UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO JOSÉ LIGUORI DE OLIVEIRA

DO ESTUPRO E DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009

JUIZ DE FORA
2013

RODRIGO JOSÉ LIGUORI DE OLIVEIRA

DO ESTUPRO E DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Besnier Chiaini Villar

JUIZ DE FORA
2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

[illegible]

Aluno

Do estupro e do atentado violento ao pudor após a Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

____

____

____

Aprovada em 03 / 07 / 2013.

JUIZ DE FORA
2013

DEDICATÓRIA

Dedico ao meu pai, José Alfredo de Oliveira (in memoriam) minha homenagem e saudade e a minha mãe Elizabeth que me deu força e coragem para chegar até aqui.

AGRADECIMENTO

Ao bom Deus, por me dar forças para chegar até aqui, a minha família, amigos e colegas de sala de aula. Agradeço aos meus professores pela paciência dispensada para que eu conseguisse atingir esse objetivo.

Ao professor Besnier Chiaini Villar pela toda a ajuda para a realização desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho procura, através da análise do texto legal, as definições e peculiaridades do delito de estupro após o advento da Lei 12.015/2009 que unificou os tipos penais previstos na antiga norma legal, Estupro e Atentado Violento ao Pudor, os quais encontravam tipificados nos artigos 213 e 214 do nosso ultrapassado Ordenamento Penal. Estudamos ainda a estrutura jurídica do Código Penal vigente no que se refere esse novo artigo e ao tratamento jurídico atual dado aos praticantes deste novo delito unificado.

ABSTRACT

This paper seeks, through the analysis of the legal text, definitions and peculiarities of the crime of rape after the enactment of Law 12.015/2009 that unified the criminal legal standard set in ancient Rape and indecent assault, which we found typified articles 213 and 214 of our Penal Spatial exceeded. Also studied the legal structure of the Penal Code regarding this new article and the legal treatment given to current practitioners of this new offense unified.

SUMÁRIO

1 ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES DA LEI 12.015/2009 10
1.1 O Estupro na Antiga Lei. 11
1.2 O Atentado Violento ao Pudor na Antiga Lei. 13
1.3 Presunção de Violência e Causas de Aumento de Pena 13
1.4 Concurso de Crimes 15
1.4.1 Concurso Material 15
1.4.2 Concurso Formal 16
1.4.3 Crime Continuado 17
1.4.4 Concurso de Crimes Antes da Lei 12.015/2009 19
1.5. Iniciativa da Ação Penal Antes da Lei 12.015/2009. 21
1.5.1 SÚMULA 608 DO STF 23
2 ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A LEI 12.015/2009 25
2.1 O novo Título VI do código penal 25
2.2 Principais Modificações 26
2.2.1 O Novo Conceito Unificado do Crime de Estupro 27
2.2.2 Tipos Penais Mistos, Concurso de Crimes e Continuidade Delitiva. 30
2.2.3 Formas Qualificadas 33
2.2.4 Qualificadora em Razão da Idade da Vítima 34
2.2.5 Crimes Contra Vulneráveis 34
2.2.6 A Ação Penal Após a Lei 12.015/09 38
3 LEI PENAL NO TEMPO 39
CONCLUSÃO 45
BIBLIOGRAFIA 48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, tempo por escopo estudar as principais mudanças do Código Penal em razão do novo ordenamento jurídico trazido pela Lei 12.015/2009, com destaque para a nova descrição típica do crime de estupro, que absorveu o crime de atentado violento ao pudor.

O Título VI, do CP foi objeto de significativas mudanças que não se limitaram aos aspectos formais e de simples redação. O título em referência que portava a rubrica original de “Crimes contra os Costumes” passou a ser denominado de “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, expressão que reflete uma linguagem mais moderna e consentânea com a teoria dos bens jurídicos penalmente protegidos.

O conteúdo tipológico do Capítulo I foi objeto de considerável mudança. Principalmente, a que diz respeito à unificação dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, que permaneceu com o *nomen juris* do primeiro.

Assim como todos os ramos do direito, o direito penal vem evoluindo ao longo dos últimos anos, principalmente na parte que trata a respeito dos crimes sexuais.

O presente trabalho é escrito segundo uma abordagem histórica da evolução dos crimes sexuais, as possibilidades de concurso material ou continuidade delitiva, a lei processual no tempo e as novas formas de ajuizamento da ação penal quanto aos crimes previsto no Título VI do Código Penal.

A Constituição Federal de 1988 enalteceu a dignidade da pessoa humana como um princípio básico para sua eficácia, fazendo se necessário à mudança no Título VI do Código Penal, que por sua vez modernizou as tipificações penais, na mesma proporção que a sociedade evoluiu.

O tema é de grande relevância para observarmos como estão sendo tratados os crimes sexuais após o advento da Lei 12.015/2009, fazendo, para tanto, uma análise crítica a respeito de seus aspectos positivos e negativos. Para alcançar este objetivo, pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais serão a base metodológica.

1 ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES DA LEI 12.015/2009

Antes da Lei 12.015/09 o código penal denominava o seu Título VI de “Crimes Contra os Costumes”, valor esse recebido da sociedade que nas décadas passadas, dava aos costumes e a moral pública sexual. A sociedade era repleta de moralismos, deviam-se respeitar os costumes e valores impostos à época como um valor ético-moral de toda sociedade (ESTEFAM-2009)

O respeito aos costumes ultrapassava o respeito à liberdade sexual dos indivíduos, pois a intenção era de delimitar a forma que deveria ser o comportamento sexual das pessoas perante a sociedade. Manter a virgindade da mulher até o casamento era um costume da sociedade até poucas décadas, e por isso, havia a existência de crimes como o de sedução e o crime de rapto, já excluídos do nosso ordenamento jurídico (GRECO, R., 2009).

Uma mulher que desfrutava de sua liberdade sexual e que não mantivesse virgem até o matrimônio, não era bem vista pela sociedade e sofria preconceitos. Fazendo assim por surgir o termo “mulher honesta” utilizado no revogado crime de rapto, que era entendido, na maioria das vezes, como a mulher solteira que mantinha a sua virgindade até o matrimônio ou a que já era casada. De forma que uma mulher ao dispor de sua liberdade sexual, pelos costumes da sociedade, não estaria no rol das mulheres honestas. Tutelavam-se, nessas ocasiões, os próprios costumes, a ofensa a organização familiar, a virgindade da mulher e o pátrio poder. (JESUS, 2002).

1.1 O Estupro na Antiga Lei.

Na lei anterior, existiam dois crimes distintos para duas ações diferentes. O estupro era cometido, somente por quem constrangia mulher, mediante violência ou grave ameaça à pratica de conjunção carnal. Quem constrangesse alguém, nas mesmas circunstâncias, à praticar ou permitir que com ele se praticasse qualquer ato libidinoso, cometeria o crime de atentado violento ao pudor.

O código penal definia o crime de estupro como:

> *"Art. 213 – Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:*
>
> *Pena – reclusão, de 6(seis) a 10(dez) anos."*

Nesse contexto, somente o homem poderia ser sujeito ativo do crime de estupro, pois somente as pessoas do sexo masculino estão aptos a realizar a prática da conjunção carnal com uma mulher, tratava-se, assim, de crime próprio, ou seja, aquele que exige uma qualidade especial do sujeito passivo. (GOMES e MOLINA, 2007)

Deste modo, a mulher só poderia responder pelo ilícito no caso de concurso de pessoas e na condição de coautoria (ameaçando a vítima para um homem praticar o ato sexual ou, ainda, segurando a vítima para que um homem pratique o delito) ou partícipe (induzindo um homem a praticar o estupro com determinada vítima), jamais como sujeito ativo. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Para Rogério Sanches Cunha (2008) existia a possibilidade de a mulher ser autora mediata – autoria mediata ocorre quando o autor possui o domínio do fato, utilizando-se de outra pessoa para concretizar o crime - na hipótese de valer se de um agente sem condições de discernimento para obrigar a vítima à cópula vagínica.

Este autor trazia, ainda, um indicativo de que a mulher poderia figurar como autora imediata, in verbis:

> *"Se adotada a teoria do domínio do fato, a mulher mandante pode figurar como autora imediata, onde uma ordem sua pode iniciar e fazer cessar o crime." (CUNHA, 2008, p. 225)*

Da mesma forma, somente a mulher, sem a exigência de qualquer qualidade especial (virgem ou não, prostituta, casada ou solteira etc.) poderia servir como sujeito passivo, haja vista que o ilícito praticado referia-se justamente ao constrangimento de mulher. (JESUS, 2002).

Por ser um crime em que somente um homem poderia figurar como sujeito ativo e somente uma mulher como sujeito passivo, Gomes e Molina (2007) entende neste caso que esta diante de um crime bi-próprio, pois exigia uma qualidade especial em ambos os sujeitos, ativo e passivo.

Neste contexto, existia na redação anterior uma discussão a respeito da possibilidade ou não do transexual figurar como sujeito passivo do crime de estupro pela sua condição peculiar. Segundo disciplina Roberto Farina (1982 apud GRECO, R., 2009, p.33/34):

> *"O transexualismo é uma pseudossíndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se conduz como se pertencesse ao gênero oposto. Trata-se, pois, de uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero."*

Para Rogério Greco (2007) havia possibilidade do crime de estupro contra transexuais, mas, para isso, a pessoa portadora desta síndrome deveria se submeter a uma cirurgia definitiva de mudança de sexo, devendo, inclusive, retificar os assentos do seu registro de nascimento civil.

Já Álvaro Mayrink Costa (2001) entendia não ser possível a pratica do crime de estupro contra transexuais, uma vez que a cópula vagínica deveria partir de uma relação heterossexual formada por um órgão sexual masculino e outro feminino. Ainda que o transexual tenha operado e modificado o seu registro civil, ele não poderia ser considerado uma pessoa do sexo feminino, visto que continuaria a ser um transexual e, como a norma fala em mulher, as pessoas nesta condição não poderiam ser vítimas de estupro.

E quando a mulher forçava o homem à prática da conjunção carnal? Para responder essa questão, existia duas correntes antes da Lei12. 015/2009. A primeira defendida por Rogério Sanches Cunha, que entendia como crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal, visto que somente a

mulher poderia compor o polo passivo. A segunda corrente entendia ser crime de atentado violento ao pudor.

1.2 O Atentado Violento ao Pudor na Antiga Lei.

Diferentemente do estupro, no atentado violento ao pudor tanto o homem, quanto a mulher poderiam ser sujeito ativo ou passivo deste crime. A distinção era bastante simples: no estupro o fim era a conjunção carnal, ainda que incompleta, enquanto no atentado violento ao pudor era qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal. (JESUS, 2002).

Caso houvesse desistência voluntária ou arrependimento eficaz durante a tentativa de estupro, o agente responderia pelo crime de atentado violento ao pudor, em razão dos atos libidinosos já praticados. A tentativa de estupro ocorria quando práticas alheias à vontade do agente o impediam de prosseguir com o delito, desde que ficasse comprovado que o constrangimento do agente fosse para a prática de conjunção carnal, ou seja, só poderia haver tentativa quando o agente demonstrasse intenção clara de manter com a vítima a conjunção carnal. (JESUS, 2002)

No entanto, pela legislação anterior, era extremamente complicado distinguir a tentativa de estupro do atentado violento ao pudor, pois os atos para configurar um e outro poderiam ser os mesmos, diferindo apenas pelo dolo do agente, que, por diversas vezes, não havia como precisar. Portanto, seria através do elemento subjetivo do tipo que iríamos diferenciar o estupro do atentado violento ao pudor. (JESUS, 2002)

1.3 Presunção de Violência e Causas de Aumento de Pena

Ainda, com relação à redação anterior para o crime de estupro, existia um universo de discussões quando a vítima dos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor era pessoa menor de 14 (quatorze) anos, alienada, débil mental etc. O debate girava em torno da existência ou não de violência presumida, havendo ambos os entendimentos tanto na jurisprudência pátria, quanto na doutrina.

O que causava maior debate, era a chamada “presunção de violência”, contida no revogado artigo 224, do CP, que se configurava quando a vítima, diante de uma circunstância concreta - aqui entendida como a prática de uma relação

sexual capaz de configurar o estupro ou o atentado violento ao pudor - não podia, validamente, dar o seu consentimento. (JESUS, 2002)

Damásio de Jesus entendia no sentido de que a presunção de violência deveria ser analisada em caráter relativo, visto que a partir da década de 80 os menores de 14 (catorze) anos, já não mais carregavam a inocência e pureza da época de edição do Código Penal e, portanto não mereciam a mesma proteção, devendo, diante disto, relativizar a presunção de violência nessas situações, observado cada caso concreto.

Já Rogério Greco, que defendia a forma absoluta da presunção de violência, argumentando que a intenção do legislador ao criar este instituto, seria justamente o de proteger esses menores em fase de desenvolvimento e punir quem se relacionava sexualmente com eles. Ademais, não havia dado mais objetivo que a idade para se determinar o caráter absoluto da norma. (GRECO, R., 2009)

A presunção de violência também se dava no caso de a vítima ser alienada ou se possuía capacidade mental diminuída mediante realização de prova pericial, ou ainda por qualquer outro causa em que a vítima no podia oferecer resistência (NUCCI, 2009)

As condutas constantes no revogado artigo 223 do CP, caracterizavam-se como crime complexo – caracterizado pela fusão de dois ou mais crimes, tendo em vista que, apesar de se apresentarem no extinto título dos crimes contras os costumes, integravam os delitos de homicídio culposo ou lesão corporal grave, funcionando como uma circunstância qualificadora. Portanto, se da prática do estupro ou atentado violento ao pudor resultasse culposamente em lesão corporal grave ou morte, empregar-se-ia o art. 223 do CP e o agente teria suas condutas qualificadas pelo resultado. Porém, se o resultado qualificador ocorresse a título de dolo, estaríamos diante de um concurso de crimes. (JESUS, 2002)

> *“Art. 223 – Se da violência resulta lesão corporalde natureza grave:*
> *Pena – reclusão, de 8(oito) a 12(doze).*
> *Parágrafo único – se do fato resulta a morte:*
> *Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.”*
> *“Art. 224 – Presume-se a violência, se a vítima:*
> *a) não é maior de 14 (catorze) anos;*

> *b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;*
> *c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência."*

Estando a vítima do estupro ou atentado violento ao pudor nas condições do art. 224 do CP, a pena era acrescida de metade, nos termos do artigo 9º da Lei 8.072/90.

1.4 Concurso de Crimes

Damásio de Jesus(2003), explica que o concurso de crimes surge "quando um sujeito, mediante unidade ou pluralidade de ações ou omissões, pratica dois ou mais delitos." No entanto, para tratarmos a respeito do concurso de crimes, precisamos antes definir o conceito e apontar as características de cada uma de suas formas.

O concurso de crimes pode ocorrer entre crimes dolosos ou culposos, consumados ou tentados, comissivos ou omissivos e está dividido em três espécies: concurso material, concurso formal e crime continuado, todas definidas no Código Penal entre os artigos 69 a 71. (JESUS, 2003)

1.4.1 Concurso Material

O concurso material aparece definido no art. 69, caput, CP, nos seguintes termos:

> *"Art. 69 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja ocorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e dedetenção, executa-se primeira aquela."*

Ação e omissão, neste contexto, devem ser entendidas por conduta. Assim, se fazem necessárias duas condutas diferentes para configurar o concurso material. (JESUS, 2003)

O concurso material ainda pode ser dividido em homogêneo ou heterogêneo. O primeiro ocorre quando os crimes em concurso são idênticos, ou seja, na mesma figura típica, enquanto o segundo, quando os crimes são diversos. (JESUS, 2003)

Neste entendimento é possível, inclusive, o concurso material quando da ocorrência de um crime doloso e de outro culposo, bem como de um crime tentado e

de outro consumado. Ainda, também se deve aplicar a regra do concurso material para as contravenções penais. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Porém, há de se esclarecer, que nem sempre o concurso de crimes será objeto de uma só ação penal, devendo se observar, para tanto, se existe entre eles o liame processual. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Conforme se depreende do texto do próprio artigo 69, as penas a serem aplicadas ao agente por cada delito cometido devem ser cumuladas, de forma que a sanção final abranja a soma de todos eles. No entanto, fica mantida a regra do artigo 75 do Código Penal, que limita o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade em, no máximo, 30 (trinta) anos, embora saibamos que a cumulação das penas possa ultrapassar este tempo. (JESUS, 2003)

Na hipótese das contravenções penais, este limite não pode ultrapassar 05 (cinco) anos no caso de prisão simples (art. 10, LCP). (MIRABETE e FABBRINI,2007)

Existe a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, desde que atendidos os requisitos do art. 44 do CP. Na hipótese de concurso material de crimes, se aplicada a pena privativa de liberdade para um dos delitos e negado o sursis processual, os demais crimes estarão impedidos de receber este benefício, ainda que fossem cabíveis para eles. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Caso aplicadas penas restritivas de direitos, as que forem compatíveis deverão ser cumpridas simultaneamente. Se não compatíveis, deverão ser cumpridas sucessivamente. (JESUS, 2003)

1.4.2 Concurso Formal

O concurso formal está definido no artigo 70, caput, do Código Penal, conforme transcrição abaixo:

> *"Art. 70 – Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior."*

Devem-se verificar para identificar o concurso formal de crimes dois elementos básicos, quais sejam: a unidade de comportamento (primeiro elemento), entendida como apenas uma ação ou omissão, que resultará, como fator final, em uma pluralidade de crimes (segundo elemento). (JESUS, 2003)

Para o concurso formal também existem as espécies homogêneas, quando da ocorrência de crimes idênticos, e heterogêneas, quando existir a infração de tipos penais diferentes. No concurso formal homogêneo será considerado apenas um dos delitos para efeito de aplicação da pena, com aumento de um sexto até a metade. Já no concurso formal heterogêneo, utiliza-se apenas a pena mais grave, acrescida da mesma quantidade. Neste último caso, o juiz deverá individualizar cada uma das penas para, somente depois de verificada qual a mais gravosa, aplicar a regra do concurso formal. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

O concurso formal ainda pode ser dividido em perfeito ou próprio (art. 70, caput, 1ª parte) e imperfeito ou impróprio (2ª parte). O primeiro acontece quando o agente, ao cometer o delito, prevê um único resultado, no entanto, mesmo contra a sua vontade, acaba por cometer outros delitos. (JESUS, 2003) Já o concurso formal imperfeito acontece quando o agente, com vontade e consciência e se utilizando de uma só conduta, pretende mais de um resultado, ou seja, ele deseja mais de um resultado. Neste último caso, a lei assevera que as penas deverão ser cumuladas. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

No entanto, se o melhor para o réu é a soma das penas isoladamente, deverá o juiz aplicá-las dessa maneira (pelo sistema da cumulação), visto que se faz necessária a aplicação da regra penal mais benéfica ao réu. Neste caso, o concurso continua sendo formal, mas aplicação da pena deverá ocorrer como se fosse um concurso material. A esta situação se dá o nome de concurso material benéfico. (GOMES e MOLINA, 2007)

1.4.3 Crime Continuado

O Código Penal Brasileiro assim define o crime continuado:

> *"Art. 71 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se*

> *lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*
>
> *Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes,cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código."*

Quanto aos crimes da mesma espécie, é entendido pela maioria da doutrina como aqueles previstos no mesmo tipo penal. No entanto, há outra corrente que considera, sobretudo, o bem jurídico afetado para designar se o crime é da mesma espécie ou não. (GOMES e MOLINA, 2007)

O Código Penal adotou a teoria puramente objetiva e, por tal razão, para se caracterizar o crime continuado se deve analisar apenas os critérios objetivos de tempo, lugar, maneira de execução e outros semelhantes. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Não obstante, muitas vezes a jurisprudência recorria aos critérios subjetivos, levando em consideração a unidade de desígnios, para fundamentar a sua decisão, o que fez alguns autores, como Damásio E. de Jesus, a adotar a teoria objetivo-subjetiva, em contrariedade às diretrizes do Código. (JESUS, 2003)

Contudo, não se deve confundir continuidade do delito com habitualidade. Se existe a reiteração do crime pelo criminoso habitual, a continuidade deixa de existir, em razão das circunstâncias não indicarem a continuação, mas sim a reiteração do delito. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

A jurisprudência, inclusive, delimitou um lapso temporal específico de, no máximo, 30 (trinta) dias entre um delito e outro para configurar a continuidade delitiva, conforme jurisprudência pacífica do STF, observada no julgamento do Habeas Corpus 69.896/STF:

> *"Quanto ao fator tempo previsto no artigo 71 do Código Penal, a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal é no sentido de observar-se o limite de trinta dias que, uma vez extrapolado, afasta a possibilidade de se ter o segundo crime como continuação do primeiro." (STF; HC 69.896/SP; HABEAS CORPUS; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Publicação: DJU 02/04/1993, P. 5.620)*

Com relação às condições de lugar apontadas pela lei, admite-se como forma de se reconhecer a continuidade delitiva que os crimes tenham ocorrido em municípios contíguos e até mesmo na mesma região sociogeográficas, desde que haja facilidade de acesso, como é o caso da região metropolitana de São Paulo que abrange a região conhecida como ABC Paulista. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Quanto à maneira de execução para se caracterizar a continuação delitiva, devem as infrações obedecer ao mesmo *modus operandi,* ou seja, deve haver uma homogeneidade do *modus operandi*. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Ressalte-se, ainda, que não existe um critério rígido para se reconhecer a continuidade delitiva, bem como não existe uma circunstância objetiva que a defina, devendo o reconhecimento ou não ser realizado por uma interpretação extensiva da lei. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Quanto à aplicação da pena para o crime continuado, esta pode acontecer de duas maneiras:

> *a) quando as penas forem idênticas, aplica-se uma delas, aumentada de um sexto a dois terços.*
>
> *b) quando as penas forem diversas, aplica-se a mais grave, aumentada de um sexto a dois terços. (JESUS, 2003)*

Existe, ainda, uma forma qualificada prevista no parágrafo único do art. 71, quando os crimes em continuação atingirem bens personalíssimos de pessoas diversas e ocorrerem mediante violência ou grave ameaça, a pena será aumentada de um sexto até o triplo. Exemplo: vários estupros contra vítimas diferentes. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

1.4.4 Concurso de Crimes Antes da Lei 12.015/2009

Após estas breves explanações a respeito do concurso de crimes, vamos aplicá-las ao que concerne aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor. Como se tratavam de tipificações penais distintas, era plenamente possível o concurso material, quando consumado os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, poderia haver a absorção pelo crime de estupro de alguns atos do agente que configuravam o atentado violento ao pudor, desde que tais atitudes fossem consideradas preparatórias para a prática da conjunção carnal. (MIRABETE e FABBRINI, 2007). Também eram absorvidas as possíveis lesões corporais leves e

as simples vias de fato, resultantes da violência real empregada para se caracterizar o estupro ou atentado violento ao pudor. (JESUS, 2002)

Na vigência da lei anterior, existia, ainda, a discussão sobre a possibilidade de haver continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Parte da doutrina considerava esta hipótese, quando preenchidos os requisitos do artigo 71 do Código Penal. Essa era a opinião dos juristas Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Mirabete, que assim elucidaram vossos posicionamentos:

> *"Embora se negue, predominantemente, na jurisprudência, que não há continuação entre estupro e atentado violento ao pudor, não se pode negar que tais crimes são do mesmo gênero, natureza e espécie, variando apenas o ato libidinoso, e, sendo praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem ser havidos como continuidade delitiva." (MIRABETE e FABBRINI, 2007, p. 1.804).*

Esse também era o entendimento de Luiz Flávio Gomes e Antônio García Pablos de Molina (2007), sustentando que os crimes eram da mesma espécie, uma vez que afetavam o mesmo bem jurídico e criavam a mesma situação de repugnância para a vítima.

Todavia, a jurisprudência majoritária do STF era no sentido de que a prática de estupro e atentado violento ao pudor contra a mesma vítima caracterizaria hipótese de concurso material de crimes e não de crime continuado, justificando, para tanto, que o agente praticava duas condutas diferentes, afastando o concurso formal, pois geravam dois resultados de espécies diversas, incompatível com o crime continuado (JSTF 301/461), conforme enunciado abaixo (CUNHA, 2008):

> *"A jurisprudência do STF é no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor praticados contra a mesma vítima caracterizam hipótese de concurso material de delitos e não de crime continuado." (RT 821/505).*

Não obstante a este entendimento majoritário, também já foi acolhida pelo próprio STF a continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor. Senão vejamos:

> *"(...) A turma entendeu pelo reconhecimento de continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados de forma independente. Vencido, neste ponto, o Relator, que afirmava a configuração de concurso material. 3. Reconhecida a inconstitucionalidade do impedimento da progressão de regime na execução das penas pelo cometimento de crime hediondo, impõe-se*

> *a concessão da ordem para afastar a vedação que se impôs ao paciente. Ressalve-se que pretendida progressão dependerá do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos que a lei prevê; tudo a ser aferido pelo Juízo da execução. Writ parcialmente deferido." (STF; HC 89.827/SP; Relator: Ministro CARLOS BRITTO; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 27/02/2007; Publicação: DJe 27/04/2007)*

Por fim, a continuidade delitiva, de acordo com a jurisprudência majoritária do STF, só seria possível se atendidos os requisitos do art. 71 do Código Penal e desde que ocorresse o mesmo crime – atentado violento ao pudor ou estupro – e contra a mesma vítima, embora este entendimento tenha sido amplamente criticado.

1.5. Iniciativa da Ação Penal Antes da Lei 12.015/2009.

Para Luiz Régis Prado (2010), a "ação penal é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva".

Na vigência da lei anterior, a ação penal nos crimes contra os costumes (caso do estupro e atentado violento ao pudor) era, em regra, mediante queixa. No entanto, existiam duas exceções tratadas nos parágrafos 1º e 2º do art. 225, do CP, ambos com redação modificada e os quais trataremos a seguir. (JESUS, 2002)

A fim de explicar melhor, segue texto do artigo 225 do Código Penal, antes da edição da Lei 12.015/2009:

> *"Redação anterior: Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.*
>
> *§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:*
>
> *I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;*
>
> *II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.*
>
> *§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação."*

O inciso I do parágrafo 1º do artigo 225 do CP, dizia que a ação penal era pública condicionada à representação.

O legislador considerou como condição para que o início da ação penal fosse pública, a situação de miserabilidade da vítima que, por esta razão, não poderia constituir advogado para propor a ação, mediante queixa. Assim, o

legislador deu oportunidade à vítima ou a quem a represente para, manifestando a sua vontade para o Ministério Público, ter ajuizada ação penal contra o agressor. (JESUS, 2002)

A condição de miserabilidade poderia ser comprovada por qualquer meio, sendo suficiente a apresentação de um mero atestado de pobreza, desde que expedido por autoridade policial. Além disso, a comprovação de miserabilidade poderia ocorrer no início ou no curso da ação penal, porém nunca depois de pronunciada a sentença final. No entanto, dever-se-ia levar em conta o prazo de 6(seis) meses, contados da data em que ficou conhecida a autoria do fato criminoso, para que a ofendida promovesse a representação. (JESUS, 2002)

Ademais, conforme entendimento do STF (RHC 88143/RJ, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgamento: 24.04.2007), ainda que na Comarca ou Estado existisse Defensoria Pública instituída, mantinha-se a legitimidade do Ministério Público para propor a ação penal nos casos em que a vítima estivesse em estado de pobreza. (GOMES e MOLINA, 2007)

Damásio de Jesus (2002) explica que o parágrafo primeiro, inciso II, deste mesmo artigo, previa que a ação seria pública se o crime fosse cometido com o abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Neste caso a ação era pública incondicionada, tendo em vista a gravidade do delito, pois praticado por quem devia zelar pela integridade física ou moral da vítima.

Devemos ainda considerar à ação penal quando nos casos dos crimes contra os costumes que resultavam em lesões corporais de natureza grave ou morte, qualificadoras previstas no revogado artigo 223 do Código Penal que descreviam os crimes contra os costumes qualificados pelos resultados preterdolosos, quais sejam aqueles que há dolo no precedente e culpa no resultado subsequente. Este é o caso em que o agente dolosamente, mediante violência, pratica o estupro e como resultado posterior à agressão ocorre o óbito da vítima, sem que o agente tivesse objetivado este resultado, ou seja, quanto ao resultado morte, este agiu culposamente.

Como o artigo 225 do Código Penal fazia previsão expressa apenas aos crimes definidos nos Capítulos I e II e, tendo em vista que o artigo 223, caput e

parágrafo único, pertenciam ao mesmo capítulo do artigo 225, conclui-se que a ação penal não poderia ser privada. Assim sendo, aplicar-se-ia, neste caso, a regra geral do artigo 100, do Código Penal, cuja definição impõe ação penal pública incondicionada. (JESUS, 2002)

Se dos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor resultassem lesões corporais leves, aplicar-se-ia o disposto no artigo 225, caput, do Código Penal, haja vista que o artigo 223 silencia quanto a este tipo de lesão, tratando especificamente quanto às lesões de natureza grave. Portanto nesta situação a ação seria privada. Havia, porém, muitas controvérsias quanto a este tema, tanto que foi editada uma súmula do STF para tratar sobre violência real nos casos de estupro, conforme veremos a seguir. (JESUS, 2002)

1.5.1 SÚMULA 608 DO STF

A Lei 12.015/2009 revogou o artigo 223, que tratava das formas qualificadas pelo resultado e o art. 224, que continha as hipóteses legais de presunção de violência. Esta última foi substituída pela criação da figura do vulnerável. A ação penal passou a ser, em regra, pública condicionada à representação. E nos casos de vítima menor de dezoito anos ou vulnerável, será pública incondicionada. (JESUS, 2010)

> *"Súmula 608, STF: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada."*

Esta súmula surgiu contrapondo a determinação alçada no artigo 225, em sua redação original, que previa ação penal privada para os crimes de estupro, salvo algumas exceções já apontadas. (ESTEFAM, 2009)

A intenção do Supremo Tribunal Federal em criar a Súmula 608 foi baseada na interpretação do crime de estupro como um crime complexo, face ao artigo 101 do Código Penal que possui a seguinte redação:

> *"Art. 101, CP: Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crime, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público."*

O entendimento para se aplicar a norma da parte geral ao crime de estupro fora em razão deste crime possuir em uma de suas elementares o emprego

de violência, aqui entendida como a ocorrência de lesões corporais na vítima. Desta forma, como o delito de lesão corporal previsto no artigo 129 do Código Penal procede mediante ação penal pública incondicionada, o mesmo dever-se-ia aplicar para o estupro. (ESTEFAM, 2009)

Luiz Flávio Gomes (2007) discorda da posição do STF e não considerava o crime de estupro como um crime complexo, sob o argumento de que nele teríamos um constrangimento ilegal mais conjunção carnal e que esta última, por si só, não seria delito, logo não haveria fusão de dois ou mais crimes.

Há outro entendimento no sentido de delimitar se a ação penal se seria sempre pública nos crimes de estupro com violência real ou se a aplicação da súmula 608 deveria ocorrer apenas quando a lesão corporal fosse de natureza grave.

Damásio de Jesus (2002), explica que quando os crimes de estupro resultassem em lesão corporal leve seria necessária a aplicação do princípio da subsidiariedade por tal razão, a ação penal deveria ser privada, mediante queixa-crime na forma estabelecida pelo art. 225 do CP.

2 ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A LEI 12.015/2009

Na nova disciplina dos crimes sexuais se reconheceu a primazia do desenvolvimento sadio da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

Nesse sentido se orientou a reforma de vários tipos penais: buscou-se um tratamento igualitário entre homens e mulheres como sujeitos passivos dos crimes sexuais.

2.1 O novo Título VI do código penal.

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontrava no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim, a tutela da sua dignidade sexual. (Greco, R, 2011)

Os antigos costumes não conseguiram acompanhar o desenvolvimento da sociedade, que trata, atualmente, a sexualidade de uma forma muito mais livre, natural e até difundida pelos meios de comunicação, modificando, também, os padrões comportamentais de jovens e adultos da sociedade moderna. Ademais as regras criadas na edição do Código Penal, em 1940, não representam mais todas as liberdades garantidas pela Constituição Federal de 1988. (NUCCI, 2009)

A doutrina também já previa a necessidade de separar os crimes contra a liberdade sexual, dos crimes contra menores de 14 anos, isto porque com relação aos primeiros a proteção jurídica é baseada na ausência de permissão do ato libidinoso praticado, já com relação aos menores de 14 anos, a proteção é contra o ingresso precoce na vida sexual, para que a criança tenha um desenvolvimento saudável e sem traumas, pouco importando, neste último caso, se a relação foi consensual ou não. Diante disso, a Lei 12.015/2009 criou um capítulo específico para os delitos sexuais cometidos contra menores de 14(catorze) anos. (ESTEFAM, 2009)

2.2 Principais Modificações

A Lei 12.015/2009 revogou o artigo 223, que tratava das formas qualificadas pelo resultado, e o art. 224 que continha as hipóteses legais de presunção de violência, esta última foi substituída pela criação da figura do vulnerável. A ação penal passou a ser, em regra, pública condicionada à representação. E nos casos de vítima menor de dezoito anos ou vulnerável, será pública incondicionada. (JESUS, 2010)

Existe uma discussão doutrinária nos casos de crimes sexuais que resultem em lesão corporal de natureza grave ou morte, pois o legislador não incluiu esta hipótese como uma das exceções que seriam conduzidas por ação penal pública incondicionada. Entende boa parte da doutrina, que por tratar-se de crime complexo, deveria, então, ser conduzida por ação penal pública incondicionada, conforme entende a súmula 608 do STF, criada antes da edição da Lei 12.015/2009 e que para esta corrente não foi revogada pela nova lei. (RASSI e GRECO, 2010) Nesse caso, notaremos que a omissão do legislador trouxe à tona diversos questionamentos que poderiam ter sido evitados.

A Lei 12.015/2009 também criou duas causas de aumento de pena no art. 234-A. O primeiro acontece quando o crime resultar em gravidez. O segundo acontece quando o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. As expressões sabem ou deveria saber ser portador é objeto de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais para saber se cabe a modalidade culposa ou se só se admite a dolosa. Para Rogério Greco(2009) estas expressões só podem aceitar o dolo, seja ele direto ou eventual, mas, de forma alguma, a culpa, visto que quando a lei menciona que o agente sabia ou devia saber ser portador de uma doença, ela está se referindo ao conhecimento possível da contaminação e não ao seu elemento subjetivo no momento do ato sexual.

O art.234-B, também criado pela Lei 12.015/2009, incluiu os processos do Título VI, nos rol dos que correm em segredo de justiça, com o intuito de proteger a intimidade das pessoas envolvidas no delito.

Outra importante mudança foi com relação à denominação do Título VI, pois a nomenclatura de cada Título do Código Penal tem o condão de representar a realidade dos tipos penais nele contidos, além de ser uma base de interpretação das figuras típicas, ou seja, o nome de um título afeta a interpretação de todos os artigos que nele se encontram. (GRECO, R., 2009)

2.2.1 O Novo Conceito Unificado do Crime de Estupro

Por meio desse novo diploma legal (Lei nº 12.015), foram fundidas as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, uqe recebeu o nome de estupro (art. 213). (Greco, R, 2011)

Apesar de revogado o artigo 214, que tratava do crime de atentado violento ao pudor, não houve a *abolitio criminis* deste delito, haja vista que ele apenas passou a integrar a nova redação do crime de estupro. (QUEIROZ, 2009)

Ao promover a fusão tipológica do atentado violento ao pudor com o crime de estupro, o legislador preferiu o caminho de uma incriminação unificada das condutas praticadas com violência ou grave ameaça contra a liberdade sexual. Em síntese, são os coitos por via vaginal (conjunção carnal, na linguagem codificada), anal ou oral (referidos como “outros atos libidinosos”, conforme a lei penal), praticados contra a vontade da vítima e que podem ser reunidos sob a denominação genérica de atos de violação da integridade sexual de outrem.

No entanto, a revogação deste artigo gerou inúmeras consequências. Como o crime passou a ser de ação múltipla, como já vimos, por possuir duas modalidades - o constrangimento à conjunção carnal e o constrangimento à prática de outro ato libidinoso - surgiu uma série de discussões a respeito do tema, relativos a existência ou não da cumulação de crimes e da continuidade delitiva, que veremos a seguir. (RASSI e GRECO, 2010)

De acordo com Guilherme Nucci (2009), o crime de estupro passou a ser classificado da seguinte maneira: crime comum, de ação múltipla, material, comissivo, instantâneo, de dano, unissubjetivo e plurissubsistente.

Trata-se de crime comum, pois qualquer pessoa pode cometê-lo ou sofrê-lo, ou seja, não exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, nem do sujeito passivo. (GOMES E MOLINA, 2007)

Ao modificar sua redação o crime de estupro, passou a ser um crime comum, uma vez que agora o constrangimento não é só aquele praticado por um homem contra uma mulher, mas qualquer pessoa pode constranger ou ser constrangido à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso.

Trata-se também de um crime de ação múltipla, visto que faz referência a várias condutas, ou seja, possui mais de um verbo nuclear. (GOMES e MOLINA, 2007) Por ter absorvido os verbos do crime de atentado violento ao pudor, o crime de estupro passou a ser de ação múltipla, haja vista que possui agora três verbos nucleares (constranger, praticar, permitir), que podem originar ações capazes de caracterizar o estupro.

Por outro lado, é um crime material, eis que a lei exige um resultado naturalístico para a sua consumação, ou seja, o tipo penal descreve tanto a conduta como o resultado, exigindo a sua produção. (GOMES e MOLINA, 2007) O crime de estupro é material porque dita a conduta do agente e, logo em seguida, o resultado que, neste caso, seria a violação da liberdade sexual da vítima.

E comissivo, uma vez que exige uma ação do agente, ele faz o que a norma proíbe, é necessário um comportamento positivo para a concretização do delito. (GOMES e MOLINA, 2007)

Por se dar num momento exato, não existindo continuidade temporal, é classificado também como um crime instantâneo. (GOMES e MOLINA, 2007) Esta qualificação se aplica ao crime de estupro, haja vista que o crime estará consumado no instante em que o agente realiza uma das ações descrita no tipo penal, não necessitando, para tanto, a continuidade da conduta.

É um crime de dano, porque visa lesionar, destruir, diminuir o bem jurídico tutelado. (GOMES e MOLINA, 2007) Se aplica ao crime de estupro, visto que o tipo

penal está condicionado à lesão ao bem jurídico, qual seja a dignidade e a liberdade sexual do indivíduo.

Trata-se também de um crime unissubjetivo, pois apenas um agente pode praticá-lo, ou seja, não existe a necessidade de mais de uma pessoa para que possa haver um resultado. (GOMES e MOLINA, 2007) O crime de estupro é unissubjetivo porque tão somente uma pessoa pode figurar no pólo ativo do delito.

Por fim, é também crime plurissubsistente, haja vista que se forma por vários atos; existe a violência ou constrangimento ilegal aliado à conjunção carnal com a vítima ou a prática de outro ato libidinoso. (JESUS, 2002)

No entanto, estas classificações não são de todo unânimes, existindo doutrinadores que divergem deste posicionamento:

Para André Estefam (2009) e Damásio Evangelista de Jesus, o crime de estupro não é um crime material, mas sim um crime de mera conduta – aquele que o legislador descreve somente o comportamento do agente, sem descrever o resultado naturalístico – tendo em vista que, para eles, a lei não menciona nenhum resultado naturalístico.

Para Rogério Greco (2009), o crime de estupro nem sempre poderá ser classificado como um crime comum. Para ele quando se destinar à prática de conjunção carnal será crime de mão-própria com relação ao sujeito ativo, uma vez que só pode ser cometido pelo sujeito em pessoa, exigindo uma atuação pessoal do agente. E, desta mesma forma, será crime próprio com relação ao sujeito passivo, em razão de que apenas a mulher pode sofrer constrangimento para a conjunção carnal. Quanto à realização de outros atos libidinosos, Greco entende como os demais, classificando-o como um crime comum.

Rogério Greco também classifica o crime como sendo de forma vinculada (aquele que a lei determina a forma de lesão ao bem jurídico), quando dirigida à prática de conjunção carnal e de forma livre (cometidos por meio de qualquer comportamento que se chegue ao resultado tipificado), quando dirigida a outros atos libidinosos.

2.2.2 Tipos Penais Mistos, Concurso de Crimes e Continuidade Delitiva.

Os tipos penais mistos são aqueles que possuem duas ou mais condutas diferentes em um mesmo dispositivo. Os tipos penais mistos são divididos em alternativos ou cumulativos. O primeiro, os alternativos, seria aquele que o agente pratica duas ou mais condutas, mas responde como se fosse um único delito; já os tipos penais mistos cumulativos são aqueles em que o agente responde por cada conduta que tenha infringido do dispositivo. Neste sentido, quando um dispositivo penal é tratado como um tipo penal misto cumulativo, dá-se origem a um concurso de crimes e o agente será amplamente responsável por cada uma de suas condutas. (GRECO FILHO, V., 2009)

Antes do advento da Lei 12.015/2009, a prática da conjunção carnal e de outro ato libidinoso, por exemplo, o coito anal, com a mesma vítima seria considerado, quase que indubitavelmente, concurso de crimes, havendo, no entanto, quem defendesse a possibilidade de continuidade delitiva, por se tratarem de crimes da mesma espécie. Com o advento da nova lei e a fusão dos crimes de atentado violento ao pudor e de estupro, ainda não existe pacificação para saber se o novo crime se tornou, de fato, um crime único ou se ainda cabe o concurso de crimes, em razão de serem condutas diferentes. (JESUS, 2010)

No Superior Tribunal de Justiça, até pouco tempo, também não existia qualquer pacificação quanto ao assunto. As duas turmas deste Tribunal Superior especializadas em matéria de direito penal entendiam tal discussão de forma totalmente distinta. Enquanto a Quinta Turma entendia o crime de estupro, com a nova redação dada pela Lei 12.015/2009, como um tipo penal cumulativo, a Sexta Turma entendia ser um tipo penal alternativo, como podemos verificar abaixo:

> *"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." (STJ; HC 104724/MS; HABEAS CORPUS; Relator: Ministro JORGE MUSSI; Relator p/ Acórdão: Ministro FÉLIX FISCHER; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: DJe 02/08/2010 RSTJ vol. 219, p.544; Data do Julgamento: 22/06/2010)*

Pactua-se com este entendimento supra demonstrado o doutrinador Vicente Greco Filho. Seguindo esta linha de interpretação, considerar a existência de tipos penais alternativos seria o mesmo que aceitar a impunidade de determinadas infrações, visto que uma delas seria sempre absorvida pela outra. No caso do estupro, significaria desconsiderar a prática de outros atos libidinosos, por mais grave que tenha sido a conduta adotada na violação deste delito, quando estes tenham ocorrido na mesma ocasião da conjunção carnal. Assim, estaríamos sempre diante de um único crime. (GRECO FILHO, V., 2009)

Para Greco Filho esta não era a intenção do legislador ao incorporar ao crime de estupro às práticas de outros atos libidinosos, revogando o crime de atentado violento ao pudor. Para ele o legislador teria feito tal modificação no intuito de dar a mesma valoração penal a pratica de atos libidinosos tão graves quanto à conjunção carnal, bem como para poder abarcar as pessoas do sexo masculino como vítimas deste tipo penal.

Neste sentido, só teremos crime continuado no crime de estupro quando ocorrer, em circunstâncias de tempo e semelhantes, práticas idênticas de cada parte do tipo penal, ou seja, não haverá delito continuado quando ocorrer a prática de atos libidinosos cumulados com a conjunção carnal, pois o modo de execução seria diverso.(GRECO FILHO, V., 2009)

Veja abaixo um segundo entendimento a respeito do tema:

> *"1. A Lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual. 2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado*

> *violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica. 3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis hão de alcançar os delitos cometidos antes da Lei 12.015/09. 4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir. 6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções." (STJ; HC 144870/DF; HABEAS CORPUS 2009/0159450-5; Relator: Ministro OG FERNANDES;; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Publicação: DJe 24/05/2010; Data do Julgamento: 09/02/2010)*

A maioria da doutrina se filia a este segundo entendimento, no qual a unificação entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor fez surgir um crime único, ou seja, um tipo penal misto alternativo. Nesse sentido temos Guilherme Nucci, André Estefam, Paulo Queiroz e Rogério Greco.

Nucci (2009) afirma que é inequívoca a unificação destas condutas sob um mesmo tipo penal alternativo e completa dizendo ser pacífico o entendimento em relação aos tipos alternativos como sendo "a prática de uma só conduta descrita no tipo ou cometimento de mais de uma, quando expostas as práticas num mesmo cenário, mormente contra idêntica vítima, resulta na concretização de uma só infração penal". Para ele não pode, neste caso, haver um tipo penal cumulativo, haja vista que para ocorrer a cumulação de crimes seria indispensável haver condutas diferenciadas com verbos seguidos de objetos diversos. No crime estupro, com as modificações da Lei 12.015/2009, o verbo central do tipo penal é o mesmo para as duas condutas – é "constranger", tendo o mesmo objeto "alguém". O restante é o complemento do tipo penal para se compreender o tipo de constrangimento que o legislador quis criminalizar.

Paulo Queiroz (2009) complementa este entendimento, dizendo que a lei ao fundir o crime de estupro com o de atentado violento ao pudor, passou a considerar, claramente, a conjunção carnal como uma espécie de atos libidinosos, portanto, sendo crimes da mesma espécie, não poderá haver concurso material ou formal entre eles, caso ocorram num mesmo contexto fático.

2.2.3 Formas Qualificadas

Também foram criadas duas modalidades qualificadas do crime de estupro previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 213. No parágrafo primeiro quando a conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos e no parágrafo segundo, quando a conduta resultar em morte.

Ao contrário do que se previa no revogado art.223 do Código Penal, tais resultados devem ser consequências da conduta do agente, ou seja, da prática do estupro e, para parte da doutrina, só pode acontecer a título de culpa. No entanto, seguindo esta linha, se o agente tiver a intenção, quer direta ou eventual, de lesionar gravemente ou de matar a vítima, este responderá pelos delitos dos arts.121 (homicídio) e 129, § 1º (lesão corporal grave) em concurso material com o crime de estupro. Se o resultado decorrer de caso fortuito ou força maior, o agente não será responsabilizado pelas modalidades qualificadas, conforme prevê o art.19 do Código Penal. (GRECO, R.,2009)

O doutrinador Paulo Queiroz (2011), relatando que é essencial para a incidência da qualificadora que haja um nexo causal entre o tipo e o resultado que o qualifica. Assim, só haverá a qualificadora se o agente agir com culpa quanto ao resultado morte ou lesão corporal grave, ou seja, caracterizando o preterdolo (dolo no antecedente e culpa no subsequente). Entretanto, se o agente agir com dolo nos dois momentos, ou seja, desejando tanto realizar o estupro, quanto à lesão corporal grave ou a morte da vítima, estaríamos diante de um concurso material de crimes, devendo o agente responder isoladamente pelos crimes que praticar (estupro + homicídio ou lesão corporal grave).

No entanto, Guilherme Nucci(2009) e André Estefam (2009) defendem uma corrente oposta. Para eles haverá sempre a aplicação da qualificadora prevista no parágrafo 1º do artigo 213, ainda que o resultado lesão corporal ou morte da vítima tenha ocorrido dolosamente, ou seja, a qualificadora não se aplica exclusivamente na forma preterdolosa. A fim de esclarecer este posicionamento, vale trazer à baila os dizeres de Guilherme Nucci:

> *"(...) Constitui equívoco, em nosso entendimento, pretender a divisão, na última hipótese, em concurso de crimes, vale dizer, levar o agente*

> *a responder por estupro em concurso com homicídio, desde que haja dolo quanto ao resultado final. Afinal, o crime qualificado pelo resultado existe como figura típica autônoma e destacada justamente para pertimir ao legislador fixar a pena adequada a esses delitos com resultado duplo, num mesmo contexto, sem que o juiz se valha do instituto do concurso de crimes. Separar o crime qualificado pelo resultado, a bel prazer, significa lesão ao princípio da legalidade." (NUCCI, 2009, p. 26)*

No que tange às lesões corporais de natureza leve, ou mera contravenção de vias de fato, não deverão incidir esta qualificadora, uma vez que já estão implícitas no próprio tipo penal (princípio da consunção). (ESTEFAM, 2009)

2.2.4 Qualificadora em Razão da Idade da Vítima

Ainda com relação às formas qualificadas, a inclusão no Código Penal de uma qualificadora para quando o crime for cometido contra vítima menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos (2ª parte do § 1º do art. 213), quer dizer que os adolescentes dessa idade ainda merecem uma atenção especial, embora no século XXI, as pessoas com essa idade possuam um comportamento sexual muito diferente dos jovens de meados do século passado, contudo "a prática de um ato sexual violento, nessa idade, certamente trará distúrbios psicológicos incalculáveis, levando esses jovens, muitas vezes, ao cometimento também de atos violentos, e até mesmo similares aos que sofreram". (GRECO, R., 2009)

Como a norma fala em vítima maior de 14(quatorze) anos e o art. 217-A fala em vítimas menores de 14 (quatorze) anos, alguns doutrinadores entendem que existe uma lacuna na lei quanto aos menores que possuem exatos 14 anos na data de seu aniversário.

Paulo Queiroz (2011) entende que a vítima, no dia de seu aniversário, já deve ser considerada maior de 14 anos, não tendo que se esperar o dia seguinte para isso. Já Estefam (2009) critica a lacuna na lei, mas defende que seria ilógico considerar, nessa ocasião, a prática de um estupro simples, devendo, então, considerar o estupro qualificado, afastando a hipótese de estupro de vulnerável, por ocasião da analogia *in bonam partem*.

2.2.5 Crimes Contra Vulneráveis

O legislador ao integrar a figura do vulnerável no ordenamento jurídico brasileiro, revogando o artigo 224 do Código Penal, substituiu a técnica da

presunção de violência. A criação da categoria jurídica do vulnerável tem como intenção defender a intangibilidade sexual dos menores de 14 anos e das pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência, protegendo-os do ingresso precoce ou abusivo na vida sexual. (ESTEFAM, 2009)

Não é necessário o não consentimento da vítima para que seja configurado o crime. Um dos objetivos da mudança foi o de impedir a existência de entendimento de que pela relativização da presunção de violência, a realização de atos sexuais voluntários com adolescentes menores de 14 anos pudesse ser considerada atípica, por tratar-se de menor já corrompido. (JESUS, 2010)

Contudo, para alguns doutrinadores, como André Estefam, Rogério Sanches Cunha, Paulo Queiroz e Guilherme Nucci, o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto desta forma, deve, portanto, admitir prova em contrário, principalmente quando se tratar de adolescentes, ou seja, aqueles com idade superior a 12 (doze) anos, como define o Estatudo da Criança e o do Adolescente. Para os menores de 12 (doze) anos, ainda considerados crianças por esta mesma legislação, defende Nucci que quanto a estes deve ser mantido o caráter absoluto de proteção sexual. (NUCCI, 2009)

Assim, se uma vítima, por exemplo, aos 13 anos já possui vida sexual ativa e pratica, voluntariamente, um ato libidinoso com uma pessoa maior de idade, não existe, neste caso, violação a sua dignidade sexual, portanto não dever-se-ia reconhecer o delito. Não obstante a intenção do legislador tenha sido justamente criar um critério rígido, um modelo absoluto que afastasse a relatividade da antiga presunção de violência, a criação deste novo conceito de vulnerabilidade não pode ser considerado absoluto, de modo a não admitir prova em contrário. (ESTEFAM, 2009)

A fim de esclarecer, seguem as razões de Paulo Queiroz (2011) para motivar seu posicionamento quanto à relativização da vulnerabilidade:

> *"Primeiro, porque a história é um elemento essencial do direito, por isso que as presunções legais (a condição de vulnerável encerra um presunção legal implícita de impossibilidade de autodefesa) têm, em*

> *princípio, valor relativo. Segundo, porque o legislador não pode suprimir a liberdade de alguém a pretexto de protegê-la. Terceiro, porque não existem direitos absolutos, uma vez que a absolutização de um direito implicaria, inevitavelmente, a negação mesma do direito (v.g., absolutizar o direito à liberdade de expressão importaria na anulação do direito à honra e vice-versa).” (QUEIROZ, 2011, disponível em: <http://pauloqueiroz.net/do-estupro/ >)*

E completa:

> *“Além do mais, a proteção penal não pode ter lugar quando for perfeitamente possível uma autoproteção por parte do próprio indivíduo, sob pena de violação ao princípio de lesividade.” (QUEIROZ, 2011, disponível em: <http://pauloqueiroz.net/do-estupro/>)*

No entanto, por outro lado, há doutrinadores, como Rogério Greco, que defende a forma objetiva como foi destinada a vulnerabilidade ao menor de 14 (catorze) anos. Para ele, um adolescente menor de 14 (catorze) anos, ainda que possua uma vida sexualmente lasciva, não é suficientemente desenvolvido para decidir sobre sua postura sexual. Para tanto, explica que a personalidade desse menor ainda está em formação e que seus conceitos e opiniões ainda não se consolidaram. Ademais, justifica ainda na objetividade em que o legislador tentou impor à norma, de modo que esta regra deve ser seguida sem que haja discussão quanto à sua relativização. (GRECO, R., 2009)

Luis Régis Prado também segue essa segunda linha de posicionamento e assim opina:

> *“(...) Assim, configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir iuris et de iure, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí, negar-se a existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito.” (PRADO, 2010, p. 674)*

No que tange a ocorrência de erro de tipo, parece ser praticamente unânime na doutrina a aceitação dessa possibilidade. André Estefam, Guilherme Nucci, Paulo Queiroz e Rogério Greco se posicionaram positivamente quanto a isto. Assim ao se praticar um ato libidinoso consensual com uma pessoa de 13 (treze) anos de idade, por exemplo, desconhecendo o agente essa condição peculiar e acreditando veementemente, pelas condições em que se conheceram ou por qualquer outra razão, que a pessoa na qual ele se relaciona não é pessoa menor de 14 (quatorze) anos, estará ele agindo em erro de tipo (CP, art. 20, caput).

Neste caso, comprovado o equívoco quanto à idade, se dará a exclusão do dolo do agente, resultando na atipicidade da conduta. (GRECO, R., 2009)

Quanto às pessoas com déficit mental, há de se elogiar a terminologia adotada na Lei 12.015/2009, que por ser mais técnica, não deu margem a qualquer dúvida. A demonstração de vulnerabilidade está condicionada à realização de perícia psiquiátrica que irá comprovar se existe o transtorno mental e se este transtorno compromete o entendimento da vítima para atos de natureza sexual. (ESTEFAM, 2009)

Não basta que a pessoa esteje em condição de enfermidade ou possua deficiência mental para se caracterizar o delito, se faz necessária que a pessoa seja incapaz de se autodeterminar, ou seja, de consentir com a prática da relação sexual. (QUEIROZ, 2011)

Deve-se averiguar, ainda, se a falta de discernimento é absoluta ou não. Uma vez que existindo parcialmente a falta de compreensão para a prática do ato sexual, poderá haver a desclassificação para o crime do art. 215 (violência sexual mediante fraude). No entanto, constatada a incapacidade absoluta incidirá a norma prevista no art. 217-A, §1º, do CP. (NUCCI, 2009)

Assim como no delito do art. 213, no crime de estupro de vulnerável também existem duas formas qualificadas previstas nos §§ 3º e 4º do art. 217-A. No primeiro caso incidirá a qualificadora quando do ato sexual resultar lesão corporal de natureza grave e no segundo quando houver a morte da vítima. Aqui também haverá os mesmos embates quanto à incidência das qualificadoras apenas na hipótese de crimes preterdolosos ou ainda que o evento qualificador também seja doloso.

Por tratar-se de norma penal mista, também haverá para o crime de estupro de vulnerável, art. 217-A, as discussões quanto à possibilidade do concurso de crimes e da continuidade delitiva.

A lei 12.015/2009 modificou radicalmente a redação do crime de corrupção de menores, foi mantido o nome, porem o tipo penal é outro completamente diferente.

Na lei anterior, “a norma incriminadora proibia o ato de corromper ou facilitar a corrupção sexual de pessoas entre 14 e 18 anos, praticando com estas ou induzindo-as a praticar ou a presenciar atos de libidinagem.” Atualmente, com a nova redação, tais ações tornaram-se absolutamente atípicas, salvo quando cometidas no contexto de prostituição ou exploração sexual. (ESTEFAM, 2009)

Também foram incluídos pela Lei 12.015/2009, tratando-se do vulnerável, os crimes de “satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente” e “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”.

2.2.6 A Ação Penal Após a Lei 12.015/09

As mudanças na ação penal promovidas após a Lei 12.015/09 têm como base as novas concepções de política criminal no que diz respeito aos crimes sexuais. A nova redação do artigo 225 do Código Penal revela:

> *“Art. 225 - Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação”.*
>
> *Parágrafo único. “Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.”*

Como vimos, após a edição da nova lei, a ação penal no crime de estupro passou a ser, em regra, pública condicionada à representação, não existindo mais o processamento da ação mediante queixa do ofendido. (NUCCI, 2009)

O legislador tratou de manter o resguardo quanto à proteção à sua intimidade ao criar o artigo 234-B, determinando que todos os processos relativos aos crimes definidos no Título VI do Código Penal corram em segredo de justiça.

Porém, a ação penal será pública incondicionada quando a vítima do estupro for pessoa menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, conforme norma prevista no parágrafo único do artigo 225.

Em razão desta mudança, tem alguns doutrinadores defendendo a não aplicação da súmula 608 do STF nos crimes praticados com violência real. Outro debate importante gira em torno dos efeitos penais no tempo em face da mudança na ação penal após a edição da Lei 12.015/2009. No entanto, esta questão será tratada no capítulo seguinte.

3 LEI PENAL NO TEMPO

Toda e qualquer lei existe para ser aplicada aos fatos praticados pelos indivíduos, em determinado tempo, Leis são criadas, modificadas, substituídas, eliminadas. O tempo passa, as leis ficam ou também passam.

As Leis penais, regra geral, são feitas para se aplicarem apenas aos fatos ocorridos após sua vigência, que é o momento em que elas adquirem força obrigatória.

Neste capítulo falaremos a respeito dos efeitos jurídicos trazidos pela Lei 12.015/2009, abordando, ainda, a aplicação da lei processual penal no tempo e as possibilidades em que será cabível a retroatividade da lei penal em benefício dos réus, observando o concurso de crimes, a continuidade delitiva e a mudança na ação penal.

O princípio da aplicação da lei penal mais favorável está presente no artigo 5º, XL, da CF (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), no art. 1º, da Lei de Execução Penal e no artigo 2º do Código Penal. A Lei 12.015/2009 trouxe algumas consequências com relação à possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável ao réu, tendo como fonte de debate a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor e a mudança na forma de propositura da ação penal.

Para Nucci (2009) com a revogação do art.214, e a inclusão da conduta no novo tipo penal, a realização de ambas as ações por um agente, dentro de um mesmo contexto fático, levaria a um único delito e, portanto, a uma única pena. De acordo com este entendimento, a alteração da lei beneficiou os acusados pelos dois crimes, pelo princípio da lei penal mais benéfica, pois, sendo assim, não caberia o concurso material, uma vez que estaríamos diante de uma norma penal alternativa. Assim, para que fosse considerada a figura cumulativa, deveria inprescindivelmente, haver duas condutas diferenciadas com verbos seguidos de objetos diversos, o que, para ele, não ocorre neste caso.

Esta posição também é seguida por Rogério Greco:

> *"(...) 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, aplicando-se somente a pena cominada no art.213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes." (GRECO, R., p. 40)*

Paulo Queiroz (2011) defende a retroatividade da lei penal mais benéfica por não considerar o crime de estupro uma norma penal mista cumulativa. Ele se justifica dizendo que a própria conjunção carnal pode ser compreendida como uma forma de ato de libidinagem; que em qualquer caso, o agente estará praticando um só tipo penal; que, por ter unificado as condutas, o legislador achou desnecessária tratá-las de formas distintas; que a consideração como crime autônomo de cada ato libidinoso praticado pelo agente, ainda que dentro de um mesmo tipo penal, resultaria em violação ao princípio *bis in idem*; e que por ter um único verbo (constranger), não pode ser considerado um crime misto, tendo em vista que os outros verbos insertos no tipo apenas o complementam.

As interpretações do STJ no sentido de reconhecer o estupro como um tipo penal misto cumulativo parece mais uma necessidade de fazer prevalecer a jurisprudência formada antes da Lei 12.015/2009. (QUEIROZ, 2011)

André Estefam (2009) e Damásio de Jesus (2010) interpretam o novo artigo 213 como crime único, sob o argumento de que a conjunção carnal forçada e os demais atos libidinosos integraram a mesma figura típica.

Vicente Greco Filho (2009) diverge: A interpretação de que o crime de atentado violento ao pudor tenha deixado de existir por ter sido unificado com o crime de estupro, portanto tornando-se crime único, é totalmente absurda, pois viola o espírito da lei e o princípio da juridicidade. Para ele não há a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Apesar de estar fundido formalmente, a situação não mudou e, agora, a condenação do acusado seria pela primeira parte do art. 213 cumulativamente com a segunda parte do mesmo artigo, sem qualquer benefício para os acusados.

Mediante os argumentos apresentados conclui-se que: Para quem defende a norma prevista no artigo 213 como um tipo penal alternativo, haverá crime

único na hipótese do agente que pratica, dentro do mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, a conjunção carnal e o coito anal. Entretanto, nesta mesma situação, para quem se posiciona tratando o crime de estupro como uma norma penal mista cumulativa caberá duas soluções: a) a primeira será a de reconhecer a continuidade delitiva entre as condutas por considerá-las de mesma espécie e; b) a segunda seria considerar as condutas como de natureza heterogênea e, assim, tratar o caso como concurso material de crimes, sem a incidência do art. 71.

Mesmo existindo discordância por parte de vários ministros e alguns doutrinadores, a jurisprudência majoritária do STJ vem se posicionando no sentido de considerar as figuras do estupro e atentado violento ao pudor como crime único, senão vejamos no HC 178051/SP da Sexta Turma do STJ:

> *"1. A Lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.*
>
> *2. Essas inovações provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.*
>
> *3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis hão de alcançar os delitos cometidos antes da Lei nº 12.015/09.*
>
> *4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra a mesma vítima.*
>
> *5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apenamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.*
>
> *Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular o acórdão no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Tribunal." (STJ; HC 178051/SP; HABEAS CORPUS 2010/0121839-5; Relator: Ministro OG FERNANDES; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Publicação: DJe 05/10/2011; Data do Julgamento: 06/09/2011)*

Ainda cabe ressaltar a discussão quanto à aplicação da lei penal mais benéfica para a possibilidade de continuidade delitiva do crime de estupro.

Antes da nova legislação, a jurisprudência dominante em nossos Tribunais era no sentido de condenar os acusados pelos dois crimes em concurso material, não reconhecendo a continuidade delitiva na situação apontada no parágrafo anterior, sob o argumento de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor eram delitos de espécies diferentes, motivo pelo qual dever-se-ia afastar a aplicação do artigo 71.

Em decisões recentes, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal Reconheceram a continuidade delitiva nessas situações:

> *"1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que, após a Lei n.º 12.015/09 unificar em um único tipo penal as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, as condutas antes previstas nos arts. 213 e 214 do Código Penal devem ser compreendidas como delitos da mesma espécie.*
>
> *2. Em atenção ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica, essa legislação passou a incidir com relação às condenações anteriormente previstas nos artigos acima mencionados, de modo a afastar o concurso material e permitir o reconhecimento da continuidade delitiva entre esses ilícitos, desde que presentes os requisitos elencados no art. 71 do Código Penal (REsp 970.127/SP, 5.ª Turma, julgado em 07/04/2011).*
>
> *3. Assim, ressalvado o entendimento pessoal da Relatora, não se reconhece a incidência da regra relativa ao concurso material de crimes nas hipóteses em que restar comprovado que o agente praticou, contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático, atos de conjunção carnal e de atos libidinosos diversos." (...) (STJ; Resp 1208116/DF; Recurso Especial 2010/0159183-9; Relator: Ministra LAURITA VAZ; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: DJe 05/10/2011; Data do Julgamento: 06/09/2011)*

Apesar do entendimento majoritário admitindo a continuidade delitiva, alguns ministros ainda discordam, conforme HC 139.334 com relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

> *1. Embora a Lei 12.015/09 tenha reunido em um único artigo as condutas delitivas anteriormente previstas em tipos autônomos (estupro e atentado violento ao pudor, respectivamente, antigos arts. 213 e 214 do CPB), a prática das duas condutas, ainda que no mesmo contexto fático, deve ser individualmente punida, somando-se as penas.*
>
> *2. O art. 213 do CPB, após a alteração introduzida pela Lei 12.015/09, deve ser classificado como um tipo misto cumulativo, porquanto a prática de mais de uma conduta ali prevista, quando não representar ato libidinoso em progressão à prática de conjunção carnal, sem dúvida agrega maior desvalor ao fato.*
>
> *3. A cópula anal ou a felação, realizadas no mesmo contexto fático que a conjunção carnal, não podem ser consideradas como um desdobramento de um só crime, pois constituem atos libidinosos autônomos e independentes da conjunção carnal, havendo, na verdade, violação a preceitos primários diversos. ainda que previstos no mesmo tipo penal, é nítida a ausência de homogeneidade na forma de execução entre a conjunção carnal e o outro ato libidinoso de penetração, porquanto os elementos subjetivos e descritivos dos delitos em comento são diversos. Dest'arte, considerando-se autônomas as condutas e a forma de execução, forçoso o afastamento da continuidade delitiva.*

Entretanto, recentemente, quando do julgamento do *REsp. 970.127/SP*, na sessão do dia 07.04.2011, concluiu pela possibilidade de reconhecimento da

continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor por serem delitos da mesma espécie.

> *In casu, o acórdão transitou em julgado em 16.03.2009, antes de entrar em vigor a Lei 12.015/09 (10.08.2009). Portanto, a retroatividade dessa Lei deve ser apreciada primeiramente pelo Juízo da Execução, nos termos da Súmula 611 do STF, que assim dispõe: transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das Execuções a aplicação de lei mais benigna" (...) (STJ; HC 139.334/DF; Habeas Corpus 2009/0115779-3; Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: DJe 20/05/2011; Data do Julgamento: 03/05/2011)*

Assim, conforme vimos nos julgados, o STJ passou a ter um entendimento único, no sentido de admitir a continuidade delitiva, uma vez que a Sexta Turma já se pronunciava desta maneira. A repercussão dessa mudança no posicionamento da Quinta Turma do STJ foi, inclusive, noticiada no site deste egrégio Tribunal, conforme transcrição abaixo:

> *(...) "A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que é possível à figura do crime continuado entre estupro e atentado violento ao pudor – tipos penais tratados separadamente pelo Código Penal até 2009, quando foram reunidos num mesmo artigo sob a denominação geral de estupro. Com a decisão, o STJ passa a ter um entendimento unificado sobre o tema, pois a Sexta Turma já vinha se manifestando pela possibilidade do crime continuado – que significa que o réu é condenado à pena de um dos crimes cometidos em sequência, aumentada de um sexto a dois terços, em vez de suportar uma pena para cada crime." (...)2*

O Supremo Tribunal Federal também analisou o tema no HC 94.636 e, manifestou:

> *(...) "Embora o acórdão atacado esteja em harmonia com a jurisprudência anteriormente prevalecente do Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário, em 18.06.2009, no julgamento do HC 86.238 (rel. min. Cezar Peluso e rel. p/ o acórdão min. Ricardo Lewandowski), assentou a inadmissibilidade da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, por tratar-se de espécies diversas de crimes, destaco que, após esse julgado, sobreveio a Lei 12.015/2009, que, dentre outras inovações, deu nova redação ao art. 213 do Código Penal, unindo em um só dispositivo os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Com isso, desapareceu o óbice que impedia o reconhecimento da regra do crime continuado no caso. Em atenção ao direito constitucional à retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), seria o caso de admitir-se a continuidade delitiva pleiteada, porque presentes os seus requisitos (CP, art. 71), já os acórdãos proferidos pelo TJSP e pelo STJ indicam que os fatos atribuídos ao paciente foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Ocorre que tal matéria, até então, não foi apreciada, razão por que o seu exame, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, constituiria supressão de instância. Por outro lado, nada impede a concessão de habeas corpus de ofício, para conferir ao juízo da execução o enquadramento do caso ao novo cenário jurídico trazido*

> *pela Lei 12.015/2009, devendo, para tanto, proceder à nova dosimetria da pena, afastando o concurso material e aplicando a regra do crime continuado (CP, art. 71), o que, aliás, encontra respaldo tanto na Súmula 611 do STF, quanto no precedente firmado no julgamento do HC 102.355 (rel. min. Ayres Britto, DJe de 28.05.2010). Não conhecimento do writ e concessão de habeas corpus de ofício."(...) (STF; HC 94636/SP; Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Publicação: DJe 24/09/2010; Data do Julgamento: 31/08/2010)*

Assim observamos que a tendência da jurisprudência é seguir o entendimento de que, na hipótese das condutas do artigo 213 terem sido praticadas atendendo aos requisitos do artigo 71, deve-se admitir a continuidade delitiva. Essa é a posição majoritário no STF e no STJ. A maioria da doutrina também segue este entendimento, como é o caso de Paulo Queiroz e Guilherme Nucci.

Nestas situações, os réus condenados em concurso material pelo cometimento dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, anteriormente definidos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, poderão requerer a revisão de suas penas para minorar o tempo de condenação, pelo reconhecimento de continuidade delitiva entre os delitos, aplicando-se, assim, o princípio da retroatividade da lei penal para beneficiar os réus.

CONCLUSÃO

No presente trabalho observamos que a intenção do legislador foi a de modernizar os crimes sexuais de acordo com a evolução da sociedade, excluindo o ordenamento antiquado de acordo com a nova realidade social, protegendo a liberdade e o desenvolvimento sexual das pessoas. Ocorrendo de forma positiva a mudança do título penal

Pode-se observar que o aspecto mais importante da nova lei foi à fusão do crime de estupro e atentado violento ao pudor, fazendo surgir diversos debates com relação à possibilidade do concurso material entre as condutas descritas no tipo penal.

A redação dada ao novo art. 213, do CP, pela Lei 12.015/09, manteve a descrição da conduta anterior catalogada como estupro, mas acrescentou-lhe a descrição antes usada para tipificar o crime de atentado violento ao pudor, que com isso perdeu sua autonomia tipológica.

A unificação dos artigos fez surgir um tipo penal alternativo, visto que só existe uma conduta definida e que está caracterizada pelo verbo “constranger”. Para que seja considerado um tipo penal cumulativo seria necessário haver vários verbos definindo várias condutas.

Promovendo a fusão tipológica do atentado violento ao pudor com o crime de estupro, o legislador definiu uma incriminação unificada das condutas praticadas com violência ou grave ameaça contra a liberdade sexual.

O Crime de estupro agora tem um conceito ampliado, visto que a o artigo 214, do Código Penal foi revogado pela lei 12.015/09 e os atos libidinosos contidos no referido artigo foram incorporados no caput do artigo 213 e seus dois parágrafos.

O novo tipo penal deve ser classificado como estupro comum, para distingui-lo da nova figura do estupro de pessoa vulnerável, devendo este ser visto como um tipo penal especial de estupro. Há duas modalidades de estupro comum: a forma simples ou básica, as formas qualificadas pelo resultado prescritas nos parágrafos 1º e 2º, do art. 213, do CP.

Com o advento da Lei 12.015/09 o novo crime de estupro admite como sujeito passivo qualquer pessoa de ambos os sexos, diferente da antiga redação do mesmo artigo vigente na lei anterior que admitia apenas a mulher como sujeito passivo, mudando o ultrapassado conceito político jurídico.

A Lei 12.015/05 acrescentou mais uma qualificadora ao crime de estupro (art. 213, § 1°), que terá incidência quando “a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze) anos”. Esse reforço punitivo, em face da ação estupradora contra menores de 18 anos, tem como fundamento o princípio constitucional da proteção integral da adolescência.

Na visão da lei anterior, o sujeito que comete-se o delito de estupro e atentado violento ao pudor, poderia ser demandado em concurso material de crimes, hoje não como, haja vista as duas condutas estarem unidas em um único tipo penal.

As modalidades qualificadas, previstas nos parágrafos primeiro (quando a conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima for menor de 18 anos e maior de 14 anos) e segundo (quando da conduta resultar em morte) do artigo 213, firmam-se o entendimento que só poderá ocorrer a incidências destas formas qualificadas quando caracterizado o preterdolo, ou seja, quando resultar de uma consequência culposa do crime de estupro. Caso o agente haja com dolo nos dois momentos, responderá pelo concurso material de crimes.

A antiga presunção de violência foi substituída peã figura do vulnerável, a intenção do legislador foi de proteger a intangibilidade sexual dos menores de 14 anos e das pessoas que, por alguma razão, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Devido o novo crime de estupro ser uma norma penal mista alternativa, a doutrina majoritária é adeptas à posição de defesa a aplicação da lei penal mais benéfica aos acusados pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra uma mesma vítima e dentro de um mesmo contexto fático, aplicando-se somente uma única pena e afastando o concurso de crimes.

Conclui-se assim, que é evidente que a Lei 12.015/2009 modernizou o ordenamento jurídico penal com relação aos crimes sexuais. E como toda lei nova, recebeu várias críticas positivas e negativas, e diversas interpretações, o que originou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto que, aliás, ainda está longe de ser pacificado quanto aos assuntos mais polêmicos, como em quais situações será aplicado o princípio da lei penal mais benéfica, se os crimes de estupro ou estupro de vulnerável serão considerados tipos penais mistos cumulativos ou alternativos.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 de abril 2013.

DELMANTO, Celso. Código Penal anotado. São Paulo: Renovar, 2008.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado.** 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Alessandra Orcesi; Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Uma Interpretação de Duvidosa Dignidade**. Disponível em:<http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf> . Acesso em: 02 de fevereiro de 2013.

GRECO, Rogério. **Adendo Lei 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.** Niterói: Editora Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial (arts. 155 a 249 do CP).** Vol. 3. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial** Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial** Vol.3. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009