

HABEAS CORPUS Nº 212.305 - DF (2011/0155888-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

ADVOGADO : PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : P C P (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de P C P, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas totais de 26 (vinte e seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 213 (duas vezes), 214, c/c o art. 71 e no art. 157, § 2º, I e V, c/c o art. 70, na forma do art. 69, todos do Código Penal (fls. 66/129).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo apenas para afastar a incidência do art. 70 do CP quanto ao delito de roubo qualificado, reduzindo a reprimenda total para 25 (vinte e cinco) anos e 10 (dez) dias de reclusão (fls. 130/142).

Durante o cumprimento da pena, o Juízo da execução acolheu pedido defensivo, determinando a exclusão da conta de liquidação da pena referente ao crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) ante a aplicação retroativa da Lei 12.015/2009 (fls. 25/31).

Irresignado o Parquet interpôs agravo em execução, que foi parcialmente provido pelo Tribunal de origem para manter a exclusão da pena referente ao crime de atentado violento ao pudor, ante a incidência da Lei 12.015/2009, redimensionando, todavia, a pena aplicada ao crime de estupro, ante a maior gravidade da conduta, fixando-se a reprimenda total de 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão. O aresto ficou assim ementado:

RECURSO DE AGRAVO - ESTUPRO E ATENTADO

Superior Tribunal de Justiça

VIOLENTO AO PUDOR - LEI 12.015/09 - UNIFICAÇÃO DOS DELITOS - TIPO MISTO ALTERNATIVO - PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE - INAPLICABILIDADE - PREPONDERÂNCIA DA LEGALIDADE.

I. A Lei 12.015/P909 passou a considerar os delitos de atentado violento ao pudor e estupro crime único. Por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar até mesmo os condenados em execução de pena.

II. A nova redação do artigo 213 do CP descreve delito misto alternativo, em que a realização de mais de uma das condutas previstas não implica concurso de delitos.

III. Não cabe ao operador de Direito insurgir-se contra o princípio da legalidade, instituindo interpretação inadequada, na busca de alcançar penalidades mais severas, pelo simples fato de considerar grave a infração, penal ou as condutas que a compõem.

IV. O atentado violento ao pudor deve ser considerado como circunstância desfavorável no crime de estupro, diante de maior reprovabilidade da conduta.

V. Recurso parcialmente provido (fls. 44).

Daí o presente *writ*, no qual se sustenta a necessidade de aplicação retroativa da Lei 12.015/09, devendo ser reconhecida a unidade criminosa entre os delitos de atentado violento ao pudor e estupro.

Assevera que, tratando-se de tipo misto alternativo, mesmo havendo prática de mais de uma conduta descrita no tipo responderá por um único crime.

Pugna, assim, pela exclusão da pena referente ao delito de atentado violento ao pudor, que não deve ser considerado, sequer como circunstância agravante.

Indeferida a liminar às fls. 60, as informações foram prestadas às fls. 63/164.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 172/174).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 212.305 - DF (2011/0155888-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal.

São precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PACIENTE CUMPRE PENA DOMICILIAR. PEDIDO PREJUDICADO. (4) WRIT PREJUDICADO EM PARTE E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, o que não se vê na espécie.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. O Paciente cumpre pena em regime aberto, na modalidade de prisão albergue domiciliar. Assim, forçoso reconhecer que o objeto deste mandamus, no ponto, se esvaiu.

4. Writ prejudicado em parte e, no mais, não conhecido. (HC 207.052/SP, Rel. Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 04/11/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES

Superior Tribunal de Justiça

SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Busca-se na presente impetração, a aplicação retroativa da Lei 12.015/2009, com a exclusão da pena aplicada ao crime de atentado violento ao pudor praticado pelo paciente.

Por oportuno, confirmam-se, quanto ao ponto em questão, trecho do acórdão

Superior Tribunal de Justiça

impugnado:

Com a reforma do Código Penal, pela Lei 12.015, de 07/08/2009, não houve abolitio criminis, mas a incorporação do tipo do atentado violento ao pudor como um dos núcleos do art. 213 do mesmo título legal.

Antes da alteração, já considerava os dois como delitos da mesma espécie, o que permitiria, em tese,, a continuidade delitiva. Mas a novel legislação foi além e englobou, no art. 213, o extinto art. 214 do CP, de modo que o atentado violento ao pudor foi totalmente absorvido pelo estupro. Em que, pesem as respeitáveis doutrinas e Jurisprudência em contrário, prevalece o entendimento de que a nova redação do art. 213 do CP traz um tipo misto alternativo, no qual o agente pode praticar uma ou mais das condutas previstas, mas responde por um só delito. Nesse sentido decidi recentemente a Câmara Criminal:

[...].

As condutas típicas de conotação sexual foram praticadas contra uma única vítima, em um mesmo contexto fático, contra idêntico bem jurídico. Trata-se da hipótese de crime único.

Portanto, mantenho a exclusão da conta de liquidação do agravado das penas referentes, aos atentados violentos ao pudor. Considero a prática posterior de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes no, sexo oral e coito anal, como circunstância desfavorável (art. 59 do CP), pela maior reprovabilidade da conduta.

A pena-base pelo crime de estupro ficou estipulada em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão. Acresço 3 (três) anos pelo desvalor das circunstâncias (são dois os crimes de atentado violento ao pudor). Mantenho os demais termos da condenação. Fica a reprimenda corporal definitiva, do estupro em 11 (onze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, que, somada à pena do roubo 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa - acórdão 305889), totaliza 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 30 (trinta) dias-multa, à razão mínima.

Dou parcial provimento ao agravo de execução para considerar o atentado violento ao pudor como circunstância desfavorável no crime de estupro, o que totaliza uma reprimenda de 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 30 (trinta) dias-multa, à razão mínima (fls. 47/52).

Com efeito, conforme salientado pelo Tribunal de origem, cumpre esclarecer que a alteração legislativa conferida pela Lei 12.015/2009 não descriminalizou a conduta prevista na antiga redação do art. 214 do Código Penal, mas apenas a deslocou para o art. 213 do Estatuto Repressivo, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor).

Assim, diante do princípio da continuidade normativa, não há falar, portanto, em *abolitio criminis* quanto ao crime de atentado violento ao pudor cometido anteriormente à

referida norma.

Dessa forma, as instâncias de origem, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, em que vítima foi submetida a conjunção carnal e após ao sexo oral e sexo anal, porém dentro de um mesmo contexto fático, aplicaram retroativamente a Lei 12.015/09 e reconheceram tratar-se de crime único.

Todavia, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o reconhecimento de crime único não implica em desconsideração absoluta da conduta referente à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, devendo tal conduta ser valorada na dosimetria da pena aplicada ao crime de estupro. No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 213 E 214, NA ANTIGA REDAÇÃO DO CÓDIGO PENAL. ADVENTO DA LEI N.º 12.015/2009. UNIÃO, NO MESMO TIPO PENAL, DAS CONDUTAS REFERENTES AO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E AO ESTUPRO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO ENTRE O ESTUPRO E OS ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS CONTRA A VÍTIMA. FIXAÇÃO DE PENA MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE. DESCONSIDERAÇÃO À MULTIPLICIDADE DE OFENSAS À LIBERDADE SEXUAL. SANÇÃO PENAL QUE DEVE SER AGRAVADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O julgado recorrido, ao afastar o concurso material de crimes reconhecido em sede de apelação, condenou o réu como incurso em um único crime de estupro, previsto na antiga redação do art. 213 do Código Penal, desconsiderando que a multiplicidade de condutas alternativas trouxe maior reprovabilidade ao delito.

2. Na fixação da pena-base deve-se considerar o número de ofensas à liberdade sexual cometidas pelo agente contra a vítima, merecendo pena superior ao mínimo aquele que pratica além da conjunção carnal, outros atos libidinosos graves.

3. E, no caso, o Réu constrangeu a vítima, de 15 anos de idade, à conjunção carnal, coito anal e, depois, obrigou a vítima a fazer-lhe sexo oral. Após um período, constrangeu, mais uma vez, a vítima a praticar todos os atos sexuais citados, devendo sua pena-base afastar-se do mínimo legal cominado pelo julgado recorrido.

4. Recurso especial parcialmente provido, para determinar que o Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, considerando a gravidade e o número de atos libidinosos cometidos contra a vítima na ação criminosa, redimensione a sanção penal do Recorrido de maneira proporcional e adequada à prevenção e repressão do crime (REsp 1198786/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 10/04/2014).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO

Superior Tribunal de Justiça

CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIMES COMETIDOS ANTES DO ADVENTO DA LEI 12.015/2009. TIPO MISTO ALTERNATIVO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. NEGATIVA, EM 1º E 2º GRAUS. HIPÓTESE EM QUE OS DELITOS FORAM COMETIDOS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...].

VI. Ambas as Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte entendem que, como a Lei 12.015/2009 unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo tipo penal, deve ser reconhecida a existência de crime único, caso as condutas tenham sido praticadas contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático, devendo-se aplicar essa orientação aos delitos cometidos antes da vigência da Lei 12.015/2009, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Assim, a pluralidade de atos sexuais deverá ser levada em consideração, pelo Juiz, quando da análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, na fixação da pena-base. Precedentes.

VII. Hipótese em que o paciente praticou estupro e atos libidinosos diversos da conjunção carnal, em um mesmo contexto fático, contra a mesma vítima, o que impõe o reconhecimento de crime único.

VIII. Assim, reconhecida a ocorrência de crime único, deve o Juízo da Execução - ante o trânsito em julgado da condenação - proceder a nova dosimetria da pena, nos termos da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal, conforme a tipificação trazida pela Lei 12.015/2009, cabendo ao Magistrado valorar a culpabilidade do agente, quanto à pluralidade de condutas, na fixação da pena-base, observada a existência de crime único. Precedentes do STJ.

IX. Habeas corpus não conhecido.

X. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a ocorrência de crime único e determinar que o Juízo das Execuções proceda a nova dosimetria penal, à luz da Lei 12.015/2009, devendo ser refeita a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, valorando-se a culpabilidade do paciente, em face da pluralidade de condutas (HC 243.678/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 13/12/2013).

Assim, agiu com acerto o Tribunal de origem que manteve a exclusão da pena referente ao crime de atentado violento ao pudor, efetuada pelo Juízo da execução, contudo considerou tal prática como circunstância desfavorável no crime de estupro, aumentando a pena-base.

Diante do exposto, não conheço da presente impetração.

