



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 131.987 - RJ (2009/0053103-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EUGÊNIO ALVES DE PAIVA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. **HABEAS CORPUS** DE OFÍCIO.

I - Esta Corte firmou orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio **ne bis in idem**. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, **seria aplicável** a referida causa de aumento, **como na espécie. (Precedentes)**.

II - Com a superveniência da **Lei nº 12.015/2009** restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP).

III - Tratando-se de **fato anterior**, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, **ex vi** do art. 2º, parágrafo único, do CP.

Ordem denegada.

Habeas corpus concedido de ofício para fazer incidir retroativamente à espécie a Lei nº 12.015/2009 por ser mais benéfica ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 19 de novembro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.987 - RJ (2009/0053103-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de EUGÊNIO ALVES DE PAIVA, contra v. julgado do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Criminal nº 2008.050.06472.

Depreende-se dos autos que paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 214, c/c o art. 224, alínea a, todos do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, substituída por tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

As partes apelaram. O e. Tribunal **a quo**, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao apelo do **Parquet**, para fazer incidir os aumentos previstos nos arts. 9º da Lei nº 8.072/90 e 226, II, do Código Penal, aumentando a pena para **7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, mantidas as demais cominações de primeiro grau.

Daí o presente **writ**, no qual aponta o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal porquanto a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que deve se "*considerar bis in idem o uso concomitante dos artigos 226, II, do Código Penal e 9º da Lei 8.072/90, no que diz respeito ao aumento de pena nos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor*" (fl. 4). Requer, ao final, a concessão da ordem , para que seja excluída a causa de aumento de pena referente ao artigo 9º da Lei 8.072/90.

Informações prestadas às fls. 130/131.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela **concessão da ordem**. (fls. 161/163).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.987 - RJ (2009/0053103-2)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. **HABEAS CORPUS** DE OFÍCIO.

I - Esta Corte firmou orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio **ne bis in idem**. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, **seria aplicável** a referida causa de aumento, **como na espécie. (Precedentes)**.

II - Com a superveniência da **Lei nº 12.015/2009** restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP).

III - Tratando-se de **fato anterior**, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, **ex vi** do art. 2º, parágrafo único, do CP.

Ordem denegada.

Habeas corpus concedido de ofício para fazer incidir retroativamente à espécie a Lei nº 12.015/2009 por ser mais benéfica ao paciente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Requer o impetrante, em síntese, a não-aplicação do aumento previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90.

Na espécie, constato, de início, que embora tenha sido o delito cometido contra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima menor de quatorze anos, o foi também mediante **grave ameaça**. Portanto, não é o caso de **violência ficta**, situação em que **não há dissenso da vítima**. Aqui, ao contrário, ela foi constrangida.

Esta Corte, a propósito do tema, firmou orientação no sentido de que referida causa de aumento incidiria nos crimes cometidos contra as pessoas arroladas no art. 224 do Código Penal, desde que cometidos mediante violência ou grave ameaça, pouco importando se da conduta decorreriam lesões de qualquer natureza.

Neste sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF.

*I - Se a violência é presumida, inadequado falar-se de lesão grave ou morte. Contudo, pode haver violência real ou grave ameaça contra vítima que esteja entre as indicadas no **art. 224 do Código Penal**, como ocorreu na espécie.*

*II - Esta Corte tem entendido que o reconhecimento da majorante do art. 9º da Lei 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio **ne bis in idem**. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, tem-se como aplicável a referida causa de aumento. **(Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte)***

(...)

Ordem parcialmente concedida"

(HC 79.422/RJ, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 19/11/2007).

Assim, no caso exame, escorreita a aplicação da majorante pelo e. Tribunal de origem.

Entretanto, a superveniência da **Lei nº 12.015/2009** alterou o tratamento a ser conferido à matéria em exame.

É que, a partir da vigência do mencionado diploma normativo, o atentado violento ao pudor praticado contra menor de 14 (catorze) anos passou a ter uma regulação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autônoma, em um novo tipo, o art. 217-A do CP, que trata do **estupro de vulnerável**, assim redigido:

"Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessária discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (Vetado)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos."

Vê-se, portanto, um maior rigor na punição do crime em foco quando praticado contra menor de 14 (catorze) anos, em decorrência da elevação do patamar da reprimenda prevista ao tipo básico: 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Já o estupro praticado contra vítimas não alcançadas pelo artigo citado remanesce, no preceito secundário, com as mesmas balizas e o tipo penal do art. 214 foi revogado.

A dúvida que surge diz respeito ao próprio objeto desta impetração, consistente na indagação se ainda teria aplicação a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Conforme já destacado, tal majorante teria incidência nos crimes cometidos contra as pessoas referidas no art. 224 do CPP, mediante violência real ou grave ameaça.

Tenho para mim, uma vez remoldurado o quadro normativo dos denominados crimes sexuais, não ser mais admissível sua aplicação. Isso porque a conduta narrada no novo tipo que trata do estupro contra os vulneráveis já prevê, como ressaltado, uma reprimenda mais rigorosa.

Não bastasse isso, o **art. 9º da Lei nº 8.072/90** está revogado, conforme aponta a doutrina (**Guilherme de Souza Nucci in "Crimes contra a dignidade sexual - Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009"**, Editora Revista dos Tribunais, São



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paulo: 2009, pág. 35 e **João José Leal e Rodigo José Leal** in *"Novo Tipo Penal de Estupro Unificado: Considerações sobre as causas de aumento de pena e ação penal"* - www.uj.com.br).

Assim, para os fatos posteriores à edição da **Lei nº 12.015/2009** não há mais como se cogitar sua aplicação.

Se se entendesse que ela seria possível incidir no próprio art. 217-A do Código Penal, nos casos de violência real ou grave ameaça que não implicasse as lesões graves ou morte da vítima, a pena restaria maior (mínimo de 12 anos) do que se configurada as referidas lesões graves (mínima de 10 anos). Portanto, uma inafastável contradição.

Por maior razão, não haveria como pretender-se aplicá-la no **caput** do art. 214. Aqui a vítima não é menor de 14 anos. Além disso, o próprio art. 217-A prevê formas em que se emprega violência na conduta criminosa, como quando advém da conduta lesões graves. Assim, não haveria justificativa para tal deslocamento.

Remanesce, então, a necessidade de se averiguar qual a lei, no caso, deve ser aplicada. A anterior com a incidência da majorante revogada, ou o novel diploma. Tendo em vista a necessidade de retroatividade da lei posterior, no caso de ser mais benéfica, deve retroagir a Lei 12.015/09, **ex vi** do art. 2º, parágrafo único, do CP.

Neste sentido:

"Antes da Lei 12.015/2009, se o estupro ou atentado violento ao pudor de pessoa vulnerável fosse praticado sem violência real, incidia a presunção do art. 224 do CP, respondendo o agente pelo art. 213 ou 214, a depender do caso, com pena de 6 a 10 anos, não incidindo, de acordo com a maioria, o aumento de 1/2 trazido pelo art. 9º da Lei 8.072/90 (evitando bis in idem). A nova Lei, portanto, nessa hipótese, é mais gravosa, não alcançando fatos anteriores. Havendo violência real, dispensava-se a presunção do art. 224, respondendo o agente pelo crime do art. 213 ou 214, conforme a conduta, majorado de 1/2 de acordo com a determinação prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, gerando uma baliza punitiva de 9 a 15 anos. A nova pena é mais benéfica (8 a 15 anos), retroagindo (art. 2º, parágrafo único, do CP)." (Rogério Sanches Cunha, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli in "Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados", Editora RT, São Paulo, 2009, p. 51)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, mantida a pena-base no mínimo legal, mas aplicando o novel diploma, a pena-base redimensiona-se para 08 (oito) anos de reclusão. Mantido o aumento de 1/4 em razão da incidência da majorante inserta no art. 226, II do CP, alcança-se o montante de 10 (dez) anos de reclusão que, reduzida de 1/3 (um terço), **totaliza 06 (seis) anos e 8 (oito) meses**. Regime fechado permanece inalterado.

Ante tais considerações, **denego** a ordem. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para fazer incidir retroativamente à espécie a Lei nº 12.015/2009 por ser mais benéfica ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0053103-2

HC 131987 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20042030069937 200805006472 6472 64722008

EM MESA

JULGADO: 19/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EUGÊNIO ALVES DE PAIVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra os Costumes - Atentado Violento ao Pudor

CERTIDÃO

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

" A Turma, por unanimidade, denegou a ordem e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 19 de novembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário