



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.949 - SP (2008/0087965-1)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : JÚNIOR CESAR MOHAMED H ALY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ANTONIO DE CAMPOS ROCHA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI N.º 12.015/09. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/09. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO TIPO PREVISTO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

1. A partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 88.664/GO, a Sexta Turma desta Corte firmou nova orientação, no sentido de não mais se considerar hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/09, quando cometidos mediante violência presumida.

2. Com o advento da Lei nº 12.015/09, que deu novo tratamento aos denominados "Crimes contra a Dignidade Sexual", caiu por terra a causa de aumento prevista no art. 9º, da Lei nº 8.072/90, devendo ser aplicado ao condenado por estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência ou grave ameaça a menor de 14 (quatorze) anos o preceito secundário do art. 217-A do Código Penal (HC nº 92.723/SP, julgado em 2/8/2011).

2. Ordem concedida a fim de que o crime a que foi condenado o paciente não seja considerado hediondo e que seja excluída da pena a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, reduzindo-se a pena, em consequência, para 10 (dez) anos de reclusão para cada crime, perfazendo-se o total de 20 (vinte) anos de reclusão, mantido os demais termos da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concedendo a ordem, e os votos das Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 18 de setembro de 2012 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.949 - SP (2008/0087965-1)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, impetrado de próprio punho, por Marcos Antônio de Campos Rocha, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado por atentado violento ao pudor, porque, no período compreendido entre 1997 e 1998, constrangeu dois menores abandonados, mediante violência presumida, a permitir que com ele praticassem ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

A pena-base aplicada para cada um dos crimes foi de 8 (oito) anos de reclusão, aumentada de 1/4 (um quarto) pela incidência do inciso II do art. 226 do Código Penal, perfazendo o total de 10 (dez) anos para cada crime. Em seguida, foi aplicada a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, o que fez com que a pena fosse fixada em 15 (quinze) anos de reclusão para cada crime, totalizando 30 (trinta) anos de reclusão, em regime fechado, tendo a condenação transitado em julgado.

No presente *writ*, pleiteia o impetrante, em síntese, o reconhecimento de que o crime de estupro, praticado mediante violência presumida, não seja considerado hediondo, bem como seja excluída a aplicação da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, cuja incidência só é possível nos casos em que há lesão corporal ou morte da vítima, o que não foi o caso dos autos.

Prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal que se manifestou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.949 - SP (2008/0087965-1)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Prevalecia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que na forma simples, ou mesmo com violência presumida, caracterizavam-se como crimes hediondos.

Entretanto, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 88.664/GO, a Sexta Turma desta Corte firmou nova orientação, no sentido de não mais se considerar hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/09, quando cometidos mediante violência presumida.

A lavratura do aludido acórdão coube ao Desembargador convocado Celso Limongi, de cujo voto se extrai:

ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.

O ora paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 8 anos e 7 meses de reclusão pela prática de estupro contra menor de 14 anos de idade. O TJ deu provimento à apelação da defesa, reduzindo a pena a 6 anos e 9 meses de reclusão a ser cumprida integralmente no regime fechado, considerado o caráter de hediondez desse delito, ainda que na forma de violência presumida. No HC, alega-se não existirem elementos de convicção para condenação do paciente e ainda se sustenta, subsidiariamente, falta de fundamentação à exasperação da pena acima do mínimo legal; assim, pede-se sua absolvição. Para o Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), um aspecto que merece destaque prende-se a que, para boa interpretação da lei, é necessário levar em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Mas uma visão abrangente desse arcabouço facilita, e muito, o entendimento, bem como sua interpretação. Em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) precisa ser analisado para enfrentar essa questão, qual seja, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos. Conforme o art. 2º daquele Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. Assim, se o menor, a partir de 12 anos, pode sofrer tais medidas por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram todos os locais, em especial os lares, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente um ato sexual. Desse modo, nesse caso, o CP, ao presumir a violência por não dispor a vítima menor de 14 anos de vontade válida, está equiparando-a a uma pessoa portadora de alienação mental, o que não é razoável, isso em pleno século XXI. Efetivamente, não se pode admitir, no ordenamento jurídico, uma contradição tão manifesta, qual seja, a de punir o adolescente de 12 anos de idade por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Ademais, não se entende hediondas essas modalidades de crime em que milita contra o sujeito ativo presunção de violência. Isso porque a Lei de Crimes Hediondos não contempla tais modalidades, ali se encontra, como crimes sexuais hediondos, tão-só o estupro e o atentado violento ao pudor, nas formas qualificadas. **A presunção de violência está prevista apenas no art. 224, a, do CP, e a ela a referida lei não faz a mínima referência. E, sem previsão legal, obviamente não existe fato típico, proibida a analogia contra o réu.** Com esses argumentos, entre outros, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, concedeu a ordem para desconstituir a decisão que condenou o paciente como incurso nas penas do art. 213 do CP, absolvendo-o sob o fundamento de que os fatos a ele imputados não configuram, na espécie, crime de estupro com violência presumida. O Min. Og Fernandes, o relator originário, ficou vencido em parte por entender, de acordo com julgado da Terceira Seção do STJ, o reconhecimento da violência presumida no caso, presunção essa tida por absoluta, só concedendo a ordem para efeito de progressão de regime. HC 88.664-GO. Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para o acórdão Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 23/6/2009.

A matéria foi novamente trazida a julgamento perante este órgão fracionário, quando a douta Ministra Maria Thereza consignou que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No entanto, entendo que, não obstante a existência de precedentes em sentido diverso, conforme acima transcritos, o Tribunal de origem decidiu acertadamente, pois os crimes hediondos estão taxativamente previstos no artigo 1º da Lei 8.072/90, não constando do respectivo rol, à época, os crimes praticados mediante violência presumida. Confira-se:

Art. 1º da Lei 8.072/90 - "São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

(...)

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

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

Verifica-se, assim, que não se inseria no rol dos crimes hediondos o delito praticado mediante violência presumida. Nesse sentido, confira-se recente julgado desta Sexta Turma, de Relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), publicado no Informativo n.º 400 desta Corte:

.....
Importante, salientar, ademais, que com a recente alteração da Lei 8.072/90, em virtude da publicação da Lei 12.015/09, que alterou o Título do Código Penal referente aos então conhecidos como Crimes Contra os Costumes, o estupro e atentado violento ao pudor praticados contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, atualmente com o nomen iuris de estupro de vulnerável, passou a constar expressamente do rol do artigo 1º da Lei 8.072/90, o que reforça a impossibilidade de se considerar referido delito como hediondo anteriormente à alteração legislativa. Confira-se a nova redação dada pela Lei nº 12.015 de 2009 à Lei de Crimes Hediondos:

Art. 1º da Lei 8.072/90 - "São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

(...)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

Dessarte, não se inserem no rol taxativo dos crimes hediondos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes cometidos com violência presumida anteriores à entrada em vigor da Lei 12.015 de 2009, que os incluiu de forma expressa no artigo 1º da Lei 8.072/90, haja vista a irretroatividade da Lei Penal maléfica.

(Resp n.º 799.013/MG, sessão de 8.9.2009)

Nesse sentido, colho, ainda, o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 (ANTIGA REDAÇÃO). OFENSA AO ART. 9º DA LEI 8.072/90. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 1º, VI, DA LEI 8.072/90 (ANTIGA REDAÇÃO) E DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. HIPÓTESE NÃO PREVISTA, À ÉPOCA NO ROL DO ARTIGO 1º DA LEI 8.072/90. IRRETROATIVIDADE DA LEI 12.015/09. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Com o julgamento do HC 82.959/SP pelo STF e a posterior publicação da Lei 11.464/07, perdeu a atualidade a discussão acerca da possibilidade de cumprimento da pena em regime progressivo para os crimes hediondos, questão já pacificada por esta Corte nos termos do que decidiu o Tribunal de origem. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

2. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que apenas incide a causa de aumento prevista no artigo 9º da Lei 8.072/90 nos casos em que do crime resulta lesão corporal grave ou morte. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte.

3. O estupro e o atentado violento ao pudor, praticados mediante violência presumida, atualmente com o nomen iuris de estupro de vulnerável (art. 217-A), não estavam inseridos, à época, no rol taxativo dos crimes hediondos, previsto no artigo 1º da Lei 8.072/90, não sendo possível, portanto, considerá-los como hediondos.

4. Recurso Especial a que se nega provimento.

(REsp 803.927/RS, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 21/9/2009)

No caso, à época do fato descrito na denúncia (1997/98), o crime praticado mediante violência presumida não constava no rol dos crimes considerados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondos, consoante estabelece o art. 1º, V e VI, da Lei 8.072/90.

Sob outro prisma, no que tange à causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, o pedido também procede.

Neste Tribunal, há firme jurisprudência no sentido de que "a causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90 somente tem aplicação quando o crime de atentado violento ao pudor, cometido mediante violência presumida, resulta em lesões corporais de natureza grave ou morte, sob pena de ofensa ao princípio do *non bis in idem*" (HC nº 95.912/RJ, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJ de 9.6.2008), o que não ocorreu na hipótese vertente.

Assim, o referida causa de aumento não poderia mesmo subsistir.

Ainda assim, não se pode perder de vista que a Lei nº 12.015/09, que deu novo tratamento aos agora denominados Crimes contra a Dignidade Sexual.

Veja-se, por primeiro, o que hoje preceituam os arts. 213 e 217-A, ambos da Lei Substantiva Penal:

ESTUPRO

*Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou **permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso**:*

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

*Art. 217-A. **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 necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.*

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Relembro, ainda, o que reza o art. 9º, da Lei nº 8.072/90:

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Atento à revogação do art. 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor), levada a efeito pela Lei nº 12.015/09, caiu também por terra a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90. Isso porque, hoje, não mais existe o art. 214, tampouco o art. 224, mencionados no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, que previam o crime de atentado violento ao pudor e a sua modalidade de violência presumida.

A conduta imputada ao ora paciente é agora tipificada no art. 217-A do Código Penal, de aplicação mais benéfica ao paciente, consoante sedimentado nesta Sexta Turma no julgamento do HC nº 92.723/SP.

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. FORMA SIMPLES. COMETIMENTO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA REAL. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO DO ART. 9º DA LEI 8.072/90. APLICABILIDADE. MAJORAÇÃO ACERTADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido da aplicabilidade da causa de especial aumento de pena prevista no art. 9º da Lei 8.072/90 aos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor cometidos contra menor de 14 anos, quando houver violência real ou grave ameaça.

LEI 12.015/09. ENTRADA EM VIGOR. NOVA DISCIPLINA AOS CRIMES SEXUAIS. PENAS DIFERENCIADAS. REVOGAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 9º DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. RETROATIVIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO DEVIDA. RECONHECIMENTO DO CONSTRANGIMENTO DE OFÍCIO.

2. Com a edição e entrada em vigor da Lei 12.015/09, o estupro e o atentado violento ao pudor cometidos contra menor de 14 anos passaram a ter nova denominação, chamando-se o tipo de "estupro de vulnerável", agora estabelecido no art. 217-A do CP, não sendo mais admissível a aplicação do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos aos fatos posteriores a sua vigência.

2. Mantida a incidência da causa de especial aumento do art. 9º da lei 8.072/90, vez que o atentado violento ao pudor foi cometido com emprego de violência e grave ameaça contra surda-muda menor de 14 anos, e sendo a novel legislação mais benéfica ao condenado, de se aplicar na hipótese o preceito secundário do novo comando normativo - art. 217-A do CP -, nos termos do art. 2º do CPP.

3. Ordem denegada, concedendo-se habeas corpus de ofício para fazer incidir retroativamente à espécie os ditames da Lei 12.015/09, por ser mais benéfica ao paciente, redimensionado-se a reprimenda imposta, que finda definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença e o aresto combatidos.

(HC nº 122.381/SC, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 28/6/2010)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC nº 131.987/RJ, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 1º/2/2010)

Assim, sob nenhum prisma, deve permanecer o referido aumento.

Diante disso, concedo a ordem a fim de que o crime a que foi condenado o paciente não seja considerado hediondo e que seja excluída da pena a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, reduzindo-se a pena, em consequência, para 10 (dez) anos de reclusão para cada crime, perfazendo-se o total de 20 (vinte) anos de reclusão, mantido os demais termos da sentença.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0087965-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 107.949 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1270120020126630 670032 6862002 9820423

EM MESA

JULGADO: 16/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JÚNIOR CESAR MOHAMED H ALY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ANTONIO DE CAMPOS ROCHA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Aguardam as Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.949 - SP (2008/0087965-1)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhor Presidente, pedi vista dos autos para examinar a questão referente à aplicação do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990 nas hipóteses de estupro e atentado violento ao pudor, tendo em vista o disposto na Lei n. 12.015/2009, que deu novo tratamento aos agora denominados crimes contra a dignidade sexual.

Em seu voto, Vossa Excelência concluiu, em síntese, que, em razão da inexistência agora dos crimes previstos nos revogados arts. 214 e 224 do Código Penal, também a causa de aumento prevista no já citado art. 9º da Lei n. 8.072/1990 deixou de existir. A conduta imputada ao paciente é agora tipificada pelo art. 217-A, cuja aplicação, por ser norma mais benéfica, retroage em benefício do réu, conforme precedentes desta Turma. Assim, concluiu Vossa Excelência, a ordem deve ser concedida para se aplicar ao caso concreto o disposto no art. 217-A.

In casu, a despeito de a violência ter sido presumida, aplicou-se o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, o que resultou em uma pena de 15 anos para cada crime praticado pelo paciente (pena-base de 8 anos, acrescida de mais 1/4, em razão da incidência do art. 226, II, do CP, mais o aumento de 1/2 do art. 9º). Parece-me que a nova lei (art. 217-A do CP) é mais benéfica, já que a pena-base é de 8 anos, mas não há a incidência do aumento previsto pelo tão citado art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

Questão semelhante foi enfrentada por esta Turma quando do julgamento do HC n. 92.723/SP, do qual destaco a excelência do voto da eminente Ministra Maria Thereza, que, com sua objetividade e clareza peculiar, bem solucionou a questão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Segundo a minha concepção, deve-se focar nos dois momentos, o anterior e o posterior à edição da Lei em comento.

Na sistemática pretérita, os crimes sexuais praticados, com emprego de grave ameaça, em desfavor de menores de quatorze anos, tinham pena que variava de 9 a 15 anos de reclusão (em razão da majorante do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos).

Com o advento do art. 217-A, em casos tais, em que não há lesões corporais graves ou morte, a pena passou a ser de 8-15 anos de reclusão - *lex mitior*, portanto.

Desta forma, a Lei 12.015, por ser mais favorável, retroage para abarcar os fatos passados.

Penso ser apropriado, neste passo, proceder a uma leitura atenta da sequência dos artigos da Lei modificadora, para que se tenha um norte hermêutico.

Note-se que o legislador não principia pela revogação do art. 9º da Lei 8.072/90. Antes disso, ele insere no Código Penal, por meio do art. 3º da Lei 12.015/09, o crime de estupro de vulnerável. Somente ao depois, a fim de expungir o, a partir de então, inútil art. 224 do Código Penal, que é promovida a sua revogação no último artigo da lei, o art. 7º.

Desta forma, creio que a melhor exegese da reforma dos crimes sexuais, neste particular, é enxergar a modificação legislativa como um todo, sob pena mesmo de se culminar em um tremendo quadro de desproporção. A vingar o entendimento sugerido pelo ilustre relator, culminar-se-á por equiparar - em termos de resposta punitiva - tanto os crimes que vitimaram adultos quanto aqueles em que figuram como ofendidos menores de quatorze anos.

Lembre-se, neste passo, a lição da Professora da Faculdade de Direito da USP, Mariangela Gama de Magalhães Gomes:

Assim, a proporção age em dois sentidos: como limite legítimo ao exercício de um direito e como equilíbrio a ser realizado entre duas exigências, uma do indivíduo e outra da sociedade.

(...)

No específico campo da proporcionalidade no momento de elaboração legislativa das normas penais, estes subprincípios do princípio da proporcionalidade hão de ser observados tanto pelo legislador penal, quanto pelo intérprete constitucional. Como salientou Alberto Silva Franco, "dimensionar corretamente o bem jurídico a ser tutelado, verificar se esse bem tem dignidade penal e se a conduta, que o agride, é merecedora de pena, **proporcionar adequadamente a sanção penal em função do conglomerado de tipos penais já estruturado**", constitui tarefa inafastável de um legislador no Estado Democrático de Direito. (*Princípio da proporcionalidade* . São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 73 e 81, destaquei).

Portanto, a bem do princípio da proporcionalidade, sem deixar de prestigiar o princípio da legalidade, visto que incidirá a lei mais benéfica, penso que a ordem deve ser concedida em extensão um pouco menor do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que aquela alinhada pelo nobre relator.
[...]

Assim, com os fundamentos presentes no voto do ilustre Relator, acrescidos daqueles externados pela Ministra Maria Thereza por ocasião do julgamento do HC n. 92.723/SP, também **concedo** a ordem para excluir o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, o que implica a fixação de uma pena de 10 anos para cada um dos crimes cometidos pelo paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0087965-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 107.949 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1270120020126630 670032 6862002 9820423

EM MESA

JULGADO: 18/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JÚNIOR CESAR MOHAMED H ALY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ANTONIO DE CAMPOS ROCHA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

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 Sebastião Reis Júnior concedendo a ordem, e os votos das Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.