



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.050 - SP (2008/0254402-0)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : VICTOR ÁVILA FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : A C R S (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. DEFENSOR DEVIDAMENTE INTIMADO DO ACÓRDÃO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE DOS RECURSOS. CONTINUIDADE DELITIVA. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SINGULARIDADE DE VÍTIMA NUM MESMO CONTEXTO FÁTICO. CRIME ÚNICO. AFASTADO O REGIME INTEGRALMENTE FECHADO.

1. Conquanto se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a revisão de nossa jurisprudência.

2. Mister recompor a missão constitucional desta Corte de Justiça, que não pode continuar servindo como se fosse um "terceiro grau de jurisdição", pois a sua atuação restringe-se às hipóteses delineadas no artigo 105 da Carta Magna.

3. À luz desse preceito, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

4. No caso, constata-se que o acórdão da apelação transitou em julgado sem que fosse interposto recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, preferindo a defesa a via do *habeas corpus* para alegar a suposta nulidade da condenação por deficiência de defesa técnica.

5. Ora, se a defesa não lançou mão dos meios recursais cabíveis, deixando transitar em julgado o acórdão vergastado, não pode, agora, valer-se do *habeas corpus* para suprir a omissão.

6. Defensor dativo e o réu intimados pessoalmente da sentença condenatória e não manifestaram a pretensão de recorrer. Aplicação da regra processual da voluntariedade dos recursos, insculpida no art. 574, *caput*, do Código de Processo Penal, segundo a qual não está obrigado o defensor público ou dativo, devidamente intimado, a recorrer.

7. No que tange à nulidade por deficiência de defesa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagra o princípio *pas de nullité sans grief*, ou princípio do prejuízo, delineado no art. 563 do CPP. A propósito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 523, que assim dispõe: "No



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo penal, a falta de defesa constituiu nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

8. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis não de alcançar os delitos cometidos antes da Lei n.º 12.015/09.

9. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor cometidos no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima.

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

11. O Supremo Tribunal Federal, em 23/2/06, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 82.959, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Após tal decisão e com a vigência da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, foi retirado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado, antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional.

12. Impetração não-conhecida. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, no que tange à dosimetria da pena, determinar que nova reprimenda seja fixada pelo Juízo das Execuções, afastado também o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena.

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, por unanimidade, não conhecer do **habeas corpus**, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.050 - SP (2008/0254402-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de A. C. R. S., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente, denunciado como incurso nos artigos 213 e 214, c/c o art. 71, todos do Código Penal brasileiro, foi absolvido de ambas as acusações, nos termos do artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal. Contra essa decisão o Ministério Público interpôs recurso de apelação criminal.

Em virtude da inércia do patrono constituído pelo paciente, este foi intimado pessoalmente para constituir novo advogado. Não o fazendo, nomeou-se defensor dativo para contra-arrazoar o recurso do *parquet*, sendo a respectiva peça apresentada no prazo legal.

O Tribunal de origem, por maioria de votos, deu provimento à apelação para condenar o paciente à pena de 12 anos de reclusão, a ser cumprida integralmente no regime fechado, tendo sido expedido mandado de prisão em seu desfavor (e-fls. 213/228). Intimado pessoalmente do acórdão, o Defensor dativo deixou transcorrer *in albis* o prazo para se manifestar.

Daí a presente impetração, na qual se sustenta a nulidade dos atos processuais que se seguiram à interposição do recurso de apelação, em razão da defesa técnica deficiente das respectivas contrarrazões, bem como da ausência de apresentação de qualquer tese defensiva contra o acórdão condenatório.

Em sede liminar, pleiteou a imediata expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Num exame perfunctório, não se vislumbrou flagrante ilegalidade, sendo indeferida a liminar às e-fls. 296/297.

As informações solicitadas foram prestadas às e-fls. 304/335, pelo Juízo de primeiro grau, e às e-fls. 340/442, pelo Tribunal *a quo*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de e-fls. 446/452, opinou pela rejeição do *writ*.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.050 - SP (2008/0254402-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Conquanto se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a revisão de nossa jurisprudência.

A Constituição da República define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional. Destacam-se, por oportuno, as de previsão inserta no art. 105, inciso I, alínea "c" e inciso II, alínea "a": *habeas corpus* originário e recurso ordinário em *habeas corpus*, respectivamente.

O primeiro é cabível quando "o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea 'a', ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral".

O segundo, vale dizer, o recurso ordinário, somente será cabível contra decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* julgados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

De outro lado, o instrumento previsto, também com matiz constitucional (art. 105, inciso III) é o recurso especial. Nesse aspecto, a competência desta Corte se limita *in verbis*:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III- julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outro tribunal."

À luz desse preceito, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Com efeito, mister se faz restaurar a verdadeira missão constitucional desta Corte de Justiça, que não pode continuar servindo como se fosse um "terceiro grau de jurisdição", pois a sua atuação restringe-se às hipóteses delineadas na Constituição da República.

De se ver recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal, de 21/8/2012:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal.

Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado.

(HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 6/9/2012)

No caso, constata-se que o acórdão da apelação transitou em julgado sem que fosse interposto recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, preferindo a defesa a via do *habeas corpus* para apontar a nulidade da condenação por deficiência de defesa técnica após o manejo do recurso de apelação criminal.

A defesa não lançou mão dos meios recursais cabíveis, deixando transitar em julgado o acórdão vergastado. Não pode, agora, valer-se do *habeas corpus* para suprir a omissão.

Na vertente hipótese, no exame da perquirida providência liminar, registrou-se não se vislumbrar flagrante ilegalidade ao início do cumprimento da execução do provimento condenatório, já transitado em julgado, notadamente porque a apontada deficiência de defesa, susceptível de dar causa a nulidade do processo, deveria ser devidamente demonstrada, com objetiva indicação do prejuízo, o que não se detectou.

Como salientado oportunamente, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que, em princípio, não configura nulidade absoluta a não apresentação de razões recursais pelo defensor devidamente intimado, em face da regra processual da voluntariedade dos recursos, insculpida no art. 574, *caput*, do Código de Processo penal.

Nesse sentido, são os precedentes:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO PELA DEFENSORIA PÚBLICA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que a ausência de interposição do recurso cabível pelo advogado do réu, ainda que assistido por defensor público ou dativo, não constitui nulidade por ausência de defesa, ante o princípio da voluntariedade dos recursos.

2. Não pode ser conhecido recurso interposto após o trânsito em julgado da sentença condenatória, mormente quando o réu e sua defesa técnica tenham sido inequivocamente intimados do teor da decisão.

3. Ordem denegada.

(HC 153909/RO, Relator Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ, DJe 6/2/2012)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE DOS RECURSOS. CONDENAÇÃO EM GRAU DE APELAÇÃO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Os princípios da ampla defesa e do contraditório orientam a atividade jurisdicional cuja observância é imperativa por ordem constitucional, embasando as ações do magistrado e das partes durante todo o curso processual, inclusive em grau de recurso.

2. Proferida a sentença, em regra, encerra-se o ofício jurisdicional, somente havendo a devolução da matéria em caso de manifestação de inconformismo por meio dos recursos cabíveis.

3. A ausência de interposição de recurso não implica deficiência da defesa, mas apenas a manifestação tácita de conformismo quanto à decisão proferida, não havendo falar em ofensa aos princípios constitucionais, desde que estes tenham norteado a instrução processual.

4. Nos recursos voluntários, vige o princípio da disponibilidade, revelando-se obrigatório o duplo grau de jurisdição apenas nos casos expressamente previstos em lei, por interesse público.

5. Não é cabível, na via estreita do habeas corpus, a análise da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegada inocência do acusado e de que o acórdão condenatório foi contrário à prova dos autos, pois tal exigiria um minucioso exame do acervo fático-probatório.

6. Ordem denegada.

(HC 94.919/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 4/8/2008)

Portanto, aquele que não recorre, no prazo previsto pela lei, mostra conformismo com a sentença e perde a oportunidade de obter sua reforma ou nulidade.

Também no que tange à nulidade por deficiência de defesa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagra o princípio *pas de nullité sans grief*, ou princípio do prejuízo, delineado no art. 563 do CPP.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 523, que assim dispõe:

No processo penal, a falta de defesa constituiu nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Assim, não se verifica nenhuma nulidade a ensejar a invalidação dos atos processuais já realizados no processo em comento, em face da ausência de demonstração de efetivo prejuízo para a defesa do paciente.

Todavia, do édito condenatório impugnado neste *writ*, denota-se a existência de flagrante ilegalidade concernente ao somatório das penas dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, em concurso material, sobre o qual a impetração nada disse.

Da atenta leitura do aresto, extrai-se que o contexto fático que se deu o crime, no que interessa, foi o seguinte (e-fl. 219):

(...)

A vítima, tanto na delegacia como em Juízo, declarou que, teria encontrado o acusado num bar, onde começaram a conversar, sendo, então, então convidada por ele para ir até a sua residência pegar uma camiseta. Como já o conhecia, resolveu aceitar o convite. Lá chegando, o apelado foi tomar um banho, saindo, logo em seguida, vestindo apenas um short. Nesse momento, o acusado trancou a porta e começou a assediá-la, beijando-a a força e tirando sua roupa; foi quando a vítima começou a gritar e o acusado, prossequindo no seu intento, mediante emprego de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violência, segurou os braços da vítima e tapou a sua boca, conseguindo introduzir o seu pênis no ânus e na vagina da ofendida." (e-fl. 219)

Como se vê, o contexto foi único, tendo o crime sido cometido contra uma única vítima.

Em relação à possibilidade de se reconhecer, em casos análogos ao dos autos, a prática do crime único, em razão da novel modificação trazida pela Lei 12.015/09, tive oportunidade de manifestar-me por ocasião do julgamento do HC n.º 144.870/DF (DJe 24.5.2010), oportunidade em que consignei o seguinte:

Sr. Presidente, ao que penso, o exame deste habeas corpus há de ser pautado pelas recentes alterações promovidas no Código Penal.

Registro, inicialmente, que, antes das inovações trazidas pela Lei nº 12.015/09, havia fértil discussão acerca da possibilidade – ou não – de se reconhecer a existência de crime continuado entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

Para uns, por serem crimes de espécies diferentes, descaberia falar em continuidade delitiva. Defendia-se a aplicação, sempre e sempre, das regras do concurso material.

Nesse sentido:

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, apesar de serem do mesmo gênero, são espécies delituosas diferentes, não se configurando, portanto, a continuidade delitiva, mas sim o concurso material. (HC 54.458/SC, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 26.6.06)

Não há continuidade delitiva entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tendo em vista que os referidos delitos não são da mesma espécie, possuindo elementos subjetivos e objetivos nitidamente distintos. (REsp-805.087/RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 25.9.06)

A outra corrente – por mim perfilhada – defendia, em resumo, ser possível o reconhecimento do crime continuado quando o ato libidinoso constituísse preparação à prática do delito de estupro, por caracterizar o chamado prelúdio do coito (praeludia coiti).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC-117.192/SP, de minha relatoria, DJ de 3.8.09).

Houve, a meu sentir, uma profunda mudança no panorama até aqui existente. A questão, tenho eu, foi sensivelmente abalada com nova redação dada à Lei Penal no título referente aos hoje denominados **Crimes contra a Dignidade Sexual**.

Recupero, por oportuno, as redações anterior e atual destes dispositivos:

Redação anterior à Lei nº 12.015/2009

ESTUPRO

Art. 213. Constranger **mulher** à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

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 seis a dez anos.

Redação dada pela Lei nº 12.015/2009

ESTUPRO

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.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Da comparação acima delineada, extraem-se importantes conclusões:

A primeira, que, em relação ao crime de estupro, houve uma ampliação quanto ao sujeito passivo. Isso porque, se a anterior redação aludia expressamente a mulher, a partir de agora, fala-se em alguém. Em consequência, também o homem pode agora ser considerado como vítima desse delito.

A segunda – para mim, a mais importante para o desate da controvérsia –, no sentido de que a figura do atentado violento ao pudor, não mais conta com um tipo autônomo. Ao revés, a prática de outro ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, também constitui estupro.

A partir dessas premissas, tenho que o embate antes existente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perdeu sentido. Digo isso, porque agora não há mais crimes de espécies diferentes. Mais que isso: agora, o crime é único.

A título ilustrativo, **caso um agente pratique, num mesmo contexto, contra a mesma vítima, cópula vaginal e coito anal, responderá apenas e tão somente por um crime de estupro.**

É bem de ver que ao proceder à dosimetria da pena, caberá ao julgador distinguir uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo. Tais ponderações terão vez quando da análise das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal. Assim, haverá maior reprovabilidade da conduta (juízo da culpabilidade) quando o agente constranger a vítima à conjunção carnal e, também, ao coito anal, ou à felação (sexo oral).

Comentando essas inovações legislativas, Greco assenta que:

Anteriormente à edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do Código Penal, quando o agente, que tinha por finalidade levar a efeito a conjunção carnal com a vítima, viesse, também, a praticar outros atos libidinosos, a exemplo do sexo anal e da felação, deveria responder por ambas infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes.

Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, **a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como crime único**, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração como de ação múltipla, **aplicando-se somente a pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez**, afastando, dessa forma, o concurso de crimes. (GRECO, Rogério. **Dos crimes contra a dignidade sexual** - Adendo. Rio de Janeiro: Impetus, p. 40, sem destaques no original)

Nucci também enfrentou o tema, oportunidade em que escreveu o seguinte:

É inequívoca a unificação de condutas criminosas, referentes aos anteriores estupro e atentado violento ao pudor, sob um mesmo tipo penal alternativo. Portanto, o agente que 'constranger alguém, mediante violência ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso' responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP). É pacífico o entendimento em relação aos tipos alternativos: a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, quando expostas as práticas num mesmo cenário, mormente contra idêntica vítima, resulta na concretização de uma só infração penal.

Anteriormente, havendo dois tipos penais distintos (arts. 213 e 214, CP), o cometimento de ambas as condutas neles previstas, embora no mesmo contexto contra idêntica vítima, permitia a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação da pena. Tratava-se do cometimento de duas infrações penais, porém, voltava-se o magistrado para a avaliação do concurso de crimes. **Poder-se-ia sustentar, conforme a situação concreta, concurso material, concurso formal ou crime continuado.** Na maior parte dos casos, situava-se a jurisprudência entre o concurso material e o crime continuado. Os adeptos desta última tese sustentavam a existência de crimes da mesma espécie, nos termos do art. 71 do Código Penal, enquanto os defensores da primeira apegavam-se na ideia de que as condutas estavam inseridas em tipos separados, logo, não seriam da mesma espécie, aplicando-se o disposto no art. 69 do Código Penal.

Os tribunais pátrios, em sua maioria, inclinavam-se pela posição segundo qual a prática de estupro e de atentado violento ao pudor, por se tratarem de diferentes tipos penais, logo, crimes de espécies diferentes, implicava concurso material. Assim considerando, aplicava-se o mínimo de 12 anos de reclusão quando ambos eram cometidos.

Ora, o art. 214 foi revogado. **Não há mais atentado violento ao pudor como crime autônomo.** Tornou-se a conduta, portanto, modalidade de estupro, embora não tenha havido descriminalização. Cuida-se, na situação concretizada pela Lei 12.015/09, de norma penal benéfica, visto que, **hoje, quem cometa a conjunção carnal e outro ato libidinoso qualquer contra a mesma vítima, no mesmo cenário, pratica um delito de estupro cuja pena mínima é de 6 anos de reclusão.** Há de se considerar benéfica a alteração legislativa. **Se antes havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes (embora do mesmo nível), atualmente existe um único crime, em formato alternativo.** Inexiste palco para considerar necessária a aplicação do concurso de crimes. Nem mais é preciso debater se estupro e atentado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*violento ao pudor são delitos da mesma espécie. **Cessou o concurso de infrações penais; exterminou-se o atentado violento ao pudor. Subsiste apenas o crime de estupro: duas condutas alternativas e uma sanção penal variável entre 6 e 10 anos de reclusão.***

Nem se diga ser o tipo penal do art. 213 numa figura cumulativa, ou seja, duas condutas criminosas distintas, previstas num único artigo. Para que assim fosse considerado seria indispensável haver duas condutas diferenciadas, com verbos seguidos de objetos diversos, o que não ocorre nesse caso. O núcleo do tipo - figura principal a atrair os verbos-complementos-é 'constranger'. O objeto é 'alguém'. O mais é o remate do tipo penal para a compreensão da espécie de constrangimento: 'ter conjunção carnal' ; 'praticar outro ato libidinoso'; 'permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso'.

*A aplicação retroativa da Lei 12.015/09 deve operar-se imediatamente, abrangendo inquéritos, processos em andamento e processos em fase de execução. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 63-5, sem destaques no original)*

*Sabemos todos que as modificações ora em análise tiveram como ponto de partida a denominada "CPI da Pedofilia", instalada no âmbito do Senado Federal. Houve, em alguns pontos, recrudescimento de penas. Também houve a criação de novos tipos penais. Mas, no ponto em que estamos enfrentando nesta oportunidade, estamos diante de norma mais benéfica (**novatio legis in mellius**). Sua aplicação, em consonância com o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais favorável, há de alcançar os delitos cometidos antes da Lei nº 12.015/2009.*

Feita essa inevitável digressão, entendo que o caso presente se amolda exatamente no contexto aqui apresentado. Vimos, no relatório, que 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.

Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apenamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir. Haverá, em consequência, de ser refeita a dosimetria da pena.

Surge, então, o seguinte impasse: poderíamos nós, desde logo, fixarmos a nova reprimenda? Embora não descuide que tem sido essa a orientação desta Sexta Turma, penso que na situação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente a solução deve ser diversa.

Como asseverei linhas atrás, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena, é preciso distinguir a situação daquele que pratica um só ato daquele outro que executa dois ou mais. O momento oportuno para essa diferenciação é o da análise das circunstâncias judiciais.

Considerando estarmos diante do remédio constitucional do habeas corpus, marcado pela celeridade e pela impossibilidade de dilação probatória, entendo ser devida a devolução do processo ao Juiz do feito, ou, havendo trânsito em julgado da condenação – como de fato ocorre aqui –, ao Juiz das execuções, a teor do que dispõe o art. 66 da Lei nº 7.210/84.

A meu juízo, haveria ainda um outro inconveniente na definição da sanção por esta Corte. É que, em caso de eventual irresignação por parte do acusado, outro caminho não lhe sobraria a não ser dirigir-se ao Supremo Tribunal. Ser-lhe-ia tolhido o acesso à rediscussão nas instâncias ordinárias. Estar-se-ia, assim, a suprimir graus de jurisdição.

O acórdão recebeu esta ementa:

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apenamento 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.

Noutro caso, esta Sexta Turma, da mesma forma decidiu:

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 n.º 129.398/RJ, Rel. Desembargador convocado Celso Limongi TJ/SP, DJe de 14.6.2010)

Diante disso, com os mesmos fundamentos externados no *Habeas Corpus* n.º 144.870/DF que entendo aplicável ao caso, a pena deve ser redimensionada para que, em relação aos fatos ocorridos no dia 04.10.2000, seja reconhecida a figura do crime único. Por certo, na fixação da pena-base, caberá ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Magistrado valorar a culpabilidade do agente atento à pluralidade de atos/conduitas.

Também no que se refere ao regime fixado para o cumprimento da reprimenda, entendo que a ordem comporta concessão.

O Supremo Tribunal Federal, em 23/2/06, ao julgar o *habeas corpus* n.º 82.959, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90.

Após tal decisão e com a vigência da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, foi retirado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado, antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. 1. CRIME HEDIONDO. AUSÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. IRRELEVÂNCIA. 2. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES. 3. PENA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA SEMIABERTO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 33 DO CP. 4. ORDEM CONCEDIDA. 1. O atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples caracteriza crime hediondo. Precedentes do STF E STJ. 2. Diante da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser afastado o óbice à progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo. 3. Aplicada a pena no mínimo legal, e compatível o quantum da reprimenda com a imposição do regime semiaberto, nos termos do artigo 33 do CP, não há óbice à aplicação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, cometido o crime antes da Lei 11.464/07. 4. Ordem concedida em parte para afastar o óbice à progressão de regime por parte do paciente, fixando, outrossim, como regime inicial de cumprimento da pena o regime semiaberto.
(HC 81.312/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 16.6.2008)

Ante o exposto, não conheço da impetração. Outrossim, concedo, de ofício, ordem de *habeas corpus* para, reconhecendo a prática de estupro e atentado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violento ao pudor como crime único, hipótese de retroatividade de lei penal mais favorável, no que tange à dosimetria da pena, determinar que nova reprimenda seja fixada pelo Juízo das Execuções, afastado, desde já, também o regime integralmente fechado para o cumprimento da reprimenda.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0254402-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 121.050 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4875593

7112000

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VICTOR ÁVILA FERREIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : A C R S (PRESO)

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

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, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.