



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.025 - SC (2011/0035232-7)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : JOÃO ANTÔNIO DE S TRAJANO E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO ANTÔNIO DE SOUZA TRAJANO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : S O DE A (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELO NÃO COMPARECIMENTO DO ADVOGADO DATIVO NA AUDIÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA. MATÉRIA ANALISADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. PERDA DO OBJETO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Inexistência de prejuízo à defesa, pois, segundo se verifica do acórdão impugnado, o defensor *ad hoc* se encontrava presente durante a audiência, intervindo com várias perguntas sobre as testemunhas da acusação e ainda restou consignada na decisão que não só o paciente desconhecia as pessoas arroladas na defesa preliminar, mas também não havia testemunhas presenciais sobre o fato imputado.
3. A Lei Processual Penal em vigor adota, em sede de nulidades processuais, o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual, somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte, o que inocorreu, na espécie.
4. Diante da superveniência do julgamento do recurso especial nesta Corte, em que foi provido o recurso do *Parquet* para elevar a pena do paciente, descabe a apreciação da dosimetria apreciada no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, restando, por consequência, prejudicado o mencionado ponto do *habeas corpus*.
5. *Habeas corpus* parcialmente prejudicado e, no restante, não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar parcialmente prejudicado e, no mais, não conhecer, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.025 - SC (2011/0035232-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : JOÃO ANTÔNIO DE S TRAJANO E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO ANTÔNIO DE SOUZA TRAJANO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : S O DE A (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido de liminar, impetrado por João Antonio de S. Trajano e outro em favor de S. O. de A., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Alega a nulidade do processo em razão da falta de intimação pessoal do defensor dativo, para a apresentação de defesa preliminar. Diz que a intimação ocorreu somente por meio do Diário de Justiça, o mesmo ocorrendo com a decisão que manteve o recebimento da denúncia e que designou audiência de instrução e julgamento.

Afirma inexistir fundamentação idônea para exasperar a pena-base acima do mínimo legal.

Sustenta a possibilidade de reduzir a pena abaixo do mínimo legal na segunda etapa da dosimetria da pena diante da atenuante da confissão.

Requer a concessão da ordem para que seja reconhecida a nulidade do processo a partir da defesa preliminar, reduzida a pena-base para o mínimo legal e, ainda, postula pela redução da pena abaixo do mínimo legal diante da circunstância atenuante da confissão espontânea.

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 111).

Com informações anexadas às fls. 130/208, 210/228, 230/248, 251/278 e 287/378.

O parecer ministerial é pela extinção sem resolução do mérito do *habeas corpus* (fls. 116/121).

Prestadas informações, anexadas em 22/7/2015, onde consta que o recurso especial interposto pelo Ministério Público foi provido para fixar a pena em 14 anos de reclusão, aguardando a expedição de PEC para adequar a reprimenda a ser cumprida pelo paciente (fls. 380/407).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.025 - SC (2011/0035232-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática dos delitos previstos nos arts. 213 e 214 c/c art. 224, a, c/c art. 225, § 1º, II c/c art. 226, II, (por diversas vezes), todos do CP, tendo sido condenado à pena de 16 de reclusão como incurso no art. 217-A do CP, no regime fechado, sendo aplicada retroativamente a Lei 12.015/09 por ser mais benéfica ao paciente.

Após interposição de recurso de apelação da defesa, a Corte Estadual, no dia 4/5/2010, deu parcial provimento para reduzir a pena para reduzir a pena para 10 anos e 6 meses de reclusão, no regime fechado, conforme decisão assim ementada (fl. 61/75):

PRELIMINARES DE NULIDADE. FALTA DE INTIMAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO E DE ADEQUADA DEFESA TÉCNICA. PATRONO CONSTITUÍDO PELO RÉU, AINDA QUE PERTENCENTE À ENTIDADE ACADÊMICA, EQUIVALENDO-SE A NOMEADO. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL QUE NÃO ACARRETOU PREJUÍZO À PARTE, QUE PARTICIPOU DE TODOS OS ATOS DO PROCESSO. AUSÊNCIA DO DEFENSOR EM AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO SUPRIDA POR ASSISTENTE "AD HOC". INOCORRÊNCIA DE DEFESA DEFICIENTE. ADVOGADO QUE APRESENTOU RESPOSTA PRELIMINAR, E ALEGAÇÕES FINAIS CONCISAS, MAS VÁLIDAS. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO RESPEITADO. PREJUÍZO INEXISTENTE. "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula 523 do STF).

ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COMETIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. PADRASTO QUE, VALENDO-SE DA ASCENSÃO EXERCIDA SOBRE A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS, PRÁTICA COM ELA ATOS LIBIDINOSOS (SEXO ORAL E ANAL) E A SUBMETE A INTERCURSO CARNAL, DESVIRGINANDO-A. MATERIALIDADE E AUTORIA ESTREMES DE DÚVIDAS. LAUDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TÉCNICO, ALIADO ÀS PALAVRAS DA VÍTIMA, DE TESTEMUNHAS E DA PRÓPRIA CONFISSÃO DO AUTOR, QUE PATENTEIAM A CONDUTA ILÍCITA. ALEGADO ROMANCE ENTRE RÉU E OFENDIDA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ILIDIR A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. ADOLESCENTE EM FORMAÇÃO FÍSICA E PSÍQUICA QUE NÃO POSSUI INTEGRAL DISCERNIMENTO QUANTO A SEUS ATOS, QUE, POR ISSO, DEVEM SER RESGUARDADOS PELOS FAMILIARES ADULTOS RESPONSÁVEIS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DO ACRÉSCIMO DE METADE PELA HEDIONDEZ. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DESTA CÂMARA. "NOVATIO LEGIS IN MELLIUS" (CF, ART. 5º, INC. XL E CP, ART. 2º, § ÚNICO). SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. MIGRAÇÃO DA CONDUTA TÍPICA DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PARA O ART. 213 DO CP. TIPO PENAL MISTO ALTERNATIVO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA. PENA-BASE. AJUSTE NECESSÁRIO FRENTE À OCORRÊNCIA DE UM ÚNICO ELEMENTO NEGATIVO. ACRÉSCIMO REFERENTE À CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO INDETERMINADO DE ILÍCITOS. APLICAÇÃO DA MENOR FRAÇÃO DE AUMENTO (1/6). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA AJUSTAR A REPRIMENDA APLICADA.

Neste writ, busca-se anular o processo em razão da falta de intimação pessoal do advogado dativo no curso do processo, redução da pena-base no mínimo legal e ainda a redução da pena abaixo do mínimo legal em razão da atenuante da confissão.

Quanto à alegada nulidade, o acórdão atacado afastou a prefacial, extraindo-se do voto condutor a seguinte fundamentação (fls. 64/65):

Postula o defensor do réu o reconhecimento da nulidade do feito, ao escopo de que não foi intimado, pessoalmente, para apresentar defesa preliminar, bem como, para comparecer à audiência para oitiva das testemunhas de acusação, ocasião em que o réu afirmou "desconhecer as testemunhas de defesa arroladas", situação que "não foi esclarecida, apesar de ter sido reconhecida a necessidade de tal elucidação" (fls. 234/235).

Entretanto, como bem ressaltou o representante do "parquet ad quem", na verdade, a assistência do réu se deu através do Escritório Modelo de Advocacia - EMA, do Núcleo de Prática Jurídica da Univali, mediante instrumento de procuração (fls. 70), na oportunidade em que foi impetrado "habeas corpus" em seu favor.

Logo após, o recorrente foi intimado, na pessoa de seu procurador, para apresentar defesa preliminar (fls. 108/110), e, ainda que a cientificação tenha se dado por via editalícia, atingiu seu propósito, porquanto, dentro do prazo assinalado, a peça foi protocolada (fls. 112/114).

Em seguida, o juízo aprazou a oitiva das testemunhas arroladas pelo "parquet", comunicando o causídico, também, por edital, porém, ele não se fez presente, razão pela qual o magistrado nomeou defensor para o ato (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

129), que, note-se nas transcrições dos depoimentos, entreviu, com perguntas, à quase totalidade dos testigos (fls. 130/137).

Note-se que a referência do acusado, por ocasião da mencionada audiência, no sentido de que desconhecia as testemunhas arroladas na defesa preliminar (fls. 129), apesar de "não esclarecida", como argumenta o defensor, é de somenos importância, até, porque, na oportunidade em que ele foi ouvido, a própria defesa "esclareceu que não possuía testemunhas presenciais", requerendo a juntada de depoimentos abonatórios (fls. 143).

No caso, não restou demonstrado prejuízo à defesa, pois, segundo se verifica do acórdão impugnado, o defensor *ad hoc* se encontrava presente durante a audiência, intervindo com várias perguntas sobre as testemunhas da acusação e ainda restou consignada na decisão que não só o paciente desconhecia as pessoas arroladas na defesa preliminar, mas também não havia testemunhas presenciais sobre o fato imputado.

Dessa forma, seguindo o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 563, não comprovado efetivo prejuízo ao réu, não há que se declarar a nulidade do processo. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR. NÃO NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE RÉU E DEFENSOR. AUDIÊNCIA REALIZADA POR CARTA PRECATÓRIA. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. RÉU REPRESENTADO POR DEFENSOR NO ATO. REEXAME DE PROVA. NULIDADE NA DECRETAÇÃO DE REVELIA. ESGOTADOS OS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DO PACIENTE. NULIDADE AFASTADA. NÃO OBRIGATORIEDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A falta do Parquet ou do defensor no interrogatório judicial não configurava nulidade no interrogatório, então ato personalíssimo.

3. As nulidades ocorridas durante a instrução do feito devem ser arguidas na fase de alegações finais. Inteligência do art. 571, II, do CPP.

4. Não demonstrado prejuízo na ausência do acusado e defensor na oitiva de testemunhas deprecadas, havendo efetiva atuação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa por defensor público nomeado para o ato, é rejeitada a arguição de nulidade. Precedentes.

5. Esgotados os meios para a localização do paciente, não há que se falar em nulidade da declaração de revelia.

6. Não obrigatoriedade de interposição de recurso pela Defensoria Pública. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 126.836/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015).

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NULIDADE.

1. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. NULIDADE RELATIVA. 2. AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS EM JUÍZO DEPRECADO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. FALTA DE REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. 3. ORDEM DENEGADA.

1. A ausência de defesa prévia, peça facultativa na antiga redação do art. 395 do Código de Processo Penal, não possui o condão de, por si só, nulificar a condução procedimental. Precedentes.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a falta de requisição de réu preso para a audiência de oitiva de testemunhas realizadas por precatória constitui nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação de prejuízo.

3. A ausência do advogado constituído na audiência de oitiva de testemunhas não acarreta nulidade se o paciente foi representado por defensor dativo.

4. A intimação do réu para que constitua novo defensor, querendo, só se exige quando ocorre a renúncia do defensor constituído.

5. Ordem denegada.

(HC 123.432/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011).

Por sua vez, em relação ao pleito de redução da pena-base para o mínimo legal, verifica-se que a dosimetria da pena foi apreciada por esta Corte Superior no julgamento do REsp 1.248.350/SC, publicado em 22/6/2015, momento em que foi dado provimento ao recurso do Ministério Público, majorando a pena para 14 anos de reclusão, conforme decisão doravante consignada:

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, com fundamento no art. 105,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III, "a", da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.

Consta dos autos que o réu, ora recorrido, foi condenado, em 1º Grau, pela prática do delito previsto no art. 217-A c/c o art. 226, inciso II, ambos do Código Penal, em continuidade delitiva, à pena de 16 anos de prisão, em regime fechado, por obrigar sua enteada, menor de 14 anos de idade, à prática de conjunção carnal e de atos libidinosos diversos.

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal a quo deu-lhe parcial provimento para readequar a pena aplicada e reduzir o acréscimo pela continuidade delitiva, fixando a reprimenda em 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, pelos fundamentos sintetizados na seguinte ementa (fls. 321/322):

PRELIMINARES DE NULIDADE. FALTA DE INTIMAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO E DE ADEQUADA DEFESA TÉCNICA. PATRONO CONSTITUÍDO PELO RÉU, AINDA QUE PERTENCENTE À ENTIDADE ACADÊMICA, EQUIVALENDO-SE A NOMEADO. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL QUE NÃO ACARRETOU PREJUÍZO À PARTE, QUE PARTICIPOU DE TODOS OS ATOS DO PROCESSO.

AUSÊNCIA DO DEFENSOR EM AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO SUPRIDA POR ASSISTENTE "AD HOC". INOCORRÊNCIA DE DEFESA DEFICIENTE. ADVOGADO QUE APRESENTOU RESPOSTA PRELIMINAR, E ALEGAÇÕES FINAIS CONCISAS, MAS VÁLIDAS. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO RESPEITADO. PREJUÍZO INEXISTENTE "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula 523 do STF).

ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COMETIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. PADRASTO QUE, VALENDO-SE DA ASCENSÃO EXERCIDA SOBRE A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS, PRÁTICA COM ELA ATOS LIBIDINOSOS (SEXO ORAL E ANAL) E A SUBMETE A INTERCURSO CARNAL, DESVIRGINANDO-A. MATERIALIDADE E AUTORIA ESTREMES DE DÚVIDAS. LAUDO TÉCNICO, ALIADO ÀS PALAVRAS DA VÍTIMA, DE TESTEMUNHAS E DA PRÓPRIA CONFISSÃO DO AUTOR, QUE PATENTEIAM A CONDUTA ILÍCITA. ALEGADO ROMANCE ENTRE RÉU E OFENDIDA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ILIDIR A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. ADOLESCENTE EM FORMAÇÃO FÍSICA E PSÍQUICA QUE NÃO POSSUI INTEGRAL DISCERNIMENTO QUANTO A SEUS ATOS, QUE, POR ISSO, DEVEM SER RESGUARDADOS PELOS FAMILIARES ADULTOS RESPONSÁVEIS.

DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DO ACRÉSCIMO DE METADE PELA HEDIONDEZ. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESTA CÂMARA. "NOVATIO LEGIS IN MELLIUS" (CF, ART. 5º, INC. XL E CP, ART. 2º, § ÚNICO). SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. MIGRAÇÃO DA CONDUTA TÍPICA DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PARA O ART. 213 DO CP. TIPO PENAL MISTO ALTERNATIVO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA. PENA-BASE. AJUSTE NECESSÁRIO FRENTE À OCORRÊNCIA DE UM ÚNICO ELEMENTO NEGATIVO. ACRÉSCIMO REFERENTE À CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO INDETERMINADO DE ILÍCITOS. APLICAÇÃO DA MENOR FRAÇÃO DE AUMENTO (1/6).

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA AJUSTAR A REPRIMENDA APLICADA.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para suprimir obscuridade apontada, sem, contudo, conferir-lhes efeito modificativo.

Alega o representante do Parquet que a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao considerar aplicável aos fatos praticados pelo ora recorrido, retroativamente, o novo tipo penal previsto no artigo 217-A do CP (estupro de vulnerável), excluindo o concurso material entre os antigos artigos 213 e 214 do CP, mas aplicando o preceito secundário do artigo 213 do CP, negou vigência ao artigo 217-A do CP e contrariou o disposto nos artigos 2º, parágrafo único, e 213 do mesmo diploma legal, por lhes emprestar simbiose não autorizada, extraíndo destes um terceiro elemento normativo não existente (fl. 394).

Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que seja reconhecida a retroatividade integral do art. 217-A do Código Penal.

Contra-arrazado e admitido na instância de origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

Em breve retrospectiva, verifica-se que o réu foi denunciado por estupro (art. 213 c/c o art. 224, a, do CP) e atentado violento ao pudor (art. 214 c/c o art. 224, a, do CP), em concurso material, por ter constrangido sua enteada às referidas práticas sexuais, no período de setembro a dezembro de 2008, ou seja, anteriormente à entrada em vigor da Lei 12.015/2009.

Atento à superveniência da referida legislação, asseverou o magistrado de 1º Grau (fls. 195/197):

Cuida-se de ação penal pública incondicionada, movida pelo Ministério Público que atribui ao acusado S. O. de A. a prática do crime previsto no arts. 213 e 214, c/c 224, 'a', c/c art. 225, §1º, II, c/c art. 226, II, por diversas vezes, todos do Código Penal.

O Código Penal previa:

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de catorze anos;

Tais dispositivos, porém, foram modificados pela edição da Lei n. 12.015/09, que manteve as referidas condutas típicas, todavia unificou-as, criando um só delito para a prática do estupro e atentado violento ao pudor.

É que se constata da nova redação do art. 213 do CP:

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.

Foi criado, por outro lado, a figura do estupro de vulnerável, conforme consta do art. 217-A, do CP:

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.

Pelo sistema anterior, o estupro e o atentado violento ao pudor são delitos que, quando praticados em conjunto, têm o concurso material reconhecido e as penas somadas.

[...]

Aplicando-se o concurso material, haveria a aplicação de pena mínima de doze anos quando ambos eram cometidos.

[...]

Logo, percebo que a legislação atual que reuniu estas duas condutas em apenas um tipo penal, é mais favorável ao réu, devendo ser a conduta descrita na denúncia enquadrada na atual redação do art. 217-A do Código Penal.

Especificamente sobre este ponto, importante registrar que se fosse aplicado ao réu o art. 213 em combinação com o art. 224, a, (redação anterior do Código Penal), em caso de condenação haveria a incidência do art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, que manda elevar a pena em metade. Logo, a pena mínima seria de 09 (nove) anos (seis do estupro + metade).

Com este entendimento, a lei atual, considerando o tipo penal do ad. 217 - A (estupro vulnerável), acabou sendo favorável ao réu, pois a pena mínima será de 8 anos.

Com essas considerações, reconhecida a autoria e materialidade delitiva, o Juízo processante condenou o réu, ora recorrido, por infração ao art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

217-A do Código Penal, à pena de 16 anos de reclusão, pelos seguintes fundamentos (fls. 205/206):

A culpabilidade do acusado é acentuada, deflui de todo o processado.

Não registra antecedentes criminais.

Quanto à conduta social e à personalidade do agente, nada foi apurado merecedor de registro.

As circunstâncias foram péssimas, eis que se valeu da confiança da genitora da vítima para perpetrar o delito, bem como mostrou ousadia, vez que sua conduta não foi obstada pela desconfiança dos parentes da vítima.

As conseqüências foram graves, pois com o delito a vítima teve sua virgindade perdida, porém inerente ao delito.

Não se pode afirmar que o comportamento da vítima tenha contribuído para o resultado.

Diante das circunstâncias judiciais apuradas, na primeira fase, aplico a pena em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, ausentes agravantes. Todavia, milita em favor do réu a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual, nesta fase, retorno a pena em seu mínimo legal.

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena do inciso II do art. 226 do CP, pela qual aumenta-se a pena em 1/2 (um meio). Ausentes causas de diminuição, fixo, a pena em 12 (doze) anos de reclusão.

Aumenta-se a pena, ainda, em 1/3, em razão da continuidade delitiva, totalizando a reprimenda em 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Ante ao exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia de fls. II/V para, em consequência, condenar o acusado S. O. de A. ao cumprimento da pena em 16 (dezesseis) anos de reclusão, por infração ao art. 217-A, do CP, com redação dada pela Lei n. 12.015/09.

Face ao contido no artigo 10, VI, e art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 (com a alteração dada pela Lei n. 11.464/2007 e Lei n. 12.015/09), estabeleço o regime fechado para o início de cumprimento da pena imposta ao réu.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal a quo deu-lhe parcial provimento para minorar a pena do réu a 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Por oportuno, confirmam-se os seguintes excertos do julgado (fls. 332/334):

Dessarte, não há que se cogitar de absolvição, quando todos os elementos apontam o réu como protagonista das ações delitivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que lhe foram atribuídas.

De outra parte, observa-se que o magistrado, ao quantificar a reprimenda, abordando os termos da nova lei, imputou ao agente o preceito secundário do art. 217-A do CP, ao entendimento de que a sanção mínima preconizada neste dispositivo lhe é mais favorável do que se lhe fosse cominada a combinação dos arts. 213 e 224, do mesmo Códex, pois, no seu entendimento, "haveria a incidência do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos".

Ocorre que esta Segunda Câmara Criminal, "data venia" da posição discorde de seu ilustre presidente, vinha seguindo a orientação da Corte Superior, no sentido de que, nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, "praticados contra menor de 14 anos, em que há violência presumida em razão do disposto no artigo 224, 'a', do Código Penal, e esta integra o tipo penal, impossível a aplicação do aumento do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, pois constituiria "bis in idem" (Ap. Crim. n. 02.012555-0, rei. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 20.08.2002).

Nesse passo, é imperioso que se afaste o critério do magistrado prolator do édito, aplicando-se a novel legislação, posto que mais benéfica ao recorrente, em que pese não ter sido esta, por óbvio, a intenção primeira do legislador ordinário.

Isso, porque, com o advento da Lei n. 12.015/2009, o estupro passa a ser considerado tipo misto alternativo, bastando à sua caracterização que o agente perpetre uma das condutas inscritas no preceito primário da norma.

A mudança induz à conclusão de que, havendo cometimento de ambas as ações em uma mesma circunstância fática, contra a mesma vítima, consoante a hipótese dos autos, subsistirá somente uma transgressão, não sendo mais viável a aplicação do concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor, como ocorria anteriormente à vigência da modificação legislativa.

Assim se posiciona o Dr. Guilherme de Souza Nucci, ao asseverar que, nesses casos, haverá um único estupro, exatamente da mesma forma como acontece em outros tipos mistos alternativos, citando como exemplo o tráfico de entorpecentes. Aliás, prossegue, a unificação em tipo misto alternativo põe fim à discussão se existe concurso material entre atentado violento ao pudor e estupro, não havendo mais falar na aplicação do instituto, porque ele traduz a idéia de existência de várias infrações, quando atualmente temos uma (NULCCI, Guilherme de Souza. op. cit.).

Ainda que, de modo geral, o tratamento dispensado aos crimes de natureza sexual tenha recrudescido, prevendo sanções corporais de maior monta, incidindo, pois, o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, CF/88) no específico ponto do concurso material se verifica abrandamento, sendo aplicável, portanto, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preceito constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL, CF/88; art. 2º, parágrafo único, CP).

Socorre esse entendimento o supracitado autor, mencionando que, havendo a unificação das duas figuras típicas, embora não ocorrendo descriminalização, e caindo por terra a existência de concurso material, ficaria evidente se tratar a nova redação de lei nova mais benéfica, e, por corolário lógico, retroage no tempo.

Portanto, concluiu o festejado doutrinador, todos aqueles que foram condenados, antes da vigência da lei, por estupro em concurso material com atentado violento ao pudor, contra a mesma vítima, em um mesmo cenário, poderão requerer a aplicação da lei benéfica.

Assim sendo e, tomando-se a análise do togado, na primeira fase dosimétrica, nota-se que todas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal anotadas são inerentes ao tipo legal, à exceção das "consequências", que, de fato, foram graves, uma vez que a menor teve que se submeter a tratamento psicológico como forma de tentar superar a agressão sofrida, razão pela qual a reprimenda deve ser quantificada, neste momento, em 7 (sete) anos de reclusão.

Na segunda etapa, nos moldes relatados no édito, ausente agravantes, e reconhecida a confissão espontânea, recua a punição a 6 (seis) anos de reclusão.

Na terceira fase, presente a causa de aumento consagrada no inc. II do art. 226 do CP, evolui a pena para 9 (nove) anos de reclusão e, por fim, a falta de precisão do número de episódios delitivos, embora tenha ficado manifesta a ocorrência de vários eventos, o aumento relativo à continuidade delitiva deve ser fixado no mínimo - 1/6 (um sexto) - o que eleva a sanção para 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado (art. 1º, inc. VI e art. 2º, § 1º, ambos da Lei n. 8.072/90, com as alterações das Leis n. 11.464/2007 e 12.015/2009).

Daí a insurgência do Ministério Público, na qual afirma que havendo confronto de leis penais no tempo, é lícito ao juiz escolher a mais favorável, aplicando-a integralmente, não lhe sendo permitida, no entanto, a combinação da norma revogada com a nova legislação vigente para fazer criar preceito híbrido mais favorável ao agente, sob pena de se conceber uma terceira norma diversa, produto da atividade jurisdicional e não do legislador, em total afronta ao princípio da separação dos poderes (RTJ 94/501 e RTJ 96/547).

Assiste-lhe razão.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça vem sedimentando o entendimento de que, diante da unificação pela Lei 12.015/2009 das figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor, reconhece-se a ocorrência de crime único. Destarte, tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para atingir os fatos anteriores à citada lei. Nesse sentido: HC 274.127/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 4/9/2014, DJe 30/9/2014; AgRg no REsp 1319364/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/8/2014, DJe 21/8/2014).

Outrossim, não obstante, em um exame menos acurado, tenha a Lei 12.015/09, ao tipificar a ação delituosa contra menores de 14 anos no art. 217-A determinado o recrudesimento da pena – já que o preceito secundário passou a prever a pena de 8 a 15 anos de reclusão –, houve também a revogação do art. 224 do Código Penal, que fundamentava a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei 8.072/90, tornando-a, também, nesse ponto, mais benéfica.

Nesse contexto, ao aplicar ao caso concreto as profundas modificações que ocorreram com a entrada em vigor da Lei 12.019/15, deve o magistrado atentar para a impossibilidade de combinação de leis, porquanto não se pode admitir a cisão da norma para aplicar aos fatos anteriores somente as regras que beneficiam o réu, sob pena de haver a criação de um terceiro regramento, invadindo assim a seara própria do Poder Legislativo.

Essa, aliás, é a orientação que prevalece nesta Corte. Confirmam-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE ESTUPRO TENTADO. VÍTIMA COM MENOS DE 14 ANOS DE IDADE. CRIME PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA REAL. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 9.º DA LEI N.º 8.072/90. CABIMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DA NOVA SISTEMÁTICA EM SUA INTEGRALIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DA LEI N.º 12.015/2009.

1. É pacífico o entendimento desta Corte que o crime de estupro praticado mediante violência real deve sofrer a incidência da causa de aumento prevista no art. 9.º da Lei n.º 8.072/90, independentemente de ocorrência de lesão corporal de natureza grave ou morte.

2. Em atendimento ao princípio retroatividade da lei penal mais benéfica, para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra menores de 14 anos antes da vigência da Lei nº 12.015/09, fica afastada a majorante do art. 9º da Lei nº 8.072/90, em face da revogação do art. 224 do Código Penal promovida pela novel legislação; devendo ser aplicada a reprimenda do crime de "estupro de vulnerável" veiculada no art. 217-A do Código Penal. Precedentes.

3. É entendimento consolidado nesta Corte Superior de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça a impossibilidade de combinação de leis, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira norma, sob pena de se transmutar em legislador. Precedente.

4. De acordo com a novel disciplina, a aplicação do art. 217-A do Código Penal mostra-se mais benéfica ao Réu, razão pela qual deve ser realizado o redimensionamento da reprimenda. Mantido o mínimo legal, deve a pena-base ser fixada em 8 (oito) anos de reclusão, sem a incidência da majorante do art. 9.º da Lei n.º 8.072/90. Diante da ausência de agravantes e atenuantes, bem como de outras causas de aumento ou diminuição, aplico a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 14, inciso II, do Código Penal, na proporção de 1/2 (um meio), mesmo patamar estatuído pelo Tribunal a quo, restando a pena definitivamente fixada em 4 (quatro) anos de reclusão.

5. Recurso especial do Parquet conhecido e provido. Habeas corpus concedido de ofício para determinar a aplicação da novel legislação mais benéfica - Lei n.º 12.015/2009 (REsp 1198477/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 26/11/2012).

RECURSOS ESPECIAIS. PENAL. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVA. DEMAIS TESES DEFENSIVAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM GRAVE AMEAÇA CONTRA MENOR DE 14 ANOS. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/09. COMBINAÇÃO DE LEIS.IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI NOVA POR INTEIRO. CONDUTAS REUNIDAS NO MESMO TIPO PENAL. CRIME ÚNICO. MAIOR REPROVABILIDADE.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, na instância ordinária, fazer o cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório ou a ensejar a absolvição, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado 7 da Súmula desta Corte.

2. É indispensável o efetivo exame da matéria pelo acórdão recorrido, em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância.

3. Com o advento da Lei n.º 12.015/09, o delito praticado contra menor de 14 anos mediante violência ou grave ameaça, que sob a disciplina legal anterior, tinha a pena mínima de 6 anos aumentada em metade (ex vi do art. 9º da Lei n.º 8.072/90) alcançando 9 anos, passou a ser punido com pena mínima de 8 anos. E tal alteração, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicando-se a lei nova por inteiro, com os preceitos primário e secundário do artigo 217-A do Código Penal.

4. Ademais, as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso com relação à mesma vítima, em um mesmo contexto, passaram a ser tipificadas no mesmo dispositivo legal, deixando de configurar crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor, para constituir crime único. Com isso, a dosimetria deve ser refeita, não ficando o magistrado vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade decorrente da existência de mais de um tipo de violação à liberdade sexual.

5. Recurso de A.M. não conhecido. Recurso do MP parcialmente provido (REsp 1299914/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/5/2014, DJe 21/5/2014).

Assim, verifica-se que o acórdão recorrido contraria a jurisprudência desta Corte, ao aplicar o preceito secundário da legislação anterior. Destarte, vedada a possibilidade de combinação de leis, deve incidir as disposições previstas na Lei 12.015/2009 em sua integralidade, eis que mais favorável ao recorrido.

Dessa forma, obedecidas as diretrizes fixadas pelo acórdão recorrido, a pena deve ser redimensionada.

Na primeira fase, havendo apenas uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, as consequências do delito, deve a pena-base ser quantificada em 9 anos e 2 meses – considerando-se a pena mínima de 8 anos, prevista no art. 217-A do CP.

Na segunda fase, reconhecida a confissão espontânea, deve a pena ser diminuída para 8 anos de reclusão.

Na terceira fase, reconhecida a causa de aumento de pena, prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal, aumenta-se a reprimenda para 12 anos de reclusão. Na sequência, reconhecido, também, o aumento relativo à continuidade delitiva, majora-se a pena em 1/6, totalizando, assim, 14 anos de reclusão, mantidas as demais cominações do acórdão.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, dou provimento ao recurso especial, para, reconhecida a impossibilidade de combinação de leis, fixar a pena do réu, ora recorrido, em 14 anos de reclusão, mantidas as demais cominações do acórdão.

Desse modo, diante da superveniência do julgamento do recurso especial nesta Corte, em que foi provido o recurso do *Parquet* para elevar a pena do paciente, descabe a apreciação da dosimetria apreciada no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, restando, por consequência, prejudicado o mencionado ponto do *habeas corpus* em razão do surgimento de nova decisão acerca do tema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, voto por julgar parcialmente prejudicado o *writ* e, no restante, não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0035232-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 198.025 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090729657 64090016967

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOÃO ANTÔNIO DE S TRAJANO E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO ANTÔNIO DE SOUZA TRAJANO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : S O DE A (PRESO)

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:

A Sexta Turma, por unanimidade, julgou parcialmente prejudicado e, no mais, não conheceu, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.