

02/03/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 86.110 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACTE.(S) : **FÁBIO DA SILVA FRANÇA**
IMPTE.(S) : **PGE-SP - PATRÍCIA HELENA MASSA**
 ARZABE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima.

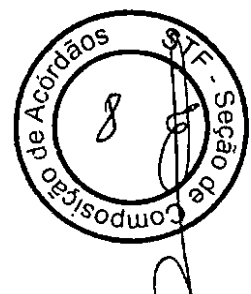
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro CEZAR PELUSO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro EROS GRAU.

Brasília, 02 de março de 2010.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator



02/03/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 86.110 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACTE.(S) : **FÁBIO DA SILVA FRANÇA**
IMPTE.(S) : **PGE-SP - PATRÍCIA HELENA MASSA**
ARZABE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO em favor de FÁBIO DA SILVA FRANÇA, contra decisão proferida no RE nº 718.121 do Superior Tribunal de Justiça.

O paciente foi condenado pelos delitos previstos nos artigos 213 e 214, na forma do art. 69, todos do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integral fechado (fl. 40).

Houve apelação da defesa, e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a continuidade delitiva, reduzindo a pena para sete anos de reclusão em regime inicial fechado (fl. 47).

Dessa decisão recorreu o Ministério Público, e o STJ deu-lhe provimento ao recurso para repelir a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor e restabelecer o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena, em decisão monocrática assim ementada:

HC 86.110 / SP

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.455/97. SÚMULA 698 DO STF. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO” (fl. 48).

Alega, a defesa, a existência de duplo constrangimento ilegal, diante do não-reconhecimento da continuidade entre os delitos e da vedação à progressão de regime.

Requer seja restabelecida a decisão do Tribunal de Justiça, reconhecendo-se a continuidade delitiva e o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado.

Concedi parcialmente a liminar, para reconhecer o direito à progressão de regime (fls. 55-56).

A Procuradoria-Geral da República opinou pela concessão parcial do *writ*, apenas para afastar o óbice à progressão de regime (fls. 84-90).

É o relatório.

HC 86.110 / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. O Plenário desta Corte, no julgamento do HC nº 86.238 (Rel. p/ac. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 18/06/2009) assentou, contra meu voto, que se não admite reconhecimento de crime continuado entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que presentes os requisitos conceptuais que se devem extrair do art. 71 do Código Penal (cf. ainda HC nº 89.770, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 06/11/2006; HC nº 83.453, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 24/10/2003; HC nº 75.451, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA, DJ 02/06/2000; HC nº 74.630, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 07/03/1997; HC nº 70.334, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ 27/05/1994; RE nº 111.083, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, DJ 15/04/1987; RE nº 103.161, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, DJ 21/09/1984).

Entendo, contudo, que o debate adquiriu nova relevância com o advento da Lei nº 12.015/2009, que, entre outras alterações no Título VI do Código Penal, lhe unificou as redações dos antigos arts. 213 e 214 em um tipo único, *verbis*:

“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.”

Conquanto mantenha o *nomen juris*, a redação do novo tipo penal “*descreve e estabelece uma única ação ou conduta do sujeito ativo,*

HC 86.110 / SP

*ainda que mediante uma pluralidade de movimentos. Há somente a conduta do agente de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça". Ademais, "é de vital importância observar que o constrangimento é dirigido a que a vítima pratique ou deixe que com ela se pratique atos libidinosos, sejam eles de qualquer espécie, seja através de conjunção carnal, seja através de coito anal, seja através de felação etc., já que tais modalidades nada mais são do que espécies do gênero ato libidinoso, e, tanto isso é verdade, que o tipo penal em questão é explícito ao mencionar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a confirmar, pois, tal afirmação"*¹.

Como se vê, a alteração legislativa repercute decisivamente no debate. Ora, se o impedimento para reconhecer a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor residia tão-somente no fato de não serem crimes da mesma espécie, entendidos, pela ilustrada maioria, como fatos descritos pelo mesmo tipo penal, tal óbice foi removido pela edição da nova lei.

Pode-se extrair, daí, que o novo tipo penal vai além da mera junção dos tipos anteriores, na medida em que integra todas as espécies de atos libidinosos praticados num mesmo contexto fático, sob mesmas circunstâncias e contra a mesma vítima. Isso significa que a nova lei torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias, sem

¹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *O crime de estupro e a Lei nº. 12.015/09: um debate desenfocado*. Boletim IBCCRIM, ano 17, n. 203. São Paulo: IBCCRIM, out/2009, pp. 02-03, grifos no original.

HC 86.110 / SP

prejuízo do entendimento da Corte de reduzir conceitualmente a figura à identidade de *espécie* dos crimes.

Nesse sentido, entende **MATHEUS SILVEIRA PUPO**, em recentíssimo artigo:

“[A]glutinando aqueles dois crimes em um único dispositivo, certamente se terá como repercussão prática a mudança no entendimento quase pacífico no âmbito dos Tribunais Superiores, não reconhecendo a existência de **crime continuado** entre o antigo estupro e o atentado violento ao pudor, afora as hipóteses de *praeludia coiti*, sob o argumento de que não seriam **crimes da mesma espécie**, ainda que praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Afinal, doravante, o óbice intransponível apontado por esta corrente – **tratar-se de crimes antevistos em tipos diferentes** – deixou de existir, pois as duas condutas, antes autônomas, estão agora tratadas na mesma figura penal.

Por ser assim, quando perpetrados nas mesmas condições de *locus*, *tempus* e *modus operandi*, nos termos do artigo 71 do Código Penal, deverá ser reconhecida a existência de crime continuado, quanto às condutas que antes recebiam o *nomen iuris* de estupro e de atentado violento ao pudor, hoje contempladas no artigo 213, *caput*, da Lei Penal.”²

2. Está claro, pois, que a Lei nº 12.015/09 constitui lei penal mais benéfica, donde aplicar-se retroativamente, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

E, como visto, é incontroverso que os fatos imputados ao ora paciente foram cometidos nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima, razão por que, aliás, a continuidade já havia sido reconhecida pelo Tribunal local. Afastada, pois, a base legal da decisão ora impugnada, deve restabelecida a decisão do Tribunal de Justiça.



HC 86.110 / SP

3. Quanto ao regime de cumprimento de pena também lhe assiste razão ao paciente.

Como já asseverei em sede liminar, o Plenário, no julgamento do **HC nº 82.959** (Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**, DJ 01/09/2006), declarou “a *inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*”, o que afasta, para efeito de progressão de regime, o obstáculo representado por essa norma tida por inválida.

E, como os fatos ocorreram antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, incide a regra do art. 112 da Lei de Execução Penal (**HC nº 91.631**, Rel. Min. **CÁRMEN LÚCIA**, DJ 09.11.2007; **HC nº 92.410**, Rel. Min. **MENEZES DIREITO**, DJ 01.02.2008; **HC nº 89.699**, Rel. Min. **CEZAR PELUSO**, DJ 09/05/2008), sem prejuízo da apreciação, pelo magistrado competente, nos termos do art. 66, inc. III, alínea b, da LEP, dos demais requisitos de admissibilidade de progressão de regime prisional.

4. Diante do exposto, **concedo a ordem** para restabelecer o acórdão proferido pelo Tribunal local, que fixou a pena do paciente em 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator

² *O novo artigo 213 do código penal, uma verdadeira novatio legis in mellius. In Boletim IBCCRIM, ano 17, n. 205. São Paulo: IBCCRIM, dez/2009, pp. 13-14.*

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 86.110**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S) : FÁBIO DA SILVA FRANÇA

IMPTE.(S) : PGE-SP - PATRÍCIA HELENA MASSA ARZABE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Concedida a ordem, nos termos do voto do Relator. Votação unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. **2ª Turma**, 02.03.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador