



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.290.077 - SP (2011/0208623-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : F DE G C S
ADVOGADO : LEONARDO MASSUD E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

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.

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 no julgamento após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, ratificando o seu voto no sentido de acompanhar o voto da Sra. Ministra Relatora, e o voto da Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/PE), acompanhando o voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, e, por maioria, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos, neste ponto, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/PE). Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maynard (Desembargadora convocada do TJ/PE) quanto ao não provimento do recurso especial.

Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães quanto à concessão da ordem de ofício.

Brasília, 04 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.290.077 - SP (2011/0208623-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : F DE G C S
ADVOGADO : LEONARDO MASSUD E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de recurso especial, interposto por F. DE G. C. S. com fundamento na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que, após representação feita nos autos do Inquérito Policial nº 34/2007, a suposta vítima de atentado violento ao pudor consumado e tentativa de estupro retratou-se e requereu o arquivamento do feito, o que foi deferido pelo Juízo de primeiro grau, nos seguintes termos:

Haja vista a retratação documentada a fs. 68/69 e 71, acolho as manifestações da Autoridade Policial e da vítima proferidas, respectivamente a fs. 67 e 71, revogando a prisão temporária do averiguado (...), e determinando o arquivamento deste inquérito.

Ousamos, respeitosamente, discordar da ilustre Promotoria de Justiça porque, s.m.j., nada há nos autos informando tratar-se de lesão corporal de natureza grave e a propositura da ação penal na hipótese de delito de lesão de natureza leve está condicionado à representação que, "in casu", resultou ineficaz com a retratação manifestada pela vítima diretamente à Autoridade Policial. Não vemos, por isso, integrando o crime complexo de atentado violento ao pudor e tentativa de estupro, infração que, individualmente, fosse punível por ação penal pública incondicionada.

Expeça-se contramandado de prisão e arquivem-se os autos. (fl. 81)

Irresignado, o *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito, que foi provido em parte pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em aresto assim ementado:

Recurso em Sentido estrito - Arquivamento de Inquérito Policial face retratação da vítima em caso de estupro e atentado violento ao pudor - Violência real que torna dispensável a representação da vítima - Ação penal de natureza pública incondicionada - Titularidade do Ministério Público - Desnecessidade da decretação da prisão temporária face a identificação do suspeito e o tempo corrido - Recurso parcialmente provido. (fl. 143).

Diante desse desate, a defesa opôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embargos de declaração - Recurso em sentido estrito parcialmente provido para dar prosseguimento ao investigatório na apuração de atentado violento ao pudor e tentativa de estupro mediante violência real (uso de algemas para constranger a vítima) – Ação Penal de natureza pública incondicionada - Inexistência de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão - Impossibilidade de discussão com respeito ao seu caráter infringente face à impossibilidade de sua alteração – Embargos recebidos porque tempestivos, mas rejeitados. (fl. 160).

Nas razões do recurso especial, sustenta o recorrente violação dos artigos 101 e 225 do Código Penal, bem como do artigo 88 da Lei nº 9.099/95.

Alega, em suma, que o Ministério Público não tem legitimidade para intentar a ação penal, haja vista se cuidar de ação penal pública de iniciativa privada.

Ressalta que há, nos autos, expressa retratação da ofendida, regularmente formalizada antes do oferecimento da denúncia.

Aduz, ainda, não ter havido violência real, razão pela qual se mostra inviável, a ser ver, a aplicação do verbete sumular nº 608 do Pretório Excelso. No ponto, destaca que não há prova da materialidade da lesão corporal, pois a ofendida deixou de se submeter a exame de corpo de delito.

Por fim, salienta que o artigo 88 da Lei nº 9.099/95 determina que o processamento da lesão corporal leve somente se procede mediante representação do ofendido, inibindo a possível legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal pública incondicionada.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso e pela concessão de *habeas corpus* de ofício, para trancar o inquérito policial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.290.077 - SP (2011/0208623-4)

EMENTA

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.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Insurge-se o recorrente em face de acórdão que deu parcial provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, para determinar o prosseguimento de inquérito policial instaurado para apurar a suposta prática de atentado violento ao pudor consumado e tentativa de estupro. A título de ilustração, cumpre transcrever trecho da fundamentação do acórdão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fotografando os fatos, depreende-se dos autos que a vítima, próxima de sua residência, conheceu um rapaz que disse se chamar Fábio, passando a conversar com ele, até que aceitou o convite para dar umas voltas na camionete preta deste, quando o mesmo parou em frente a um motel, mas ela se recusou a entrar. Então passaram a rodar com o veículo e a pessoa começou ameaçá-la, acabando por levá-la para a via Anhanguera, sendo que quando ela quis ir ao banheiro, ele parou próximo a um canavial e a algemou, passando então a tirar a roupa dela. Quando ele começou a enfiar o dedo em seu órgão genital, face a resistência empregada, ele a jogou para fora da camionete e começou a bater nela, a qual tentava se defender, até que ele avistou uma luz e então a colocou para dentro do veículo já toda sem roupa exceto uma blusa, mas quando ele tentava sair com o carro, ela abriu a porta e saltou para fora, tendo então o veículo saído em disparada, não tendo a camionete veículo sido alcançada pela polícia militar que foi em sua perseguição, crescendo-se, ainda, que o motorista se evadiu levando vários pertences da vítima.

Estes fatos noticiados no histórico do boletim de ocorrência (fls.03/05), vieram confirmados pelas declarações prestadas pela vítima na Polícia (fls.13/15) e pelo depoimento do miliciano que socorreu a ofendida (fls.41/42), sendo que, no correr das investigações, identificado o suspeito, a vítima o reconheceu fotograficamente (fls.27).

Diante desse quadro, existe forte notícia da prática dos crimes de atentado violento ao pudor e de tentativa de estupro mediante violência real, que por sua vez absorvem a prática de outros crimes menores.

Fica claro, portanto, a violência empregada pelo agente, que segundo depoimentos coibidos, teria inclusive algemado a vítima, com força suficiente para configurar a ação penal pública incondicionada, tornando prescindível a apresentação de representação para o início do processo.

(...)

Diante desse quadro, inequívoca a tentativa de estupro e do atentado violento ao pudor cometido contra a vítima, mediante grave ameaça e violência real, a qual, como se sabe, pode ser física ou psíquica - a iniciativa para a propositura da ação penal cabe ao Ministério Público, por se tratar de ação de natureza pública incondicionada.

Quanto a pretendida prisão temporária do suspeito, face o tempo corrido e a sua localização, desnecessária determiná-la, não se justificando a esta altura do processo, a sua decretação. (fls. 141/148)

Inicialmente, quanto à alegação do recorrente de que não teria havido, no caso em análise, violência real, o acolhimento da pretensão recursal 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 deste Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido, segue julgado desta Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA Nº 608/STF. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. VIOLÊNCIA EMPREGADA PARA CONSTRANGER A VÍTIMA. CONCLUSÃO A QUE CHEGARAM AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A rediscussão da matéria relativa ao reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, da prática do delito de atentado violento ao pudor pelo réu, com emprego de violência real, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, porquanto a lide foi dirimida considerando-se o conjunto fático-probatório carreado aos autos.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 943.961/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 24/05/2010)

Passo, assim, ao exame da questão relativa à legitimidade do Ministério Público para propositura da ação penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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.

Cumpre, no entanto, conceder *habeas corpus* de ofício, para que aplicada legislação posterior não considerada pelo acórdão recorrido.

Com efeito, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

Na hipótese dos autos, consoante relatado, verifica-se que a ofendida houve por bem se retratar da representação anteriormente apresentada, sem que tenha sido oferecida denúncia. Desse modo, e estando ausente referida condição de procedibilidade da ação penal, deve ser restabelecida a decisão do Juízo de primeira instância que determinou o arquivamento do feito.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso especial. Concedo *habeas corpus de ofício*** para restabelecer a decisão do Juízo de primeira instância que determinou o arquivamento do Inquérito Policial nº 34/2007 em razão da retratação da representação pela ofendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0208623-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.290.077 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1160128350 15592420078260397 993071071269

PAUTA: 19/11/2013

JULGADO: 19/11/2013

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : F DE G C S

ADVOGADO : LEONARDO MASSUD E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **LEONARDO MASSUD**, pela parte RECORRENTE: F DE G C 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 da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao recurso especial, expedindo, contudo, ordem de ofício, sendo acompanhada pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães, pediu vista o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguarda a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.290.077 - SP (2011/0208623-4)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I.

FÁBIO DE GUIMARÃES CARDOSO SPAGGIARI interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, inc. III, alínea "a", da Carta Magna, em que suscita violação aos artigos 225 e 101 do Código Penal, e 88 da Lei n. 9.099/95, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que deu parcial provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, para dar prosseguimento ao inquérito policial na apuração dos delitos de atentado violento ao pudor e de tentativa de estupro, assim ementado (fl. 143):

Recurso em Sentido estrito - Arquivamento de Inquérito Policial face retratação da vítima em caso de estupro e atentado violento ao pudor - Violência real que torna dispensável a representação da vítima- Ação penal de natureza pública incondicionada - Titularidade do Ministério Público - Desnecessidade da decretação da prisão temporária face a identificação do suspeito e o tempo corrido - Recurso parcialmente provido.

O recorrente opôs embargos de declaração perante o Tribunal estadual, os quais foram rejeitados.

O Recurso Especial não foi admitido pelo Tribunal *a quo* (fls. 224/226), por deficiência na fundamentação, ausência de prequestionamento e impossibilidade de reexame de prova. Contra essa decisão, foi interposto recurso de agravo, provido pela Ministra-Relatora, a fim de ser autuado como recurso especial (fls. 273/275).

Nesta Corte, narra o recorrente que, ainda na fase investigatória, a vítima renunciou ao direito de representação, o que levou o juízo originário a determinar o arquivamento do feito. Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs recurso em sentido estrito, ao qual foi dado parcial provimento.

Alega que a Lei n. 12.015/2009, por ser mais benéfica, alterou o artigo 225 do CP e, portanto, o processamento dos crimes contra a dignidade sexual, cuja ação penal somente pode se dar início com a representação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima.

Sustenta que deve ser afastada a aplicação da Súmula n. 608 do STF, que estabelece a ação penal pública incondicionada para as hipóteses de crime de estupro praticados com violência real, visto que a Lei n. 12.015/2009, ao dar nova redação ao art. 225 do CP, estabeleceu que *"toda e qualquer infração contra a dignidade sexual processa-se, [...], mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima, sendo que as únicas exceções, disciplinadas no parágrafo único, são as hipóteses em que a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou vulnerável [...]"* (fl. 240).

Relata que a suposta vítima, maior e capaz, renunciou ao direito de representação, o que levou o magistrado de piso a arquivar o inquérito policial e que, por não lhe ter resultado lesão corporal de natureza grave ou morte, afasta-se igualmente a incidência do art. 101 do Código Penal.

Requer a concessão de *habeas corpus* de ofício, ante a nova disciplina procedimental dos crimes contra a dignidade sexual, advinda com a Lei n. 12.015/2009.

II.

A em. Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, quanto à alegação do recorrente de que não teria havido, no caso em tela, violência real, votou no sentido de que o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame de prova, vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 desta Corte Superior.

No entanto, **concedeu *habeas corpus* de ofício**, para aplicar à espécie o novel art. 225 do CP, com redação dada pela Lei n. 12.015/2009, sob os seguintes fundamentos:

a) com a superveniência da Lei n. 12.015/2009, que deu nova redação ao artigo 225 do CP, a ação penal nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com o emprego de violência real, passou a ser de natureza pública condicionada à representação do ofendido, exceto nas hipóteses em que a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável, pois a ação será pública incondicionada;

b) as novas disposições advindas com a Lei n. 12.015/2009 devem retroagir para alcançar os delitos praticados antes de sua entrada em vigor, em atenção ao princípio da retroatividade da lei posterior mais benéfica;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c) a norma que trata do tipo de ação penal influencia decisivamente o *jus puniendi*, pois interfere em causas de extinção de punibilidade, sendo, portanto, norma de efeito material; e

d) em face de a lei possuir cunho híbrido (processual penal com efeitos materiais), deve-se reconhecer a retroatividade, para beneficiar o réu.

Entende assim, em decorrência de a vítima haver se retratado da representação, antes do oferecimento da denúncia, estando, portanto ausente condição de procedibilidade da ação penal, deve ser restabelecida a decisão do Juízo originário, que determinou o arquivamento do feito.

III.

Primeiramente, ressalto que concordo com a em. Relatora no que se refere à impossibilidade de análise, nesta Corte, da existência ou não de violência real no *modus operandi* do agente, sob pena de reexame de matéria fático-probatória, vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

Sem embargo, restou assentado nas instâncias ordinárias que os delitos de atentado violento ao pudor e de tentativa de estupro **foram praticados mediante o emprego de violência real**.

Confira-se excerto do acórdão que deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito n. 993.07.107126-9 (fl. 148, destaquei):

*Diante desse quadro, inequívoca a tentativa de estupro e do atentado violento ao pudor cometido contra a vítima, **mediante grave ameaça e violência real**, a qual, como se sabe, pode ser física ou psíquica - a iniciativa para a propositura da ação penal cabe ao Ministério Público, por se tratar de ação de natureza pública incondicionada.*

E do acórdão que rejeitou os Embargos de Declaração n. 993.07.107126-9/50000 (fl. 161, destaquei):

*[...], vale a anotação, de que **o venerando acórdão afirmou que ficou clara a violência empregada, com força suficiente para configurar a ação penal pública incondicionada, tornando prescindível a representação da ofendida para o início do processo (fls.135), de onde que, percebe-se, que o uso de algema por parte do acusado que teria algemado a ofendida para não***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deixá-la fugir e o mesmo conseguir o pretendido, fica mostrado, no mínimo, a violência moral empregada pela ameaça exercida, a qual é englobada pela violência real, autorizativa do reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a propositura de suposta ação penal.

IV.

A partir da premissa de que restou incontroversa a prática dos delitos mediante o emprego de violência real, ousou divergir da e. Relatora quanto à concessão de *habeas corpus*, de ofício, para aplicar à hipótese dos autos legislação posterior, mais benéfica ao réu.

Com efeito, a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe alterações substanciais ao procedimento dos ora denominados crimes contra a dignidade sexual, dentre elas 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 estupro resultava à vítima lesão grave ou morte, a ação penal será, igualmente, da mesma espécie.

Se, por sua vez, da violência empregada no estupro resultasse lesão corporal de natureza leve, aplicava-se a Súmula n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, condicionada à representação, e pública incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou vulnerável.

Entendo, contudo, com todo o respeito ao voto proferido pela Ministra Relatora, que **mesmo após a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009**, nos crimes praticados mediante **violência real**, **ainda incide a Súmula n. 618 do STF, como no caso dos autos, em que a violência real empregada restou incontroversa.**

Assim, a ação penal, quando proposta, será pública incondicionada, dispensada a representação da vítima, por obediência ao enunciado sumular n. 608 do STF, visto que a ofendida, no contexto fático do estupro, foi ameaçada e agredida, conforme consignado pelo Tribunal estadual (fls. 145/146, destaquei, *sic*):

Fotografando os fatos, depreende-se dos autos que a vítima, próxima de sua residência, conheceu um rapaz que disse se chamar Fábio, passando a conversar com ele, até que aceitou o convite para dar umas voltas na camionete preta deste, quando o mesmo parou em frente a um motel, mas ela se recusou a entrar. Então passaram a rodar com o veículo e a pessoa começou ameaçá-la, acabando por levá-la para a via Anhanguera, sendo que quando ela quis ir ao banheiro, ele parou próximo a um canal e a algemou, passando então a tirar a roupa dela. Quando ele começou a enfiar o dedo em seu órgão genital, face a resistência empregada, ele a jogou para fora da camionete e começou a bater nela, a qual tentava se defender, até que ele avistou uma luz e então a colocou para dentro do veículo já toda sem roupa exceto uma blusa, mas quando ele tentava sair com o carro, ela abriu a porta e saltou para fora, tendo então o veículo saído em disparada, não tendo a camionete veículo sido alcançada pela polícia militar que foi em sua perseguição, crescendo-se, ainda, que o motorista se evadiu levando vários pertences da vítima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dúvidas não há, como já dito, de que a norma positivada no novel artigo 225 do Código Penal é de cunho híbrido, de natureza processual, mas com efeitos penais e, portanto, deve retroagir para beneficiar o réu. No entanto, a retroatividade não poderá se operar **na hipótese dos autos**, cuja ação penal não será regida pelo regramento supramencionado, mas pela Súmula n. 608/STF, em face da incontroversa violência real empregada na prática do delito.

Confira-se precedente da Suprema Corte acerca do tema, **julgado em 14.2.2010**, posteriormente, portanto, à entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009:

*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/RS, Rel. Ministra Ellen Gracie, 2T., DJe 4.2.2011)*

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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).

saber: Nesta Corte Superior, há julgados recentes no mesmo sentido, a

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. [...].

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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. [...].

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

7. Habeas corpus não conhecido (HC 254.236/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5T., DJe 28.2.2013, destaquei)

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. [...]

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 hipossuficiência, colhidos ao término da instrução, são extemporâneos.

4. [...]

5. Ordem denegada (HC 168697/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6T., DJe 21.3.2012, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 -, 6T., DJe 25.4.2011)

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, à 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 estupro, como entender que a punição de tão grave crime dependerá da vontade exclusiva da própria vítima para que o órgão oficial de persecução penal possa promover a acusação contra o autor da conduta?

É lógico pensar que um gravíssimo crime, cuja hediondez implica uma série de medidas de cunho penal e processual penal mais rigorosas, simplesmente possa restar impune por opção pessoal da vítima ou de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu representante legal, como se tal escolha pudesse ser decorrente de uma mera avaliação de conveniência?

V.

À vista do exposto, com todo o respeito ao entendimento da Ministra Relatora, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0208623-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.290.077 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1160128350 15592420078260397 993071071269

PAUTA: 19/11/2013

JULGADO: 17/12/2013

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

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 : F DE G C S

ADVOGADO : LEONARDO MASSUD E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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 do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando provimento ao recurso especial, pediu vista regimental o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Aguarda a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.290.077 - SP (2011/0208623-4)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: A questão em debate e objeto da controvérsia refere-se à aplicação, em fatos ocorridos em 2007, da nova redação do art. 225 do Código Penal. No caso concreto, discute-se a possibilidade de se prosseguir com inquérito policial em que são imputados ao recorrente os crimes de atentado ao pudor consumado e tentativa de estupro e em que a suposta vítima se retratou e requereu o arquivamento do feito.

A Ministra Maria Thereza, Relatora, concluiu citando precedentes da Casa, no sentido de que o art. 225, em sua nova redação, tem caráter híbrido – processual penal com efeitos materiais – e, portanto, deve retroagir para beneficiar o réu.

Se é verdade que à época dos fatos a ação penal era incondicionada – crimes praticados com violência real –, a nova redação do mencionado artigo alterou tal situação, tornando-a, quando dos crimes contra a liberdade sexual e sexuais contra vulneráveis, condicionada, salvo quando a vítima for menor ou vulnerável. Assim, tendo-se retratado a vítima sem que tenha oferecido denúncia, a hipótese é, sim, de arquivamento do inquérito policial, como bem decidiu o Juízo de primeira instância, autorizando a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Destaco aqui que a questão jurídica posta pela eminente Relatora – retroatividade do art. 225 – não chegou a ser enfrentada pelo Tribunal local, que se limitou a destrancar o inquérito por entender que o uso de violência no caso concreto autorizava a ação penal incondicionada.

Já o eminente Ministro Rogério Schietti adotou posicionamento contrário, entendendo aplicar-se ao caso, mesmo após a nova redação do art. 225 do Código Penal, a Súmula 608/STF, a qual expõe que, caracterizada a ocorrência de violência real, a ação penal é incondicionada. Trouxe também precedentes da Casa nesse sentido, bem como abalizada doutrina. Assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluiu:

[...] 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 da ação penal relativa a um crime que a Constituição da República qualificou como hediondo. [...] 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 n. 8.072/90 robusteceu esse rigor penal e processual penal, estabelecendo regras que tornam inequívoca a idéia de que esses crimes devem merecer atenção prioritária do Poder Público para a sua representação. Ora, sendo certo que um dos crimes elencados na referida lei é precisamente o de estupro, como entender que a punição de tão grave crime dependerá da vontade exclusiva da própria vítima para que o órgão oficial de persecução penal possa promover a acusação contra o autor da conduta? É lógico pensar que um gravíssimo crime, cuja hediondez implica uma série de medidas de cunho penal e processual penal mais rigorosas, simplesmente possa restar impune por opção pessoal da vítima ou de seu representante legal, como se tal escolha pudesse ser decorrente de uma mera avaliação de conveniência?

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 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: RT, 2013, pág. 580)

A interpretação do art. 225, em sua nova redação, não pode ser isolada. Ela há de ser sistêmica. E o fato de sua redação mais nova prever como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 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: 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. Isto 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, 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:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 feito 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.**

[...]

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 art. 101, tendo em vista que, naqueles casos em que não há nem lesão corporal grave nem homicídio (estupro qualificado), não há a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

A situação descrita no precedente acima reproduzido é a mesma do caso concreto. 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. No caso, pelo que percebo do relatório policial de fls. 5/6, a vítima foi atendida em hospital local e logo dispensada, o que nos permite concluir que, se lesões ocorreram, elas foram leves, o que implica a hipótese do art. 88 da Lei n. 9.099/1995 – ação penal condicionada.

Assim, mesmo que por fundamento diverso, acompanho a eminente Relatora e **nego provimento** ao recurso especial, mas **concedo habeas corpus 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.290.077 - SP (2011/0208623-4)

VOTO-VENCIDO

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

Discute-se, a incidência, no caso, do enunciado n. 608 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe que "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada".

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 referido enunciado sumular para as hipóteses de crime de estupro praticado com violência real. Confirmam-se:

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

No mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da continuidade de aplicação do aludido enunciado n. 608:

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)

Ante o exposto, peço vênia à Sra. Ministra Relatora e aos demais Membros que a acompanharam, mas vou ficar com a divergência instaurada pelo eminente Ministro Rogério Schietti Cruz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0208623-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.290.077 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1160128350 15592420078260397 993071071269

PAUTA: 19/11/2013

JULGADO: 04/02/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : F DE G C S
ADVOGADO : LEONARDO MASSUD E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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 regimental do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, ratificando o seu voto no sentido de acompanhar o voto da Sra. Ministra Relatora, e o voto da Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/PE), acompanhando o voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, e, por maioria, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos, neste ponto, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/PE) quanto ao não provimento do recurso especial.

Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães quanto à concessão da ordem de ofício.