



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.573 - SP (2016/0128587-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : RICARDO SALOMAO DE ALMEIDA
ADVOGADO : RICARDO SALOMÃO DE ALMEIDA - SP277716
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R DE A P S

EMENTA

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 atentado 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 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.

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, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.573 - SP (2016/0128587-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : RICARDO SALOMAO DE ALMEIDA
ADVOGADO : RICARDO SALOMÃO DE ALMEIDA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R DE A P S

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de R. DE A. P. S., em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, como incurso no art. 217-A do Código Penal, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Foram interpostas apelações, tendo o Tribunal de Justiça negado provimento ao apelo da defesa e dado provimento ao do Ministério Público para alterar o regime inicial para o fechado.

Alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista que foi aplicado ao caso o art. 217-A do Código Penal, cujo preceito secundário é mais rigoroso que o da lei vigente à época dos fatos, ou seja, o art. 214 do referido Código, que deveria ser aplicado, em observância à ultratividade da lei mais benéfica ou, ainda, a combinação de leis penais, por ser mais benéfica à ré. Ressalta o direito de a paciente aguardar o trânsito em julgado do processo em liberdade, pois nessa condição respondeu a todo o processo sem causar qualquer obstáculo ao seu andamento.

Requer, liminarmente, seja revogada a determinação de expedição do mandado de prisão da paciente, até o julgamento do presente *writ* e, no mérito, a sua confirmação, para que aguarde em liberdade o trânsito em julgado da ação penal.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 313/314.

Foram prestadas informações às fls. 332/345, 349/355 e 365/375.

O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem, às fls. 358/360.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.573 - SP (2016/0128587-4)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

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 precedentes 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.

Compulsando os autos, verifica-se que a paciente foi condenada pela prática de estupro de vulnerável, à 8 anos de reclusão, em regime semiaberto, tendo o Tribunal de Justiça dado provimento à apelação do Ministério Público para alterar o regime inicial da pena para o fechado.

Insurge-se a impetrante contra a incidência da Lei n. 12.015/2009, ao argumento de que os fatos imputados à paciente são anteriores à edição da referida lei, que por trazer pena mais grave do que a prevista em lei anterior, não poderia retroagir.

O Tribunal *a quo* aplicou o art. 217-A do Código Penal, caracterizador do crime de estupro de vulnerável, porquanto a vítima tinha 5 anos de idade à época dos fatos, por ser mais benéfico à ré, embora o fato tenha ocorrido em 2004 e tenha sido a paciente denunciada como incurso nas penas do art. 214 c/c art. 224, alínea *a*, art. 225, §§ 1º e 2º, e 226, II, todos do Código Penal (fl.12), conforme se observa da sentença, mantida pelo acórdão, quanto ao ponto, nos termos da transcrição abaixo (fls. 247/248):

Passo à aplicação da Lei Penal:

Atento aos ditames do art. 59 do Código Penal, a pena haverá de ser fixada em seu grau mínimo, levando-se em conta o novo patamar secundário do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, porque mais benéfico, tal como asseverado pelo Ministério Público, qual seja, em 08 (oito) anos de reclusão.

Com efeito, a aplicação do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos c/c art. 224 do Código Penal (revogado mas vigente à época dos fatos), faria com que a pena mínima fosse de 9 (nove) anos, porque acrescido da metade.

Quanto aos demais argumentos do MD Promotor de Justiça, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relação a pena-base, razão não lhe assiste porque não evidenciada consequências anormais para o caso, já que a gravidade da conduta, por si só, já se encontra espelhada em seu preceito secundário. Em perícia, nenhuma seqüela fora evidenciada e que pudesse surgir como supedâneo de majoração da pena acima do mínimo legal.

À mingua de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causas especiais de aumento ou diminuição de pena, torno definitiva a reprimenda básica.

O regime de cumprimento de pena haverá de ser o semi-aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. Os ditames da lei dos crimes hediondos não podem ser interpretados como norma rígida, mesmo porque cabe ao magistrado equacionar a reprimenda ao fim a ela cominado, qua não pode ser apenas o de representar o mau em retribuição.

Inviável a substituição da reprimenda ou mesmo a sua suspensão, haja vista a quantidade da sanção aplicada ao caso (acima dos quatro anos de prisão).

Com efeito, não obstante tenha a Lei 12.015/09 recrudescido a pena, ao tipificar a ação delituosa contra menores de 14 anos, no art. 217-A do Código Penal, também revogou o art. 224 do Código Penal, que fundamentava a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei 8.072/90. Assim, em um exame menos acurado poder-se-ia concluir que o referido dispositivo legal viesse a piorar a situação da apenada, o que não ocorre no presente caso.

Destarte, a lei nova, por ser mais benéfica à ré, deve retroagir 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). Assim, diferentemente do que defende o impetrante, a aplicação da nova lei não prejudica a paciente, senão vejamos:

A sentença fixou a pena-base no mínimo legal, previsto no art. 217-A do Código Penal, ou seja, 8 anos de reclusão, que se tornou definitiva, ante a ausência de agravantes, atenuantes e de causas de aumento ou diminuição da pena.

Logo, mantendo-se os mesmos critérios adotados pela sentença e aplicando-os ao art. 214 do Código Penal, antiga redação, nos termos da denúncia, como pretendido pela defesa, a dosimetria da pena ficaria nos termos seguintes:

Aplicar-se-ia a pena-base no mínimo legal, 6 anos de reclusão, permanecendo nesse mesmo patamar, na segunda fase, ante a falta de agravantes e atenuantes. Na terceira fase, contudo, aumentar-se-ia da metade, em razão da incidência do art. 224, *a*, do Código Penal, perfazendo-se 9 anos de reclusão que, novamente seria aumentada na metade, em razão do parentesco da vítima com a paciente, perfazendo, pois, 13 anos e 6 meses de reclusão, ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja, pena superior à aplicada pelo Tribunal de origem, com a tipificação do art. 217-A do Código Penal: 8 anos de reclusão.

Constata-se, pois, ser a aplicação do preceito secundário da nova legislação – art. 217-A do Código Penal – mais benéfica à ré, estando o acórdão recorrido em consonância, pois, com a jurisprudência desta Corte, conforme se observa nos seguintes precedentes: AgRg no REsp 928.815/PB, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 5/12/2014, HC 199.947/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 6/2/2014, DJe 26/2/2014).

Ressalte-se, ainda, ser inviável a tese do impetrante de combinação de leis para beneficiar a paciente. Conforme entendimento desta Corte, é incabível a combinação de leis penais, devendo o magistrado analisar o caso sob o enfoque de ambas as leis, a anterior e a posterior, aplicando-se, na sua integralidade, aquela mais favorável ao réu. No presente caso, como visto, embora o preceito secundário do art. 217-A seja mais severo que o do art. 214 do mesmo diploma legal, revogado pela Lei 12.015/2009, revela-se, ao final, mais benéfico à paciente. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO MAIS BENÉFICO. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O tema sobre a combinação de leis já foi pacificado pela Terceira Seção desta Corte Nacional, no sentido de vedar-se essa prática, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL, da Constituição da República), "que impõe o exame, no caso concreto, de qual diploma legal, em sua integralidade, é mais favorável" (EREsp 1.094.499/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, 3ª S., DJe 18/8/2010).

2. Muito embora haja o Magistrado de primeiro grau cominado o preceito secundário dos artigos não mais aplicáveis ao caso - mais benéficos -, capitulou as condutas no novo dispositivo, incorrendo em verdadeira combinação de leis, o que, conforme explicitado, é vedado pela jurisprudência desta Corte Superior.

3. O fato de haver o Juiz sentenciante capitulado as condutas no novo dispositivo - no que foi corroborado pelo Tribunal a quo - não implica nulidade da condenação, pois procedeu corretamente ao fazer incidir o preceito secundário dos arts. 213, c/c art. 14, II, e 214, c/c o art. 224, "a", todos do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1312842/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 15/12/2015)

RECURSOS ESPECIAIS. PENAL. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 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 nº 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, 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 13/05/2014, DJe 21/05/2014)

No tocante à suspensão da execução provisória da pena, conforme já exposto na decisão liminar, a Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e o REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, de 17/2/2016, DJ de 17/5/2016), segundo a qual a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não afronta o constitucional princípio da presunção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inocência.

Desse modo, prolatado o julgamento condenatório pelo Tribunal de Justiça e ausentes recursos especial ou extraordinário, com casuísticos efeitos suspensivos concedidos, é possível a execução provisória da pena.

Quanto ao pleito de concessão de efeito suspensivo ao Recurso Especial interposto pela paciente, uma vez que, consoante informações obtidas no sítio eletrônico do TJSP, sequer foi admitido na origem, tendo sido interposto agravo em recurso especial – atualmente, em processamento no Tribunal *a quo*, no aguardo do prazo para contrarrazões –, ainda não foi inaugurada a competência do STJ, a viabilizar o exame do presente pedido, nos termos da Súmula 634/STF.

Ante o exposto, voto por não conhecer o presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0128587-4

HC 356.573 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00130463020048216012 00130463020048260127 130463020048216012
130463020048260127

EM MESA

JULGADO: 08/11/2016
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. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RICARDO SALOMAO DE ALMEIDA
ADVOGADO : RICARDO SALOMÃO DE ALMEIDA - SP277716
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R DE A P S

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

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, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.