

Recurso especial. Art. 105, III, alíneas "a" e "c" da CF. Atentado violento ao pudor. Crime hediondo, ainda que praticado mediante violência presumida, a exigir o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Recurso Especial na Apelação Criminal nº 2002.050.5588

EGRÉGIO TRIBUNAL:

I) TEMPESTIVIDADE E CABIMENTO

O recurso ora interposto é tempestivo, de vez que esta Procuradoria de Justiça tomou ciência do v. acórdão proferido na Apelação Criminal acima referenciada em 07 de outubro de 2003 (fls. 317). *Ad cautelam*, interpôs Embargos de Declaração, conhecidos e rejeitados, ciente o *Parquet* em **04 de novembro** (fls. 338), providenciando-se o protocolo da petição de interposição do recurso especial, com as razões, no prazo legal.

O recurso se mostra, ademais, cabível.

Como adiante se verá, põe-se em jogo, na espécie, a determinação do sentido e alcance de dispositivos de Lei Federal 8072/90 – em relação aos quais se manifesta, além disso, divergência entre o julgado recorrido e várias decisões emanadas dos E. Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

II – PREQUESTIONAMENTO

Embora as questões arguidas no presente recurso tenham sido abordadas e decididas pelo v. acórdão da Colenda Primeira Câmara Criminal, integrado pelo respeitável voto vencido, ainda assim e *ad cautelam*, interpôs o Ministério Público embargos de declaração, para que nenhuma dúvida pairasse sobre o prequestionamento explícito.

III – BREVE RELATO DA CAUSA

O acusado *Almir de Carvalho* foi condenado pelo Juízo da 39ª Vara Criminal da Capital a seis anos de reclusão, incurso no artigo 214 c/c art. 224, a do Código Penal, fixado o regime de pena **integralmente** fechado, na forma da Lei 8072/90.

No julgamento da apelação nº 2002.050.5588, interposta pelo réu, entendeu a E. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, vencido o eminente Desembargador Paulo César

Salomão, em dar provimento parcial ao recurso, para fixar o regime **inicial** fechado para o cumprimento de pena, ao argumento de que, no caso, a *violência é presumida*. Portanto, não ocorrendo o resultado lesão grave ou morte, não se aplicaria o regime integralmente fechado (fls. 317).

Em face do referido acórdão, a Procuradoria de Justiça interpôs embargos de declaração, objetivando o prequestionamento explícito, a final rejeitados pelo Órgão Fracionário, nada obstante admitir o íncrito Desembargador-Relator que afastara a natureza hedionda do crime de atentado violento ao pudor "por exceção".

Insurge-se o Ministério Público deste Estado do Rio de Janeiro contra o v. Acórdão proferido na apelação, complementado pelo que negou provimento aos embargos de declaração, interpondo o presente recurso especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, em razão da contrariedade/negativa de vigência dos seguintes artigos da Lei Federal 8072/90:

- **artigo 1º e seu inciso VI**, que definem como crime hediondo o atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com art. 223, *caput* e parágrafo único);
- **§ 1º do artigo 2º**, que dispõe que a pena por crime previsto neste artigo - que faz expressa referência aos crimes hediondos
- será cumprida integralmente em regime fechado.

IV) RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA

A - DA CONTRARIEDADE À LEI FEDERAL .

INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1º E SEU INCISO VI DA LEI 8.072/90

Não pode o julgado recorrido subsistir, impondo-se a respectiva reforma, para o fim de ser desprovida apelação interposta pelo réu, restabelecendo-se o regime integralmente fechado estabelecido na r. sentença de primeiro grau.

Com efeito, ao fixar o regime inicial fechado para o cumprimento de pena imposta por atentado violento ao pudor, com violência presumida, o v. acórdão proferido na apelação contrariou a norma do artigo 1º e seu inciso VI da citada lei, uma vez que adotou expressamente o entendimento de que somente se define como hediondo o atentado violento ao pudor cometido com violência real e desde que resulte dessa violência lesão corporal grave ou morte.

Ao depois, no julgamento dos embargos de declaração, aduziu outros fundamentos, afirmando que, no caso concreto, a natureza hedionda do crime fora afastada *por exceção*, pois o ato libidinoso estaria *beirando a insignificância*, se não fossem as consequências psicológicas noticiadas (fls. 337).

Dispõe o art. 1º, VI da Lei 8072/90, com a redação dada pela Lei 8.930/94:

"Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes

crimes, todos tipificados no Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

.....
VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único)."

A lei, portanto, é clara: o crime de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples (art. 214), quanto na qualificada (sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), é **hediondo**, não sendo lícito ao intérprete estabelecer *exceções*, de cunho subjetivo.

Registre-se, de início, que a conjunção "e" (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único) é uma conjunção coordenativa aditiva, que dá a idéia de adição, acréscimo. Então, o que está dito na lei, ao utilizar-se da conjunção E, é o seguinte: *considera-se hediondo o atentado violento ao pudor em sua forma simples E o atentado violento ao pudor de que resulte lesão corporal grave ou morte.*

O acréscimo em comento, com a conjunção E, expressou uma cautela do legislador, atento ao princípio da reserva legal, para que não pairasse nenhuma dúvida de que o crime do art. 214 do Código Penal é hediondo não apenas na forma simples, mas também na qualificada. Houve, pois, um excesso de tipificação e nada mais.

À mesma conclusão conduz a análise da Lei 8.072/90 em sua inteireza, podendo-se observar que quando o legislador quis qualificar como hediondo apenas as formas qualificadas, ele o fez expressamente: assim, na extorsão (art. 158, parágrafo 2º), no roubo (art. 157, parágrafo 3º, *in fine*), na epidemia (art. 267, parágrafo 1º).

B - DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90

Transcrevemos, abaixo, os dispositivos legais apontados.

"Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I -*omissis*

II.....*omissis*

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado."

Assentado, pois, que o atentado violento ao pudor, em sua forma básica, seja com violência real ou presumida, é **hediondo**, segue-se que ao estabelecer o regime *inicial* fechado na hipótese em comento o v. acórdão vergastado **negou vigência** ao citado parágrafo 1º, ignorando solenemente o preceito, pois outro não poderia ser o regime, senão o *integralmente* fechado.

C - DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

Além disso, divergiu o acórdão impugnado de vários acórdãos proferidos, sobre a mesma questão, por esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, bem como de decisão plenária do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Para fins de demonstração analítica do dissídio jurisprudencial, destacam-se os julgados adiante mencionados, extraídos em seu inteiro teor da *Revista Eletrônica do Superior Tribunal de Justiça* e publicados no *Diário da Justiça*, cujas cópias acompanham esta petição, constituindo os DOCS 01 a 04.

Têm eles as seguintes ementas:

1. Recurso Especial nº 505.575 - RS (2003/0004326-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

EMENTA: Recurso Especial. Penal. Processo penal. Circunstância atenuante. Menoridade. Diminuição da pena abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula nº 231 do STJ. Execução da pena. Estupro e atentado violento ao pudor. Crimes hediondos. Pena privativa da liberdade. Regime prisional integralmente fechado. Lei nº 8.072/90.

1. A diminuição da pena aquém do mínimo legal em face de circunstância atenuante destoa do entendimento cristalizado na Súmula nº 231 desta Egrégia Corte Superior de Justiça.

2. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que nas formas simples e mesmo com violência presumida, têm natureza hedionda, devendo as respectivas penas ser cumpridas em regime prisional integralmente fechado. Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso.

3. Recurso Especial conhecido e provido.”

(STJ - Recurso Especial nº 505.575- RS - Min. Laurita Vaz - 5ª Turma - DJ 15/09/2003 - unânime - sem negrito no original). Seu inteiro teor, em anexo, constitui o DOC. 01.

2. Habeas Corpus nº 23.355 - RJ (2002/0080336-9)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

EMENTA: Habeas Corpus. Estupro e atentado violento ao pudor com violência presumida. Prescindibilidade de documento que ateste ser a vítima menor de 14 anos. Comprovação dessa circunstância por outros

meios de prova. Delitos hediondos. Regime de cumprimento de pena.

1. Sendo possível aferir a idade da vítima de delito sexual dos demais elementos de prova contidos nos autos, não se mostra imprescindível a existência de documento que ateste que ela era menor de 14 anos à data dos fatos.

2. Seguindo a linha de decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, **os delitos de estupro e atentado violento ao pudor nas formas simples e qualificada, vale dizer, mesmo que deles não resulte morte ou lesão corporal grave, ainda que praticados mediante violência presumida, constituem crimes hediondos,** a teor do que dispõe o artigo 1º, incisos V e VI, combinado com o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, **impondo-se o desconto das penas corporais correspondentes integralmente no regime fechado.**

3. *Habeas corpus* denegado”.

(STJ - HC 23355 / RJ - Min. Paulo Gallotti - 6ª Turma - DJ 04/08/2003 - unânime - sem negrito no original). Seu inteiro teor, em anexo, constitui o DOC. 02.

3. Embargos de Divergência em RESP nº 347.459/PR (2002/0144728-33)

Relator: Ministro Gilson Dipp

EMENTA: “Criminal. Embargos de Divergência. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Delito hediondo. Regime integralmente fechado de cumprimento da pena. Lei nº 8.072/90. Vedação legal à progressão. Embargos acolhidos.

I. O atentado violento ao pudor, ainda que cometido em sua forma simples e mesmo com violência presumida, é considerado crime hediondo. Precedentes do STJ e do STF.

II. A condenação por delito elencado ou equiparado a hediondo pela Lei n.º 8.072/90, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão. Precedentes.

III. Embargos acolhidos”.

(STJ - ERESP 347459 / PR - Relator: Ministro Gilson Dipp - Terceira Seção - DJ 23/06/2003 - unânime - sem negrito no original). O inteiro teor do acórdão, em anexo, constitui o DOC. 03.

4. *Habeas Corpus* nº 23.866 – SP (2002/0097206-5)

Relator: Ministro Vicente Leal

Ementa: “*Processual Penal. Habeas Corpus originário. Ataque a acórdão proferido em sede de apelação. Desclassificação do crime. Questão não apreciada no julgamento. Não conhecimento. Atentado violento ao pudor. Inexistência de lesão corporal grave ou morte. Violência presumida. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Art. 2º, § 1º, Lei 8.072/90. Constitucionalidade. Não revogação pela Lei 9.455/97.*”

- Em sede de *habeas-corpus* originário impetrado contra acórdão que impõe condenação no julgamento da apelação, os fundamentos da impetração devem situar-se no campo das questões apreciadas no julgamento impugnado.

- Se as razões em que se fundam a pretensão deduzida no *writ* não foram objeto de debate e pronunciamento no acórdão impugnado, o mesmo não pode ser conhecido.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

- E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, afirmou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos.

- É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal.

- *Habeas-corpus* parcialmente conhecido e denegado”. (STJ - HC 23866 / SP - Relator: Min. Vicente Leal - 6ª Turma - DJ 22/04/2003 - unânime - sem negrito no original). O inteiro teor do acórdão, em anexo,

constitui o DOC. 04.

A simples leitura das ementas das decisões paradigmas deixa claro o teor dos julgamentos, e o sentido que neles se deu aos dispositivos ora apontados como violados, ou seja, os artigos 1º, VI e 2º, § 1º da Lei 8072/90.

No primeiro (Recurso Especial nº 505.575), cuidou-se de hipótese de atentado violento ao pudor em que o agente esfregara o pênis na vagina e ânus da vítima, criança de cinco anos de idade. São palavras da eminente relatora, Ministra Laurita Vaz:

“De outro lado, a jurisprudência desta Corte, adotando entendimento esposado pelo Pretório Excelso (HC 81.288/SC, Informativo STF nº 255), encontrou concórdia no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que perpetrado em sua forma simples, é crime hediondo, submetendo-se o condenado a tal delicto ao cumprimento de pena sob regime integralmente fechado, a teor do disposto na Lei 8072/90” (destaques nossos).

No segundo (*Habeas Corpus* nº 23.355 - RJ), relator o Ministro Paulo Gallotti, a hipótese era de crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra vítimas menores de 14 anos, sustentando a impetração que não se tratava de crime hediondo, devendo ser afastada a determinação para cumprimento integral da pena em regime fechado. Consta do voto do relator:

“Com relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 17/12/2001 (HC nº 81.288-1/SC, Relator para acórdão o Ministro Carlos Velloso), proclamou que os aludidos delitos, nas suas formas simples, isto é, das quais não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, são considerados hediondos, em razão do que dispõe o artigo 1º, incisos V e VI, combinado com o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.....

Tratando a hipótese em exame de condenação pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, na forma de violência presumida, o desconto da reprimenda imposta deve se operar integralmente no regime fechado, a teor do disposto na chamada Lei dos Crimes Hediondos...” (destaques nossos).

No terceiro acórdão paradigma (Embargos de Divergência em RESP nº 347.459 - PR, Relator o Ministro Gilson Dipp), foi apreciada divergência de

posicionamentos entre a 6ª e 5ª Turmas desse Colendo Superior Tribunal de Justiça, quanto à possibilidade de progressão de regime ao condenado pela prática de atentado violento ao pudor, com violência ficta. Os embargos foram acolhidos, prevalecendo o entendimento segundo o qual o mencionado crime “seria hediondo em quaisquer de suas modalidades, sendo, portanto, vedada a progressão de regime prisional”.

No quarto e último acórdão paradigma (*Habeas Corpus* nº 23.866 – SP), relator o Ministro Vicente Leal, buscou-se pela via do remédio heróico a desclassificação do crime de porte ilegal de arma para a contravenção penal, bem como que fosse afastada a pecha de hediondez do crime de atentado violento ao pudor, destacando-se do voto do Relator o trecho abaixo, que analisa a questão aqui gizada:

“Com efeito, de acordo com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave e morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90” (destaques nossos).

Portanto, configurada está a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e as decisões trazidas à colação, sendo que nelas há, também, referência à decisão Plenária do C. Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 81.288-1 – SC, acolhendo a tese sustentada neste recurso especial.

V) CONCLUSÃO

Ante o exposto, na certeza de haver demonstrado que o acórdão recorrido não só divergiu, quanto aos dispositivos legais apontados, do entendimento que prevalece nesse Colendo Superior Tribunal de Justiça, como também que, adotando a tese que adotou, ainda que “por exceção”, deu aos dispositivos interpretação equivocada e inconveniente, que contraria a lei federal, pede e espera o Ministério Público que seja conhecido e provido este recurso especial, reformando-se o acórdão impugnado e, com isso, restabelecendo-se a sentença de primeiro grau.

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2003.

DALVA PIERI NUNES
Procuradora de Justiça

Obs.: A 5ª Turma do STJ, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Julgado em 19/10/2004. Relator: Sra. Ministra Laurita Vaz. REsp. 663-216. Vide a Seção de Jurisprudência, onde consta a íntegra do acórdão.