



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.753.686 - CE (2018/0173711-6)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : J F DE O S
ADVOGADO : LEONARDO FEITOSA ARRAIS MINETE - CE023110
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO : E C B S (MENOR)
AGRAVADO : S C B DA C (MENOR)
REPR. POR : R A V C B - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 217-A, C/C ARTS. 226, INCISO II, 69 E 71, CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS ACÓRDÃOS PARADIGMA E RECORRIDO. DECISÃO MANTIDA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RAZÕES DISSOCIADAS DA REALIDADE FÁTICO-PROCESSUAL CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA N. 284/STF. INCIDÊNCIA MANTIDA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA DO DELITO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356/STF MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

I - O recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, exige a demonstração do dissídio jurisprudencial através da realização do indispensável cotejo analítico, para demonstrar a similitude fática entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma (arts. 1.029, §1º, do CPC e 255, § 1º, do RISTJ), o que não ocorreu na espécie.

II - Nos termos da jurisprudência desta eg. Corte Superior, "*A irregularidade na nomeação do assistente de acusação configura nulidade relativa que, diante do princípio pas de nullité sans grief, deve ser argüida em momento oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de convalidação (Precedentes do c. Pretório Excelso)*" (REsp n. 1075127/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 27/4/2009, grifei).

III - É pacífico o entendimento desta eg. Corte no sentido de que "*Estando a realidade fático/processual existente no caderno processual dissociada das razões recursais a ele relacionadas, resta impossibilitada a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.*" (AgRg no AREsp n. 1.081.469/RS, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/6/2017). Decisão mantida.

IV - Se a controvérsia relativa à ocorrência do delito na modalidade tentada não foi resolvida pelo eg. Tribunal **a quo** à luz do dispositivo de lei federal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infraconstitucional tido por violado, tampouco foram opostos embargos de declaração para fins de prequestionamento, devem ser mantidas, no caso, os enunciados n. 282 e n. 356 do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.753.686 - CE (2018/0173711-6)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE : J F DE O S
ADVOGADO : LEONARDO FEITOSA ARRAIS MINETE - CE023110
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO : E C B S (MENOR)
AGRAVADO : S C B DA C (MENOR)
REPR. POR : R A V C B - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): Trata-se de agravo regimental interposto por **J. F. DE O. S.** contra a decisão de fls. 722/740, na qual se conheceu parcialmente do recurso especial para negar-lhe provimento.

Consta dos autos que o agravante foi condenado como incurso nas sanções do **art. 217-A (estupro de vulnerável), c/c os arts. 226, inciso II, 69 e 71, todos do Código Penal, à pena de 27 (vinte e sete) anos, 1 (um) mês e 14 (quatorze) dias de reclusão, em regime inicial fechado** (fls. 267-272).

Irresignada, a Defesa interpôs **apelação** (fls. 312-385), recurso a que se deu **provimento** (fls. 480-490). Eis a ementa do acórdão (fl. 480):

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, DUAS VÍTIMAS. ART. 217-A C/C ART. 226, II E ARTS. 69 e 71, TODOS DA LEI SUBSTANTIVA PENAL.

1. PRELIMINARES.

1.1. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. NÃO TRANSCORRÊNCIA DO LAPSO TEMPORAL PREVISTO NA LEI PENAL.

1.2. NULIDADE. INGRESSO DE ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. IMPROVIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE.

Aplica-se, o brocardo "pas de nullité sans grief.". Ou seja, não há nulidade sem prejuízo, olvidando a defesa, na presente alegação, em que consistiria o prejuízo e para quem.

Como bem dito pelo juízo processante o ingresso ocorreu em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

audiência, presentes, o Juiz, o Promotor Público e a defesa, tendo esta se mantido silente.

2. **MÉRITO. INVOCAÇÃO DO BROCARDO IN DÚBIO PRO REO. INAPLICABILIDADE. PALAVRA DAS VÍTIMAS CORROBORADA PELA PROVA TESTEMUNHAL.** Em crimes sexuais, em sua maioria cometidos às escondidas, segue predominando o entendimento de que a palavra da vítima reforçada pelas demais provas do processo, basta a ensejar o juízo condenatório.

3. **DOSIMETRIA DA PENA. PRETENSÃO DE LENIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.** A sentenciante considerou que o apelante praticou vários crimes da mesma espécie, em semelhantes condições de tempo e contra vítimas distintas, além de considerar, e de forma escorreita, que o agressor era avô das vítimas.

4. **RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA".**

Sobreveio, então, **recurso especial** manejado pela Defesa, interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em que se aponta (fls. 552-623):

i) **ofensa ao artigos 4º do Código Penal e 318 do Código de Processo Penal e às Leis n. 7.210/84, 10.741/03 e 12.015/09;**

ii) **violação do art. 41 do Código de Processo Penal**, ao argumento de que a exordial é inepta e que, desse modo, houve cerceamento do direito de defesa;

iii) **infringência ao artigo 5º, incisos LIV, LV, LVI, da Constituição Federal**, e aos artigos 272 e 273, ambos **do Código de Processo Penal**, sob o fundamento de que são nulas as audiências de instrução e julgamento e todos os demais atos processuais praticados pelo assistente da acusação, porquanto, na dicção da Defesa, ausente nos autos manifestação do Ministério Público Estadual sobre a admissão da assistência;

iv) **vulneração dos artigos 107, inciso IV; 109, inciso I; 110, §1º; 115 e 117, todos do Código Penal**, à razão de que estaria prescrito o crime contra a vítima S. C. B. da C. pelo qual foi condenado o recorrente;

v) **ofensa ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal; aos artigos 2º e 217-A, ambos do Código Penal, e ao artigo 41 do Código de Processo Penal**, à justificava de que o Tribunal de origem aplicou reprimenda prevista em lei criminal mais gravosa, desrespeitando, reflexamente, as disposições constitucionais que vedam que veda a retroação da **lex gravior**;

vi) **afronta ao artigo 386, incisos II e VII, do Código de Processo Penal**, consoante a tese de que o recorrente deveria ter sido absolvido, por incidência do princípio **in dubio pro reo**, na medida em que o conjunto fático-probatório dos autos não aponta certeza sobre a prática do crime;

vii) **violação do artigo 226, inciso II, do Código Penal**, ao argumento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que foi irregular a aplicação da causa de aumento inscrita no dispositivo, porquanto o recorrente não se enquadraria, em tese, nas condições descritas no inciso para a incidência da aludida causa de aumento;

viii) infringência ao artigo 71 do Código Penal, sob o fundamento de que a Corte de origem, ao reconhecer a continuidade delitiva, valeu-se do sistema do cúmulo material, previsto no artigo 69 do Código Penal, e não do modelo da exasperação, prescrito no artigo 71 do Estatuto Repressivo;

iv) vulneração do artigo 14, inciso II, do Código Penal, ao argumento de que o crime imputado ao recorrente não chegou a se consumar, razão pela qual deve-se reconhecer a prática da modalidade tentada.

Ao final, pediu (fls. 617-622):

“Por todo o exposto, requer que, demonstrando que o presente recurso especial atende aos pressupostos de sua admissibilidade (artigo 105, inciso III, alínea "a" e "c", da Constituição Federal de 1988 c/c o artigo 26 e seguintes da Lei nº.: 8.038/90 c/c os artigos 541 e seguintes do Código de Processo Civil), seja o mesmo conhecido e provido, no sentido de reconhecer que o Acórdão recorrido ofendeu profundamente o artigo 5º, incisos XL, LIV, LV e LVI da Constituição Federal de 1988 c/c os artigos 41, 272, 273, 386, incisos II e VII, 318 do Código de Processo Penal c/c os artigos 2º, 4º, 14 inciso II e 59 do Código Penal c/c o artigo 117 da Lei nº.: 7.210/84 c/c a Lei nº.: 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) c/c Lei nº.: 12.015/09, reformando-se em definitivo o acórdão sub censura.

Desta feita, requer o ora Recorrente, que esta Egrégia Turma conhecendo e dando provimento ao presente Recurso Especial, se digne de:

a) RECEBER O PRESENTE RECURSO ESPECIAL, haja vista preencher os requisitos necessários;

b) ACOLHER AS PRELIMINARES SUSCITADAS, quais sejam:

b.1) DA INCONSISTÊNCIA DOS FATOS ALEGADOS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA ACARRETANDO NA INÉPCIA DA DENÚNCIA E CONSEQÜENTE NULIDADE DE TODO O PROCESSO SUB EXAMINE (AÇÃO PENAL)[...]

b.2) DA NULIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ASSIM COMO DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS PELAS "EM TESE" ASSISTENTES DA ACUSAÇÃO [...]

c) no mérito, JULGAR TOTALMENTE PROCEDENTE O PRESENTE RECURSO ESPECIAL para. reformando o Acórdão ora guerreado, ABSOLVER O ACUSADO, ora recorrente José Fernando de Oliveira Santiago, de todas as acusações ofertadas pelo Ministério Público do Estado do Ceará na Ação Penal epigrafada [...]

c1) DA IRREGULAR E ILEGAL CLASSIFICAÇÃO DO SUPOSTO CRIME, A QUAL MALFERIU A GARANTIA CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL À IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA PARA O RÉU/ACUSADO [...]

c2) DA APLICAÇÃO NO CASO SUB EXAMINE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA "INDÚBIO PRO REO"[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c3) DO EVIDENTE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA [...]
d) DA IRREGULAR E EQUIVOCADA APLICAÇÃO DO CRIME CONTINUADO PREVISTO NO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL [...]
e) DA IRREGULAR E ILEGAL APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ARTIGO 226, INCISO II DO CÓDIGO PENAL CONCERNENTE A POSSÍVEL VÍTIMA SARAH CASTELO BRANCO DA COSTA; [...]
RECONHECER E DECLARAR a extinção da punibilidade do Recorrente ao suposto crime em desfavor de Sarah Castelo Branco da Costa; [...]
APLICAR AO CASO SUB EXAMINE, acaso seja mantida a condenação em desfavor do Recorrente, o que se diz para simples comentário, O CRIME DE ESTUPRO EM SUA FORMA TENTADA [...]"

Apresentadas as contrarrazões às fls. 625-632, o eg. Tribunal de origem **admitiu** o apelo nobre (fls. 651-653) e os autos subiram a esta Corte Superior.

Por fim, manifestou-se o **Ministério Público Federal** pelo **desprovimento do recurso especial** (fls. 713-719).

Em **decisão** de fls. 722-740, conheci em parte do recurso especial, para negar-lhe provimento, nos termos da ementa a seguir transcrita:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 217-A, C/C ARTS. 226, INCISO II, 69 E 71, CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA DECISÃO PARADIGMA. NÃO CONHECIDO. OFENSA AO ART. 5º, INCISOS XL, LIV, LV, LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DESCABIMENTO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA JÁ PROLATADA. INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 272 E 273 DO CPP. ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. ADMISSÃO IRREGULAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. **PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF**. VULNERAÇÃO DOS ARTIGOS 107, INCISO IV; 109, INCISO I; 110, §1º; 115 E 117, CP. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 217-A, DO CP, E AO ARTIGO 41 DO CPP. RETROATIVIDADE DE LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INOCORRÊNCIA. DISPOSIÇÕES INTEGRAIS MAIS FAVORÁVEIS AO REÚ. AFRONTA AO ARTIGO 386, INCISOS II E VII, DO CPP. AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. **IN DUBIO PRO REO**. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 226, INCISO II, DO CP. SÚMULA 284/STF. SÚMULA 282/STF. INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO SISTEMA DO CÚMULO MATERIAL. INSUBSISTÊNCIA DAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALEGAÇÕES. DEFENSIVAS. DESPROVIMENTO. VULNERAÇÃO DO ARTIGO 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 282/STF. RECURSO ESPECIAL".

Foram opostos **embargos de declaração**, pela combativa Defesa, por meio dos quais se alegou, em síntese, que:

i) Existência de **erros materiais** no **decisum** (fls. 753-755);

ii) **Omissão** sobre a qualificação de “matéria de ordem pública” do tópico relativo à prescrição e a respeito do marco temporal considerado pela Corte de origem ao aferir a extinção da punibilidade sob esse fundamento (fls. 755-760);

iii) **Omissão** sobre a pretensão recursal de violação dos artigos 14, inciso II, do Código Penal, e 383 do Código de Processo Penal, não conhecidas na decisão monocrática por mim proferida por ausência de prequestionamento (fls. 760-763);

iv) **Contradição**, na medida em que não provi pleito defensivo fundamentado em suposta violação dos artigos 272 e 273 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de foram nulas as audiências de instrução e julgamento pelo ingresso irregular do assistente de acusação (fls. 763-764).

Em **decisão** de fls. 768-776, rejeitei os embargos de declaração, nos termos da ementa a seguir colacionada:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ERROS MATERIAIS. OCORRÊNCIA. OMISSÃO. PRESCRIÇÃO. MARCO TEMPORAL. INEXISTÊNCIA. OMISSÃO. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. INOCORRÊNCIA. CONTRADIÇÃO. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NA DECISÃO RECORRIDA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS."

A Coordenadoria de Direito Penal certificou o trânsito em julgado dos autos, à fl. 784.

Sobreveio **petição** avulsa, na qual se requereu o chamamento do feito à ordem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para que se procedesse ao cancelamento do trânsito em julgado, sob o argumento de que o advogado habilitado nos autos não teria sido intimado da decisão que inadmitiu os embargos de declaração (fls. 768-776).

Após proferir despachos nos autos, e tendo sido certificado pela **Coordenadoria de Direito Penal** que, de fato, "*o advogado Leonardo Feitosa Arrais Minete (OAB/CE 23110) não consta na minuta da decisão de fls. 768/776*", acolhi o pedido formulado na referida petição, para determinar à **Coordenadoria de Direito Penal** que procedesse ao **cancelamento** da "**Certidão de Trânsito e Termo de Baixa**" de fl. 784, motivo pelo qual a **tornei sem efeito**, e determinei fossem adotadas as providências de mister (fl. 1.008_.

Daí, mister se faz a análise da petição de fls. 802-933 dos autos, na qual se apresentou **agravo regimental**, contra a decisão de fls. 768-776. No presente **regimental**, alega a Defesa, em síntese, que:

a) Restou comprovado o alegado dissídio jurisprudencial, pois "*a dificuldade que a defesa do Agravante teve em conseguir dissídio jurisprudencial para fins de cotejo analítico entre o aresto recorrido e o(s) paradigma(s), posto que as ações criminais que envolvem o crime de Estupro de Vulnerável tramitam em segredo de justiça nos Tribunais Estaduais, inclusive tramitam em segredo de justiça no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o que dificulta sobremaneira encontrar aresto paradigma*" (fl. 811);

b) Persiste a "**NULIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ASSIM COMO DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS PELAS “EM TESE” ASSISTENTES DA ACUSAÇÃO – MALFERIMENTO AO ARTIGO 271 E 272 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**" (fl. 814), na medida em que "*o prejuízo foi demonstrado na exordial do Recurso Especial, residindo nas interferências da Assistência Acusatória com petições, E NA FASE INSTRUTÓRIA COM PERGUNTAS ÀS SUPOSTAS VÍTIMAS, TESTEMUNHAS, E ETC., situação jurídica que, por óbvio, prejudicou a defesa técnica*" (fl. 815); e de que "*Os presentes autos trata-se de Ação Penal Pública Incondicionada, destarte, a legitimidade para o oferecimento da denúncia é privativa do Ministério Público, órgão*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

este encarregado privativamente da acusação, conforme vaticina o artigo 217-A do Código Penal c/c artigo 129, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988" (fl. 816);

c) Deve haver a "**DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO CONCERNENTE AO SUPOSTO CRIME EM DESFAVOR DE SARAH CASTELO BRANCO DA COSTA**" (fl. 34), na medida em que "Não merece prosperar o fundamento do Tribunal a quo de que o suposto crime de estupro em desfavor da suposta vítima SARAH CASTELO BRANCO DA COSTA ocorreu até ela completar 10 (dez) anos de idade" (fl. 35), e de que "Diante do exposto requer com fulcro nos artigos 107, inciso IV, 109, inciso I, 110, §1º, 115 e 117, inciso I todos do Código Penal e demais legislações correlatas, que seja reconhecida e decretada a extinção da punibilidade do réu Jose Fernando de Oliveira Santiago concernente ao suposto crime em desfavor de Sarah Castelo Branco da Costa, em razão da prescrição" (fl. 36);

d) No caso, é "**IRREGULAR E ILEGAL CLASSIFICAÇÃO DO SUPOSTO CRIME NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA**" (fl. 819), pois "a decisão ora guerreada ao entender pela manutenção da condenação de primeiro grau, nas tenazes do atual artigo 217-A do Código Penal, o fez de maneira errada e contrária a lei, devendo, portanto ser corrigida e refeita, para que seja aplicado ao ora Agravante a antiga redação do artigo 214 do Código Penal", e "em caso de LEI MAIS BENÉFICA, há retroatividade, quando a lei mais benéfica for posterior ao fato, ou há ultratividade, quando a LEI MAIS BENÉFICA for ANTERIOR ao fato";

e) Deve haver a "**DESCCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA**" (fl. 818), tendo em vista que "a alegação de DESCCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA foi arguida ainda quando da apresentação do recurso de apelação, conforme se verifica as fls. 445/457 e-STJ, inclusive foi emitido parecer pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará, conforme se verifica as fls. 463 e 465/470 e-STJ, portanto existe sim prequestionamento da matéria." (fl. 829);

Por manter o **decisum recorrido, trago o feito à análise da eg. Turma.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.753.686 - CE (2018/0173711-6)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE : J F DE O S
ADVOGADO : LEONARDO FEITOSA ARRAIS MINETE - CE023110
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO : E C B S (MENOR)
AGRAVADO : S C B DA C (MENOR)
REPR. POR : R A V C B - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 217-A, C/C ARTS. 226, INCISO II, 69 E 71, CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS ACÓRDÃOS PARADIGMA E RECORRIDO. DECISÃO MANTIDA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RAZÕES DISSOCIADAS DA REALIDADE FÁTICO-PROCESSUAL CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA N. 284/STF. INCIDÊNCIA MANTIDA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA DO DELITO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356/STF MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

I - O recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, exige a demonstração do dissídio jurisprudencial através da realização do indispensável cotejo analítico, para demonstrar a similitude fática entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma (arts. 1.029, §1º, do CPC e 255, § 1º, do RISTJ), o que não ocorreu na espécie.

II - Nos termos da jurisprudência desta eg. Corte Superior, *"A irregularidade na nomeação do assistente de acusação configura nulidade relativa*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, diante do princípio *pas de nullité sans grief*, deve ser argüida em momento oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de convalidação (Precedentes do c. Pretório Excelso)". (REsp 1075127/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 27/4/2009, grifei).

III - É pacífico o entendimento desta eg. Corte no sentido de que "Estando a realidade fático/processual existente no caderno processual dissociada das razões recursais a ele relacionadas, resta impossibilitada a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal." (AgRg no AREsp n. 1.081.469/RS, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/6/2017). Decisão mantida.

IV - Se a controvérsia relativa à ocorrência do delito na modalidade tentada não foi resolvida pelo eg. Tribunal **a quo** à luz do dispositivo de lei federal infraconstitucional tido por violado, tampouco foram opostos embargos de declaração para fins de prequestionamento, devem ser mantidas, no caso, os enunciados n. 282 e n. 356 do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): O presente recurso **não** reúne condições de acolhimento, devendo ser mantido o **decisum** objurgado.

Inicialmente, no que concerne à alegação de que restou comprovado o alegado dissídio jurisprudencial, pois "*a dificuldade que a defesa do Agravante teve em conseguir dissídio jurisprudencial para fins de cotejo analítico entre o aresto recorrido e o(s) paradigma(s), posto que as ações criminais que envolvem o crime de Estupro de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Vulnerável tramitam em segredo de justiça nos Tribunais Estaduais, inclusive tramitam em segredo de justiça no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o que dificulta sobremaneira encontrar aresto paradigma", diviso que não merece prosperar o recurso, devendo ser mantido o **decisum** recorrido.*

Com efeito, ao negar provimento ao recurso especial, consignei que, **in casu**, *"deve-se afastar a possibilidade de conhecimento do especial no tocante ao fundamento na alínea c do permissivo constitucional, pois a interposição do apelo extremo com fulcro nesse dispositivo exige, para a devida demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, o cotejo analítico entre o aresto recorrido e os paradigmas, com a constatação da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, dever do qual se desobrigou a parte na espécie, porque nem mesmo citou qual decisão de Tribunal distinto conferiu interpretação à lei federal diversa daquela que foi expressada no acórdão recorrido".*

De fato, é preciso destacar que a interposição do apelo extremo, com fulcro na alínea c do permissivo constitucional exige o atendimento dos requisitos contidos no art. 1028, e § 1º do Código de Processo Civil, e no art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, para a devida demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, pois, **além da transcrição de acórdãos** para a comprovação da divergência, **é necessário o cotejo analítico entre o aresto recorrido e o paradigma**, com a constatação da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, **situação que não ocorreu, in casu.**

Nesse sentido, e em reforço:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PECULATO. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAJORANTE DO ART. 327, § 2º, DO CP. MANUTENÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, 'a simples transcrição de ementas e de trechos de julgados não tem o condão de caracterizar o cotejo analítico, uma vez que requer a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, ainda quando se trate de dissídio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

notório' (REsp n. 1.691.118/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª T., DJe 11/10/2017).

5. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no REsp n. 1.374.714/RN, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 4/12/2017, grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGOCIAÇÃO DE TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA. ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

[...]

IV - A interposição do recurso especial, com fulcro na alínea c do permissivo constitucional exige o atendimento dos requisitos contidos no art. 1028, e § 1º do Código de Processo Civil, e no art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, para a devida demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, pois, além da transcrição de acórdãos para a comprovação da divergência, é necessário o cotejo analítico entre o aresto recorrido e o paradigma, com a constatação da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, situação que não ocorreu no presente caso.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 1.449.193/CE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 26/2/2018, grifei).

No que se refere à alegação de que persiste a **"NULIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ASSIM COMO DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS PELAS “EM TESE” ASSISTENTES DA ACUSAÇÃO – MALFERIMENTO AO ARTIGO 271 E 272 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL"**, na medida em que *"o prejuízo foi demonstrado na exordial do Recurso Especial, residindo nas interferências da Assistência Acusatória com petições, E NA FASE INSTRUTÓRIA COM PERGUNTAS ÀS SUPOSTAS VÍTIMAS, TESTEMUNHAS, E ETC., situação jurídica que, por óbvio, prejudicou a defesa técnica"* (fl. 29); e de que *"Os presentes autos trata-se de Ação Penal Pública Incondicionada, destarte, a legitimidade para o oferecimento da denúncia é privativa do Ministério*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Público, órgão este encarregado privativamente da acusação, conforme vaticina o artigo 217-A do Código Penal c/c artigo 129, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988", de igual modo, diviso que o reclamo não merece prosperar.

No **decisum** reprochado, sobre a **quaestio**, no que importa ao caso, mencionei:

*"No que diz respeito à indicada infringência aos artigos 272 e 273, ambos do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que são nulas as audiências de instrução e julgamento e todos os demais atos processuais praticados pelo assistente da acusação, porque ausente nos autos manifestação do **Parquet** estadual sobre a admissão da assistência, são insubsistentes as alegações defensivas."*

De fato, a uma, deve-se repisar que, conforme dito no **decisum** vergastado, restou consignado pelas instâncias de origem que não houve qualquer irregularidade no ingresso, em audiência, do assistente de acusação. A propósito, confira-se (fl. 487):

"A respeito, entendo, de igual modo ao judicante monocrático, em decisão de pág. 308/310 que assim se manifestou sobre a alegação:

"(..) não houve qualquer tipo de irregularidade no ingresso da assistente de acusação, haja vista que o ingresso ocorreu na audiência de instrução, tendo a representante legal das menores se utilizado do seu direito de constituir um assistente de acusação, ressaltando que não houve na audiência qualquer tipo de oposição do Ministério Público, nem da defesa(...)" (grifei).

A duas, repito, porque, ainda que se aferisse a irregularidade formal do ingresso do assistente da acusação no feito, tal nulidade não poderia ser reconhecida sem a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte, por força do princípio **pas de nullité sans grief**, prejuízo que não se pode depreender do contexto destes autos.

Nesse sentido, deve ser mantido a decisão monocrática recorrida, por seus próprios termos. Destacam-se os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. COMPROMISSO. PRESCINDIBILIDADE, PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. TESE DE NULIDADE DO FEITO, PELA ADMISSÃO DE ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. QUESTÃO NÃO APRECIADA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

I. Merece ser mantida a decisão embargada, por seus próprios fundamentos, eis que, de acordo com o entendimento firmado pelo STJ, mostra-se prescindível o compromisso, para a configuração do delito de falso testemunho. *Precedentes.*

II. Não merece ser conhecida a alegação de nulidade do feito, pela admissão do assistente de acusação, porquanto não examinada, previamente, pelo Tribunal de 2.º Grau, sob pena de supressão de instância. *Precedentes.*

III. Ademais, **o reconhecimento de eventual nulidade, decorrente da admissão de assistente de acusação, configuraria nulidade relativa, que dependeria, portanto, da demonstração de efetivo prejuízo, o que não teria sido evidenciado, na espécie. Precedentes.**

IV. De qualquer sorte, a ausência de impugnação, em sede de Agravo Regimental, aos fundamentos da decisão que negara seguimento ao Habeas corpus, conduz ao não conhecimento do Regimental. Aplicação, por analogia, da Súmula 182/STJ.

V. Agravo Regimental não conhecido" (AgRg no HC n. 190.766/RS, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Assusete Magalhães**, DJe de 13/9/2013, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 171, CAPUT, DO CP. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ADMISSÃO INDEVIDA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. CONDENAÇÃO RESULTANTE DE ROBUSTO CONJUNTO PROBATÓRIO E NÃO DA ATUAÇÃO DO ASSISTENTE.

I - A irregularidade na nomeação do assistente de acusação configura nulidade relativa que, diante do princípio pas de nullité sans grief, deve ser argüida em momento oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de convalidação (Precedentes do c. Pretório Excelso).

II - Na espécie, não se vislumbra o alegado prejuízo para a defesa, porquanto o e. Tribunal a quo demonstrou que a condenação da paciente resultou de robusto acervo probatório trazido aos autos e não da atuação do assistente de acusação. De outro lado, a e. Corte Estadual atestou expressamente que as declarações do assistente, tomadas nos autos, se deu na condição de testemunha da acusação, devidamente compromissada, não havendo desse modo qualquer irregularidade.

Recurso especial desprovido" (REsp n. 1.075.127/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 27/4/2009, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que pertine à alegação de que deve haver a "**DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO CONCERNENTE AO SUPOSTO CRIME EM DESFAVOR DE SARAH CASTELO BRANCO DA COSTA**", na medida em que "*Não merece prosperar o fundamento do Tribunal a quo de que o suposto crime de estupro em desfavor da suposta vítima SARAH CASTELO BRANCO DA COSTA ocorreu até ela completar 10 (dez) anos de idade*" (fl. 35), e de que "*Diante do exposto requer com fulcro nos artigos 107, inciso IV, 109, inciso I, 110, §1º, 115 e 117, inciso I todos do Código Penal e demais legislações correlatas, que seja reconhecida e decretada a extinção da punibilidade do réu Jose Fernando de Oliveira Santiago concernente ao suposto crime em desfavor de Sarah Castelo Branco da Costa, em razão da prescrição*", também não há como se acolher o reclamo.

Na decisão monocrática ora recorrida, constei que, quanto à indicação de vulneração dos **artigos 107, inciso IV; 109, inciso I; 110, §1º; 115 e 117, todos do Código Penal**, sob o argumento de que estaria prescrito o crime pelo qual foi condenado o recorrente, faz-se mister repisar o contexto fático-processual descrito no acórdão recorrido.

A Defesa sustentou, nos recursos anteriores, que a prática criminosa cessou em 1999 e que a denúncia teria sido recebida apenas em 2011, motivo por que teria transcorrido, entre a prática do fato e o recebimento da denúncia, lapso temporal suficiente para conduzir à extinção da punibilidade pelo advento da prescrição, considerando que o prazo prescricional, **in casu**, a teor dos artigos 109, inciso I, e 115, ambos do Código Penal, é de 10 (dez) anos.

Nada obstante, sem razão o recorrente, devendo ser mantido o **decisum** vergastado, pois, como dito, a eg. Corte de origem, ao reconhecer o instituto da continuidade delitiva, **assentou o ano de 2003 como marco de cessação da prática criminosa**. Confira-se (fl. 486):

“Considerando que ela, vítima, nasceu em 30/5/1993, os atos libidinosos, de fato, tiveram início no ano de 1999, se perpetrando até o ano de 2003 quando a vítima completou os dez anos de idade.” (grifei).

Desta forma, considerando a dissonância entre as premissas fático-processuais fixadas no acórdão de origem e nas razões recursais, verifica-se, portanto, como bem mencionado na decisão recorrida, que a deficiência da fundamentação do recurso não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permitia, de fato, a compreensão da controvérsia, porque os argumentos apontados não guardam pertinência com o que foi decidido pelo Tribunal de origem. O apelo especial, dessa forma, em tais tópicos, de fato, esbarra na Súmula 284/STF.

Nesse sentido, e em reforço:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AVENTADA OFENSA AOS ARTS. 196, 212 E 616, TODOS DO CPP. ÓBICE DA DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE NÃO IMPUGNADO NO AGRAVO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ QUANTO AOS PONTOS NÃO RECHAÇADOS. MATÉRIAS REMANESCENTES. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 384 E 41, AMBOS DO CPP. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 217-A DO CP. ABSOLVIÇÃO. VILIPÊNDIO AO ART. 65 DA LCP. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DE EXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. MALFERIMENTO AO ART. 14, II DO CPP. TESE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *"A ausência de impugnação específica do fundamento autônomo adotado pela decisão que negou seguimento ao agravo em recurso especial atrai a incidência do óbice previsto na Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça". (PET no AREsp 392.046/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 28/02/2014)*

2. *Estando a realidade fático/processual existente no caderno processual dissociada das razões recursais a ele relacionadas, resta impossibilitada a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.*

[...]

5. *Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 1.081.469/RS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 13/6/2017).*

"[...] PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TESE RECURSAL DISSOCIADA DO COMANDO LEGAL APONTADO COMO OFENDIDO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NO VERBETE SUMULAR N.º 284/STF. APELO NOBRE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUE NÃO PODE SER ADMITIDO.

1. Hipótese em que os recorrentes, apontando violação ao artigo 155 do Código de Processo Penal, pleiteiam sua absolvição por insuficiência probatória.

2. **Evidenciado que as razões recursais encontram-se dissociadas da prescrição legal contida na legislação federal indigitada por ofendida, patente a deficiência da fundamentação do apelo extremo, que impossibilita a exata compreensão da controvérsia, incidindo, mais uma vez, o óbice previsto no Enunciado Sumular n.º 284/STF.**

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 996.099/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 19/5/2017).

No que diz respeito à alegação de que é **"IRREGULAR E ILEGAL CLASSIFICAÇÃO DO SUPOSTO CRIME NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA"**, pois *"a decisão ora guerreada ao entender pela manutenção da condenação de primeiro grau, nas tenazes do atual artigo 217-A do Código Penal, o fez de maneira errada e contrária a lei, devendo, portanto ser corrigida e refeita, para que seja aplicado ao ora Agravante a antiga redação do artigo 214 do Código Penal"*, e *"em caso de LEI MAIS BENÉFICA, há retroatividade, quando a lei mais benéfica for posterior ao fato, ou há ultratividade, quando a LEI MAIS BENÉFICA for ANTERIOR ao fato"*, também vislumbro que a irresignação não merece acolhimento, devendo ser mantido o **decisum** recorrido.

De fato, naquilo que toca à indicada ofensa aos **artigos 2º e 217-A**, ambos do **Código Penal**, e ao **artigo 41 do Código de Processo Penal**, formulado no apelo nobre, e repetida neste regimental, à justificava de que o Tribunal de origem aplicou reprimenda prevista em lei criminal mais gravosa, desrespeitando, reflexamente, as disposições constitucionais que vedam a retroação da **lex gravior**, repita-se que a instância anterior aplicou retroativamente o tipo penal incriminador descrito no art. 217-A do Código Penal justamente por compreender ser essa a **dedução legal que implica em maior benefício para o recorrente**.

Com efeito, do acórdão recorrido, extrai-se, sobre a quaestio, no que importa ao caso (fl. 491):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*"Ante tais considerações, tendo-se em mira que o apelante é acusado da prática de crime de estupro contra menores, cometidos a partir de 1999, na vigência, portanto, do art. 213 do CP, ao contrário do que alegado pela defesa, **a aplicação da novel legislação (art. 217-A, do CP) lhe é mais benéfica que a conjugação dos arts. 213, 224, do CP e art. 9º. da Lei dos Crimes Hediondos.***

Isso porque ao intervalo penalógico previsto pela atual redação do art. 217-A, não se acrescenta a fração de metade prevista pela Lei dos Crimes Hediondos, em que pese ter um preceito secundário superior ao do art. 213, do CP.

*Assim, **inexiste ambiente jurídico a amparar a pretensão da defesa de nulificar a sentença sob a alegação da ocorrência de novatio legis in pejus'** (grifei).*

É importante repetir que, a partir da vigência do mencionado diploma normativo, o estupro praticado contra menor de 14 (catorze) anos passou a ter uma regulação autônoma, em um novo tipo, o art. 217-A do Código Penal, 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, por um lado, que, a partir de 2009, foi conferido maior rigor na punição do crime em comento quando praticado contra menor de 14 (catorze) anos, em decorrência da elevação do patamar da reprimenda prevista para o tipo básico: de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão. Por outro lado, tanto o crime de estupro quanto o de atentado violento ao pudor, nas formas simples, já eram considerados crimes hediondos à época da prática do crime.

Destarte, se acaso a lei vigente ao tempo dos fatos fosse aplicada à situação dos autos, seria imperiosa a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, em face da presumida vulnerabilidade vítimas, por elas serem menores



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 14 anos.

Em suma, como dito no **decisum** recorrido, identificando-se os fatos como ensejadores da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, a **aplicação integral de todas as disposições normativas anteriores** (213 e 214, ambos do Código Penal, combinado com o art. 9º da Lei de Crimes Hediondos), como recomenda a sólida Jurisprudência desta Corte Superior (EREsp 1225387/RS, **Terceira Seção**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 04/09/2013), resultaria em uma pena de 9 (nove) anos de reclusão.

Por conclusão, atendo-se às balizas fáticas firmadas na instância ordinária, a incidência da norma jurídica superveniente do art. 217-A do Código é a norma jurídica mais benéfica ao acusado.

Nesse sentido, para corroborar o que dantes decidido, destacam-se os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ANTIGA REDAÇÃO). SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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. Não obstante a Lei n. 12.015/2009, ao tipificar o delito de atentando violento ao pudor contra vítima menor de 14 anos, previsto no art. 214 do Código Penal, como "estupro de vulnerável" (art. 217-A do Código Penal), tenha determinado o recrudesimento da pena, deve ela retroagir, por ser mais benéfica, uma vez que também determinou a revogação da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei 8.072/90.

3. É vedada a combinação de leis, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, devendo o magistrado analisar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o caso sob o enfoque de ambas as leis, a anterior e a posterior, aplicando-se, na sua integralidade, aquela mais favorável ao réu.

4. A Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 122.292/MG, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 356.573/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 21/11/2016, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

3. Por isso, **a retroatividade da Lei n. 12.015/2009 mostra-se, de fato, mais benéfica ao acusado**, conforme entendimento assente nesta Corte sobre a matéria, no sentido de que "Comprovada a existência de violência real ou grave ameaça no crime de estupro, contra vítima menor de 14 anos, há de incidir a causa de aumento da pena previsto no art. 9º da Lei 8.072/90. Precedentes desta Corte. **Não obstante a Lei n. 12.015/2009, ao tipificar o delito de estupro, contra vítima menor de 14 anos, previsto no art. 213 do Código Penal, como estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), tenha determinado o recrudesimento da pena, deve ela retroagir, por ser mais benéfica, uma vez que também determinou a revogação da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei 8.072/90.**" (HC 144.091/PE, Rei. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015).

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 1124561/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 22/8/2018, grifei).

Por fim, no que toca à alegação de que deve haver a "**DESCCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA**", tendo em vista que "a alegação de **DESCCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA** foi arguida ainda quando da apresentação do recurso de apelação, conforme se verifica as fls. 445/457 e-STJ, inclusive foi emitido parecer pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará, conforme se verifica as fls. 463 e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

465/470 e-STJ, portanto existe sim prequestionamento da matéria", também não vejo como se acolher o regimental.

Como deixei consignado na decisão monocrática ora recorrida, a apontada vulneração **do artigo 14, inciso II, do Código Penal**, sob o argumento de que o crime imputado ao recorrente não chegou a se consumar, razão pela qual deveria ser reconhecida a prática da modalidade tentada, repito que a matéria não foi prequestionada na origem.

Dá análise dos autos, verifico que o referido dispositivo de lei infraconstitucional, nos termos do que mencionado no apelo nobre, e repetido no presente agravo regimental, de fato, **não** foi objeto de específico debate pelo Colegiado **a quo**, quando do julgamento dos recursos ali interpostos pela Defesa, o que inviabiliza, como dito no **decisum** reprochado, neste Superior Tribunal de Justiça, o conhecimento do pedido em sede de recurso especial, devido à ausência de prequestionamento.

Assim, ausente a manifestação do eg. Tribunal de origem sobre o tema, sem sequer terem sido opostos embargos de declaração pela Defesa para suprir a suposta omissão, tem-se que o recurso especial **não** reúne condições de prosperar, em face do indispensável prequestionamento da matéria, a teor do enunciado sumular n. 282 do eg. Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA. VALIDADE. DOSIMETRIA. ELEMENTOS CONCRETOS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 59 DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356/STF. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

[...]

6. A questão relativa ao disposto no art. 59 do Código Penal não foi objeto de discussão na instância de origem, não tendo sido opostos embargos de declaração pela defesa para sanar qualquer omissão no julgado, bem como no recurso especial não se apontou afronta ao art. 619 do Código de Processo Penal de modo a acusar eventual negativa de prestação jurisdicional, esbarrando o pleito recursal no óbice das Súmulas n. 282 e 356/STF, diante da ausência de prequestionamento do tema.

7. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 1.514.101/SP, Quinta Turma, de minha lavra, DJe de 24/5/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, imperiosa no ponto, a manutenção da aplicação do óbice contido na Súmula 282/STF.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0173711-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.753.686 / CE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 04708309520118060001 4708309520118060001

EM MESA

JULGADO: 01/10/2019
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J F DE O S
ADVOGADO : LEONARDO FEITOSA ARRAIS MINETE - CE023110
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RECORRIDO : E C B S (MENOR)
RECORRIDO : S C B DA C (MENOR)
REPR. POR : R A V C B - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : J F DE O S
ADVOGADO : LEONARDO FEITOSA ARRAIS MINETE - CE023110
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO : E C B S (MENOR)
AGRAVADO : S C B DA C (MENOR)
REPR. POR : R A V C B - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.