

## HABEAS CORPUS Nº 78.667 - SP (2007/0053406-5)

IMPETRANTE : GILBERTO SOARES  
MALTA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GILBERTO SOARES MALTA (PRESO)

### RELATÓRIO

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor próprio por GILBERTO SOARES MALTA, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente, acompanhado de dois comparsas, subtraiu vinte pacotes de salgadinhos, dezoito barras de chocolate, quatorze latas de cerveja, vinte latas de refrigerantes, vinte e cinco preservativos, uma lanterna, um aparelho telefônico celular, além da quantia de duzentos e sete reais, do estabelecimento “Drive-in Hawai”, de propriedade de Antônio Carlos Albuquerque, mediante grave ameaça, exercida com arma de fogo, contra a funcionária Lélia Maria Ferreira.

Na madrugada do dia seguinte, o Paciente e os corréus assaltaram o casal Rafael e Raquel, deles subtraindo uma blusa de moletom, uma carteira com a quantia de setenta reais, um relógio de pulso da marca Mondaine e uma pulseira de prata. Não satisfeitos, constrangeram Raquel, de dezessete anos de idade, à conjunção carnal e à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante violência e grave ameaça, com o emprego de arma de fogo.

Logo após subtraírem os objetos do casal, levaram Raquel para a residência de Gilberto, um dos comparsas do Paciente. No percurso, um dos réus obrigou a vítima à prática de sexo oral, mediante ameaças com a arma. No imóvel, os réus obrigaram Raquel a despir-se e deitar sobre a cama. Ato contínuo, todos mantiveram com a vítima cópulas vaginal e anal, além de sexo oral, sempre com atos de violência, como socos nas costas e mordidas no pescoço. Após, abandonaram a vítima na via pública, que, imediatamente, comunicou o fato a polícia.

Em diligência, os policiais conduziram o casal até o local onde tinham sido abordados e observaram o veículo ocupado pelos acusados, sendo eles prontamente reconhecidos pelas vítimas. No distrito policial, os réus – também reconhecidos por Lélia Maria Fernandes, funcionária do Drive-in, como os assaltantes do estabelecimento – negaram a prática dos delitos, afirmando que estavam tomando cerveja até duas horas da manhã, na oficina onde trabalha Gilberto.

Após o oferecimento da denúncia, sobreveio sentença, exarada pelo MM. Juízo de Direito da 6.<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, que condenou o Paciente às penas de 33 (trinta e três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I, II e V; e nos arts. 213 e 214, c.c. os arts. 69, 70 e 71, todos do Código Penal. O regime de cumprimento da pena fixado, em relação ao delito de roubo, foi o inicialmente fechado e, quanto aos demais, integralmente fechado.

Inconformados, a Defesa apelou, postulando a absolvição, sob o fundamento de que as provas dos autos eram insuficientes para autorizar o decreto condenatório, limitadas às declarações das vítimas e depoimentos das testemunhas de acusação.

Após a Corte *a quo* ter negado provimento ao recurso, a condenação transitou em julgado (fl. 22).

Contra essa decisão, foi impetrado o presente *writ*, sustentando-se, em suma, que deve ser reconhecida a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor. A Defesa assevera, ainda, que estes delitos seriam considerados hediondos tão-somente quando sua prática resultasse em lesão corporal grave ou morte. Dessa maneira, descaracterizada a hediondez no caso concreto, deveria ser afastado o regime integralmente fechado.

Indeferida a liminar, foram solicitadas informações ao Tribunal de origem, prestadas às fls. 21/47.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 49/54, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

## HABEAS CORPUS Nº 78.667 - SP (2007/0053406-5)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.º, § 2.º DA LEI N.º 8.072/90.

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. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2.º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional.
5. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena.

## VOTO

### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):**

O Impetrante/Paciente pretende o reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor pelos quais cumpre pena, bem como o afastamento do regime integralmente fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

O acórdão impugnado foi fundamentado nos seguintes termos:

*"Entretanto, a versão deles ficou isolada das provas dos autos. Lélia Maria Ferreira, de pronto, reconheceu os réus como autores do roubo no "Drive-in". Descreveu detalhadamente como os acusados adentraram o estabelecimento e subtraíram os bens (fls. 9 e 14). Embora Lélia não fosse encontrada para depor em juízo, essa circunstância não desvaloriza a prova produzida contra os acusados. O policial-militar Max Aben Athar confirmou que os funcionários do "Drive-in", na Delegacia, reconheceram os réus. Acrescentou, ainda, que o relógio encontrado na residência de Gilberto era o de Raquel, e que os objetos subtraídos do estabelecimento comercial estavam no interior da Brasília. O policial Washington Vasco da Gama, por sua vez, afirmou que os objetos subtraídos do "Drive-in" foram encontrados com os réus. Aliás, o próprio Josenildo admitiu o encontro dos objetos roubados em poder de Gilberto (fls. 55 v.). Em depoimentos seguros e harmônicos com as demais provas dos autos, as vítimas Rafael e Raquel confirmaram os fatos, reconhecendo os réus com absoluta certeza (fls. 75 e 83). Ademais, em razão do longo tempo em que a vítima passou com os réus, dificilmente poderia esquecer suas fisionomias.*

*Por outro lado, o laudo de fls. 146/147, comprovou as lesões sofridas pela vítima, bem como a presença de espermatozoides em sua vagina. De absolvição, portanto, não se pode cogitar. Não é caso de continuidade de roubos; um deles foi praticado contra empresa comercial, o "drive-in"; o outro, no dia seguinte, contra um casal de namorados de quem subtraíram bens pessoais e, ainda por cima, a jovem foi levada para a casa de um dos acusados e ali submetida à violência sexual. Nessas condições, diverso o "modus operandi", não há continuidade de roubos.*

*Não há, igualmente, absorção de um delito sexual por outro, pois foram praticados isoladamente: houve cópula vaginal, oral e anal. A jurisprudência é francamente majoritária, considerando que, nessa hipótese, são crimes sexuais distintos.*

*Deste modo, a r. sentença está correta, ao condenar os réus e ao dosar as respectivas penas. Com referência à progressão de regime prisional para os delitos sexuais, é mais do que sabido que o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, estabelece o regime fechado para o cumprimento de pena para os crimes hediondos. Aliás, as decisões dos Tribunais Superiores são no sentido de que nenhuma inconstitucionalidade se reconhece no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Negam, pois, provimento aos recursos." (fls. 41/43)*

Quanto ao primeiro ponto, a jurisprudência desta Corte, compartilhada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, vem prestigiando a antiga lição de Nelson Hungria para quem, nãosendo o ato de libidinagem desvio da conjunção carnal classificável como *praeludia coiti*, haverá o concurso material entre o atentado violento ao pudor e o estupro, e jamais o crime continuado.

Isso porque os referidos delitos, considerados como do mesmo gênero, não são da mesma espécie, por não ser possível vislumbrar homogeneidade quanto ao modo de execução entre a tentativa de conjunção carnal e a consumação de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pois bem. A edição da Lei n.º 12.015/2009, que introduziu profunda modificação no Título VI da Parte Especial do Código Penal, traz a necessidade de nova análise sobre o tema.

A idéia da supracitada reforma do Código Penal nasceu na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes que – em consórcio com a Comissão Intersetorial de Combate à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União e a Organização Internacional do Trabalho – criou o Grupo de Estudos de Análise Legislativa.

A partir dos estudos desenvolvidos pela Associação dos Magistrados e Promotores da Infância e Juventude, pela Organização Internacional do Trabalho, pelo Centro de Defesa da Criança e do Adolescente e pelo Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado n.º 253, de 2004. O citado projeto foi proposto com a justificativa de que a concepção então vigente no Código Penal não se dispunha a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes.

Quanto ao crime de estupro, a justificativa, citada no parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da lavra do Senador Demóstenes Torres, assim dispunha:

*"Além de suprimir tais formulações, o presente projeto, por inspiração da definição insita no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cria novo tipo penal que não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino.*

*Seria a renovada definição de estupro (novo art. 213 do CP), que implica constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele/ela se pratique outro ato libidinoso. A nova redação pretende também corrigir outra limitação da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, que a jurisprudência entende como sendo ato sexual vaginal.*

*Ao contrário, esse crime envolveria a prática de outros atos libidinosos. Isso significa que os atuais crimes de estupro (art. 213 do CP) e atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) são unidos em um só tipo penal: “estupro”.*

*Em relação ao novo art. 213, a pena base atual, que é de 6 a 10 anos, é mantida, mas está prevista a possibilidade de imposição de 8 a 12 anos de reclusão se do ato resulta lesão corporal de natureza grave (definida pelos §§ 1º e 2º do art. 129 do CP) ou se a vítima tiver idade de 14 a 18 anos. E, se da conduta resulta morte, essa faixa é estipulada em 12 a 20 anos.” (fls. 02/03 do parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.)*

Durante sua tramitação no Senado Federal, o projeto recebeu 4 emendas, todas acatadas; em particular, a que incluiu no rol de crimes hediondos o estupro simples (art. 213, *caput*) e o estupro simples contra vulneráveis (art. 217, *caput*).

Aprovado nessa Casa Legislativa, foi o projeto enviado à Câmara dos Deputados, sob o n.º 4.850-B/05, onde recebeu um substitutivo que promoveu várias alterações, dentre elas, **a manutenção do crime de atentado violento ao pudor, litteris:**

*“Estamos, portanto, modificando este primeiro artigo, trabalhando um novo conceito de crime de estupro e dando-lhe maior precisão, uma vez que passamos a considerar crime de estupro a circunstância vivenciada não apenas pelas mulheres e meninas, mas também pelos homens e meninos.*

*Por sugestão do Deputado Coruja, mantivemos o crime de atentado violento ao pudor como aquelas práticas diferentes do estupro em linhas gerais, mas que também configuram atos libidinosos sob grave ameaça, constrangimento ou violência.*

[...]

*Alerto aos senhores que não foi o objetivo do projeto de lei, e também não é da emenda substitutiva, ampliar as penas, mas a qualificação [...]. Em todos os casos em que a criança for vítima, a pena será agravada, pela sua condição de desenvolvimento.” (fls. 02/03 do Parecer do relator sobre a emenda Substitutiva Global de Plenário n.º 1 ao Projeto de Lei n.º 4.850/2005.)*

De volta à Câmara Alta, foi submetido a nova apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que, apreciando o Substitutivo da Câmara dos Deputados, o aprovou, com ajustes de redação, além de restabelecer o texto original do Projeto de Lei n.º 253/2004, em especial, a versão aprovada pelo Senado Federal em relação aos arts. 213, 215, 216-A, 217, 217-A, 218, 218-A, 218-B, 228, 231 e 231-A, com a alteração prevista para a Lei n.º 8.072/90, **mantendo as revogações feitas no Senado para os arts. 214 e 216.**

Aprovado pelo Plenário, o Projeto de Lei n.º 253/2004 foi enviado à Presidência da República, que informou ao Presidente do Senado Federal, por meio da Mensagem n.º 640/2009, sobre o veto às modificações nos arts. 218, parágrafo único; 217-A, § 2.º; 234-A, incisos I e II; e 234-C do Código Penal, além de sancionar, no mais, o projeto de lei, editando, por fim, a Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009.

Feito esse breve relato sobre as idas e vindas da matéria na seara parlamentar, neste ponto, aproveito para refletir sobre os limites da consideração dos trabalhos legislativos na interpretação da lei.

É fato que o intérprete não está atrelado às intenções do legislador, pois, adquirindo vida o antigo projeto de lei, por meio de sua sanção, publicação e decurso da *vacatio legis*, se liberta do seu criador e passa a ter a sua interpretação ditada, em último grau, pelo Poder Judiciário, que dirimirá as dúvidas que surgirem, conforme lição de Karl Engisch sobre as teorias da interpretação jurídica:

*"Com o ato legislativo, dizem os objetivistas, a lei desprende-se do seu autor e adquire sua existência objetiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás de sua obra. A obra é o texto da lei, 'a vontade da lei tornada palavra', o 'possível e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei'. Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo. Com efeito, só ele se constituiu e legalizou de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas do autor da lei, que em volta dele pairam, não adquiriram carácter vinculativo algum.*

[...]

*O sentido incorporado na lei pode ser também mais rico do que tudo aquilo que os seus autores pensaram ao realizar o seu trabalho [...]. A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer fato histórico passado, mas são algo de vivo e mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação." (Introdução ao Pensamento Jurídico, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª edição, 1972, pp. 142/143.)*

Todavia, **a compreensão sobre a dinâmica que norteou o processo legislativo pode oferecer alguns indicadores**, sobretudo em relação ao âmbito de proteção jurídica a que se refere a nova lei, nos termos de lição de CARLOS MAXIMILIANO, **que admite o valor dessa análise, litteris:**

*"Pelas razões expostas, quanto mais antiga é a norma escripta, menos se recorre, em sua exegese, aos Materiaes Legislativos. Interpreta-se hoje o texto vetusto de modo que melhor corresponda ás necessidades do presente; basta que o sentido actual se coadune com a letra primitiva. Mudou o ambiente, o meio; o fim colimado é outro: a Hermenêutica precisa acompanhar a evolução geral.*

**Succede o contrário com a lei nova: as circunstancias que rodearam a elaboração do texto persistem ainda: actuam os mesmos fatores sociais; nenhum progresso apreciável; perduram, para a colletividade, os objetivos econômicos, as aspirações**

*justas, os hábitos adquiridos, os usos e costumes. Por outro lado, falta, no caso, ao pratico o apoio fácil, o travesseiro habitual e macio da jurisprudencia. Eis porque se recorre com freqüência, talvez demasiada, ao elemento histórico. Assim aconteceu na Alemanha, logo após a promulgação do Código Civil; phenomeno idêntico se observa no Brasil actual.*" (Hermeneutica e Applicaçãõ do Direito, Porto Alegre, Edição da Livraria do Globo, 1925, pp. 152/153.)

A nova lei tem despertado manifestações da doutrina marcadas pela diversidade, talvez pela raridade do fenômeno: uma lei nova que, sem recorrer à *abolitio criminis*, aglutina dois tipos penais, originalmente com penas de igual valor, em um só, prescrevendo pena equivalente a de um dos crimes previstos na lei anterior.

Trata-se de uma reviravolta na política criminal. Com efeito, VICENTE GRECO FILHO, em artigo intitulado "Uma interpretação de duvidosa dignidade", defende que:

*"A interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor a lei é mais branda e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas.*

[...]

*Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos, etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis.*

*A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigências dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.*

*Não houve, pois, abolitio criminis, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.*

*Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos."* (publicado na página de internet da Associação Paulista dos Magistrados em 31/08/2009.)

Por outro lado, GUILHERME DE SOUZA NUCCI leciona, *litteris*:

*“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)."* (Crimes contra a Dignidade Sexual, São Paulo, RT, 2009, fl. 63.)

No mesmo sentido: ROGÉRIO GRECO, Adendo – Lei n.º 12.015: Dos Crimes contra a Dignidade Sexual, Niterói, Impetus, 2009, p. 40.

Caracterizada tal divergência de opiniões, diante da nova redação do art. 213 do Código Penal, evidente a necessidade de se oferecer à comunidade jurídica "*o apoio fácil, o travesseiro habitual e macio da jurisprudência*", no dizer de CARLOS MAXIMILIANO.

O dispositivo analisado tem a seguinte redação, dada pela Lei n.º 12.015/2009:

"Estupro

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.

§ 1.º 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.

§ 2.º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos."

No caso, a questão de direito apresentada diz respeito a quê modalidade de tipo penal diz respeito o referido dispositivo legal: se alternativo ou cumulativo.

Na hipótese do **tipo misto cumulativo**, as condutas acumuladas previstas no tipo têm, cada uma, "*uma autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural*", conforme lição de Jimenez de Asúa (Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).

No caso do **tipo misto alternativo**, Jimenez de Asúa leciona, *litteris*:

*"Nesse sentido, entendemos por tipo casuístico alternativo aquele em que as hipóteses enunciadas se prevêm uma ou outra e são, enquanto ao seu valor, **totalmente equivalentes**, como observa Beling (Gründzuge, p. 22).*

*Nisso estamos inteiramente de acordo com a maior parte dos autores que falam de hipóteses alternativas, porque, para que a tipicidade exista, basta com que se realize, ao menos, um dos casos [...] para que a subsunção se realize." (Jimenez de Asúa, ob. cit., p. 916.)*

Heleno Cláudio Fragoso, no mesmo sentido:

*"Os tipos mistos são aquêles que contemplam mais de uma modalidade de fato. São alternativos, **quando as ações são fungíveis e permutáveis**, sendo indiferente a realização de mais de uma, no que se refere à unidade do delito. Temos exemplo no crime do art. 211 do Código Penal ("destruir, subtrair ou ocultar"). A êsses NELSON HUNGRIA, com muita propriedade, chama de crimes de conteúdo variável.*

***Mas há também os tipos mistos impropriamente chamados cumulativos, em relação aos quais desaparece a fungibilidade, dando lugar ao concurso material.***

*Cada uma das modalidades do crime constitui uma figura autônoma de delito. Veja-se sobre êste problema nossa tese Conduta Punível, 1961, págs. 137.e 205, e a bibliografia ali citada.*

*A distinção entre tipos mistos alternativos e cumulativos, remonta a BINDING, Normen, vol. I, p. 205 (2.a edição, 1890). Embora haja certa imprecisão doutrinária na formulação dos critérios para reconhecimento dos tipos cumulativos, não há dúvida quanto à sua existência. Veja-se a seguríssima lição de MEZGER, Strafrecht, ein Studienbuch, 1960, p. 104. No Código vigente, por exemplo, o art. 180, apresenta, com a receptação própria e a receptação imprópria tipos cumulativos, que dão lugar ao concurso material." (Heleno Cláudio Fragoso, A Reforma da Legislação Penal, p. 57.)*

Na espécie, o Paciente e dois comparsas constrangeram a vítima, de dezessete anos de idade, à conjunção carnal e à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante violência e grave ameaça, com o emprego de arma de fogo. Deve-se lembrar que, já durante o percurso, um dos réus obrigou a vítima à prática de sexo oral, mediante ameaças com arma. No imóvel, os réus obrigaram Raquel a despir-se e deitar sobre a cama, lugar onde todos mantiveram com a vítima cópulas vaginal e anal, além de sexo oral, sempre com atos de violência, como socos nas costas e mordidas no pescoço.

Como se vê, o fato de tais condutas – a conjunção carnal somada à cópula anal e ao sexo oral, acompanhados de socos e mordidas –, não serem equivalentes é o motivo pelo qual, desde há muito, a jurisprudência desta Corte, compartilhada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, entende pela **impossibilidade de enxergar homogeneidade**

**quanto ao modo de execução entre a conjunção carnal e a consumação de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, para fins de continuidade delitiva.**

Afirmar que a submissão da vítima à realização de conjunção carnal tem o mesmo **conteúdo de injusto** do constrangimento ao exercício da cópula anal é ignorar o fato de que tal prática é carregada de estigma social, decorrente de sua associação com humilhação, submissão e rebaixamento moral.

Ademais, o coito anal ainda representa a imposição de grave risco de contaminação pelo vírus HIV, pois, segundo o Ministério da Saúde, trata-se de prática sexual de risco (Aids - Leia Antes de Escrever, publicado em 01/01/2003, disponível na página de internet <http://www.aids.gov.br/>). Evidencia-se, assim, que entre a conjunção carnal e o ato libidinoso autônomo **não há** fungibilidade ou equivalência.

Assim, conforme se extrai da descrição do brutal crime, ora analisado, verifica-se a inexistência de unidade de conduta, uma vez que a prática cumulativa das condutas descritas no tipo implica **um aumento qualitativo do tipo de injusto**, e não meramente quantitativo. Trata-se de outro modo de dizer que as condutas descritas no *caput* do art. 213 do Código Penal não são fungíveis, ou seja, não são passíveis de serem substituídas por outras de mesma espécie e valor.

Portanto, 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.

Assim, 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.

Nesse sentido:

*"Como se vê, o antigo atentado violento ao pudor passou a ser modalidade do estupro. E a razão foi simples: apesar da equiparação da pena, deixar claro que há práticas de atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que a vítima pode não ser mulher.*

*A interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor a lei é mais branda e,*

*portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas.*

*A situação fática poderia ser, exemplificativamente, a seguinte: “A” mantém “B” (no caso mulher) em cativo e a submete, mediante violência ou grave ameaça e a própria condição do sequestro, a conjunção carnal, coito anal, penetração de objetos e outras práticas.*

*Segunda a tese sugerida, haveria somente uma incidência do art. 213, vigente e retroativo porque mais benéfico.*

*A interpretação é absurda, viola o espírito da lei e viola o princípio da juridicidade.*

*Dissemos em outra oportunidade, quanto aos crimes de ação múltipla que, segundo a doutrina alemã, que primeiro estudou a matéria, os dispositivos que hipotizam mais de uma conduta são chamados de Mischgesetze (leis misturadas ou mistas), aos quais correspondem os Mischtatbestande (tipos misturados ou mistos).*

*Delogu e Santoro, para denominá-los, usam a expressão “normas penais conjuntas”, que a nosso ver exprime melhor a idéia da reunião, num mesmo artigo, de mais de uma conduta que determinaria a incidência penal.*

*Os tipos, mistos ou conjuntos, de acordo com o ensinamento de Binding, Wertheimer, Mezger etc., podem ser de duas espécies: alternativos quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; cumulativos quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crime (material, formal, crime continuado).*

*Delogu (Le norme penali congiunte, in Annali, 1936, p. 521) nega a existência de tipos conjuntos alternativos, porque admiti-los equivaleria a aceitar que algumas violações devam ficar impunes, ou seja, que para o legislador é indiferente que um interesse penalmente tutelado seja lesado uma ou mais vezes. Haveria, outrossim, desprezo ao princípio segundo o qual a cada violação deve corresponder uma sanção.*

*Delogu parte do princípio, portanto, de que a conjugação de normas é unicamente fruto de considerações de técnica legislativa, devendo ser consideradas como normas autônomas. Todavia, segundo o mesmo autor, também em relação a normas conjuntas pode ocorrer o fenômeno do concurso aparente de normas, em que os princípios da consunção, subsidiariedade e especialidade impedem o bis in idem e excluem a aplicação de outras hipóteses igualmente adequadas ao caso.*

*Massimo Punzo (Reato continuato, p. 74), em relação à teoria de Delogu, alerta que, ao se recorrer ao princípio da consunção para explicar a existência de um delito único*

*em normas conjuntas, há implicitamente o reconhecimento de que existem normas conjuntas alternativas, porque estas existem segundo a doutrina alemã quando um determinado comportamento, que realiza mais de um tipo hipotizado conjuntamente, é punido com uma única sanção, por se tratar de um único delito.*

*Não se pode negar que o legislador, ao punir de forma equiparada atos preparatórios ou atos de execução, já previu que a consumação representa a violação, também, das incriminações anteriores, daí ter previsto normas conjuntas alternativas. Mas Delogu tem razão quando vê, nos princípios da solução do concurso aparente de normas, as regras para o crucial problema da identificação das hipóteses de normas conjuntas alternativas ou cumulativas.*

*O problema é agravado em virtude da precariedade da técnica legislativa; muitas vezes um mesmo tipo é, em algumas hipóteses, cumulativo e em outras alternativo e, por exemplo, num parágrafo vamos encontrar, ora uma norma alternativa porque poderia ser contida no caput em outra incriminação, ora normas de aplicação independente.*

*Assim, a tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.*

*Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos.*

*Por outro lado, pergunta-se: as normas conjuntas admitem o delito continuado?*

*Massimo Punzo (op. cit., p. 83) resume a solução do problema em três itens, válidos para o nosso estudo:*

*1) a continuação é possível entre tipos conjuntos representando violações da mesma norma, sempre que a realização dos tipos singularmente seja consequência de uma ação distinta e não de um ou mais atos da mesma ação, porque neste caso o delito seria único;*

*2) a continuação não é possível em relação aos tipos conjuntos alternativos, porque a realização das figuras, em tal caso, dá vida a um único delito. Entende-se que é possível um delito continuado composto de vários tipos cumulativos alternativos cometidos em execução de um mesmo desígnio criminoso (note-se que no Direito brasileiro a unidade de desígnio não é requisito do crime continuado, bastando a homogeneidade das circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras);*

*3) a continuação não é possível entre as figuras de um tipo conjunto cumulativo, porque a realização de cada uma delas representa a violação de um diverso preceito primário, ou seja, de uma disposição de lei diferente.*

*Em outras palavras, se houver repetição de condutas em circunstâncias de tempo e lugar semelhantes, poderá configurar-se o delito continuado, mas não haverá delito continuado entre figuras consideradas cumulativas.*

*A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigências dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.*

*Não houve, pois, abolitio criminis, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.*

*Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos." (GRECO FILHO, Vicente, Uma interpretação de duvidosa dignidade, publicado na página de internet da Associação Paulista dos Magistrados em 31/08/2009.)*

Por derradeiro, vislumbra-se, na hipótese, flagrante ilegalidade na condenação do Paciente, no que diz respeito à fixação do regime prisional. É que, diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2.º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem a fim de afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena.

É o voto.

**MINISTRA LAURITA VAZ**

Relatora