



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.990 - RJ (2011/0272027-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : RONALDO ORLOWSKI - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : RONALDO ORLOWSKI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : J J N

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA REAL. CRIME HEDIONDO. FATO OCORRIDO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. ART. 9º DA LEI 8.072/1990. CAUSA DE AUMENTO DE PENA AFASTADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento dos EREsp 1.225.387/RS, pacificou o entendimento acerca do caráter hediondo dos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência presumida, cometidos antes da vigência da Lei n. 12.015/2009.

3. O disposto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos é expresso ao determinar a incidência da majorante em todos os casos de violência real, revelada tanto pelo *caput* dos arts. 213 e 214 quanto pelas formas qualificadas consubstanciadas pela lesão grave ou morte, desde que incida também alguma das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal.

4. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, houve a revogação expressa do art. 224 do CP. Portanto, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, não deve mais subsistir a referida causa de aumento nas condenações ocorridas sob a égide da legislação anterior.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para, afastando a aplicação da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, determinar que o Juízo da Execução refaça o cálculo da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, não conhecer do pedido e conceder parcialmente *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de abril de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.990 - RJ (2011/0272027-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de J J N, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 214 do Código Penal, c/c o art. 9º da Lei n. 8.072/1990 (fls. 16/23).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para fixar a pena em 10 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mantida no mais a sentença (fls. 41/57).

No presente *writ*, o impetrante alega a existência de constrangimento ilegal, sob os seguintes argumentos: a) ao delito de atentado violento ao pudor, "quando cometido em sua forma simples ou com violência ficta e antes do advento da Lei n. 12.015/09, não se aplica o disposto na Lei n. 8.072/90" (fl. 03); e b) impossibilidade de aplicação da causa de aumento de pena previsto no art. 9º da Lei 8.072/1990, por configurar *bis in idem* (fls. 1/13).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja afastado o "caráter hediondo do delito em tela, ajustando-se, por via de consequência, o *quantum* de pena privativa de liberdade aplicada, bem como os regimes jurídicos de concessão de benefícios e de progressão de regime prisional" (fl. 13). Subsidiariamente, pugna pela "exclusão da causa de aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90, ante a ausência de comprovação dos requisitos legais para a sua incidência" (fl. 13).

Sem pedido de liminar (fl. 63) e informações prestadas (fls. 68/97), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 101/107).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.990 - RJ (2011/0272027-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Cumpre considerar, inicialmente, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 214 do Código Penal, c/c o art. 9º da Lei n. 8.072/1990 (fls. 16/23).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para fixar a pena em 10 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mantida no mais a sentença (fls. 41/57).

Pois bem.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento do EREsp 1.225.387/RS, pacificou o entendimento acerca do caráter hediondo dos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência presumida, cometidos antes da vigência da Lei n. 12.015/2009.

Para o efeito da incidência da majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, deve-se aliar a condenação por crime de estupro ou atentado violento ao pudor mediante violência real à ocorrência de alguma das circunstâncias descritas nas alíneas do art. 224 do Código Penal.

Essa, sem dúvida, é a interpretação que se deve dar à norma que estabelece a causa de aumento de pena, pois reconhecer a majoração nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável *bis in idem*, uma vez que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

O disposto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos é expresso ao determinar a incidência da majorante em todos os casos de violência real, revelada tanto pelo *caput* dos arts. 213 e 214 quanto pelas formas qualificadas consubstanciadas pela lesão grave ou morte, desde que incida também alguma das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal, conforme a redação seguinte:

Art. 9º. As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Ocorre, entretanto, que, com o advento da Lei n. 12.015/2009, houve a revogação expressa do art. 224 do CP, razão pela qual não mais incide a referida causa de aumento de pena. Portanto, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, não deve mais subsistir o percentual de 1/2, referente à causa de aumento, nas condenações ocorridas sob a égide da legislação anterior.

Vale conferir, por oportuno, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ARTIGO 9º DA LEI 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. APLICAÇÃO RETROATIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A adoção, pela decisão agravada, das informações em que se amparou o Juízo de primeiro grau ao proferir a sentença, que não foram em momento algum refutadas pela Corte de origem ou pela ora agravante, não importa em reexame de prova, mas apenas em respeito ao conteúdo da sentença.
2. A causa de aumento de pena do artigo 9º da Lei nº 8.072/90 tem incidência se resta comprovada a existência de violência real ou grave ameaça no crime de estupro ou atentado violento ao pudor cometido contra menor de 14 anos, dada a maior reprovabilidade da conduta.
3. Editada a Lei nº 12.015/09, que deu novo tratamento aos "Crimes contra os Costumes", agora denominados "Crimes contra a Dignidade Sexual", foi tipificado no art. 217-A o crime praticado contra menor de 14 anos sob o rótulo de Estupro de Vulnerável com reprimendas mais severas, ao tempo em que foi revogado o artigo 224 do Código Penal, que dava fundamento à aplicação da causa especial de aumento de pena do artigo 9º da Lei nº 8.072.
4. Caso mais benéfica ao réu a aplicação da lei nova por inteiro, i.e, com o preceito secundário do art. 217-A, como no caso concreto, imperiosa sua incidência retroativa para alcançar os fatos praticados sob a égide da legislação anterior, em obséquio ao princípio *da mihi factum, dabo tibi ius* aplicável em sede de recurso especial e ao mandamento constitucional inserto no inciso XL do artigo 5º da Carta Magna.
5. Agravo regimental a que se nega provimento. (REsp 1.194.323/SC, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 26/04/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 214 C/C O ART. 224, 'A', DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DE VIOLÊNCIA REAL OU GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 9º DA LEI N.º 8.072/90. POSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/09. ART. 217-A DO ESTATUTO PENALISTA. APLICAÇÃO RETROATIVA. PRECEDENTES. EMPREGO EFETIVO DE GRAVE AMEAÇA. SITUAÇÃO FÁTICA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULAS NS. 282 E 256 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A prática do crime de atentado violento ao pudor mediante violência ou grave ameaça atrai a incidência da majorante insculpada no art. 9º da Lei n.º 8.072/90.

2. Com a superveniência da Lei n.º 12.015/09 restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível sua aplicação para fatos posteriores à sua edição.

3. Assim, tratando-se de fato anterior à Lei n.º 12.015/09, cometido em face de menor de 14 anos e com emprego de violência real e grave ameaça, o novo comando previsto no art. 217-A se mostra mais benéfico ao agente ante a não aplicação do art. 9º da Lei n.º 8.072/90, devendo, pois, ser aplicado retroativamente, *ex vi* do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

4. Na espécie, a despeito da tese jurídica ter sido amplamente debatida na Origem, constata-se da leitura do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que a situação fática referente ao efetivo emprego de grave ameaça ou mesmo de violência real não o foram, o que obsta o seguimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento da situação fática retratada no apelo nobre - aplicação *mutatis mutandis* das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal -.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.294.367/GO, rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 27/9/2012)

Por fim, estando o paciente cumprindo sua pena, compete ao Juiz da Execução, nos termos do art. 66, I, da LEP, fazer o necessário ajuste na reprimenda.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO parcialmente a ordem, de ofício, para, afastando a aplicação da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, determinar que o Juízo da Execução refaça o cálculo da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0272027-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 224.990 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 19960280035298 36389419968190028

EM MESA

JULGADO: 28/04/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RONALDO ORLOWSKI - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : RONALDO ORLOWSKI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : J J N

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.