



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.968 - RJ (2010/0003084-1)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : R P L
ADVOGADO : MARLY MARY GONCALVES DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : R P L (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE OSTENTA A CONDIÇÃO DE PADRINHO DAS VÍTIMAS. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS PRATICADOS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 12.015/09. APLICAÇÃO DAS PENAS REFERENTES AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, EM VIRTUDE DA CONSIDERAÇÃO DE CRIME ÚNICO. VIABILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. TESE AFASTADA PELA DOUTA MAIORIA DESTA CASA DE JUSTIÇA. CRIME CONTINUADO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO PERCENTUAL OPERADO. PRÁTICA DELITIVA QUE PERDUROU DURANTE VÁRIOS ANOS. DESCABIMENTO.

1. De acordo com o art. 226, II, do Código Penal, nos crimes contra a dignidade sexual, a pena é aumentada de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

2. Na hipótese, o paciente é padrinho das vítimas, intitulando-se perante elas como um segundo pai. Assim, o vínculo emocional estabelecido durante vários anos e também o fato de as vítimas trabalharem para ele aos finais de semana, auxiliando na organização de festas infantis, atraem a incidência da majorante inserida no art. 226 da Lei Penal.

3. No crime continuado, o critério utilizado para determinação da quantidade de exasperação devida, entre os patamares de 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços), guarda estreita relação ao número de infrações cometidas.

4. Pela leitura dos autos, constata-se que as condutas delituosas foram praticadas quase que diariamente, ao longo de vários anos. Com base nessas informações, não há razões para modificar o percentual de 2/3 (dois terços).

5. A tese da possibilidade da combinação de leis, antes prevalente na Sexta Turma desta Corte, foi rejeitada pela maioria dos membros da Terceira Seção quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.094.499/MG.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após voto-vista Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, denegando a ordem de **habeas corpus**, a retificação de votos dos Srs. Ministros Og Fernandes e Haroldo Rodrigues no mesmo sentido, e a ratificação do voto do Sr. Ministro Celso Limongi, concedendo em parte a ordem de **habeas corpus**, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Celso Limongi. Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 17 de março de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.968 - RJ (2010/0003084-1)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de R. P. L., contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, que deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, contra duas vítimas, cometidos diversas vezes em continuidade delitiva.

Ao final da instrução, sobreveio sentença condenando-o à pena total de 70 (setenta) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Irresignada, interpôs apelação, à qual se deu parcial provimento para, reconhecida a existência de crime único entre as figuras previstas nos artigos 213 e 214 do Código Penal, reduzir a sanção do paciente ao montante de 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão – a reprimenda foi fixada em 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em face de cada uma das vítimas.

Foram opostos – e rejeitados – embargos de declaração.

Na origem, foram inadmitidos os recursos especial e extraordinário, o que desafiou a interposição dos respectivos agravos de instrumento.

Pretende a impetração que, em razão da Lei n. 12.015/2009, seja decotada da reprimenda a causa de aumento do art. 226, inciso II, do Código Penal, tendo em vista que "o paciente não pode ser considerado parente em nenhuma linha disciplinada nas relações de parentesco", pois ele é apenas "padrinho de batismo de uma das menores" (fl. 06).

Destaca que "a figura do padrinho de batismo de cunho religioso, somente conhecido socialmente na religião Católica" (fls. 6). Salaria que o paciente "não é ascendente, padrasto, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor, ou empregador das vítimas (...), não possuindo nenhuma autoridade sobre elas" (fls. 7).

Aduz, ainda, que, a partir das novas modificações no capítulo dos crimes contra a dignidade sexual, "deixou de existir o concurso material (artigo 69) do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, devendo desta forma ser revista a aplicação da pena base" (fl. 08).

Em 20.1.2010, a liminar foi indeferida pelo Presidente, Ministro César Asfor Rocha.

Após prestadas as informações, o Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Moacir Mendes Sousa) opinou pela **concessão parcial** da ordem, nos termos desta ementa (fls. 167/168):

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PLEITO DE DECOTE DA MAJORANTE PREVISTA NO ARTIGO 226, II, DO CÓDIGO PENAL. PADRINHO. AGENTE NÃO INCLUÍDO DENTRE AQUELES COM AUTORIDADE AUTORIZAR A MAJORAÇÃO. REVISÃO DA PENA-BASE PARA APLICAR O ARTIGO 71, DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA INCORRETAMENTE APLICADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Não é demasiado pensar-se que a figura do padrinho, pela natureza reverencial com que é contemplada na cultura brasileira, possa ser incluída na expressão "qualquer outro título" contida no artigo 226, II, do Código Repressivo.

Andou bem o v. acórdão atacado, pois entendeu que a condição de padrinho de batismo da vítima ostentada pelo réu foi razão suficiente para a majoração da pena operada, tendo em vista que o acusado se prevaleceu "...da proximidade e confiança propiciadas pela condição de padrinho para consecução da empreitada criminoso, devendo, pois, incidir a causa de aumento do art. 226, II, do CP."

Não há, por conseguinte, como ser decotada da pena-base a causa de aumento prevista do no artigo 226, II, do Código Penal, haja vista a sua legal incidência na hipótese sob apreciação.

Quanto à continuidade, não tem razão o impetrante, tendo em vista que a fixação da pena em tal hipótese, leva em conta a quantidade de delitos que compõe a série.

No caso, segundo o acórdão os crimes perduraram por longos anos, não sendo demasiado adotar o percentual máximo.

Relativamente ao concurso material, é possível seu reconhecimento entre as duas séries, pois se tratavam de vítimas diferentes, não sendo possível na via estreita do habeas corpus aferir a ocorrência de continuidade delitiva entre as práticas delituosas contra as diversas vítimas.

Ademais, sequer há possibilidade de considerar mais benéfico ao réu o reconhecimento da continuidade entre as duas séries de crimes, levando-se em conta o que determina o parágrafo primeiro do artigo 71,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*do Código Penal, quando a pena pode até triplicar.
Parecer pela concessão parcial da ordem.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.968 - RJ (2010/0003084-1)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Volta-se a impetração contra a majorante prevista no art. 226, II, do Código Penal, dispositivo que guarda esta redação:

Art. 226. A pena é aumentada:

I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Segundo a combativa defesa, o vínculo estabelecido entre paciente e vítimas não se enquadraria em nenhuma das hipóteses acima elencadas. Isso porque o fato de o paciente ser padrinho estaria ligado a questões religiosas, mais especificamente à fé Católica.

Conquanto seja sedutora a tese versada na impetração, tenho que estão com razão as instâncias ordinárias. Vejamos:

Pelo que se tem dos autos, o paciente se aproximou das vítimas (duas irmãs) "desde quando eram pequenas (...), adquirindo confiança da mãe (...), sendo padrinho de batismo de uma delas" (fls. 13).

Por oportuno, colho o relato de uma das menores, que bem ilustra a questão (fls. 15/16):

A vítima Maria Danila declarou que conhece o réu desde que tinha sete anos de idade e o conheceu na creche em que ficava. Narrou que o réu fazia festas beneficentes para a creche, se tornou amigo de sua mãe e aos dez anos foi batizada pelo réu, passando a frequentar sua casa. Informou que o **réu começou a lhe dar 'selinhos' e dizia que era normal, pois era como se fosse seu segundo pai**. Narrou que o réu ia 'conversando, enrolando e pedindo para fazer as coisas com ele'. Afirmou que o réu insistia até que a declarante cedesse. Informou que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicialmente ocorreu o sexo oral e depois o vaginal e anal, fato que se iniciou com onze anos e perdurou até mais ou menos maio de 2007, quando a vítima possuía dezesseis anos. Declarou que os fatos passaram a ocorrer diariamente, mais na casa do réu e também na sua casa. Informou a vítima que teve medo de falar para sua mãe e para a ex-mulher do réu, que era sua madrinha de consagração. Afirmou que se sentia 'meio obrigada' a praticar os atos quando decidiu parar de ir à casa do réu este lhe 'ameaçou', dizendo que contaria sobre a relação para Fátima e que a declarante tinha dívidas com ele. Disse, ainda, que ajudava o réu nas festas, ganhava presentes e não gostava das relações sexuais...

Pela leitura do trecho acima transcrito, percebe-se que as vítimas possuíam laço afetivo duradouro com o ora paciente. Ele, valendo-se das dificuldades econômicas das menores, ganhou a confiança da família, chegando, inclusive, a ser chamado para ser padrinho de uma das crianças.

Ao meu sentir, o vínculo emocional estabelecido (como visto, ele dizia ser um '**segundo pai**') e também o fato de as vítimas trabalharem para ele aos finais de semana, auxiliando na organização de festas infantis, atraem a incidência da majorante inserida no art. 226 da Lei Penal.

Recupero, a propósito, a lição de Luiz Regis Prado, que invoca Hungria ao comentar o preceito multicitado:

Relação de parentesco e autoridade (art. 226, II): o aumento de pena aqui encontra lastro no incesto e na relação de autoridade entre o autor e a vítima do delito. A maior gravidade do injusto nessas hipóteses é evidente, já que o crime é praticado por aquele que tem especial dever de proteção, vigilância e formação moral da vítima, o que debilita sobremaneira sua defesa. A exasperação da pena encontra fundamento ainda em considerações de ordem político-criminal, posto que o sujeito ativo pode prevalecer-se voluntariamente das referidas relações também – ou unicamente – para favorecer sua impunidade. A norma aqui utiliza uma fórmula casuística seguida da cláusula genérica 'ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela'. Há um permissivo legal à interpretação analógica e, assim, todo aquele que de alguma forma exerce autoridade de direito ou de fato sobre a vítima e pratica com ela algum delito sexual tem a pena aumentada, podendo ser citados como exemplos o carcereiro em relação ao recluso ou à reclusa e/ou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

chefe de família em relação ao menor abandonado que foi por ele acolhido em sua casa (cf. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, p. 234). Nesses casos, a pena é aumentada de metade. (PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 723)

No Dicionário de Língua Portuguesa **Houaiss**, a definição de padrinho é a seguinte: "homem que apresenta alguém (ger. criança) para o batismo ou crisma, **com o compromisso implícito de provê-la do necessário na falta dos pais**". Assim, não é demais ratificar a intitulação feita, pelo próprio paciente, que se apresentava às vítimas como um 'segundo pai'.

Sobre o tema, confira-se ainda a elucidativa manifestação do douto parecerista (fls. 173/4):

O artigo 226, do Código Penal, a despeito de não contemplar textualmente dentre os agentes exercentes de autoridade sobre a vítima a figura do padrinho para possibilitar a majoração da pena, a expressão 'por qualquer outro título' bem serve a agasalhar o agente que ostente a condição de 'padrinho'.

A redação do artigo 226, II, do Código Penal, é a seguinte:

Art. 226. A pena é aumentada:

I - (...)

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Como visto, a relação de agentes contida no inciso II do artigo acima transcrito não tem caráter estanque, pois, na última parte, a expressão 'ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela' é ampla o suficiente para abarcar outros agentes, como o carcereiro sobre a detenta; a do amásio da mãe da vítima, e, acrescentando ainda mais, a do padrinho sobre a afilhada.

Nesse sentido, a lição que se extrai de Fernando Capez, ao comentar o artigo 226, II, do Código Penal, segundo o qual, 'A previsão é ampla, abrangendo situações de fato ou legais e incluindo a autoridade oriunda de 'qualquer outro título'. Podemos citar como exemplo deste último a autoridade do carcereiro sobre a detenta; a do amásio da mãe da vítima'.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não é demasiado pensar-se que a figura do padrinho, pela natureza reverencial com que é contemplada na cultura brasileira, quase chegando a ser considerado como um 'segundo pai', possa ser incluída na expressão 'qualquer outro título' contida no artigo 226, II, do Código Repressivo.

No ponto, andou bem o v. acórdão atacado, pois entendeu que a condição de padrinho de batismo da vítima ostentada pelo réu foi razão suficiente para a majoração da pena operada, tendo em vista que o acusado se prevaleceu '...da proximidade e confiança propiciadas pela condição de padrinho para consecução da empreitada criminosa, devendo, pois, incidir a causa de aumento do art. 226, II, do CP'.

Não há, por conseguinte, como ser decotada da pena-base a causa de aumento prevista do no artigo 226, II, do Código Penal, haja vista a sua legal incidência na hipótese sob apreciação.

Passo a analisar o pedido de redução da sanção corporal. Nesse ponto, lembro o que consta no acórdão de apelação (fls. 50/51) acerca do enquadramento da situação jurídica do paciente:

Estupro ou atentado violento ao pudor contra vítima menor de 14 anos:

Nesse caso, o legislador optou por revogar a norma de adequação típica prevista no art. 224 do Código Penal e criar um tipo autônomo para os casos em que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos: o art. 217-A. A idade da vítima passou, então, a ser elementar do tipo, não se exigindo para a sua configuração o emprego da violência ou da grave ameaça.

É importante notar que, considerando a gravidade da conduta, a lei buscou penalizar o agente de maneira mais severa em função da idade da vítima, aumentando a pena-base de 06 (seis) a 10 (dez) anos para 08 (oito) a 15 (quinze) anos.

Resta evidente, portanto, que, em relação ao réu que praticou somente o estupro ou o atentado violento ao pudor contra a vítima menor de 14 (quatorze) anos, a Lei nº 12.015/2009 é lex gravior. Logo, em tais situações, a antiga redação do Código Penal deverá ser aplicada, mantendo-se a pena-base anteriormente estabelecida.

Estupro e atentado violento ao pudor praticados no mesmo contexto fático contra vítima menor de 14 anos:

Nesse ponto, a questão é mais complexa. Afinal, se por um lado a lei descreveu as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo (o que exclui, em princípio, a exasperação da pena pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

continuidade delitiva ou pelo concurso material, conforme a corrente adotada), por outro lado aumentou a pena-base desse crime único quando a vítima for menor de 14 anos.

E é necessário frisar que a nova redação do Código Penal deve ser aplicada como um todo. A mesma lei que revogou os artigos 214 e 224 também criou o art. 217-A. Nessa ordem de idéias, não se pode aplicar apenas uma parte da nova redação, sob pena de se criar uma terceira lei, substituindo o legislador.

Assim, há duas alternativas: ou se reconhece a existência de dois crimes distintos, aplicando-se a pena anteriormente prevista, ou se reconhece a prática de crime único, o de estupro de vulnerável, aplicando-se a nova pena-base estipulada no art. 217-A do CP.

O problema é que não é possível identificar, em tese, qual a solução mais benéfica para o réu, até porque isso também depende da corrente anteriormente adotada pelo magistrado.

Considerando que sempre me filiei à corrente adotada pelo E. STF, que adotava as regras do concurso material por entender que o estupro e o atentado violento ao pudor não eram crimes da mesma espécie, penso que a nova lei é mais benéfica para o réu, ainda que a vítima seja menor de 14 (quatorze) anos.

Logo, entendo que o magistrado deverá aplicar uma única vez a pena-base prevista no art. 217-A do CP para os crimes praticados antes da sua vigência, ainda que tal pena-base seja superior àquela prevista anteriormente para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Porém, se existir recurso pendente em face de sentença proferida antes da edição da Lei nº 12.015/2009, a solução dependerá do caso concreto. Se o juiz tiver aplicado o concurso material entre os artigos 213 e 214 do CP, a aplicação da pena-base do crime de estupro de vulnerável beneficiará o réu.

Se, contudo, o magistrado tiver utilizado a regra da continuidade delitiva, a nova lei nem sempre será mais benéfica. Se, por exemplo, o juiz tiver fixado a pena-base no mínimo legal - 06 (sies) anos - e, em seguida, aumentado de 1/6 (um sexto) em virtude do art. 71 do CP, a pena definitiva será de 07 (sete) anos, que ainda é inferior ao mínimo legal do art. 217-A. Todavia, se a pena-base tiver sido fixada no mínimo legal e exasperada no patamar máximo da continuidade delitiva - 2/3 (dois terços) - a pena definitiva será de 10 (dez anos). Nesse caso, a aplicação da pena-base do crime de estupro de vulnerável - 08 (oito) anos - beneficiará o réu.

Ao redimensionar a pena, o Relator da apelação fez constar (fls. 60/62):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando a redação anterior à Lei nº 12.015/2009, a sentença dosou corretamente a pena.

O juiz fixou a pena-base dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor acima do mínimo legal, em 01 (um) ano, diante das graves e inquestionáveis consequências psicológicas para as vítimas.

De fato, tal aumento não merece qualquer censura, já que, conforme acima afirmado, as vítimas ficarão marcadas para sempre pelos atos praticados pelo réu, que se aproveitou da frágil estrutura emocional das vítimas e de sua pouca idade para seduzi-las e com elas praticar diversos atos sexuais com frequência e durante anos.

Tais consequências foram, inclusive, confirmadas pelo laudo psicológico, em que consta o seguinte:

(...) a sedução perversa que desestabiliza a vítima, fazendo esta perder progressivamente a confiança em si própria, apaga os limites, torna confuso o que é próprio e o que é do outro, o que nos faz retornar à fala de Daina sobre a confusão entre o que é infantil e o que é de adulto, entre o que é seu e o que é do outro. (...) Assim, a criança se perde na ambiguidade, não sabendo mais precisar o que é certo e errado, a diferença entre amor de ternura e amor de paixão, tudo fica misturado, confuso.

Desestrutura e a criança se culpabiliza com medo de perder o único ideal que conseguiu construir para si, identificando-se assim com o adulto perverso.

Inexistindo agravantes e atenuantes a sopesar, passo a analisar a incidência da causa de aumento do art. 226, II, do CP.

O acusado era padrinho de batismo da vítima Maria Danila e, a vítima Daina, assim também o considerava. As meninas frequentavam a casa do recorrente e lá dormiam com frequência, sendo certo que as vítimas ainda auxiliavam o réu na realização de festas infantis e recebiam presentes por isso, além de outros auxílios materiais que o réu entregava à família das meninas.

Logo, é evidente que o acusado prevaleceu-se da proximidade e confiança propiciadas pela condição de padrinho para consecução da empreitada criminosa, devendo, pois, incidir a causa de aumento do art. 226, II, do CP.

Por fim, considerando que os assédios eram frequentes, quase diários, e permaneceram durante anos, correto o aumento de pena de dois terços fixados na sentença em função da continuidade delitiva.

Sendo assim, passo a adequar a pena à redação da lei nº 12.015/2009, mantendo os aumentos efetuados nos mesmos patamares utilizados pelo magistrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à pena-base, impõe-se a aplicação do preceito secundário do atual art. 217-A para ambas as vítimas, permanecendo o aumento de 01 (um) anos fixado pelo juízo a quo. Assim, alcanço a pena-base de 09 (nove) anos de reclusão para cada uma das vítimas.

Na terceira fase, em função da existência da causa de aumento prevista no art. 226, II, do CP, majoro a pena de metade, chegando à pena de 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Em seguida, por força do art. 71 do CP, exaspero a pena de 2/3 (dois terços), na forma da sentença, alcançando a pena de 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão para cada uma das vítimas.

Considerando que os delitos foram praticados contra vítimas distintas (Daina e Maria Manila), somo as penas, pelo que alcanço a reprimenda definitiva de 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão.

É certo que a Lei nº 12.015/2009 contém em seu bojo algumas disposições mais favoráveis e outras mais gravosas aos condenados por crimes contra a liberdade (dignidade) sexual. Tal fato findou por trazer à baila inúmeras discussões, girando em torno da aplicação da norma atual ou da anterior.

Na hipótese presente, a Corte Fluminense houve por bem aplicar a tese segundo a qual os atos caracterizadores de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático, pelas novas regras, constituiriam crime único. Esse posicionamento, aliás, foi por mim adotado no julgamento do **Habeas Corpus** nº 144.870/DF, cujo 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (DJe de 24.5.2010)

Ocorre que o Tribunal de origem também entendeu, em razão de as vítimas serem menores de 14 (quatorze) anos, que a pena aplicada deveria ser aquela prevista no art. 217-A, do Código Penal, o qual traz esta redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

A sanção prevista – entre 8 (oito) e 15 (quinze) anos – é, sem dúvida, mais severa que aquela constante no art. 213, da Lei Penal, que prevê mínima de 6 (seis) e máxima de 10 (dez) anos.

Daí a controvérsia.

Na visão da Corte Estadual, o entendimento mais favorável (crime único) não pode ser dissociado do mais gravoso (aplicação da pena cominada para o estupro de vulnerável), sob pena de criação de uma terceira lei, o que seria vedado ao julgador.

Entretanto, na linha da orientação prevalente no seio desta Sexta Turma, é possível a aplicação das disposições mais favoráveis de uma e de outra norma (combinação de leis). Isso porque o Magistrado não estaria criando nova lei, mas, sim, movimentando-se dentro do sistema. Tal entendimento, ao meu sentir, melhor reflete o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais favorável (art. 5º, inciso XL, da CF).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. COMBINAÇÃO DE DISPOSIÇÕES DE DUAS LEIS. CRIAÇÃO DE TERCEIRA NORMA. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DA TURMA. VIABILIDADE. (...).

1. Entende a colenda Sexta Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, de forma majoritária, ser viável a combinação de disposições favoráveis de distintas leis a fim de beneficiar o réu (preceito sancionador do art. 12 da Lei n.º 6.368/76 com a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06). (HC 91871/RJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 18.12.09)

Entorpecentes/drogas (tráfico ilícito – Lei nº 6.368/76). Diminuição de penas (Lei nº 11.343/06). Lei nova (benefício). Retroatividade (caso). Consequências (todas). Ordenamento jurídico (normas/princípios).

1. Como normas que o compõem, assim também princípios compõem o ordenamento jurídico, tal o da retroatividade do benefício, que, portanto, independeria até de lei escrita.

2. Mas há, entre nós, expressa norma: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (Constituição, art. 5º, XL).

3. De tão salutar que é o princípio/norma, norma/princípio, que o aplicador da lei há de tê-lo como amplamente benéfico – todas as condições que, de fato, beneficiam.

4. Isso não significa que se esteja aqui juntando as Leis nºs 6.368/76 e 11.343/06 com o objetivo de se produzir uma terceira lei, ou que se esteja colhendo benefícios daqui ou dali.

5. Impõe-se, isto sim, se extraíam consequências de um bom, se não excelente, princípio/norma, que cumpre ser preservado para o bem do Estado democrático de direito. (HC 103542/RJ, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 1º.12.08)

De se ver, ainda, que essa diretriz é igualmente adotada pela Suprema Corte. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do Informativo nº 574:

Tráfico de Drogas e Combinação de Leis Incriminadoras

A Turma deferiu habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*União em favor de condenado por tráfico ilícito de entorpecentes na vigência da Lei 6.368/76 para determinar que magistrado de 1ª instância aplique a causa de diminuição de pena trazida pelo § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem assim para que fixe regime de cumprimento compatível com a quantidade de pena apurada após a redução. Consignou-se que a Constituição Federal determina que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (CF, art. 5º, XL) e, tendo em conta que o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 consubstancia **novatio legis in melius**, entendeu-se que ele deveria ser aplicado em relação ao crime de tráfico de entorpecentes descrito em lei anterior.*

HC 101.511/MG, rel. Min. Eros Grau, 9.2.10. (HC-101.511)

Assim, entendo que a sanção a ser imposta é aquela prevista no art. 213 do Código Penal, acolhida a tese do crime único entre as condutas caracterizadoras de estupro e atentado violento ao pudor. Por certo, a maior culpabilidade daquele que praticou mais de um ato libidinoso serve para exasperar a reprimenda na primeira etapa do critério trifásico.

Em igual sentido, opinou o parecerista. Vejamos:

No tocante ao pleito de revisão da pena, a postulação merece parcial acolhimento, porquanto, ao fixá-la, o Tribunal a quo recrudescer a pena-base, em recurso exclusivo da defesa, tendo partido, ademais, da sanção cominada pelo artigo 217-A, instituído pela reforma de 2009, de 8 a 15 anos, fazendo retroagir, indevidamente, Lei Penal mais gravosa.

Volta-se, ainda, a impetração contra o aumento de 2/3 (dois terços), operado em virtude da continuidade delitiva. Nesse ponto, a irresignação não comporta concessão.

De início, confira-se a redação do art. 71 do Código Penal:

*Art. 71 - 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.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O critério utilizado para determinação da quantidade de exasperação devida, entre os patamares de $1/6$ (um sexto) e $2/3$ (dois terços), guarda estreita relação ao número de infrações cometidas. A esse respeito, verifique-se esta lição de Alberto Silva Franco:

O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Assim, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; a de três, o de um quinto; a de quatro, o de um quarto; a de cinco, o de um terço; a de seis, o de metade; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão.
(FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 345).

Em igual sentido é a jurisprudência desta Casa de Justiça:

A elevação da pena pela continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) relaciona-se com o número de infrações cometidas, não sendo ilegal o aumento da pena no grau máximo ($2/3$) àquele que, na condição de padrao, durante aproximadamente 3 anos, constrangeu por inúmeras vezes a enteada menor de catorze anos.
(HC 73.993/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 22.09.08)

O aumento da pena pela continuidade delitiva, regulado pelo art. 71, caput, do CP, se faz, basicamente, na proporção do número de infrações praticadas.
VII - In casu, considerando que o paciente praticou apenas um delito em continuação ao primeiro, o aumento da pena deve ser fixado em seu grau mínimo de $1/6$ (um sexto).
(HC-108.564/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ e de 23.3.09)

O aumento da pena é fixado levando-se em consideração, tão-somente, o número de infrações cometidas, sendo certo que, em se tratando de condenação por quatro crimes em continuação, o aumento não deve exceder o percentual de $1/4$.
(HC-77.508/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ e de 13.10.08)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Depreende-se dos autos que as condutas foram praticadas quase que diariamente, ao longo de vários anos. Com base nessas informações, não vejo como modificar o percentual aplicado.

Feitos tais delineamentos, passo a redimensionar a reprimenda, de cada um dos crimes (por haver igualdade de situações, a sanção, em relação aos crimes cometidos contra cada uma das vítimas será equivalente):

Na primeira etapa, por conta das circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis - **culpabilidade** do agente (**prática de mais de um ato libidinoso**) e **consequências** do crime -, fixo a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão.

Não há agravantes nem atenuantes.

Em virtude da majorante prevista no art. 226, II, do Código Penal, elevo-a em metade, alcançando 12 (doze) de reclusão.

Por conta da continuidade delitiva, aumento-a em 2/3 (dois terços), perfazendo 20 (vinte) anos de reclusão.

Tratando-se, como se trata, de caso em que deve ser reconhecido o concurso material entre os delitos praticados contra vítimas diferentes (a hipótese mais se assemelha à habitualidade criminosa), somo as penas, totalizando 40 (quarenta) anos de reclusão.

Considerando a quantidade de pena imposta, fica mantido o regime fechado para o início da expiação.

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem para, afastando da condenação a aplicação das sanções previstas no art. 217-A do Código Penal, reduzir a reprimenda recaída sobre o paciente, de 45 (quarenta e cinco) para 40 (quarenta) anos de reclusão, mantido o regime fechado para o início de cumprimento da privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0003084-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 158.968 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080013731410 200905004015

EM MESA

JULGADO: 21/09/2010

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : R P L

ADVOGADO : MARLY MARY GONCALVES DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : R P L (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra os Costumes - Estupro

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo parcialmente a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Aguardam os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura."

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 21 de setembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.968 - RJ (2010/0003084-1)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : R P L
ADVOGADO : MARLY MARY GONCALVES DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : R P L (PRESO)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): Pela prática dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, em continuidade delitiva, cometido contra duas menores com menos de 14 anos de idade, foi o paciente condenado ao total de setenta anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado. Recorreu da decisão e o e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento em parte ao recurso, reduzindo as penas a quarenta e cinco anos de reclusão (vinte e dois anos e seis meses para cada vítima).

Na presente ação, o paciente, mencionando a Lei nº 12.015/2007, pretende o cancelamento da causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, com a consequente redução da pena. Aduz que não pode ser considerado parente de nenhuma das ofendidas, uma vez que era apenas padrinho de uma delas, ou seja, figura de cunho religioso, sem nenhuma autoridade sobre as vítimas. Ademais, o padrasto das vítimas também fora acusado de com elas manter relações sexuais.

É o relatório.

Da leitura da sentença verifica-se que as práticas delitivas ocorreram no período compreendido entre novembro de 2001 a maio de 2007, em relação a uma das vítimas, que contava, no início dos fatos, onze anos de idade. E, quanto à outra vítima, os fatos teriam ocorrido entre outubro de 2006 a agosto de 2008 (a ofendida contava, em 2006, também onze anos de idade).

O paciente conhecia as ofendidas desde tenra idade e é padrinho de uma delas. Ou seja, pessoa de confiança da família, cuja residência frequentava.

Aproveitando-se de tal circunstância e das dificuldades financeiras enfrentadas pela família, o paciente passou a assediar as vítimas, culminando por praticar os delitos sexuais. Consta dos autos que as vítimas auxiliavam o paciente, nos finais de semana, na organização de festas infantis. Uma delas declarou que ganhava presentes do paciente e que ele dizia que ela tinha dívidas com ele.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os autos deixam claro que existia relação afetiva entre o paciente e as vítimas. Ele mesmo se dizia um "segundo pai" para elas.

Verdade é que o paciente não era o responsável pelo sustento das ofendidas. No entanto, na religião católica, quando os pais escolhem um padrinho - e aceito o convite - este assume, implicitamente, o compromisso do encargo da criação do menor, no caso de faltarem os pais. Segundo o Dicionário Houaiss, padrinho, que é um substantivo masculino, significa homem *"que apresenta alguém (ger. criança) para o batismo ou crisma, com o compromisso implícito de provê-la do necessário na falta dos pais"*.

Inegável, desse modo, que o paciente tinha ascendência sobre as vítimas, e estas entretinham, com ele, relações de natural afeto, enquanto aquele as via com concupiscência. Aliás, o artigo 226 do Código Penal está vazado nos seguintes termos:

Art, 226, A pena é aumentada:

I- (...);

II- de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Vê-se, desse modo, que a condição de padrinho e de laços de amizade com a família da vítima o colocou em situação favorável, a facilitar o acesso a intimidades com as ofendidas.

O tipo penal se alargou, é verdade, convindo levar em conta a advertência segundo a qual o tipo vago e aberto pode violar o princípio da legalidade (cf. Celso Delmanto, "Código Penal Comentado", p. 710, 8a. edição). Mas, por outro lado, não nos esqueçamos de que, em direito penal, se não se pode valer da analogia *in malam partem*, cabe, no entanto, a interpretação extensiva, de que nos falava Heleno Cláudio Fragoso:

A interpretação extensiva é perfeitamente admissível em relação à lei penal, ao contrário do que afirmavam autores antigos. Nestes casos não falta a disciplina normativa do fato, mas, apenas, uma correta expressão verbal (cf. "Lições de Direito Penal", Parte Geral, p. 104, 17a. edição).

A situação de padrinho equivale, sem dúvida, àquele que tem autoridade sobre ela, nos exatos termos da lei, a justificar o aumento de pena, em relação a uma das menores. O cancelamento da causa de aumento, como pretende o paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mostra-se, de tal arte, inviável.

O egrégio Tribunal impetrado, no tocante à dosimetria das penas, aplicou a nova legislação, Lei nº 12.015/2009, a qual criou o artigo 217-A (estupro de vulnerável), do que resultou a pena de vinte e dois anos de reclusão, para cada uma das ofendidas.

Mas, como ponderado pelo culto Ministro Relator, esta e. Sexta Turma admite a combinação de leis, isto é, a aplicação ao caso concreto das partes favoráveis de cada uma delas, sem que, com isso, surja uma terceira lei.

Sobre o tema, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. POSSIBILIDADE. OPERAÇÃO QUE PRIVILEGIA O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ABRANDAMENTO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DEFERIMENTO.

1. A combinação de leis – extração de dispositivos mais benéficos de uma e de outra lei – se compatibiliza com o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Precedentes do STJ e STF.

2. No caso, embora condenado por tráfico de drogas cometido sob a égide da Lei nº 6.368/76, o paciente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fazendo jus à causa de diminuição ali descrita.

3. Considerando que a pena-base foi estabelecida no piso legal; os bons antecedentes; a ausência de circunstâncias desfavoráveis; e a apreensão de pequena quantidade de entorpecente, é viável o deferimento da minorante no patamar máximo - de 2/3 (dois terços).

4. Pelas mesmas balizas, é possível o abrandamento do regime prisional e a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.

5. Ordem concedida para, de um lado, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzir a pena recaída sobre o paciente, de 3 (três) anos de reclusão, e 50 (cinquenta) dias-multa para 1 (um) ano de reclusão, mais pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime prisional aberto e substituir a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade. A implementação da restritiva de direitos fica a cargo do Juiz das execuções.

(HC 97.971/MG, Relator para o acórdão Ministro Og Fernandes, DJe de 9/8/2010.)

Como a sanção prevista para o artigo 213 é mais favorável ao paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendo deva ser ela aplicada no caso em exame, nos termos do voto do Ministro Relator (base de oito anos, aumentada de metade, pela majorante do artigo 226, inciso II, do Código Penal, resultando a pena de 12 anos de reclusão; acrescida de mais 2/3 (dois terços), pela continuidade delitiva, do que resulta a pena de 20 (vinte) anos de reclusão. Até aqui coincidente meu voto com o do ilustrado voto do eminente Relator.

Peço, no entanto, licença para discordar do reconhecimento de concurso material, pois, embora duas as vítimas, o Código Penal, com a Reforma da Parte Geral em 1984, passou a admitir, para o reconhecimento do crime continuado, a teoria objetiva, bastando a homogeneidade das condutas, tanto que cabe o reconhecimento de homicídio em continuidade, mesmo quando houver pluralidade de vítimas, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal no emblemático caso da "Chacina de Vigário Geral" (RT 788/515).

Sobre o tema, trago à colação, mais uma vez, Heleno Cláudio Fragoso:

Importando soluções de outros sistemas de direito, em que se exige unidade de desígnio, alguns autores e tribunais têm entendido que não é possível a continuação quando há ofensa a bens personalíssimos: vida, integridade corporal, honra, liberdade sexual. De tal forma se exclui o crime continuado quando se trata de homicídio, roubo e crimes sexuais. Trata-se de interpretação que nada tem a ver com a teoria do crime continuado segundo nosso direito, representando uma restrição qual a lei não faz e que é inadmissível. Não se exclui, portanto, que a continuação ocorra com o crime de homicídio, e, com maior soma de razões, com o roubo, bem como com qualquer outra espécie de delito. Cf. obra citada, p. 448/449.

Tantos foram os delitos sexuais, praticados ao longo de anos, que o aumento pela continuidade merece ser o máximo de dois terços, do que resulta a pena final de 33 (trinta e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (20 anos mais 2/3).

Em face do exposto, com o máximo respeito pelo voto do eminente Relator, concedo em parte a ordem, para reconhecer a continuidade delitiva também em relação a cada uma das vítimas, e reduzir a sanção reclusiva a 33 (trinta e três) anos e 4 (quatro) meses.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0003084-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 158.968 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080013731410 200905004015

EM MESA

JULGADO: 15/02/2011

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : R P L

ADVOGADO : MARLY MARY GONCALVES DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : R P L (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:

"Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) concedendo parcialmente a ordem em maior extensão, do voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) acompanhando o Sr. Ministro Relator, pediu vista a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura."

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 15 de fevereiro de 2011

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.968 - RJ (2010/0003084-1)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : R P L
ADVOGADO : MARLY MARY GONCALVES DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : R P L (PRESO)

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O ilustre Relator assim sumariou a impetração:

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de R. P. L., contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, que deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, contra duas vítimas, cometidos diversas vezes em continuidade delitiva.

Ao final da instrução, sobreveio sentença condenando-o à pena total de 70 (setenta) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Irresignada, interpôs apelação, à qual se deu parcial provimento para, reconhecida a existência de crime único entre as figuras previstas nos artigos 213 e 214 do Código Penal, reduzir a sanção do paciente ao montante de 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão – a reprimenda foi fixada em 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em face de cada uma das vítimas.

Foram opostos – e rejeitados – embargos de declaração.

Na origem, foram inadmitidos os recursos especial e extraordinário, o que desafiou a interposição dos respectivos agravos de instrumento.

Pretende a impetração que, em razão da Lei n. 12.015/2009, seja decotada da reprimenda a causa de aumento do art. 226, inciso II, do Código Penal, tendo em vista que "o paciente não pode ser considerado parente em nenhuma linha disciplinada nas relações de parentesco", pois ele é apenas "padrinho de batismo de uma das menores" (fl. 06).

Destaca que "a figura do padrinho de batismo de cunho religioso, somente conhecido socialmente na religião Católica" (fls. 6). Salaria que o paciente "não é ascendente, padrasto, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor, ou empregador das vítimas (...), não possuindo nenhuma autoridade sobre elas" (fls. 7).

Aduz, ainda, que, a partir das novas modificações no capítulo dos crimes contra a dignidade sexual, "deixou de existir o concurso material (artigo 69) do Código Penal, devendo desta forma ser revista a aplicação da pena base" (fl. 08).

Em 20.1.2010, a liminar foi indeferida pelo Presidente, Ministro César Asfor Rocha.

Após prestadas as informações, o Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Moacir Mendes Sousa) opinou pela **concessão**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcial da ordem...."

Na assentada de 21 de setembro de 2010, Sua Excelência proferiu voto, concedendo parcialmente a ordem para, *afastando da condenação a aplicação das sanções previstas no art. 217-A do Código Penal, reduzir a reprimenda recaída sobre o paciente, de 45 (quarenta e cinco) para 40 (quarenta) anos de reclusão, mantido o regime fechado para o início de cumprimento da privativa de liberdade.*"

O voto foi acompanhado pelo Ministro Haroldo Rodrigues, Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e pelo Ministro Celso Limongi, Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, este em maior extensão, porque Sua Excelência, reconhecendo a existência de continuidade delitiva também em relação a cada uma das vítimas, reduziu a sanção reclusiva a 33 (trinta e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Os temas decididos são os seguintes:

a) incide a causa especial de aumento do art. 226, II do Código Penal quando, como no caso, o agente é "padrinho" de batismo da vítima;

b) a prática de atentado ao pudor e estupro, no mesmo contexto fático, pela nova Lei nº 12.015/2009, constitui crime único, aplicando-se, então, a fatos posteriores, por ser mais benéfica, contudo, não há como incidir o novo art. 217-A (estupro de vulnerável), porque é a parte mais gravosa do novo regramento. Em suma, o Relator entende possível combinar os dois regramentos, o antigo e o novo, aplicando somente as partes boas das leis.

Pedi vista dos autos para melhor exame e, depois de detida análise, chego à conclusão de que estão certos os meus pares, no tocante ao primeiro tema, é dizer, da incidência da causa especial de aumento (padrinho), contudo, *data venia*, não concordo com a combinação de leis, tal como firmada.

Com efeito, o entendimento mais recente da Sexta Turma, consignado por unanimidade, no tocante aos crimes relacionados a drogas, é no sentido de afastar a combinação de leis, baseado, inclusive em julgado da Terceira Seção, onde foi pacificado o tema, no seguinte sentido:

"PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, **CAPUT**, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO **PRETÓRIO EXCELSO**. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. **Todavia**, a verificação da **lex mitior**, no confronto de leis, é feita **in concreto**, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, **retroatividade da regra nova** ou **ultra-atividade da norma antiga**.

II - A norma insculpada no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 **inovou no ordenamento jurídico** pátrio ao prever uma **causa de diminuição** de pena **explicitamente vinculada** ao novo apenamento previsto no **caput** do art. 33.

III - Portanto, **não há** que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma **terceira norma não elaborada e jamais prevista** pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, **inexoravelmente**, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no **caput** do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao **princípio da extra-atividade** (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, **caso a caso**, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre **quantum** mais elevado. Contudo, **jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita**.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica **que seja desvinculada**, inocorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada **combinação de leis**.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, **v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso**. Dentre os estrangeiros, **v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina**.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, **1ª Turma**, Relatora Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, **2ª Turma**, Relatora Min. **Ellen Gracie**, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, **2ª Turma**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.

Ordem de **habeas corpus** concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006."

Veja-se, não há combinação de leis, mas aplicação da lei mais benéfica ao réu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levando-se em consideração o caso concreto. Assim, poderá ser tanto a Lei nº 6.368/76 como a Lei nº 11.343/2006, a que for melhor para o réu.

Há muito, antes mesmo de o assunto ter sido decidido pela Seção, já vinha defendendo este ponto de vista, ou seja, de que não pode haver combinação de leis, aplicando a fatos anteriores somente as disposições benéficas do novo regramento.

Isso porque não é dado ao Poder Judiciário ingressar em seara própria do Poder Legislativo, atuando como verdadeiro legislador positivo para, pinçando elementos favoráveis da lei nova, em conjugação com a lei antiga, criar um terceiro regramento, híbrido e anômalo.

Lembre-se, a propósito, a lição do Ministro da Suprema Corte argentina EUGENIO RAÚL ZAFFARONI:

Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira, resolve-se o caso hipoteticamente conforme uma e outra lei, comparando-se em seguida as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor. Nessa tarefa devem-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei inexistente criada unicamente pelo intérprete. (*Manual de Direito Penal brasileiro*. 2ª ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 228 e 229).

Pode-se, ainda, pontuar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já se orientou contrariamente ao "coquetel de normas" em termos de estabelecimento dos termos da *lex mitior*.

Confira-se, então, o seguinte comando do Código Penal Militar:

Lei supressiva de incriminação

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

Retroatividade de lei mais benigna

1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevindo sentença condenatória irrecorrível.

Apuração da maior benignidade

2º Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.

Penso que este raciocínio tem inteira aplicação à espécie, pois, assim como bem definido pelo ilustre Relator, existem elementos mais e menos benéficos no novel regramento — a Lei nº 12.015/2009 —, o que não autoriza, a meu sentir, a malfadada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

combinação.

Assim é, porque esta Lei trouxe profundas modificações nos crimes definidos no Título VI do Código Penal, notadamente no que se refere ao crime de estupro, agora definido no novo art. 213, prevendo em sua descrição típica, condutas que, antes, subsumiam-se ao tipo específico de atentado violento ao pudor e, também, ainda no mesmo contexto, trouxe o art. 217-A, tratando do estupro de vulneráveis.

Neste aspecto, tenho que não merece nenhum reparo o acórdão do Tribunal de origem, quando assevera:

"E é necessário frisar que a nova redação do Código Penal deve ser aplicada como um todo. A mesma lei que revogou os artigos 214 e 224 também criou o art. 217-A. Nessa ordem de idéias, não se pode aplicar apenas uma parte da nova redação, sob pena de se criar uma terceira lei, substituindo o legislador." (fl. 50)

Portanto, há de ser confirmada a dosimetria aplicada pelo julgado, tal como firmado, confira-se:

Sendo assim, passo a adequar a pena à redação da lei nº 12.015/2009, mantendo os aumentos efetuados nos mesmos patamares utilizados pelo magistrado.

Quanto à pena-base, impõe-se a aplicação do preceito secundário do atual art. 217-A para ambas as vítimas, permanecendo o aumento de 01 (um) anos fixado pelo juízo a quo. Assim, alcanço a pena-base de 09 (nove) anos de reclusão para cada uma das vítimas.

Na terceira fase, em função da existência da causa de aumento prevista no art. 226, II, do CP, majoro a pena de metade, chegando à pena de 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Em seguida, por força do art. 71 do CP, exaspero a pena de 2/3 (dois terços), na forma da sentença, alcançando a pena de 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão para cada uma das vítimas.

Considerando que os delitos foram praticados contra vítimas distintas (Daina e Maria Manila), somo as penas, pelo que alcanço a reprimenda definitiva de 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão.

Neste contexto, pois, ousou divergir do ilustre Relator para, nos termos do que decidido no Tribunal de origem, não admitir a combinação de leis, mantendo, em consequência, a pena aplicada.

Denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.968 - RJ (2010/0003084-1)

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Sra. Presidente, recebi material ontem, ao final da tarde, e verifiquei que houve a modificação do entendimento da Seção em relação ao problema de entorpecentes e à impossibilidade de combinação de leis. Então, é o que falei há pouco: a questão da disciplina.

No caso, revejo o meu posicionamento em face da modificação adotada pela Seção Criminal.

Retifico o meu voto proferido na assentada do dia 21/9/2010, que concedia parcialmente a ordem de **habeas corpus** para afastar da condenação a aplicação das sanções previstas no art. 217 e reduzo a pena de 45 (quarenta e cinco) para 40 (quarenta) anos de reclusão, mantido o regime fechado para o início de cumprimento de pena, para denegar a ordem de **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.968 - RJ (2010/0003084-1)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : R P L
ADVOGADO : MARLY MARY GONCALVES DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : R P L (PRESO)

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): Sra. Presidente, estou aplicando a continuidade delitiva que, com a devida vênia, poderia ser aplicada com a lei nova ou com a velha. Fundamentei meu voto nesse sentido. São bens abstratos, imateriais. Trago a lição de Heleno Cláudio Fragoso, e todos os doutrinadores aceitam a continuidade delitiva. Isso, parece-me, era fundamental neste julgamento.

Por isso, com a devida vênia, mantenho o meu voto, concedendo em parte a ordem de habeas corpus para reconhecer a continuidade delitiva também em relação a cada uma das vítimas e reduzir a sanção reclusiva a 33 (trinta e três) anos e 4 (quatro) meses.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0003084-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 158.968 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080013731410 200905004015

EM MESA

JULGADO: 17/03/2011

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : R P L

ADVOGADO : MARLY MARY GONCALVES DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : R P L (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:

"Prosseguindo no julgamento após voto-vista Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura denegando a ordem de habeas corpus, a retificação de votos dos Srs. Ministros Og Fernandes e Haroldo Rodrigues no mesmo sentido, e a ratificação do voto do Sr. Ministro Celso Limongi concedendo em parte a ordem de habeas corpus, a Turma, por maioria, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Celso Limongi."

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.