influência que teria sobre a suposta vítima, além de indícios da existência de outras vítimas e de suposta ligação entre o recorrente e facções criminosas.**

Na linha de precedentes desta Corte, a gravidade da infração tem sido reconhecida como válida para autorizar a prisão cautelar quando decorre da **gravidade concreta** do comportamento do agente, como na hipótese dos autos.

Com efeito, *"o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, demonstradas a gravidade concreta do delito e a periculosidade do agente pelo 'modus operandi', a segregação cautelar do Acusado encontra-se devidamente fundamentada, não havendo que falar em constrangimento ilegal"* (HC 283.222/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, 5T., DJe 11.2.2014).

No mesmo sentido: RHC 37.584/CE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6T., DJe 3.2.2014; RHC 34.996/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5T., DJe 3.2.2014, RHC 41.444/MG, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 6T., DJe 22.10.2013.

Por fim, ressalto que **a gravidade da conduta perpetrada pelo recorrente**, bem como **as circunstâncias em que o delito foi praticado**, aliadas às condições pessoais do recorrente – poder de influência sobre os fiéis, testemunhas e relatada ligação com facções criminosas – evidenciam, a meu ver, ser inadequada a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, dispostas no art. 319 do CPP.

III.

Da extinção de punibilidade, pela decadência do direito de ação

Sustenta o recorrente que, em face da entrada em vigor da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12.015/2009, os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor passaram a ser de ação penal pública condicionada à representação, a teor do novel art. 225 do CP, que, por ser norma de natureza penal, retroage para beneficiar o réu; assim, em decorrência de o fato narrado na denúncia haver ocorrido em meados de 2009 e a vítima haver prestado depoimento somente em 17.4.2012, sua representação teria ocorrido após o prazo decadencial de 6 meses, contando-se a partir da entrada em vigor da Lei n. 12.015, em 7 de agosto de 2009.

Defende a mitigação do enunciado sumular n. 608 do Supremo Tribunal Federal, ante a entrada em vigor da nova legislação, a teor do atual art. 225 do CP, motivo pelo qual pleiteia seja declarada a extinção de punibilidade pela decadência do direito de ação da suposta vítima.

A meu ver, também não assiste razão ao recorrente quanto a este ponto.

Por óbvio, não se pode olvidar que a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe alterações substanciais ao procedimento dos ora denominados crimes contra a dignidade sexual, entre eles, a modalidade de ação penal referente a tais delitos.

Antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, os crimes contra a liberdade sexual eram, como regra, de ação penal privada, exceto nas seguintes hipóteses: a) em caso de miserabilidade da vítima ou de sua família; b) se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; c) se da violência empregada resultasse lesão grave ou morte.

A última circunstância se infere da redação do art. 101 do CP, que trata da ação penal nos crimes complexos:

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Logo, como a ação penal nos crimes de lesão corporal de natureza grave e de homicídio era – e ainda é – pública incondicionada, quando da violência empregada no delito sexual resultava à vítima lesão grave ou morte, a ação penal será, igualmente, da mesma espécie.

Se, por sua vez, da violência empregada na conduta delituosa resultasse lesão corporal de natureza leve, aplicava-se a Súmula n. 608/STF em detrimento do artigo 88 da Lei n. 9.099/95, o qual dispõe que a ação penal nos crimes de lesões corporais leves e culposas é condicionada à representação.

Em face da nova redação do artigo 225 do Código Penal, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual passou a ser, em regra, pública condicionada à representação, e pública incondicionada na hipótese de ser a vítima menor de 18 anos ou vulnerável.

Entendo que, **a despeito da literalidade do disposto no art. 225 do Código Penal**, nos crimes praticados mediante **violência real**, ainda incide a Súmula n. 608 do STF, como no caso dos autos, em que a violência empregada restou incontroversa.

Assim, **não há que se falar em decadência do direito de ação**, visto que a ação penal é pública incondicionada, dispensada a representação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima, por obediência ao enunciado sumular n. 608 do STF, pois **a ofendida, no contexto fático da conduta delituosa, teria sido jogada na cama com violência, sendo-lhe arrancada a roupa pelo recorrente, com o intuito de submetê-la ao coito anal**, conforme consignado pelo Tribunal *a quo* (fl. 212, destaquei):

Por outro lado, a defesa alega, ainda, a ilegalidade do recebimento da denúncia que tipifica o antigo crime de atentado violento ao pudor, que na época dos fatos era de ação penal privada com prazo decadencial de 06 (seis) meses, destacando-se que a vítima apenas foi à delegacia no ano de 2012, ou seja, após 05 (cinco) anos do término do prazo decadencial. Para tanto, a defesa requer a decadência, tendo em vista a não representação ofertada pela vítima no tempo, eis que os fatos ocorreram em 2009 e a denúncia foi oferecida em 2013.

Com efeito, segundo a Súmula n.º 608, do STF, "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada", não havendo que se cogitar de ilegitimidade da atuação do Ministério Público, tampouco em decadência do direito de ação por parte da ofendida.

Neste contexto, depreende-se da denúncia que o paciente agarrou à força a vítima e a jogou na cama, arrancando-lhe a roupa com o fim de praticar coito anal. Resta, portanto, caracterizada a violência real.

[...]

Portanto, com se verifica, a denúncia foi oferecida em 25/04/2012, sendo recebida em 08/05/2013, momento em que foi decretada a custódia do paciente e a inicial acusatória oferecida no prazo legal, sendo preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP.

Conforme lição de Rogerio Greco:

De acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito de estupro for cometido com emprego de violência real, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do CP, somente se exigindo a representação do ofendido nas hipóteses em que o crime for cometido com emprego de grave ameaça. (Curso de Direito Penal – Parte Especial - Volume III, 9ª edição. Niterói/RJ: Editora Impetrus, 2013, p. 475, destaquei).

É esse também o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

[...], a Súmula 608 do STF permanece incólume às críticas doutrinárias: no estupro cometido com violência, pouco importa se da 'vis compulsiva' resulta lesão grave, leve ou morte, a ação penal será pública incondicionada. [...] O Supremo, em decorrência da sua 'jurisprudential construction', erigiu a ação penal, nesses casos, à qualidade de pública incondicionada (Processo Penal - Volume I, 35ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 444-445).

Em verdade, a subsistência da Súmula n. 608 do STF, como fonte normativa bastante para afastar a literalidade do artigo 225 do Código Penal, deriva de uma interpretação sistêmica e teleológica do preceito penal sancionador, que, a toda evidência, não admite condicionar o exercício de ação penal relativa a um crime que a Constituição da República qualificou como hediondo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deveras, desde há muito a Suprema Corte firmou o entendimento de que “o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei nº 8.072/90. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve ser dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido.” (RHC 82098/PR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Publicação: DJ 29-11-2002 p-23 J. 10/09/2002- Primeira Turma; em igual sentido, HC 93794/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 24/10/2008).

Isso porque – parece-me evidente – a Lei Maior, em seu artigo 5º, inciso XLIII, deixou clara sua opção por conferir um rigor muito maior para o tratamento jurídico-penal dos crimes hediondos. Por sua vez, a Lei nº 8.072/90 robusteceu esse rigor penal e processual penal, estabelecendo regras que tornam inequívoca a ideia de que esses crimes devem merecer atenção prioritária do Poder Público para a sua repressão.

Ora, sendo certo que um dos crimes elencados na referida lei é precisamente o de atentado violento ao pudor – cujas condutas típicas passaram a integrar o delito de estupro, com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009 (art. 1º, V, da Lei n. 8.072/90) –, como entender que a punição de tão grave crime deva depender da vontade exclusiva da própria vítima para que o órgão oficial de persecução penal possa promover a acusação contra o autor da conduta?

Confirmam-se os seguintes julgados desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. PROCESSO PENAL. **ESTUPRO COMETIDO COM VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.** ALEGAÇÃO DE QUE A NÃO CONFEÇÃO DE EXAME DE CORPO DE DELITO IMPEDE O RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES. IMPOSSIBILIDADE DESTA CORTE SOBREPOR-SE A QUAISQUER CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO PONTO, POR SEREM SOBERANAS NA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. PALAVRA DA VÍTIMA, QUE, DE QUALQUER FORMA, NOS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, É ELEMENTO PROBATÓRIO DE CONSIDERÁVEL VALOR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. [...].

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

3. **Não é o que ocorre no caso, no entanto, pois os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados com violência real ou por meio de grave ameaça são de ação penal pública incondicionada.** Inteligência da Súmula n.º 608 do Supremo Tribunal Federal.

4. [...]

5. [...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 254236/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5T., DJe 28.2.2013, destaquei).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA 608/STF. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, **em caso de estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência real**, como na hipótese dos autos - de acordo com o afirmado pelas instâncias ordinárias, inclusive com o respaldo do laudo de corpo de delito - **a ação penal cabível é a pública incondicionada**, a teor do Enunciado nº 608 da súmula do Supremo Tribunal Federal, não havendo que se cogitar de ilegitimidade na atuação do Ministério Público.

2. Recurso Ordinário em Habeas Corpus desprovido.

(RHC 22362/RO, Rel. Ministro **Haroldo Rodrigues** (Desembargador convocado do TJ/CE), 6T., DJe 25.4.2011, destaquei)

Ressalto que, em duas recentes decisões monocráticas, a Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, decidiu no sentido de que, em delito sexual praticado mediante violência real, o reconhecimento da extinção da punibilidade pela decadência do direito de ação da vítima demandaria o revolvimento do contexto-fático probatório dos autos.

A primeira decisão refere-se ao *writ* impetrado pelo ora recorrente perante a Corte Suprema (HC n. 118934/RJ), contra decisão que indeferira o pleito de urgência no RHC 39.299/RJ, de Relatoria do Ministro Jorge Mussi, *in verbis*:

[...]

Para acolhimento da alegação da manifesta atipicidade da conduta imputada ao Paciente, diante da ausência de violência contra a vítima, tendo ela consentido com a prática do ato sexual, **ou da alegação de decadência, inequívoca seria a necessidade do exame de fatos e provas, ao que não se presta o habeas corpus.**

(HC 118934, Rel. Ministra **Cármen Lúcia**, decisão monocrática, DJe 20.8.2013)

A segunda decisão foi proferida nos autos do *Habeas Corpus* n. 118.946/RJ, também impetrado pelo ora recorrente perante o STF, contra decisão da então Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), que indeferira o pedido de reconsideração da decisão desfavorável ao pleito de urgência no HC n. 274.058/RJ. Confira-se:

[...]

Neste momento, **para que se pudesse cogitar da incidência do art. 225 do Código Penal, alterado pela Lei n. 12.015/2009, e acolher a pretensão dos ora Impetrantes para declarar a extinção da punibilidade pela decadência, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos para afastar a premissa de que o delito imputado**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi praticado pelo Paciente com violência real. Este Supremo Tribunal assentou que o 'habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento' (HC 74.295, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 22.6.2001).

(HC 118946, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, Decisão monocrática, **DJe 21.8.2013**, destaquei).

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso em *habeas corpus*.
É o voto.

A tal entendimento acostou-se o voto da eminente Desembargadora convocada Marilza Maynard.

Passo, então, às minhas considerações.

Recentemente, esta colenda Sexta Turma sufragou posição contrária à ora esposada pelo culto relator, em aresto que, contou, aliás, com voto vencido de Sua Excelência. Refiro-me ao seguinte precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONSUMADO. PROVA DA VIOLÊNCIA REAL. SÚMULA 7/STJ. AÇÃO PENAL. NATUREZA. SÚMULA 608/STF. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. LEGISLAÇÃO POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO.

1. A análise acerca da ocorrência ou não de violência real no caso em análise demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas na instância ordinária, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.

2. Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, que deu nova redação ao artigo 225 do Código Penal, a ação penal nos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência real, passou a ser de natureza pública condicionada à representação, exceto nas hipóteses em que a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, em que a ação será pública incondicionada.

3. Em atenção ao princípio da retroatividade da lei posterior mais benéfica, ex vi do disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, de rigor sua aplicação a casos como o presente. Tendo a ofendida se retratado da representação anteriormente apresentada, sem que tenha sido oferecida denúncia, deve ser restabelecida a decisão do Juízo de primeira instância que determinou o arquivamento do feito, por ausência de condição de procedibilidade da ação penal.

4. Recurso especial improvido. Habeas corpus concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo de primeira instância que determinou o arquivamento do inquérito policial em razão da retratação da representação pela ofendida.

(REsp 1290077/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 31/03/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, peço vênica para reiterar a posição deste prestigiado órgão julgador, reavivando os argumentos expendidos no aludido recurso especial.

No que se refere à iniciativa da ação penal nos "Crimes contra os Costumes", dispunha o Código Penal, em sua redação original, que:

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 às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, com base na premissa de que o estupro com violência real é de natureza complexa porque integrado pelo crime de lesões corporais que, por sua vez, era sempre de iniciativa pública, firmou o entendimento de que é pública incondicionada a ação penal quando o estupro for praticado mediante violência real, restando sua jurisprudência consolidada no enunciado nº 608 da sua Súmula, *verbis*:

"No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada." (DJ 29/10/1984).

Com a edição da Lei nº 9.099/95, todavia, a ação penal nos crimes de lesões corporais leves, embora permanecesse pública, passou a depender de representação ao dispor a norma o seguinte:

"Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas."

Surgiram, em consequência, acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação do enunciado nº 608/STF nas hipóteses em que o crime de estupro fosse cometido após a edição da Lei nº 9.099/95 e resultasse em lesões corporais leves.

E o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar acerca do tema, decidiu o seguinte:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LEI 9.099/95. REVISÃO DA SÚMULA STF 608. AÇÃO PENAL. NATUREZA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO TÁCITA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO ESPECÍFICA PARA O DELITO DE ESTUPRO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. DESCARACTERIZAÇÃO DOS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROGRESSÃO DE REGIME.

1. O advento da Lei 9.099/95 não alterou a Súmula STF 608 que continua em vigor. O estupro com violência real é processado em ação pública incondicionada. Não importa se a violência é de natureza leve ou grave.

2. O Ministério Público ofereceu a denúncia após a representação da vítima. Não há que se falar em retratação tácita da representação.

3. Nem é necessária representação específica para o delito de estupro, quando se trata de delito de estupro com violência real.

4. No caso, inexistente decadência do direito de queixa por não se tratar de ação penal privada.

5. A jurisprudência do Tribunal pacificou-se no entendimento de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor caracterizam-se como hediondos. Precedentes. Inviável a progressão do regime. HABEAS conhecido e indeferido." (grifo nosso - HC 82206, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 08/10/2002, DJ 22-11-2003 PP-00083 EMENT VOL-02092-03 PP-00458)

Isso porque, nas palavras do relator, “a razão de ser da Súmula é o constrangimento à liberdade sexual, realizado mediante violência física real. Não importa se a violência é de natureza leve ou grave.”

Na mesma linha de raciocínio, confirmam-se os seguintes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA Nº 608/STF. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RETRATAÇÃO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. É assente neste Tribunal Superior o entendimento segundo o qual, tratando-se de crime de estupro praticado com emprego de violência real, a ação penal é pública incondicionada, sendo o parquet o ente legitimado para a sua promoção, a teor do enunciado da Súmula 608/STF.

2. In casu, irrelevante o fato de o representante da ofendida ter apresentado retratação à representação anteriormente oferecida a fim de impedir o oferecimento da denúncia, haja vista a natureza pública incondicionada da ação penal.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 997.640/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 06/09/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA 608/STF. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, em caso de estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência real, como na hipótese dos autos - de acordo com o afirmado pelas instâncias ordinárias, inclusive com o respaldo do laudo de corpo de delito - a ação penal cabível é a pública incondicionada, a teor do Enunciado nº 608 da súmula do Supremo Tribunal Federal, não havendo que se cogitar de ilegitimidade na atuação do Ministério Público.

2. Recurso Ordinário em Habeas Corpus desprovido.

(RHC 22.362/RO, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 25/04/2011)

HABEAS CORPUS. ARTIGOS 213, 214 e 157, § 2º, I, II E IV C/C O ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA REAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 608 DO STF. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ROUBO CONSUMADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO TENTADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1 - É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, em caso de estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência real, como na hipótese dos autos, a ação penal cabível é a pública incondicionada, a teor da Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, não perdeu a validade com o advento da Lei nº 9.099/95.

2 - O acolhimento do pedido de desclassificação do delito de roubo consumado para tentado demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via estreita do habeas corpus.

3 - Ordem denegada.

(HC 38.529/BA, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 20/08/2007, p. 306)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. SÚMULA 608 DO STF. LEGITIMIDADE DO PARQUET PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL

1. Verificado a ocorrência da violência real ocorrida no delito de estupro imputado ao agente, por si só enseja que a ação seja pública incondicionada. (Súmula 608 do STF)

2. Ordem denegada. (HC-40.160, Rel. Ministro HELIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, DJ de 5/12/2005)

PENAL. ESTUPRO COM LESÕES CORPORAIS LEVES. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA 608/STF.

- "O estupro absorve as lesões corporais leves decorrentes do constrangimento, ou da conjunção carnal, não havendo, pois, como separar estas, daquela, para se exigir a representação prevista no art. 88, da Lei nº 9.099/95" (HC nº 7.910 - PB, Rel. Min. Anselmo Santiago, in DJ de 23.11.1998).

- A Súmula 608, do Supremo Tribunal Federal não perdeu vitalidade com a edição da Lei nº 9.099, de 1995.

- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 171.426/MG, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 05/03/2002, DJ 01/04/2002, p. 227)

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO COM LESÕES CORPORAIS LEVES. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA 608/STF. DELITO CONSIDERADO HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME.

"O estupro absorve as lesões corporais leves decorrentes do constrangimento, ou da conjunção carnal, não havendo, pois, como separar estas daquele, para se exigir a representação prevista no artigo 88, da Lei nº 9.099/95 (HC nº 7.910/PB, Rel Min. Anselmo Santiago, in DJ de 23.11.1998)." Vigência da Súmula 608, do STF.

Consoante entendimento recentemente adotado pelo Col. STF, secundado por julgados desta Corte, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples ou com violência presumida, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos (art. 1º, da Lei 8.072/90), recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima.

Hipótese dos autos em que incide a regra proibitiva da progressão de regime inserta no § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90.

Ordem denegada.

(HC 21.423/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2002, DJ 26/08/2002, p. 279)

Assim, mesmo após a edição da Lei nº 9.099/95, permaneceu sendo de iniciativa pública incondicionada a ação penal no caso do crime de estupro quando praticado mediante violência real, ainda que resultassem lesões corporais de natureza leve.

Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, que deu nova redação ao artigo 225 do Código Penal, a ação penal nos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência real, passou a ser de natureza pública condicionada à representação, exceto nas hipóteses em que a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, em que a ação será pública incondicionada.

Confira-se, por oportuno, a atual redação do mencionado dispositivo legal:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Dessa forma, em atenção ao princípio da retroatividade da lei posterior mais benéfica, *ex vi* do disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, de rigor sua aplicação a casos como o presente, em que as ações penais, antes de iniciativa pública incondicionada, passaram a ser condicionadas à representação, a fim de se possibilitar às vítimas que representem ou não contra o réu.

Saliente-se, por oportuno, que a norma que trata da modalidade da ação penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

influencia decisivamente o *jus puniendi*, visto que interfere, por exemplo, na decadência, causa de extinção da punibilidade, sendo, pois, norma de efeito material.

A lei possui, então, cunho híbrido - processual penal com efeitos materiais. Nesse âmbito, deve-se reconhecer a retroatividade da lei para beneficiar o réu.

Sobre o tema, oportuno trazer à baila a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, ao tratar da retroatividade do artigo 225 do Código Penal:

Cuida-se de norma processual material, com reflexos nítidos em direito penal, respeitando, então, o disposto no art. 5º, XL, da CF. No mesmo sentido, confira-se Rogério Sanches Cunha (*Comentários à reforma criminal de 2009*, p. 63). (...) Hoje, a ação somente é pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável. (...) Deve-se analisar, no caso concreto, quais ações tramitam como públicas incondicionadas e deviam ser condicionadas pela representação da vítima. Nesses casos, cabe ao magistrado paralisar o andamento e colher a representação. (*Código Penal Comentando*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 979).

Do mesmo sentir é o escólio de Rômulo de Andrade Moreira, citado por Rogério Greco:

Ora, uma norma que passou a exigir a representação para o exercício da ação penal em relação a alguns crimes tem um aspecto material, visto que o não oferecimento da representação acarretará a decadência e a extinção da punibilidade, matéria do Direito Penal (art. 107 do Código Penal); mas, é também norma processual pois é uma condição de procedibilidade da ação penal (art. 38 do CPP). Destarte, nos processos em andamento, cuja ação penal iniciou-se mediante queixa não existe providência a ser tomada pelo Juiz de Direito, senão a marcha normal do procedimento, observando-se o princípio do *tempus regit actum*, pois a nova disposição não aproveitaria o réu; (...). O problema surge naqueles casos em que a ação penal era pública incondicionada [...] e passou a ser agora pública condicionada à representação (art. 225, *caput*, do Código Penal). Obviamente que a situação é mais benéfica para o acusado, pois o início da *persecutio criminis in judicio* tornou-se mais difícil para o Ministério Público, passando a depender de uma condição específica de procedibilidade, não mais podendo agir de ofício (princípio da oficiosidade). Neste caso, entendemos que, tratando-se de norma processual penal material, deve ser aplicado o art. 2º do Código Penal, ou seja, a retroatividade se impõe, atingindo os casos pendentes. (*Código Penal Comentado*, 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 683).

Nessa linha de raciocínio, aliás, há muito pacificou-se nesta Corte, bem como no Excelso Pretório, o entendimento de que deve retroagir para alcançar os fatos anteriores, por ser mais benéfica, a redação do artigo 225 do Código Penal dada pela Lei nº 12.015/09, em razão da qual as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso deixaram de configurar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor, para constituir crime único, desde que praticados no mesmo contexto.

No mesmo sentido ora esposado, confira-se precedente da Quinta Turma deste Sodalício, da relatoria do ilustre Ministro Gilson Dipp:

PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRATICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009. VIOLÊNCIA REAL. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA RENÚNCIA AO DIREITO DE QUEIXA. DISCUSSÃO ACERCA DA EFETIVA OCORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA REAL. SÚMULA 608/STF. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. RETROATIVIDADE DA NOVA LEI. DEPENDENTE DA CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA REAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. Até o advento da Lei 12.015/2009, os crimes definidos nos arts. 213 a 220 do Código Penal procediam-se mediante queixa, com as exceções dispostas nos §§ 1º e 2º da antiga redação do art. 225 do Código Penal, na Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que previa a hipótese de ação penal pública incondicionada, para os casos em que se houvesse emprego de violência real, bem como nos casos que resultassem em lesão corporal grave ou morte (art. 223), inserido no mesmo capítulo do art. 225, e não nos capítulos anteriores, aos quais o dispositivo remetia em sua redação original.

II. Com o advento da Lei 12.015/2009, que alterou a redação do art. 225 do Código Penal, os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, mesmo com violência real (hipótese da Súmula 608/STF) ou com resultado lesão corporal grave ou morte (antes definidos no art. 223 do Código Penal e hoje definidos no art. 213, §§ 1º e 2º), passaram a se proceder mediante ação penal pública condicionada à representação, nos termos da nova redação do art. 225 do Código Penal, com exceção apenas para os casos de vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (parágrafo único do art. 225 do Código Penal).

III. Se a lei nova se apresenta mais favorável ao réu nos casos de estupro qualificado, o mesmo deve ocorrer com as hipóteses de violência real, isto é, para as ações penais públicas incondicionadas nos termos da Súmula 608/STF, segundo a qual, "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". Tais ações penais deveriam ser suspensas para que as vítimas manifestassem desejo de representar contra o réu.

IV. Hipótese em que o recorrido foi denunciado pela prática do delito descrito no art. 214, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, tendo a ação penal sido instaurada por iniciativa do Ministério Público, nos termos da referida Súmula 608/STF, tendo as instâncias ordinárias entendido pela inexistência de violência real, afastando a aplicação da referida súmula e extinguindo a punibilidade do réu, por renúncia ao direito de queixa.

V. Conforme se compreenda pela ausência de violência real, o deslinde da questão encontra-se devidamente equacionado nos moldes referidos nas instâncias ordinárias, isto é, pela renúncia da vítima ao direito de queixa, nos termos do art. 107, V, do Código Penal. Até porque, nesse hipótese, não haveria que se cogitar em retroatividade da lei penal.

VI. Ao contrário, se o entendimento se desse no sentido da efetiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrência de violência real, não seria o caso de aplicação do disposto na Súmula 608/STF, conforme já explicitado acima, diante da nova redação no art. 225 do Código Penal, dada pela lei 12.015/2009, por se tratar de lei penal mais benéfica.

VII. A discussão acerca da efetiva ocorrência de violência real redundaria em revolvimento de matéria fático-probatória, impossível de ser satisfeita na via especial, diante do óbice da Súmula 07/STJ.

VIII. Ainda que se entendesse pela ocorrência de violência real, proceder-se-ia à nova contagem do prazo decadencial de 6 (seis) meses para a representação da ofendida, que passaria a fluir da data da entrada em vigor da lei nova, isto é, em 10/08/2009, estando alcançado, de qualquer modo, pelos efeitos da decadência.

IX. Recurso especial que não prospera por qualquer dos fundamentos, eis que qualquer solução que se apresente, implicará na renúncia ao direito de queixa ou na decadência do direito de representação da ofendida (art. 107, IV e V, do Código Penal).

X. Recurso desprovido.

(REsp 1227746/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 17/08/2011)

Segundo a denúncia, o crime em foco teria ocorrido em meados de 2009. Pouco tempo depois, veio a lume a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que modificou a natureza da ação penal em foco, passando a ser pública condicionada à representação.

Pois bem, a partir de então teria a vítima o prazo de seis meses para fornecer a representação.

Ocorre que, conforme consta do termo de declarações da ofendida, datado de 17/04/2013:

(...) Que resolveu sair da Igreja no final de 2012. Que durante muito tempo tentava ter coragem de denunciar o Pastor MARCOS. Que sempre temia que acontecesse algo de ruim com sua família. Que no fim de fevereiro de 2013, resolveu denunciar o Pastor MARCOS. (fl. 18).

Desta forma, com a modificação legal, que culminou por abrandar o entendimento jurisprudencial, cifrado no enunciado sumular 608/STF, penso que a punibilidade do paciente encontrar-se-ia fulminada, tendo em conta a decadência do direito de representar, que teria ocorrido seis meses após a entrada em vigor na Lei 12.015/2009, que alterou a sistemática da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual.

Ante o exposto, pedindo vênias aos cultos Ministro Rogério Schietti Cruz e Marilza Maynard, dou provimento ao recurso ordinário para, reconhecendo a extinção da punibilidade, nos moldes do artigo 107, IV, c.c. art. 103, todos do Código Penal, trancar a ação penal n. 0012161-21.2013.8.19.0054, da 1ª Vara Criminal da Comarca de São João de Meriti/RJ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0237270-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 39.538 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024722-45.2013.8.19.0000 00247224520138190000 121612120138190054
247224520138190000

EM MESA

JULGADO: 03/04/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : M P DA S (PRESO)

ADVOGADOS : MAURO SILVA DE CASTRO
WILLER TOMAZ DE SOUZA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.538 - RJ (2013/0237270-0)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: De acordo com o voto do eminente Relator, são estas as questões postas em debate: a) eventual trancamento da ação penal, por falta de justa causa; b) ilegalidade da prisão; e c) tratando a hipótese de ação penal condicionada, haveria decadência do direito de ação, considerando-se que a vítima apenas se manifestou anos após os fatos.

O Ministro Schietti, ao negar provimento ao recurso, entendeu que não é possível, na via estreita do *habeas corpus*, concluir pela atipicidade da conduta, considerando que a ocorrência, ou não, de violência (segundo o recorrente, as relações sexuais eram consensuais) dependeria do revolvimento do contexto fático-probatório dos autos; decidiu, ainda, que a prisão não se encontra devidamente fundamentada; e, por fim, concluiu que, nos delitos, como no caso, **em que há violência real, a ação penal é ainda pública incondicionada (apesar do disposto no atual art. 225 do CP)**, dispensada a representação da vítima, razão pela qual não haveria falar em decadência do direito de ação, nos termos da Súmula 608/STF (No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada).

Já a Ministra Maria Thereza abriu a divergência, sustentando, como já havia feito por ocasião do REsp n. 129.0077/SP, que, *com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, que deu nova redação ao artigo 225 do Código Penal, a ação penal nos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência real, passou a ser de natureza pública condicionada à representação, exceto nas hipóteses em que a vítima for menos de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, em que a ação será incondicionada*. Com esse entendimento, a Ministra Maria Thereza deu provimento ao recurso para reconhecer a extinção da punibilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na oportunidade, acompanhei a Ministra Maria Thereza e o faço novamente agora, pelos mesmos fundamentos por mim externados naquela assentada.

Parece-me que a solução do caso passa pelo disposto no art. 101 do Código Penal, que, no caso de crime complexo – como o estupro qualificado –, autoriza a ação penal incondicionada. É a opinião, por exemplo, de Nucci:

Atualmente, com a edição da Lei 12.015/2009, tornou-se relevante o art. 101, devendo ser aplicado para solucionar o lapso legislativo em relação à redação do art. 225. Neste artigo, no *caput*, prevê-se que os delitos sexuais, inclusive o estupro (art. 213), comportam ação pública condicionada à representação. No parágrafo único, estabeleceu-se a ação pública incondicionada para crimes contra menores de 18 anos e pessoal vulneráveis. Infelizmente, olvidou-se a forma qualificada do estupro (com resultado lesão grave ou morte), prevista no art. 213, §§ 1º e 2º. **Entretanto, sabendo-se que a forma qualificada pelo resultado do delito de estupro é, sem dúvida, crime complexo em sentido estrito, pode-se aplicar o disposto no art. 101.** Se ao homicídio e à lesão grave destina-se a ação pública incondicionada, certamente, ao estupro seguido de lesão grave ou morte, a mesma ação pública incondicionada deve prevalecer.

(NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 13ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 580)

A interpretação do citado art. 225, em sua nova redação, não pode ser isolada. Ela há de ser sistêmica. E o fato da redação mais nova prever como condicionada a ação penal nos casos de crimes contra a liberdade sexual e de crimes sexuais contra vulnerável não desautoriza a aplicação do disposto no art. 101 do Código Penal, cujo objeto são justamente os chamados crimes complexos, sendo o estupro qualificado um deles. Tais dispositivos devem ser interpretados conjuntamente.

Nas palavras de Bitencourt, o art. 101 do Código Penal destina-se especificamente àquelas infrações penais cuja *persecutio criminis* depende da iniciativa do ofendido, na medida em que as outras dele não necessitam: são de ação pública incondicionada. Ademais, essa interpretação sistemática resolve a delicada questão sobre a natureza da ação penal do crime de estupro praticado com violência real (especialmente quando há lesão grave ou morte da vítima),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

além de observar o princípio da razoabilidade assegurando a harmonia hermenêutica do ordenamento jurídico nacional (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial, vol. 4. 6ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pág. 147).

Assim, havendo estupro em sua forma qualificada, mesmo diante do disposto no art. 225, em sua nova redação, a ação penal pública permanece incondicionada. Isso porque estaríamos diante de uma situação em que acontece um delito passível de ação pública condicionada (estupro) casado a um outro que permite a ação penal incondicionada (lesão corporal grave ou homicídio).

Ocorre, porém, como bem salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento do HC n. 82.466/DF (DJ 7/3/2003), que o advento da Lei n. 9.099/1995 impede que, no caso concreto, haja a incidência do art. 101 do Código Penal ou mesmo da Súmula 608/STF. Isso porque a incidência de ambos está vinculada à existência de um crime que autorize a ação pública incondicionada. Confirmam-se trechos do voto de S. Exa.:

O paciente foi denunciado pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (C. Penal, arts. 213 e 214).

Arguiu a ilegitimidade do Ministério Público, sob alegação de que o caso - crime de ação privada - deveria ter se iniciado por queixa-crime, tendo em vista que os pais da vítima podem prover às despesas do processo e não houve violência real.

O juiz de primeiro grau acolheu a exceção, mas o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso em sentido estrito do MP, para determinar o prosseguimento da ação penal, com fundamento em que a representação fora feita pela própria vítima, maior de 19 anos, que declarou ser pessoa pobre e que, embora provado que os pais da vítima tinham recursos suficientes, a legitimidade da representação deve ser aferida em face da miserabilidade da sua autora, e não de seus pais. **Além disso, considerou a existência de lesões corporais leves e o constrangimento da vítima mediante arma de fogo.**

[...]

Importa, no caso, é que, além de certo o fato de que a representação partiu da ofendida, maior de 18 anos, também o é que a denúncia atribui ao paciente não apenas a grave ameaça com arma de fogo, **quanto à comissão de lesões corporais, verificadas mediante laudo médico-legal.**

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante, tenho como irrelevantes para assentar a legitimação do MP à ação penal por estupro tanto a grave ameaça, quanto o haverem resultado do fato lesões corporais de natureza leve.

No que toca à grave ameaça, estou em que não a abrange a Súmula 608, no suposto normativo da qual - para lastrear a aplicabilidade do art. 101 CP -, "*violência real*" não se contrapõe apenas à violência presumida, mas também a violência moral ou psíquica, substantiva na ameaça: tenho por irretocável, nesse sentido, o voto, embora vencido, do il. Desemb. Canguçu de Almeida [...] e o magistério de Damásio de Jesus (Comentários ao C. Penal, 2º/790).

Em síntese, conspiram todos eles em que, no estupro mediante grave ameaça não há crime complexo, mas modalidade especial de constrangimento legal, caracterizada pelo fim de agir, que é a conjunção carnal, o que elide a incidência do art. 101 do C. Penal.

Já no estupro que resultem lesões corporais, ainda que leves, embora enfrentando cerrada crítica doutrinária, é certo que se sedimentara no Tribunal o entendimento da Súmula 608, no sentido de ser a hipótese da ação pública incondicionada.

Estou, porém, em que a jurisprudência sumulada ficou prejudicada pela superveniência do art. 88 da L. 9099/95, que passou a condicionar à representação do ofendido a ação penal por lesões corporais leves ou lesões culposas: premissa fundamental da Súmula 608, com efeito, era ser o delito de lesões corporais perseguível mediante ação pública incondicionada, o que a lei nova derruiu.

[...]

Hoje, o simples fato de existir violência real não é suficiente para autorizar a incidência do referido art. 101, tendo em vista que, naqueles casos em que não há nem lesão corporal grave nem homicídio (estupro qualificado), não há a possibilidade da ação pública incondicionada. Lesões corporais leves, como o estupro, permitem apenas a ação penal condicionada, em razão do previsto no art. 88 da Lei n. 9.099/1995.

Aqui, não obstante a ocorrência de violência real, não há notícia de que dela tenham resultado lesões corporais graves, o que autorizaria a ação pública incondicionada, nos termos do art. 101 do Código Penal.

Assim, mesmo que por fundamento diverso, acompanho a divergência e **dou provimento** ao recurso em *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0237270-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 39.538 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024722-45.2013.8.19.0000 00247224520138190000 121612120138190054
247224520138190000

EM MESA

JULGADO: 08/04/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : M P DA S (PRESO)

ADVOGADOS : MAURO SILVA DE CASTRO
WILLER TOMAZ DE SOUZA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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:

Prosseguindo julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior dando provimento ao recurso em habeas corpus, verificou-se empate na votação, prevalecendo a decisão mais favorável ao réu, a Sexta Turma, deu provimento ao recurso em habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará o acórdão, vencidos o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz e a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Votou com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Néfi Cordeiro.