

02/03/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 99.265 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACTE.(S) : ROSIVALDO CAETANO LOPES
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Impossibilidade. Regra do art. 71 do CP. Fatos que não foram cometidos nas mesmas circunstâncias, e contra vítimas diferentes. HC denegado. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. Conquanto teoricamente admissível após a edição da Lei nº 12.015, o reconhecimento de continuidade entre os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, não se aplica o disposto no art. 71 do Código Penal se os fatos não foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local, e contra vítimas distintas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros CELSO DE MELLO e JOAQUIM BARBOSA.

Brasília, 08 de setembro de 2009.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator



HABEAS CORPUS 99.265 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACTE.(S) : ROSIVALDO CAETANO LOPES
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de ROSIVALDO CAETANO LOPES, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o **REsp nº 866.319**, lhe negou provimento.

O paciente foi condenado a 39 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, em regime integralmente fechado, como incurso nas penas dos artigos 213 e 214, c/c art. 226, II, 224, "a", 69 e 71, todos do Código Penal.

Ao julgar recurso de apelação da defesa, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a continuidade entre os delitos, reduzindo a pena do recorrente para 12 anos e 6 meses de reclusão.

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs recurso especial, a que o Superior Tribunal de Justiça deu provimento, nos termos da ementa:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL.

Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de **praeludia coiti**, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. (**Precedentes**).

Recurso provido" (fl. 17).

HC 99.265 / SP

Alega, aqui, a impetrante, que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor podem ser considerados da mesma *espécie*, o que impõe o reconhecimento da continuidade delitiva no caso do paciente.

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento da ordem (fls. 26-30).

É o relatório.

HC 99.265 / SP

VOTO

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, unificou as redações dos antigos arts. 213 e 214 do CP 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.”

HC 99.265 / SP

Conquanto mantenha o *nomen juris*, a redação do novo tipo penal "*descreve e estabelece uma única ação ou conduta do sujeito ativo, 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 já exposto. Ora, se o impedimento para se 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, mesmas circunstâncias e contra a mesma vítima. Isso, por sua vez, significa que a nova lei torna possível

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

HC 99.265 / SP

o reconhecimento da continuidade delitiva entre os antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias, respeitando o entendimento prevalecente na Corte de reduzir conceitualmente a figura à identidade de *espécie* dos crimes.

No mesmo 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 *praeductia 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

Diante do acima disposto, está claro que a Lei nº 12.015/09 constitui lei penal mais benéfica, pelo que suas conseqüências jurídicas devem aplicadas retroativamente, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

no original.

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.

HC 99.265 / SP

2. Cabe, pois, verificar se os fatos imputados ao ora paciente foram cometidos nas mesmas circunstâncias – condições de tempo, lugar e modo de execução. Mas, como bem notou o representante do Ministério Público Federal, os requisitos do art. 71 do Código Penal não se encontram presentes no caso.

Cuida-se, aqui, de fatos que envolvem duas vítimas diferentes, com condições pessoais distintas - uma delas era alienada mental -, praticados entre 1995 e 2001, em horários variados. Não vislumbro, pois, nenhuma possibilidade de tomar as ações subseqüentes como continuação da primeira.

Em síntese, conquanto admissível o reconhecimento de continuidade entre os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, notadamente diante da superveniência de lei penal mais benéfica, tenho que a clara dissociação entre os fatos imputados ao ora paciente não permite, no caso, aplicação da regra do art. 71 do CP.

3. Verifico, por fim, que a sentença condenatória dispôs que “o regime de cumprimento de pena deve ser o fechado integral, conforme determina o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90” (fl. 31). Embora tal fato não tenha sido objeto da impetração, é caso de concessão de *habeas corpus* de ofício.

É que o Plenário desta Corte, 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.

HC 99.265 / SP

E como os fatos ocorreram antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, observado o princípio da irretroatividade de lei penal mais gravosa, 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, **denego a ordem**, e, **de ofício, concedo *habeas corpus*** para garantir ao paciente a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, nos termos do art. 112 da LEP.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 99.265

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S): ROSIVALDO CAETANO LOPES

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

Decisão: A Turma, à unanimidade, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 08.09.2009.

Decisão: A Turma, à unanimidade, anulou a proclamação de resultado no *Habeas Corpus* 99.265, apresentado na 23ª Sessão Ordinária, realizada em 08.09.2009. **2ª Turma**, 06.10.2009.

Decisão: Denegada a ordem, mas concedida ordem, de ofício, 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