



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.229 - SP (2010/0050134-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALEXANDRE ORSI NETTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : M F DOS S

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ARTIGOS 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. *WRIT* DENEGADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. LEI Nº 12.015/09. CRIME ÚNICO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO 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 ordinário.

2. Hipótese em que há flagrante constrangimento ilegal. Com o advento da Lei nº 12.015/09, as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso 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, desde que praticados no mesmo contexto. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores. Com isso, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento, embora separadamente quanto a cada vítima.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei nº 12.015/09, devendo ser refeita a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observada a existência de crime único com relação a cada vítima.

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: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 21 de março de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.229 - SP (2010/0050134-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALEXANDRE ORSI NETTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : M F DOS S

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de M. F. dos S., apontando-se como autoridade coatora a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 990.09.305554-4).

Consta da impetração que, nos autos da Ação Penal nº 596/2007, que tramitou perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Itu/SP, o paciente “foi condenado à pena de 29 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão, no regime inicial fechado, sendo 12 anos de reclusão por infração ao artigo 213, *caput*, por duas vezes, 12 anos de reclusão como incurso no artigo 214, *caput*, por duas vezes, 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime do artigo 157, § 2º, incisos I e V, 02 meses de detenção, por ofensa ao artigo 329, e 15 dias de detenção e 10 dias-multa, no mínimo legal, pelo crime descrito no artigo 330, na forma do artigo 69, todos do Código Penal” (fl. 43).

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo da defesa para absolver o paciente “relativamente ao crime previsto no artigo 330, do Código Penal com fundamento no artigo 386, VII do Código de Processo Penal, mantida sua condenação pelos demais crimes e os demais termos da r. sentença recorrida” (fl. 51).

Formulado em favor do paciente, perante o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba/SP, pedido de aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009, este foi indeferido, *in verbis* (fls. 25/26):

Trata-se de pedido de aplicação retroativa de Lei Penal mais benéfica postulado em favor do sentenciado M. F. dos S., no qual o Ministério Público opinou pelo deferimento.

Em que pese a concordância das partes, o pedido deve ser indeferido.

Com efeito, o presente conflito de leis no tempo deve ser interpretado à luz dos princípios informadores do direito Penal, cotejando-se os princípios conflitantes de modo a compatibilizá-los.

A Lei n. 12.015/09 alterou substancialmente o contexto dos crimes previstos no Título VI do Código Penal agora denominados "Crimes contra a dignidade sexual". A interpretação que se pretende impor é a de que, por ter o legislador feito a junção dos antigos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), criou-se um tipo penal conjunto alternativo, com dois núcleos, de modo que a prática de uma das condutas previstas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em um dos núcleos absorveria eventuais práticas incidentes no outro núcleo num mesmo contexto fático.

Entretanto, nos felizes dizeres de Vicente Greco Filho sobre o tema: "Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana e de combate à pedofilia e violência sexual em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes".

Compulsando-se os dispositivos da Lei em comento, e aliado à realidade atual, resta evidente a intenção do legislador de reprimir mais severamente a prática de crimes dessa espécie, cujo cometimento vem crescendo a cada dia.

Imaginemos duas situações: 1) o indivíduo "A" aborda mulher (condição esta que deixa de ser necessária para caracterizar crime de estupro na atual legislação, e, mediante violência ou grave ameaça, pratica com ela conjunção carnal 2) O Indivíduo "B" aborda mulher e, mediante violência e grave ameaça, constrange a ofendida à prática de sexo oral, anal e, finalmente, à conjunção carnal.

Interpretando o artigo 213 segundo o entendimento apresentado pela defesa, estaríamos, no exemplo supracitado, diante de odiosa e clara situação de tamanha disparidade nas condenações, uma vez que o indivíduo no segundo exemplo, que evidentemente praticou conduta bem mais grave, teria cometido apenas um crime, equiparando-se sua conduta à do primeiro exemplo, que por óbvio praticou conduta menos lesiva. Seria um claro desrespeito ao princípio da proporcionalidade, ante a semelhança de pena em casos de gravidade cuja diferença salta aos olhos. Ameaça-se, outrossim, o caráter preventivo e retributivo da pena em relação ao segundo caso, ante a clara insuficiência da pena face à gravidade do delito.

Não seria preciso socorrer-se de tantos argumentos jurídicos para afastar a tese sugerida, o simples bom senso impede o seu acolhimento.

É por todo o exposto que este juízo entende que o único entendimento aceitável é o de considerar o atual artigo 213 do Código Penal como tipo penal conjunto cumulativo, estando previstas, dessa forma, duas condutas distintas e autônomas, hábeis a ensejar o concurso de crimes se praticadas no mesmo contexto fático.

Em assim sendo, a Lei n. 12.015/09 é mais gravosa ao sentenciado, não podendo pois, ser aplicada retroativamente.

Isto posto, indefiro o pedido de extinção da pena privativa de liberdade relativa ao crime de atentado violento ao pudor formulado em favor do sentenciado M. F. dos S..

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ*, cuja ordem foi denegada. Estes os fundamentos do acórdão (fls. 14/24):

Consta dos autos que o paciente M. F. Dos S. foi definitivamente condenado pela prática de dois crimes de atentado violento ao pudor, dois crimes de estupro e um crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo e pela restrição à liberdade de locomoção da vítima, tudo em concurso material. Pena de 29 anos e 04 meses de reclusão, regime inicial fechado, além de multa. Início do cumprimento da reprimenda em 1º. 10.2007, com término previsto para o dia 31.03.2037. Encontra-se recolhido na Penitenciária Dr. Antônio de Souza Neto na Cidade e Comarca



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Sorocaba desde 26.11.2007.

Isso porque no dia 30 de setembro de 2007, por volta das 22:20 horas, na Rodovia Valdomiro Corrêa de Camargo, proximidades da balança de pesagem, em Itu, constrangeu (...) à prática de conjunção carnal e à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente em compeli-las à prática de sexo oral e à primeira, ainda, à prática de sexo anal, mediante grave ameaça proferida com emprego de arma de fogo. E porque, na mesma data e local, momentos antes, subtraiu para si um aparelho de telefonia celular, em prejuízo de (...), mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e mantendo essa vítima com sua liberdade restrita por tempo juridicamente relevante.

Reclama aqui o impetrante a aplicação retroativa da Lei nº 12.015/09 que, a seu entender, veda o reconhecimento do concurso material entre os antigos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor na medida em que definiu ambos em um único tipo penal, o qual, a se ver, seria misto alternativo. Por consequência, desaparecido o crime de atentado violento ao pudor, o paciente teria praticado, em relação a cada qual de suas vítimas contra a liberdade sexual, um único crime ou, na pior das hipóteses, dois crimes em continuidade delitiva.

Contudo, o indeferimento da questão pela d. Autoridade coatora, através da decisão de fls. 51/52, se mostra correto.

E que, conforme bem salienta a d. representante do "Parquet" Superior, citando lição do renomado mestre Vicente Greco Filho, em "Uma Interpretação de Duvidosa Dignidade":

(...)

Ora, como já se disse, no caso dos autos o paciente praticou sexo oral, anal e coito vaginal com a vítima (...) e sexo oral e vaginal com (...).

Assim, "sua conduta não pode ser tratada de modo semelhante ao do que se limita a praticar uma única dessas condutas que, desenganadoramente não se desdobram na mesma linha mas, sim, são comportamentos completamente autônomos; não externam um único nexos causai; não se animam por uma unicidade de desígnios mas, sim, violentam no mais profundo âmago a liberdade sexual do ser humano, a cada investida individualmente considerada" - fls. 60/61.

E foi bem reconhecido o concurso material entre as infrações sexuais, pois o postulante obrigou as vítimas à prática de sexo oral, anal e vaginal, atos e ações independentes entre si, decorrentes de desígnios autônomos, não havendo que se falar em continuidade delitiva.

Dessa maneira, não comporta o reparo proposto no presente "writ" para o reconhecimento da ocorrência de crime único, tendo em conta a recente mudança legislativa em relação aos crimes contra os costumes (Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009), considerada a incorporação do tipo previsto no artigo 214 ao artigo 213 do CP.

O novo tipo agora previsto no artigo 213, "caput", do Código Penal define como crime de estupro: "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso", cominando ao infrator pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão. Assim, foi suprimida a figura do artigo 214 do Código Penal (por expressa previsão do artigo 7º dessa Lei), como tipo autônomo que antes definia o crime de atentado violento ao pudor ("constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

carnal").

Conseqüentemente, a partir da reforma, tanto as condutas que importem em conjunção carnal, como em atos libidinosos diversos dela, passaram a tipificar o crime de estupro.

Isso equívale dizer que, com a reforma legislativa, neste caso concreto, os fatos descritos na denúncia, tipificados no suprimido artigo 214 do Código Penal - conduta nele prevista (artigo 7º da Lei 12.015/ 2009), não deixaram de ser crimes, foram apenas incorporados ao artigo 213 do mesmo Diploma Legal ou absorvidos por este tipo legal, só mudaram de endereço, fenômeno a que, nas palavras de Luiz Flávio Gomes, se dá o nome de continuidade normativo-típica. O que era proibido antes continua proibido na nova lei (Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343 de 23.08.2006, 2ª edição São Paulo, RT 2007, página 9), não havendo, em princípio, que se cogitar de hipótese de "abolitio criminis" que implicasse no reconhecimento da existência de crime único praticado pelo apelante, nesse caso concreto.

Nesse caso, o apelante foi condenado, por ter, num mesmo dia e horário, constrangido a vítima à sexo oral, vagínico e anal.

Bem reconhecido, pois, o concurso material entre as infrações sexuais, conforme a normatização vigente à época dos fatos e também à luz do advento da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, que embora tenha passado a considerar o atentado violento ao pudor como modalidade de estupro, revogando o artigo 214 do Código Penal, constituíram, na espécie, atos e ações independentes entre si, decorrentes de desígnios autônomos.

E a entrada em vigor da mencionada Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, repita-se, em nada beneficia o requerente, ante a hipótese do caso concreto, pois a nova redação do artigo 213 do Código Penal, contempla mais de uma conduta determinante da incidência penal (conjunção carnal e outro ato libidinoso), podendo ser denominado "tipo misto ou conjunto", conforme trabalho elaborado pelo festejado Vicente Greco Filho, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a respeito da novidade legislativa ("Uma Interpretação de Duvidosa Dignidade"), já transcrito.

Tratando-se, ainda o artigo 213 do Código Penal, de "tipo misto cumulativo", pois cada conduta corresponde a um delito distinto, e não "tipo misto alternativo", quando a realização de uma ou mais condutas descritas implica sempre no cometimento de infração única, não há, na primeira hipótese (que é a retratada nos autos), campo para o reconhecimento de crime único, senão do concurso material, pois impossível vislumbrar nexos causais nas diversas violações de lei (ações ou atos sucessivos ou simultâneos), à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão, conforme também aponta o já mencionado Professor Vicente Greco Filho.

Alias é de sua doutrina, a respeito, se num mesmo contexto houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal houve outro ato libidinoso, como, coito anal, penetração de objetos, etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena ser cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnavais. A situação em face do atual artigo 213 é a mesma do que na vigência dos artigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que, com a alteração da sistemática pertinente aos crimes previstos no Título VI do Código Penal – Lei nº 12.015/2009 –, a conduta prevista no revogado art. 214 foi introduzida no crime de estupro, não existindo mais a nomenclatura do crime de atentado violento ao pudor. Por tal razão, a pena referente a este delito deve ser extinta.

Sustenta que, com a mencionada modificação, “tanto faz o sujeito praticar uma ou outra das condutas previstas que o crime é o mesmo; e, conquanto, pratique as duas formas de execução, praticará apenas um delito” (fl. 11).

Conclui que “não há mais a possibilidade de concurso de crimes de estupro e de atentado violento ao pudor em um mesmo contexto fático” (fl. 11).

Destaca que “não se trata de *abolitio criminis* referente ao crime previsto no revogado artigo 214 do CP (...), mas tão somente da aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009 que impossibilita o concurso de crimes entre as condutas descritas no modificado artigo 213 do CP, se praticada em um mesmo contexto de local e horário” (fl. 12).

Alternativamente, defende a tese de que, “se considerado o novo tipo previsto no artigo 213 do CP como misto cumulativo, patente a necessidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre as condutas de constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal e a outro ato libidinoso diverso, haja vista doravante se tratar de um mesmo delito e presentes os requisitos do artigo 71 do Estatuto Penal” (fl. 12).

Requer a aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009, para o fim de extinguir a pena aplicada em relação ao crime de atentado violento ao pudor ou, subsidiariamente, reconhecer entre as condutas a continuidade delitiva.

A liminar foi indeferida às fls. 57/58.

Com as informações, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 143/148).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.229 - SP (2010/0050134-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ARTIGOS 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. *WRIT* DENEGADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. LEI Nº 12.015/09. CRIME ÚNICO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO 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 ordinário.

2. Hipótese em que há flagrante constrangimento ilegal. Com o advento da Lei nº 12.015/09, as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso 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, desde que praticados no mesmo contexto. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores. Com isso, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento, embora separadamente quanto a cada vítima.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei nº 12.015/09, devendo ser refeita a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observada a existência de crime único com relação a cada vítima.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Pretende-se a extinção de uma das penas ou o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes descritos, à época, nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, o art. 213 do Código Penal passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Assim, as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso passaram a ser tipificadas no mesmo dispositivo legal, deixando de configurar crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor.

Com isso, se verificados os elementos do tipo mediante uma só conduta, fica configurado um único crime, devendo a questão da maior reprovabilidade decorrente da existência de mais de um tipo de violação à liberdade sexual ser avaliada por ocasião da dosimetria da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Conforme já consignei em voto-vista proferido nos autos do HC 167.517, não fica excluída a possibilidade de incidência da continuidade delitiva, a teor do art. 71 do Código Penal, se praticados dois ou mais crimes mediante mais de uma ação e preenchidos os requisitos legais. Esta Sexta Turma, inclusive, já reconheceu tal hipótese no seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E TENTATIVA DE ESTUPRO. INFRAÇÕES COMETIDAS, ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 12.015/09, EM SEMELHANTES CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO, GUARDANDO IDENTIDADE. ATOS POSTERIORES HAVIDOS COMO CONTINUIDADE DO PRIMEIRO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Segundo o art. 71 do Código Penal, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

2. Após as inovações trazidas pela Lei nº 12.015/09, os arts. 213 e 214 do Código Penal hoje estão condensados no mesmo dispositivo legal, constituindo, dessarte, crimes da mesma espécie, o que viabiliza a aplicação da regra do art. 71 da Lei Penal.

3. No caso presente, o intervalo entre os acontecimentos é de aproximadamente um mês. As condições de lugar (residência do acusado) e maneira de execução (aproveitava-se do fato de a vítima estar dormindo em casa) são absolutamente semelhantes, o que conduz ao reconhecimento do crime continuado.

4. Tomando por base o número de infrações cometidas – 2 (duas) – deve incidir a majoração no patamar de 1/6 (um sexto).

5. A pretensão absolutória esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência de todo incompatível com a via eleita.

6. Ordem parcialmente concedida para, reconhecendo o crime continuado entre as infrações cometidas pelo ora paciente, reduzir a pena sobre ele recaída, de 10 (dez) anos de reclusão para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

(HC 114.054/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2010, DJe 19/04/2010)

No caso, veja-se a narração dos fatos relatada na sentença (fls. 29/41)

(...) porquanto consta que no dia 30 de setembro de 2007, por volta das 22 horas e 20 minutos, na Rodovia (...), constrangeu (...) e (...), mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a manter com ele conjunção carnal.

Consta, ainda, que na mesma oportunidade e da mesma forma, o ora acusado constrangeu as vítimas a praticarem atos libidinoso diversos da conjunção carnal.

Como visto, a prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, com relação a cada vítima, se deu em um mesmo contexto, no mesmo momento, configurando, após a alteração legislativa, crime único. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores. Nesse sentido, vejamos os precedentes desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

1. A Lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.

2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.

3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis hão de alcançar os delitos cometidos antes da Lei nº 12.015/09.

4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima.

5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.

6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções.

(HC 144.870/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 24/05/2010)

HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE INTEGRAM O TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INFRAÇÕES COMETIDAS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 12.015/09. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verificado que a pena-base no tocante ao crime de roubo agravado foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em circunstâncias que integram o tipo penal incriminador, de rigor a redução ao mínimo legal.

2. Com o advento da Lei nº 12.015/09, unificaram-se as condutas dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, do que resulta ser essa lei "plus douce", em relação ao Código Penal, a exigir retroatividade, para alcançar fatos passados, pondo fim ao dissídio doutrinário e jurisprudencial que se lavrava a respeito da possibilidade de continuação entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

3. Diante dessa nova situação jurídica, mais favorável ao paciente, e unificadas as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor, cabe redimensionar a pena privativa de liberdade imposta.

4. Ordem concedida para reduzir as penas ao total de catorze anos e oito meses de reclusão, no regime inicial fechado, e vinte diárias, no unitário mínimo.

(HC 129.398/RJ, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 14/06/2010)

Destaque-se que o magistrado de primeiro grau aplicou as penas, separadamente, para os dois delitos anteriormente considerados, de estupro e de atentado violento ao pudor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o reconhecimento de crime único, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento, embora separadamente quanto a cada vítima. Poderá, portanto, se assim entender, fixar a pena-base em patamar superior ao antes estabelecido, observando, por óbvio, o limite do *quantum* final da sanção, em razão da vedação da *reformatio in pejus*.

Nesse sentido, confira-se o resumo do julgamento do aludido HC 167.517:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. CONDUTAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO. CRIME ÚNICO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 144.870/DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro.

2. Tendo em vista que o paciente foi condenado por ter praticado, mediante grave ameaça, conjunção carnal e coito anal contra a mesma vítima e no mesmo contexto, é de rigor, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o afastamento da condenação pelo atentado violento ao pudor.

3. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei nº 12.015/2009, destacando que deverá ser refeita a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

(HC 167517/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010)

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício** para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei nº 12.015/09, devendo ser refeita a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observada a existência de crime único com relação a cada vítima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0050134-5

HC 166.229 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2860120070119375 5962007 801472 990080977792 990093055244

EM MESA

JULGADO: 21/03/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXANDRE ORSI NETTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : M F DOS S

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.