



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.781 - SP (2012/0078402-1)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : ALEXANDRE ORSI NETTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : S F G

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO. CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 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 n.º 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.

2. Essas inovações 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 cometidos, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima.

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 o acórdão no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Tribunal.

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, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalva de entendimento da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 11 de setembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.781 - SP (2012/0078402-1)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de S. F. G., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática dos crimes de estupro e atentado ao pudor, porque, em 12.01.99, teria constrangido, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, a adolescente A. A. F. à prática de conjunção carnal, coito anal e sexo oral.

Ao final da instrução criminal, sobreveio sentença, condenando-o pela prática das condutas delituosas descritas nos arts. 213 e 214, c/c o art. 226, I, todos do Código Penal brasileiro, em concurso material, à pena total de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, tendo a decisão transitado em julgado.

Com o advento da Lei n.º 12.015/2009, o ora paciente formulou, perante o Juízo das Execuções Criminais, pedido de sua aplicação retroativa, de modo a considerar como crime único os crimes de estupro e atentado violento ao pudor quando praticados contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático.

O pleito restou indeferido, o que motivou fosse impetrado habeas corpus perante o Tribunal a quo que, da mesma forma, indeferiu o pedido.

Neste *writ*, pleiteia-se seja reconhecido o crime único entre as condutas antes tipificadas como estupro e atentado violento ao pudor, com fundamento na alteração do Código Penal levada a efeito pela Lei n.º 12.015/2009, diminuindo-se, em consequência, a reprimenda recaída sobre o paciente.

Reitera-se o argumento de que os delitos praticados contra a mesma vítima e um mesmo contexto fático caracterizam crime único, afastando o concurso material de crimes.

Prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal que sem manifestou pela concessão parcial da ordem, a fim de determinar o retorno



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos autos ao Juízo das Execuções Penais para que o magistrado 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 brasileiro.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.781 - SP (2012/0078402-1)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Inicialmente, impende registrar que o pedido formulado perante o Juízo das Execuções Penais da Comarca de Sorocaba/SP dizia com 4 (quatro) condenações por delitos da mesma natureza, que ostenta o ora paciente, tendo sido todos os pedidos decididos por uma única decisão primária, que confirmada pelo Tribunal *a quo* também em uma única decisão, originou, neste Superior Tribunal de Justiça, os *Habeas Corpus* nºs 239.778/SP, 239.779/SP e 239.781/SP.

O contexto fático incontroverso que se deu o crime, no que interessa, foi o seguinte (e-fl. 70):

(...)

Todas as suas roupas foram retiradas pelos agentes e, em seguida, com o acusado S. manteve 'sexo vaginal, anal e oral', tendo o acusado também obrigado que fizesse 'sexo oral nele', esclarecendo que ele 'ejaculou', não sabendo dizer se houve penetração completa (...)

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

Em relação a 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, que tive oportunidade de manifestar-me por ocasião do julgamento do HC nº 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**). (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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apegavam-se na idéia 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 em 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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 melius). 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 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* nº 144.870/DF que entendo aplicável ao caso, a pena deve ser redimensionada para que, em relação aos fatos ocorridos no dia 10.1.1999, seja reconhecida a figura do crime único. Por certo, na fixação da pena-base, caberá ao Magistrado valorar a culpabilidade do agente atento à pluralidade de atos/condutas.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus*, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular o acórdão no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Tribunal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0078402-1

HC 239.781 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2198804820108260000 503848

EM MESA

JULGADO: 11/09/2012
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

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

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual

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, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalva de entendimento da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura."

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.