



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 193.882 - SP (2011/0002688-4)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : ALEXANDRE ORSI NETTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E P DA S

EMENTA

PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DELITOS DA MESMA ESPÉCIE. LEI Nº 12.015/09. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Crimes cometidos sob a vigência da redação anterior dos arts. 213 e 214 do Código Penal.

II. A vigência da Lei nº 12.015, de 2009, em sua nova redação dada ao art. 213 (revogado o art. 214), unificou as figuras típicas do estupro e atentado violento ao pudor.

III. A jurisprudência sedimentou o entendimento de que a Lei n.º 12.015/09 permite o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, por serem da mesma espécie, se presentes os requisitos elencados no art. 71 do Código Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

IV. Ordem parcialmente concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais avalie a possibilidade de aplicação da regra do crime continuado em relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nos termos do art. 71 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 193.882 - SP (2011/0002688-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de ERNANI PEREIRA DA SILVA.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções dos arts. 214 e 213 c/c os arts. 14, II e 69, *caput*, todos do Código Penal, à pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, vedado o direito de apelar em liberdade.

O ora paciente, perante o juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba/SP, nos autos da Execução Criminal 781.754, formulou pedido de aplicação retroativa da Lei nº 12.015/09, o qual foi indeferido.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, que, após determinação deste Superior Tribunal de Justiça para que fosse analisado o mérito do "writ", denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa:

"Habeas Corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Requer seja aplicada retroativamente a Lei nº 12.015/09, para extinguir as penas aplicadas relativas aos crimes de atentado violento ao pudor ou, subsidiariamente, reconhecer entre as condutas a continuidade delitiva. Não conhecimento por esta corte. Determinação do Colendo Superior Tribunal de Justiça de retorno dos autos ao Tribunal para análise do mérito. Constrangimento não configurado. Ordem denegada." (fl. 13)

No presente "writ", a defesa, repisando os argumentos do *mandamus* originário, requer a aplicação retroativa da Lei nº 12.015/09 para que seja extinta a pena relativa ao crime de atentado violento ao pudor ou, subsidiariamente, seja reconhecida a continuidade delitiva com o crime de estupro, sob alegação de que não há mais possibilidade de concurso dos referidos crimes em um mesmo contexto fático.

A liminar foi indeferida - fl. 20.

Informações prestadas às fls. 31/100.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela parcial concessão da ordem, para reconhecer a regra da continuidade delitiva entre os delitos praticados pelo paciente, devendo o Juiz da Vara de Execuções proceder a nova dosimetria da pena, afastando o concurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

material e aplicando o a regra do crime continuado - fls. 104/110.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 193.882 - SP (2011/0002688-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de ERNANI PEREIRA DA SILVA.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções dos arts. 214 e 213 c/c os arts. 14, II e 69, *caput*, todos do Código Penal, à pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, vedado o direito de apelar em liberdade.

O ora paciente, perante o juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba/SP, nos autos da Execução Criminal 781.754, formulou pedido de aplicação retroativa da Lei nº 12.015/09, o qual foi indeferido.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, que, após determinação deste Superior Tribunal de Justiça para que fosse analisado o mérito do "writ", denegou a ordem, nos termos da ementa de fl. 13.

No presente "writ", a defesa, repisando os argumentos do *mandamus* originário, requer a aplicação retroativa da Lei nº 12.015/09 para que seja extinta a pena relativa ao crime de atentado violento ao pudor ou, subsidiariamente, seja reconhecida a continuidade delitiva com o crime de estupro, sob alegação de que não há mais possibilidade de concurso dos referidos crimes em um mesmo contexto fático.

Passo à análise da irresignação.

Da r. sentença monocrática, extrai-se a síntese do presente caso:

"Assim, diante do conjunto probatório, resta demonstrado que o réu, mediante grave ameaça exercida com o emprego de uma faca, que chegou até mesmo a ser apreendida, constrangeu a menor (...), de nove anos de idade, a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente em obrigá-la a fazer sexo oral com ele. Também restou comprovado que o réu, mediante grave ameaça exercida com o emprego de uma faca, constrangeu a menor, com nove anos de idade, a praticar conjunção carnal (chegou a tentar introduzir o pênis em sua vagina), porém, não obteve sucesso, por circunstâncias alheias à sua vontade, provavelmente em razão da idade e do tamanho do órgão genital da menor que não comportava tal ato e porque o padrasto chegou ao local, impedindo que prosseguisse em suas investidas." (fl. 41)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte Estadual, apreciando apelação defensiva, decidiu que:

"Não obstante existam julgados que admitiam a continuidade de delitos (RT 575/352 e RJTJESP 93/41 e 91/458), é certo que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor são da natureza, mas não da mesma espécie, o que impede seja reconhecida a continuação de delitos e assim foi decidido pelo Colendo Superior Tribuna de Justiça no julgamento do Recurso Especial 20.871, DJU de 5/10/92, pág. 17.114), portanto bem reconhecido o concurso material." (fl. 49)

No *habeas corpus* originário, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotando o parecer da Procuradoria de Justiça, assim se manifestou, *verbis*:

"Portanto, pelos motivos expostos, penso que ainda atual a decisão final proferida por esse E. Tribunal de Justiça no processo de conhecimento movido em relação ao paciente, que considerou que foram dois crimes sexuais praticados contra a pequena vítima, muito embora um deles tenha permanecido na esfera da tentativa, em concurso material, assim mantenho o decreto condenatório de primeira instância." (fl. 15)

Observa-se que ao tempo da edição do veredicto, tanto em primeiro como em segundo grau, vigorava a redação anterior do Código Penal (arts. 213 e 214) tipificando as referidas figuras penais independentemente.

Daí, a discussão acerca da verificação do concurso material ou de simples continuidade entre todos os eventos criminosos era mera decorrência de interpretação da lei anterior, cuja expressão, aliás, mostrava-se razoável como já indicava a jurisprudência.

Nessa linha, a e. Sexta Turma no julgamento do Recurso Especial 565.430/RS, assim entendeu, *verbis*, como na ementa:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 (ANTIGA REDAÇÃO). DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. DISSÍDIO QUANTO AO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. POSSIBILIDADE DE CRIME CONTINUADO. DIVERGÊNCIA RELATIVA À INSERÇÃO DOS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, EM SUA FORMA SIMPLES, NO ROL DOS CRIMES HEDIONDOS.

1. Com o julgamento do HC 82.959/SP pelo STF e a posterior publicação da Lei 11.464/07, perdeu a atualidade a discussão acerca da possibilidade de cumprimento da pena em regime progressivo para os crimes hediondos, questão já pacificada por esta Corte nos termos do que decidiu o Tribunal de origem. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Já antes do advento da Lei 12.015/09, a Sexta Turma reconhecia que os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor correspondiam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma mesma espécie de tipo penal, confirmando a possibilidade do crime continuado, o que na espécie deve ser mantido em razão da inviabilidade do exame probatório.

3. É pacífico nesta Corte o entendimento no sentido de que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, tanto quando praticados em sua modalidade qualificada quanto em sua modalidade simples, estão inseridos no rol dos crimes hediondos

4. Recurso Especial parcialmente conhecido, dando-se provimento, nesta parte, para reconhecer a hediondez dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor." (REsp 565.430/RS, Relatora Ministra MARIA THEREZA, DJe 07/12/2009.)

A esse propósito, confira-se, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALTERAÇÃO DOS ARTS. 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL, NOS TERMOS DA LEI 12.015/2009. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ DENEGADO PELA PRIMEIRA TURMA DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. SÚMULA 611/STF. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A decisão impugnada deu pela ocorrência de concurso material entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos termos da reiterada jurisprudência do STJ e do STF.

2. Na concreta situação dos autos, o impetrante reitera o pedido de reconhecimento da continuidade entre os delitos pelos quais se acha definitivamente condenado. Pedido já rechaçado pela Primeira Turma deste STF, no julgamento do HC 93.981, também de minha relatoria.

3. Sucede que, após o julgamento, a Lei 12.015/2009, editada em 07 de agosto de 2009, alterou substancialmente a disciplina dos crimes pelos quais o acionante foi condenado (arts. 213 e 214 do Código Penal). Alteração que fez cessar o óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, cometidos antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido, mas deferido de ofício para determinar ao Juiz das Execuções Penais que proceda, nos termos da Súmula 611 deste Supremo Tribunal Federal, à "aplicação de lei mais benigna". Juízo que há de observar, pena de reformatio in pejus, os limites fixados no Agravo de Execução nº 70006882997/TJ/RS." (HC 99544/RS, Segunda Turma, Relator Ministro AYRES BRITTO, DJe-020 de 01-02-2011)

"Habeas corpus. 2. Exame criminológico. Lei nº 10.792/2003. Discricionariedade do magistrado competente. Decisão devidamente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal. 3. Estupro e atentado violento ao pudor. Superveniência da Lei n. 12.015/2009. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade. 4. Ordem concedida de ofício" (HC 101116 / SP, Segunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJe-223 de 22.11.2010)

Dessarte, verifica-se que a jurisprudência sedimentou o entendimento de que a Lei n.º 12.015/09 permite o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, por serem da mesma espécie, se presentes os requisitos elencados no art. 71 do Código Penal.

A propósito, confirmam-se os recentes julgados desta Quinta Turma:

"HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RECONHECIMENTO, NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DE QUE AS CONDUTAS OCORRERAM EM CONCURSO MATERIAL. LEI N.º 12.015/2009. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. UNIÃO, NO MESMO TIPO PENAL, DAS CONDUTAS REFERENTES AO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em razão do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, após a Lei n.º 12.015/09 - na qual o legislador uniu em um só dispositivo os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor - "desapareceu o óbice que impedia o reconhecimento da regra do crime continuado" (STF, HC 94.636, 2.ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 23/09/2010).

2. Ordem concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais avalie a possibilidade de aplicação da regra do crime continuado em relação aos referidos crimes contra a liberdade sexual, nos termos do art. 71 do Código Penal." (HC 202540/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 28/09/2011)

"HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. LEI 12.015/2009. NOVA TIPIFICAÇÃO. ART. 213. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 71, CAPUT, DO CP. PREENCHIMENTO. AUMENTO DA REPRIMENDA. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A Lei n.º 12.015/2009 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Penal, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), ambos do CP.

2. Com as inovações trazidas pela Lei n.º 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero - crimes contra a liberdade sexual - e também da mesma espécie - estupro -, razão pela qual, preenchidos os requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), não haveria qualquer óbice



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71, caput, do CP.

3. *Referido dispositivo legal, por externar um panorama mais benéfico ao sentenciado, pode, em princípio, incindir imediata e retroativamente aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor, independentemente da fase em que se encontrem, posto que são normas de caráter preponderantemente penal.*

4. *Verificado que os delitos foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, de rigor o reconhecimento da continuidade delitiva.*

5. *Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o critério de aumento da pena pela continuidade delitiva se faz em razão do número de infrações praticadas.*

6. *Tendo o paciente praticado 2 (dois) delitos contra a dignidade sexual, devida a escolha da fração mínima de aumento de pena prevista no art. 71, caput, do CP. Precedentes.*

7. *Habeas corpus concedido para reconhecer, em favor do paciente, o instituto da continuidade delitiva, tornando a sua reprimenda definitiva em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão objurgados." (HC 139.956/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe de 09/05/2011)*

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, tão somente para determinar que o Juízo das Execuções Penais avalie a possibilidade de aplicação da regra do crime continuado em relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nos termos do art. 71 do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0002688-4

HC 193.882 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 781754 990100956590

EM MESA

JULGADO: 07/02/2012
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXANDRE ORSI NETTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E P D A S

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.