HABEAS CORPUS Nº 497.132 - MS (2019/0065315-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL OZIEL MIRANDA - MS004096B
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	RICARDO ALEXANDRE LIMA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de RICARDO ALEXANDRE LIMA DA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul no Agravo em Execução Penal n. 002836-57-2018.8.12.0001.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 1ª Vara de Execução Penal indeferiu o pedido de aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009, que unificou os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor.

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução, tendo o TJMS negado provimento ao recurso.

Segundo o *mandamus*, o paciente sofreria constrangimento ilegal ao argumento de que se deveria reconhecer a existência de crime único, entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tendo em vista que os delitos foram praticados contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático, pela aplicação da Lei n. 12.015/2009, que é mais benéfica.

Requer, dessa forma, a concessão da ordem para que seja reconhecido o crime único.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 108-109).

Em parecer (e-STJ fls. 133-136), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus.*

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Nesse sentido:

> *PROCESSO PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA. JÚRI. ALEGAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO ANTES DE INTIMAR A DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR NOS AUTOS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não*

> *têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.*
> *[...]*
> *6. Habeas corpus não conhecido. (HC 348.475/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017)*

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

O TJMS consignou que a Lei n. 12.015/2009 unificou as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor, tendo havido continuação normativa, mas não tendo *abolito criminis* (e-STJ fl. 96).

Com efeito, antes da edição da Lei n. 12.015/2009, a legislação penal pátria disciplinava o estupro e o atentado violento ao pudor como dois delitos autônomos, com cominação de sanções independentes para cada um deles. O primeiro, caracterizado naquelas hipóteses em que a mulher era constrangida, mediante violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal (art. 213 do Código Penal). O segundo, quando o constrangimento era voltado à pratica de qualquer outro ato diverso da conjunção carnal (art. 214 do CP), do qual poderia ser sujeito passivo qualquer indivíduo, independentemente de gênero.

No entanto, a mencionada lei – entre outras alterações promovidas no Título VI do Código Penal – promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra a liberdade sexual no Estatuto Repressivo, ao reunir, em um único tipo penal – agora previsto como "estupro" –, as condutas antes descritas nos arts. 213 e 214.

Assim, os fatos imputados ao paciente atualmente se enquadram na tipificação do art. 213 da nova norma penal, que traz a seguinte redação:

> *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*

É certo que este Sodalício mantinha o entendimento de que a regra aplicável aos crimes em questão seria a do concurso material, a exemplo dos precedentes abaixo colacionados:

> *RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO.*
> *1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art.*
> *213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o*

delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).
2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.
3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal.
Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável como praeludia coiti - e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.
4. Recurso provido.
(REsp 987.124/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 04/04/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. EXPERIÊNCIA DAS VÍTIMAS. CRIME HEDIONDO. LEI Nº 12.015/2009. ARTS. 213 E 217-A DO CP. TIPO MISTO ACUMULADO. CONJUNÇÃO CARNAL. DEMAIS ATOS DE PENETRAÇÃO. DISTINÇÃO. CRIMES AUTÔNOMOS. SITUAÇÃO DIVERSA DOS ATOS DENOMINADOS DE PRAELUDIA COITI. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.
I - O exame do v. acórdão vergastado evidencia a existência de provas suficientes para amparar o juízo condenatório alcançado em primeiro grau. Ademais, não se admite, na via eleita, que se proceda a nova dilação probatória.
II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal.
III - Na linha da jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso constituem-se os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (na antiga redação), ainda que perpetrados em sua forma simples em crimes hediondos, submetendo-se os condenados por tais delitos ao disposto na Lei nº 8.072/90.
IV - A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novel tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo.
V - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação.
VI - Sem embargo, remanesce o entendimento de que os atos classificados como praeludia coiti são absorvidos pelas condutas

mais graves alcançadas no tipo.
VII - Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras.
Ordem denegada.
(HC 104.724/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

No entanto, considerando-se a inovação legislativa mencionada, há que se concluir que, ante a prática em sequência da conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso contra a mesma vítima e em um mesmo contexto fático, deve ser reconhecida a figura do crime único. Esse entendimento também tem sido aceito em sede doutrinária:

Cumpre citar que o cometimento de mais de um ato libidinoso, no mesmo contexto fático, configura crime único; o juiz, contudo, deverá considerar a multiplicidade de atitudes como circunstância judicial desfavorável (CP, art. 59, caput), provocando a imposição da pena-base acima do mínimo legal.
(...)
O cometimento de mais de um ato com conotação sexual, no mesmo contexto fático, importará em crime único, mas deverá ser levado em conta pelo juiz na dosimetria da pena. Se o agente, por exemplo, obrigar o ofendido à prática de felatio in ore e de cópula anal, de modo subsequente e sem solução de continuidade, haverá unidade de infração penal. (ESTEFAM, ANDRÉ. Direito Penal. Vol. 3. Saraiva, 2011)

Finalmente, pode suceder que o agente primeiro pratique atos libidinosos diversos da conjunção carnal (coito anal ou oral), vindo depois a realizar a conjunção carnal. Nesse contexto, caso o agente, por exemplo, viesse a ser surpreendido no momento em que estava para introduzir o pênis na cavidade vaginal, na antiga sistemática do Código Penal, havia o posicionamento de que poderia responder pelo crime de estupro tentado em concurso com o revogado crime de atentado violento ao pudor. No entanto, com o advento da Lei n. 12.015/2009, os atos libidinosos diversos da conjunção carnal passaram a integrar o tipo penal do art. 213 do CP, de forma que, uma vez tendo sido praticados no mesmo contexto fático, haverá crime único. (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Especial. Vol. 3. Saraiva: 2012)

Anteriormente à edição da Lei n° 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 ambas as 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 penal como de ação múltipla (tipo misto alternativo), 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. Curso de Direito Penal. Parte Especial. Vol. 3. Impetus: 2012, p. 487)*

Dessa forma, com a nova tipificação da conduta atribuída ao paciente introduzida pelo legislador, **deve ser afastado o concurso material reconhecido pelas instâncias de origem**, porque, atualmente, tais condutas encontram-se englobadas no mesmo artigo do Estatuto Repressivo, tratando-se, pois, de crimes de mesma espécie.

Nesse sentido (grifos acrescidos):

> *PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 213 E 214, NA FORMA DO ART. 71, E ART. 157, § 2°, I, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM REVISÃO CRIMINAL.* ***ARTIGOS 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL. OCORRÊNCIA. LEI N. 12.015/09. CRIME ÚNICO.*** *ORDEM CONCEDIDA.*
> *1.* ***Com o advento da Lei n.º 12.015/09, as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso passaram a ser tipificadas no mesmo dispositivo legal, deixando de configurar crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor, para constituir crime único, desde que praticados no mesmo contexto, contra a mesma vítima. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores.*** *Com isso, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, devendo a questão da maior reprovabilidade decorrente da existência de mais de um tipo de violação à liberdade sexual ser avaliada por ocasião da dosimetria da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal, não ficando o magistrado da execução vinculado à pena-base fixada anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento.*
> *2.* ***In casu, a prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso ocorreu em um mesmo contexto, contra a mesma vítima, configurando, após a alteração legislativa, crime único, o que afastada a aplicação da continuidade delitiva.***
> *3. Ordem concedida, para determinar que o Juízo das Execuções*

proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei n. 12.015/09, devendo ser refeita a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.
(HC 396.186/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEA**S CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI Nº 12.015/2009.** PENAL. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONCURSO MATERIAL. **SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. NOVA TIPIFICAÇÃO. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.
*II - **Com as inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são agora do mesmo gênero - crimes contra a dignidade sexual - e também da mesma espécie - estupro -, razão pela qual, desde que praticados contra a mesma vítima e no mesmo contexto, devem ser reconhecidos como crime único.***
III - Na espécie, evidencia-se que as práticas de conjunção carnal e ato libidinoso diverso ocorreram contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático.
Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar a decisão do Juízo da Execução e o v. acórdão objurgado e determinar que o Juízo das Execuções refaça a dosimetria das penas do crime único de estupro, nos termos da Lei n. 12.015/2009, admitindo-se a consideração acerca da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal quando da avaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.
(HC 355.963/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 11/05/2017)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reconhecer a ocorrência de crime único em relação às condutas anteriormente tipificadas como estupro e atentado violento ao pudor, agora previstas no art. 213 do Código Penal (com a redação da Lei n. 12.015/2009), devendo o Juízo das execuções penais readequar a dosimetria, com observância dos arts. 59 e 68 do CP.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator