

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 904.149 - MG (2016/0120749-2)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**AGRAVADO : A R DE M**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto em face de decisão que inadmitiu o recurso especial por incidência do óbice da Súmula 83/STJ.

Sustenta o agravante que *a decisão agravada desconsiderou o fato de que acórdão proferido em sede de habeas corpus não se presta a comprovar a existência ou não de dissídio pretoriano, pois não possui o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão do recurso especial* (fl. 395).

Requer, assim, o provimento do agravo, para que seja admitido e provido o recurso especial.

Apresentada a contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, ao exame de seu mérito.

Aponta o recorrente violação do art. 9º, da Lei 8.072/90; art. 2º, parágrafo único, art. 213 c/c art. 224, *a*, (com a redação anterior à Lei 12.015/2009), e art. 217-A, todos do CP.

Menciona que *aos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor cometidos antes da edição da Lei 12.015/2009, contra vítima menor de 14 anos, mediante violência real ou grave ameaça, incide a majorante do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos* (fl. 351).

Ressalta que *o contexto fático probatório reconhecido no próprio acórdão recorrido evidencia que o delito de estupro foi praticado mediante violência real e grave ameaça, contra vítima menor de 14 anos* (fl. 229-v do aresto), *o que basta para a configuração da majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/90* (fl. 351).

Requer, por isso, o provimento do recurso especial para que o réu seja condenado nos termos do art. 217-A do CP.

O STJ firmou a orientação de que fere o princípio do *ne bis in idem* a incidência da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei 8.072/90, nos casos de estupro ou de atentado violento ao pudor praticados mediante violência

presumida, por constituir elementar do tipo penal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PENA-BASE. CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ARTIGO 9º DA LEI 8.072/90. VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA (AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA REAL OU GRAVE AMEAÇA). CAUSA DE AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA LEI 12.015/2009, POR SER MAIS GRAVOSA NA HIPÓTESE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal se foi apresentada concreta motivação.

3. As pretensões de desclassificação para o art. 61 da Lei de Contravenções Penais e de reconhecimento de ausência de defesa técnica não foram suscitadas ou enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

4. **Esta Corte firmou entendimento no sentido de que fere o princípio do ne bis in idem a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 9.º da Lei n.º 8.072/90, nas hipóteses de estupro ou de atentado violento ao pudor praticados mediante violência presumida, tendo em vista que tal circunstância constitui elementar do tipo penal.** Afasta-se tal majorante independentemente do advento da Lei 12.015/2009, cuja aplicação por inteiro seria mais gravosa ao paciente.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos de reclusão (HC 277.899/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 26/09/2014).

Contudo, havendo violência real ou grave ameaça no crime de estupro ou atentado violento ao pudor perpetrado contra menor de 14 anos, incide a aludida causa de aumento. Confira-se o seguinte precedente:

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.

1. Após a Lei n. 12.015/2009, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, quando praticados contra vítima menor de quatorze anos, passaram a ser descritos no art. 217-A, do Código Penal. 2. A mudança legislativa afastou a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, que seria aplicável no caso, uma vez que o crime foi praticado

mediante emprego de violência real.

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, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 22/08/2018).

Acerca da questão, a Corte estadual assim se manifestou (fls. 299-300):

O Parquet salientou à f.208 que a pena foi fixada nos termos da nova legislação por ser mais benéfica ao apelante eis que se aplicada a reprimenda anteriormente cominada ao delito 213 c/c com o artigo 224 do Código Penal esta seria aumentada em metade em razão do artigo 9º da Lei 8072/90, o que não se aplica mais.

Entendo todavia que deve ser alterada referida fixação eis que a pena cominada após a inovação legislativa se encontra prejudicial ao apelante diante do entendimento desta Turma Julgadora em relação ao artigo 9º da Lei 8072/90 conforme se verá a seguir.

**Analisando o citado dispositivo podemos entender que em todo crime de estupro praticado contra a vítima com idade de até 14 anos, alienada mental ou que não tenha qualquer condição de apresentar resistência a pena será aumentada de metade.**

**Tratando-se contudo de crime de estupro praticado contra menor de quatorze anos, a presunção de violência é uma circunstância elementar do tipo, não podendo também ser considerada como causa majorante de pena, sob pena de incorrer no inaceitável bis in idem.**

**A meu ver portanto somente se admite a aplicação da referida majorante quando presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 223 do Código Penal, ou seja, quando da violência real empregada contra a vítima resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, o que não ocorreu no caso em apreço.**

O grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal também pacificou este entendimento através da súmula 62 a saber: "o aumento de pena previsto no art.9º da Lei 8.072/90 só é possível quando houver lesão corporal grave ou morte".

Sendo assim inviável no presente a hipótese de aplicação do aumento previsto no artigo 9º da Lei 8072/90 a pena deve ser fixada em observância à reprimenda cominada anteriormente à Lei 12.015/09.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados nos seguintes termos (fls. 335/337):

**O Parquet alega que os elementos probatórios colhidos comprovam que o delito foi praticado mediante violência e grave ameaça, o que impõe a aplicação da causa de aumento em questão.**

Ocorre todavia que esta Turma Julgadora tem entendimento de que só se aplica a causa de aumento do artigo 9º da Lei 8072/90 quando da violência real empregada contra a vítima resultar lesão corporal grave ou morte, como restou devidamente explicado no acórdão fustigado à f.236v-237.

Está portanto devidamente explicitado na decisão objurgada o entendimento desta Turma Julgadora no sentido de que mesmo nos delitos praticados antes da Lei 12.015/09 só se aplicará a causa de aumento em estudo quando observado que da prática delitiva resultou lesão corporal grave ou morte, o que não restou comprovado nos presentes autos.

Entende-se assim esta Turma que há bis in idem quando se aplica a causa de aumento pelo simples fato de o acusado ter praticado o delito do artigo 213 ou 214 c/c o artigo 224 do Código Penal.

A orientação adotada diverge do entendimento jurisprudencial desta Corte, no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, independentemente de resultar em lesões corporais de natureza grave ou morte, são considerados hediondos. Nesse sentido, confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA REAL. AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ART. 9º DA LEI N. 8.072/1990. APLICABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. ART. 217-A DO CP. APLICAÇÃO RETROATIVA.

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. 9º da Lei n.º 8.072/90, independentemente de ocorrência de lesão corporal de natureza grave ou morte (REsp n. 1.198.477/PR, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/11/2012).**

2. Uma vez que, no caso, o Tribunal de origem confirmou a prática de violência real, a majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990 seria mesmo aplicável.

3. Diante da superveniência das alterações implementadas pela Lei n. 12.015/2009 no Código Penal, o ato praticado pelo acusado passou a ser tipificado no art. 217-A do Código Penal, com patamar mais elevado de pena mínima, razão pela qual, no caso, não é mais aplicável a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

4. Sendo o art. 217-A do Código Penal mais benéfico ao réu, incidirá retroativamente (art. 2º, parágrafo único, do CP), devendo os autos retornar ao Tribunal de origem para que realize a nova dosimetria da pena, considerando a nova sanção fixada no mencionado artigo, sem a incidência

da causa de aumento prevista na Lei de Crimes Hediondos. Precedentes.

5. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1095315/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 24/06/2013).

Ressalto que a Lei 12.015/09 revogou o art. 9º da Lei 8.072/90, que dispunha sobre a causa de aumento, passando a prever para o crime descrito no art. 217-A do Código Penal pena mais grave (8 a 15 anos) do que a cominada no revogado art. 214 (6 a 10 anos).

Na hipótese, tratando-se de crime praticado contra menor de 14 anos, mediante violência real, a pena mínima seria de 6 anos, aumentada em metade, pela incidência do art. 9º da Lei 8.072/90, atingindo o mínimo legal no patamar de 9 anos. Portanto, superior à pena mínima de 8 anos, prevista pelo art. 217-A do CP, introduzido pela Lei 12.015/2009.

Assim, tem-se aplicável o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, incidindo a novel legislação por inteiro. Em caso análogo, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. GRAVE AMEAÇA. CAUSA DE AUMENTO. ART. 9º DA LEI N. 8.072/1990. SUPERVENIÊNCIA. LEI N. 12.015/2009. ABOLITIO CRIMINIS. INEXISTÊNCIA. MAJORANTE QUE PASSOU A CONSTITUIR ELEMENTAR DO TIPO DO ART. 217-A DO CP. LEI NOVA MAIS BENÉFICA.

1. A superveniência da Lei n. 12.015/2009 não configurou abolitio criminis em relação à causa de aumento prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, aplicada quando a prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor fosse contra vítima que estivesse em uma das condições previstas na redação, então vigente, do art. 224 do Código Penal, dentre elas, a idade inferior a 14 anos, sempre que houvesse grave ameaça ou violência real. A conduta, então prevista na referida majorante, passou a ser elementar do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, motivo pelo qual continua a ser típica e, portanto, punível.

2. A Lei n. 12.015/2009 trouxe disposições mais benéficas, pois, embora o art. 217-A do Código Penal, traga pena mínima mais elevada, de 8 anos, sobre essa reprimenda não incidirá a causa de aumento anteriormente prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, ou seja, em tese, a pena final pode ser definitivamente estabelecida em 8 anos. Na legislação anterior, embora as reprimendas mínimas abstratamente cominadas para os crimes de atentado violento ao pudor e estupro fossem de 6 anos, quando acrescidas de metade, em razão da aludida causa de aumento, totalizariam uma pena definitiva, no mínimo, de 9 anos de reclusão.

3. A decisão agravada ressaltou, expressamente, que a nova pena, a ser aplicada segundo as alterações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, não poderá ser superior a 13 anos de reclusão, reprimenda esta que fora aplicada pela sentença, que, fazendo incidir a tipificação legal correta, conforme a lei vigente à época, condenou o agravante como incurso no art. 214, c/c o art.

71 do Código Penal e o art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1168331/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 10/12/2012).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo em recurso especial do Ministério Público para reconhecer a incidência da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei 8.072/90, determinando ao Tribunal *a quo* que realize nova dosimetria da pena, considerado mais benéfico o preceito secundário do art. 217-A da Lei 12.015/09.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 05 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator

