AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.448.138 - MA (2019/0046920-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	O DE S C
ADVOGADO	:	LÚCIO DELMIRO PEREIRA SILVA - MA005823
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **O. DE S. C.** contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que não admitiu o recurso especial manejado com apoio no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, em oposição a acórdão assim ementado:

> "PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 214, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL. (ANTIGA REDAÇÃO). SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.° 12.015/2009. LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. APELO IMPROVIDO.
> 1. Verifica-se que restou devidamente comprovado que o apelante abusou sexualmente da vítima DARAJANE, sobretudo em razão do depoimento desta, no qual afirmou que o acusado costumava apalpar as suas partes íntimas, inclusive metendo a mão dentro da sua calcinha além de tentar beijá-la, fato corroborado pelo Relatório de Atendimento (fl. 35), no qual o psicólogo conclui que a ofendida fora abusada, sugerindo acompanhamento pela equipe multiprofissional pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.
> 2. Constata-se que o delito foi cometido entre os meses de outubro de 2007 e outubro de 2008, ou seja, ainda na vigência da lei anterior, quando a vítima Darajane contava com 11 (onze) anos de idade, conforme o documento de fl. 09.
> 3. Não obstante tenha a Lei n.° 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. 9° da Lei 8.072/90.
> 4. Aplicando o art. 214, parágrafo único, do Código Penal, antiga redação, como pretendido pela defesa e, ainda que a pena base fosse fixada no patamar mínimo, a reprimenda final restaria mais gravosa.
> 5. Observa-se, pois, ser a aplicação do preceito secundário da nova legislação - art. 217-A do Código Penal - mais benéfica ao réu, estando a sentença recorrida em consonância, pois, com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
> 6. Recurso conhecido e improvido. Unanimemente." (e-STJ, fl. 412-413).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fl. 447).

A defesa aponta negativa de vigência ao art. 59 do CP, alegando, em síntese, que "o réu não agrupa elementos subjetivos e objetivos que possam validar uma avaliação negativa de sua culpabilidade" (e-STJ, fl. 468).

Requer, ainda, a desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 214, parágrafo único do CP, na antiga redação, sob o argumento de que a referida legislação é mais benéfica.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 486-494).

O recurso foi inadmitido sob o fundamento de que a reforma do julgado encontra óbice nas Súmulas 7 e 83 do STJ (e-STJ, fls. 496-502). Daí este agravo (e-STJ, fls. 510-527).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo (e-STJ, fls. 550-555).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal não merece acolhimento.

Inicialmente, quanto à suscitada ofensa ao art. 59 do Código Penal, observa-se que o recorrente, em suas razões recursais, não impugnou adequadamente a dosimetria da pena-base, tendo apresentado argumentação equivocada em relação à circunstância judicial da culpabilidade que não foi considerada desfavorável pelo Tribunal *a quo* e deixando de impugnar outras que efetivamente foram valoradas negativamente.

A propósito, confira-se o seguinte trecho do aresto impugnado, que bem elucida a questão:

> "Quanto à dosimetria, na primeira fase, quando da análise das circunstâncias, o magistrado valorou desfavoravelmente a culpabilidade, a conduta social, os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito, fixando a pena base no patamar de 09 (nove) anos de reclusão, utilizando os seguintes termos:
>
> > "A culpabilidade, concebida como a reprovabilidade da conduta da agente, denota acentuada, eis que agiu com dolo direto tendo pleno conhecimento que a vítima era menor de 14 anos.
> > Réu sem antecedentes criminais maculados nesta Cormarca (fl. 68).
> > A conduta social não é favorável, uma vez que, há relatos nos depoimentos das testemunhas que depuseram em juízo, o que o réu já tentara aliciar outros menores.
> > Não existem dados sobre a sua personalidade.
> > Os motivos do crime não favorecem o acusado, pois se resumem à vontade de satisfazer seus desejos sexuais.
> > As circunstâncias também são desfavoráveis, vez que realizado sempre à noite e valendo-se o acusado da relação doméstica de coabitação e confiança.
> > As consequências do crime foi nefasta para a vítima, tendo em vista a constatação do seu abalo psíquico (fls. 35) e, também porque em uma cidade do interior em que toda a população acaba tendo conhecimento do delito. Acrescente-se que segundo depoimento em juízo, a vítima guarda certo temor pelo acusado.
> > Comportamento da vítima que em nada contribuiu par. crime.

> Dessa maneira, considerando que a quantidade circunstâncias judiciais desfavoráveis são superiores as favoráveis (6x2), é certo que a pena base deverá ser fixada acima do mínimo legal. Devo considerar, outrossim, como forma de observância ao princípio da individualização da pena, que não se pode aplicar àquele que pratica ações do núcleo do tipo a mesma pena imposta ao que comete apenas uma das figuras."

> Dessa forma, verifica-se que a fundamentação utilizada para a valoração negativa da culpabilidade e dos motivos do crime integra a própria tipificação, além do que a justificativa para a negativação das circunstâncias do crime também fora utilizada na segunda fase, quando do reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "f', do Código Penal, havendo, portanto, *bis in idem.*
> Por outro lado, observa-se que restou correta a valoração negativa da conduta social e das consequências do delito, fato que justifica a fixação da pena base em 09 (nove) anos de reclusão, ou seja, apenas 01 (um) ano acima do mínimo legal, atendendo aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade da individualização da pena.
> Na segunda fase, mantenho o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "f', do Código Penal, tendo em vista que o acusado cometeu o delito prevalecendo-se de relações domésticas, aumentando a pena em 01 (um) ano, totalizando-a em 10 (dez) anos de reclusão, a qual resta definitiva, ante a ausência de circunstâncias atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição." (e-STJ, fls. 421-422.)

Como se vê, o acórdão recorrido excluiu da dosimetria penal a valoração negativa da vetorial da culpabilidade. Desse modo, observa-se a deficiência da fundamentação, o que atrai a incidência da Súmula 284/STF.

De outra parte, no que toca à alegação de que o crime foi cometido anteriormente a entrada em vigor da Lei 12.015/09, cumpre destacar que àquela época estavam em vigor os seguintes dispositivos legais:

> **Código Penal**
> "Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal
> Pena - reclusão de dois a sete anos.
> Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:
> Pena - reclusão, de seis a dez anos."
>
> "Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:
> a) não é maior de catorze anos,
> b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância,
> c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência."
>
> **Lei 8.072/90**
>
> "Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 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 trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal."

Em 07/08/2009 foi editada a Lei 12.015 que revogou os arts. 214 e 224 do Código Penal e introduziu o art. 217-A, *in verbis*:

> "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos."

Desse modo, com a superveniência da Lei nº 12.015/09, restou revogada também a majorante prevista no art. 9º, da Lei nº 8.072/90.

Assim, uma vez revogada a causa de especial aumento de pena prevista no art. 9º da Lei 8.072/90, é necessário averiguar qual a lei aplicável ao caso concreto: a anterior, com a incidência da agravadora revogada ou a lei nova (art. 217-A), com suas novas reprimendas.

Ao apreciar a controvérsia, esta Corte se pronunciou no sentido de que, reconhecida a incidência da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos ao delito tipificado no art. 214, c/c o art. 224, "a", do Diploma Penalista, a incidência do art. 217-A, do Código Penal, torna-se mais benéfica ao agente.

Neste sentido:

> "[...]
> 1. A prática do crime de atentado violento ao pudor mediante violência ou grave ameaça atrai a incidência da majorante insculpida 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.
> [...]
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no REsp 1.294.367/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 27/09/2012).
>
> "[...]
> 1. A partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 88.664/GO, a Sexta Turma desta Corte firmou nova orientação, no sentido de não mais se considerar hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/09, quando cometidos mediante violência presumida.
> 2. Com o advento da Lei nº 12.015/09, que deu novo tratamento aos

> denominados "Crimes contra a Dignidade Sexual", caiu por terra a causa de aumento prevista no art. 9º, da Lei nº 8.072/90, devendo ser aplicado ao condenado por estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência ou grave ameaça a menor de 14 (quatorze) anos o preceito secundário do art. 217-A do Código Penal (HC nº 92.723/SP, julgado em 2/8/2011).
>
> 2. Ordem concedida a fim de que o crime a que foi condenado o paciente não seja considerado hediondo e que seja excluída da pena a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90,reduzindo-se a pena, em consequência, para 10 (dez) anos de reclusão para cada crime, perfazendo-se o total de 20 (vinte) anos de reclusão, mantido os demais termos da sentença."
>
> (HC 107.949/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 01/10/2012).

Ante o exposto, **conheço** do agravo para, nos termos do art. 932, VIII, do Código de Processo Civil de 2015, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator