

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS
FACULDADE DE DIREITO**

BACHARELADO EM DIREITO

SANDRA HELENA GONÇALVES DE SOUZA

**REVOGAÇÃO DO ARTIGO 214 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO:
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

JUIZ DE FORA

2010

UNIPAC

SANDRA HELENA GONÇALVES DE SOUZA

SANDRA HELENA GONÇALVES DE SOUZA

**REVOGAÇÃO DO ARTIGO 214 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO:
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Monografia apresentada no curso de Direito da
Universidade Presidente Antonio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para
conclusão de curso.

Orientador: Professor Besnier Chiaini Villar

JUIZ DE FORA

2010

Sandra Helena Gonçalves de Souza

**REVOGAÇÃO DO ARTIGO 214 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO:
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Besnier Chiaini Villar

Professor Fábio Monteiro de Andrade

Professor Marcelo Piragibe

Aprovada em ____/____/____

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por me guiar e abençoar durante a realização do curso. Agradeço minha família João Edson, Rodrigo e Juliana pelo incentivo e compreensão. Agradeço meus pais, João e Madalena pelo apoio incondicional. Às minhas irmãs Marlene e Joalice, pela ajuda em todos os momentos. Aos professores valiosos ensinamentos. Ao meu orientador professor Besnier Chiaini Villar pela dedicação. Aos colegas de curso pela amizade e companheirismo.

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Couture

RESUMO

Este trabalho se propõe a ser um breve estudo sobre a alteração que a Lei 12.015/09 trouxe ao Código Penal, no que diz respeito à revogação do artigo 214 e nova redação do artigo 213, reunindo a conduta do crime de atentado violento ao pudor à conduta do crime de estupro. Tal alteração possibilitou a aplicação da Lei de forma retroativa para beneficiar o réu em alguns casos, atendendo ao que foi determinado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XL: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

PALAVRAS- CHAVES: Retroatividade da Lei Penal, estupro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DA TUTELA PENAL	9
2 A LEI PENAL NO TEMPO	13
2.1 Princípios da lei penal no tempo	14
2.1.1 <i>novatio legis</i> incriminadora	15
2.1.2 <i>abolitio criminis</i>	15
2.1.3 <i>novatio legis in pejus</i>	16
2.1.4 <i>novatio legis in melius</i>	16
2.2 Lei intermediária	17
2.3 Lei interpretativa	17
2.4 Conjugação de leis	18
3 COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA	20
4 ALTERAÇÕES DETERMINADAS PELA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009	22
4.1 Revogação do artigo 214 do Código Penal	23
4.2 Estupro	24
5 APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA	27
6 APRESENTAÇÃO DE CASOS	30
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e determina a prevalência dos direitos humanos em todas as suas relações, ficou evidente o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a igualdade.

Surgiu, então, uma forma de entendimento do processo penal adequada à realidade constitucional. A Constituição Federal no título dos Direitos e Garantias Fundamentais trouxe garantias processuais e procedimentais atribuídas essencialmente ao réu, dentre elas a garantia de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Assim, a Lei Penal que de qualquer forma beneficiar o réu deverá ser aplicada, retroativamente.

A Lei Federal 12.015, de 07 de agosto de 2009, que modificou alguns diplomas legais, entre eles o Código Penal, visando tornar mais rigorosa a legislação, permitiu que, na prática, em alguns casos, o réu obtivesse o abrandamento da pena a ele imposta. Isto foi possível porque a referida lei revogou o artigo 214 e instituiu nova redação ao artigo 213, ambos do Código Penal, reunindo a conduta do crime de atentado violento ao pudor à conduta do crime de estupro.

Diante disto, surgiu o interesse de realizar um breve estudo sobre o assunto, visto que se trata de um assunto recente dentro do Direito Penal, inclusive existindo poucas publicações sobre o tema.

Neste trabalho serão apresentados alguns conceitos e posições doutrinárias referentes à lei penal no tempo e sua aplicação para beneficiar o réu, bem como a possibilidade de aplicação retroativa da Lei 12.015/09.

Ao final, serão apresentados três casos, nos quais houve a retroatividade da referida lei para abrandar a pena aplicada ao réu.

Este breve estudo não se propõe a ser uma referência no assunto, pelo contrário, muitas indagações persistem e devem ainda ser discutidas, tanto no meio jurídico como em outros segmentos da sociedade.

1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DA TUTELA PENAL

A ciência do processo penal brasileiro inicia o século XXI com pelo menos uma grande pretensão de certeza: a de que não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional.

Com a Constituição de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, rompeu-se um paradigma da maior relevância para o sistema jurídico. O novo modelo de Estado impõe uma nova forma de produção do direito e, acima de tudo, uma nova postura do operador jurídico, pois a junção transformadora e promovedora que o Direito passa a desempenhar tem uma eficácia pendente da atuação daquele. Há um claro objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a igualdade. Esse Estado tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e determina a prevalência dos direitos humanos em todas as suas relações.

Esses preceitos constitucionais estruturantes revelam que o processo penal se volta para a tutela dos direitos fundamentais, tanto os potenciais, que se encontram sob a proteção das normas penais incriminadoras, quanto os individualizados, que se consubstanciam como garantias concretas do acusado. Além do compromisso ético com a tutela os direitos fundamentais, é preciso frisar sempre que o processo penal moderno se desenvolve consagrando a dignidade da pessoa humana. “O objeto primordial da tutela não será somente a salvaguarda dos interesses da coletividade, mas também a tutela da liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetiva parte do processo.”¹

Não se pode esquecer que os arquivos da justiça criminal guardam na memória as atrocidades cometidas no passado, em nome do direito de punir. O tratamento como objeto de investigação, em detrimento do reconhecimento como sujeito de direito, a tortura empreendida para obter a confissão e as execuções bárbaras, que transformavam as penas de morte e corporal em verdadeiros espetáculos públicos, retrata, com fidelidade, o período no qual o poder era exercido sem legitimidade e à revelia da dignidade humana.

¹ LOPES JR, 2006. Pág. 40

O processo penal moderno, no entanto, constitui-se como expressão do poder jurisdicional, uma das funções soberanas do Estado. Para que possa ser exercido com legitimidade, o processo penal deve obrigatoriamente reconhecer a pessoa humana como sede de valor intransponível.

O processo penal é uma das expressões mais típicas do grau de cultura alcançado por um povo no curso da sua história, e os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos da política estatal em geral. Nessa linha, uma Constituição Democrática deve orientar a democratização substancial do processo penal, e isso demonstra uma transição do direito passado ao direito futuro. Num Estado Democrático de Direito, não podemos tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado-policial, pois o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa.²

Segundo Aury Lopes Junior, o processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se uma democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente.

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdade individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos.³

Ainda segundo Lopes Junior, com a democratização substancial da justiça, clama-se por um modelo de justiça garantista ou garantismo penal, que consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os

² Idem.

³ Idem. Pág. 38.

valores, os bens e os interesses que fundam e justificam a existência do direito e do Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia⁴.

Este trabalho especifica seu objeto a partir da estrutura constitucional das diversas instituições jurídicas contidas na Constituição de 1988, que permite a construção de um processo penal adequado à realidade constitucional do Estado Democrático de Direito, ali constituído, visando promover a realização das liberdades positivas por meio de estruturas institucionais, como é o caso específico do Ministério Público (art. 127 e art. 129) e da Defensoria Pública (art. 134), e, também, reconhecendo a existência de direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado e das respectivas garantias processuais para o exercício de sua proteção (art. 5º, 6º e 7º).

A Constituição Federal, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, traz garantias processuais e procedimentais atribuídas essencialmente ao réu, no que diz respeito ao processo de natureza penal, das quais são exemplos:

Art. 5º ...

XXXVII – não haverá júízo ou tribunal de exceção;

...

XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

...

XL – A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

...

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

...

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

...

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Neste trabalho, a garantia constitucional a ser observada é a da retroatividade da lei penal para beneficiar o réu, também determinada no Código Penal, quando trata da lei penal no tempo. O artigo 2º do Código Penal, parágrafo único, afirma que “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.” Também quando estabelece que a extinção da

⁴ Idem. Pág. 46

punibilidade pode dar-se pela retroatividade de lei que não mais considere o fato praticado como crime, conforme o artigo 107:

Artigo 107: Extingue-se a punibilidade:

...

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso.

2 A LEI PENAL NO TEMPO

De acordo com o princípio *Tempus regit actum*, a lei rege, em geral, os fatos praticados durante sua vigência. Não pode, em tese, alcançar fatos ocorridos em período anterior ao início de sua vigência e nem ser aplicada àqueles ocorridos após sua revogação. Entretanto, como já vimos, por disposição expressa do próprio diploma legal, é possível a ocorrência da retroatividade ou da ultratividade da lei.

Denomina-se retroatividade o fenômeno pelo qual uma norma jurídica é aplicada a fato ocorrido antes do início da sua vigência e ultratividade a aplicação da norma jurídica após sua revogação.

Em tema de aplicação da lei penal quanto ao tempo, vigora o princípio *Tempus regit actum* que se harmoniza com a garantia da reserva legal. Assim, no caso da ocorrência de um fato criminoso sob a vigência de determinada lei penal, nenhuma questão surgirá se for objeto de sentença e se esta for executada enquanto essa norma jurídica estiver em vigor. Entretanto, praticada a conduta durante a vigência da lei penal, posteriormente modificada por novos preceitos, surge um conflito de leis penais no tempo se ainda não se esgotaram as consequências jurídicas da prática dessa infração penal. São os casos, por exemplo, da prática de um delito em que a ação ocorre durante a vigência de uma lei e a consumação se dá sob o império de outra; do crime ocorrido durante a vigência de uma norma, sendo o fato julgado após a sua revogação; da execução de sentença condenatória proferida durante a vigência de lei anterior revogada, etc. Devem-se fixar, pois, os princípios que devem ser obedecidos quando do surgimento desses conflitos de leis penais no que se refere a sua aplicação no tempo.

2.1 Princípios da lei penal no tempo

Pelo princípio da anterioridade da lei penal (artigo 1º do Código Penal), está estabelecido que não há crime ou pena sem lei anterior, o que configura a regra geral da irretroatividade da lei penal. Por um lado, esse princípio, todavia, somente se aplica à lei mais severa que a anterior, pois a lei nova mais benigna (*lex mitior*) vai alcançar o fato praticado antes do início da sua vigência, ocorrendo assim, a retroatividade da lei mais benigna. Por outro lado, ainda de acordo com o princípio estabelecido na Constituição Federal (artigo 5º, XL), entrando em vigor lei mais severa que a anterior (*lex gravior*), não vai alcançar o fato praticado anteriormente. Nessa hipótese, continua a ser aplicada a lei anterior, mesmo após a sua revogação, em decorrência do princípio da ultratividade da lei mais benigna.

Nesse sentido, foi promulgada pelo Decreto 678, de 06/11/1982, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica), ocorrida em 1969. A qual afirma em seu artigo 9º, tais princípios:

“Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.”⁵

Em resumo, havendo conflito de leis penais com o surgimento de novos preceitos jurídicos após a prática do fato delituoso, será aplicada sempre a lei mais favorável. Isso significa que a lei penal mais benigna tem extratividade (é retroativa e ultrativa) e, a *contrario sensu*, a lei penal mais severa não tem extratividade (não é retroativa nem ultrativa).

É o que se verifica com a solução legal das hipóteses de conflitos de leis penais no tempo: *novatio legis* incriminadora; *abolitio criminis*; *novatio legis in pejus*; e *novatio legis in melius*.

⁵ MIRABETE. 2006. Pág. 41

2.1.1 *novatio legis* incriminadora

A primeira hipótese trata da lei nova que torna típico o fato anteriormente não incriminado. Evidentemente, a lei nova não pode ser aplicada diante do princípio da anterioridade da lei penal prevista no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal. Nessa hipótese, a lei penal é irretroativa.

2.1.2 *abolitio criminis*

Ocorre quando a lei nova já não incrimina fato que anteriormente era considerado como ilícito penal. Trata-se do princípio da retroatividade da lei mais benigna. A nova lei, que se presume ser mais perfeita que a anterior, demonstrando não haver mais, por parte do Estado, interesse na punição do autor de determinado fato, retroage para alcançá-lo. Assim, não podem mais ser responsabilizados penalmente por fato ilícito praticado anteriormente à vigência da nova lei.

Expressamente, o disposto no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, alcança também os fatos definitivamente julgados, ou seja, a execução da sentença condenatória e todos os efeitos penais dessa decisão. Ocorrerá a extinção da punibilidade e o sentenciado será colocado em liberdade se estiver cumprindo pena, voltará à condição de primário, não estará mais submetido ao sursis ou ao livramento condicional, etc.

Pela *abolitio criminis* se fazem desaparecer o delito e todos seus reflexos penais, permanecendo apenas os civis. Nesta parte, a sentença condenatória transitada em julgado, sem embargo da *abolitio criminis* torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (artigo 91, I, do Código Penal), porque já ficou reconhecida em juízo a ocorrência do fato e estabelecida a sua autoria. O fato já não é mais crime, mas um ilícito civil que obriga à reparação do dano.

2.1.3 *novatio legis in pejus*

A terceira hipótese refere-se à nova lei mais severa que a anterior. Vig, no caso, o princípio da irretroatividade da lei penal previsto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal. Nessa situação estão as leis posteriores em que se comina pena mais grave em qualidade (reclusão em vez de detenção, por exemplo), ou quantidade (de dois a oito anos em vez de um a quatro anos, por exemplo); se acrescentam circunstâncias qualificadoras ou agravantes não previstas anteriormente; se eliminam atenuantes ou causas de extinção de punibilidade; se exigem mais requisitos para a concessão de benefícios, etc.

2.1.4 *novatio legis in melius*

A última hipótese é a da lei nova mais favorável que a anterior. Além da *abolitio criminis*, a lei nova pode favorecer o agente de várias maneiras.

Regula o assunto o artigo 2º, parágrafo único, com a seguinte redação: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores e, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Refere-se o artigo citado aos dispositivos da lei nova que, ainda incriminando o fato, cominam penas menos rigorosas, em qualidade ou quantidade, ou favorecem o agente de outra forma, acrescentando circunstância atenuante não prevista, eliminando agravante anteriormente prevista, prevendo a suspensão condicional com maior amplitude, estabelecendo novos casos de extinção da punibilidade, reduzindo os requisitos para a concessão de benefícios, etc. Até mesmo a regra que trata de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos admite a aplicação retroativa.

Ainda que se esteja procedendo à execução da sentença, aplica-se a lei nova, quer comine pena menos rigorosa, quer favoreça o agente de outra forma, pois nos termos do novo texto, prevalece a *lex mitior* que, de qualquer modo, favorece o agente, sem nenhuma limitação.

A Constituição Federal parece restringir o princípio ao permitir a retroatividade da lei apenas para “beneficiar o réu”, excluindo assim o condenado. A palavra réu, em seu sentido estrito, designa a pessoa que está sendo acusada no processo penal condenatório, mas numa interpretação extensiva obrigatória quando se interpretam os dispositivos referentes aos direitos individuais na Constituição, deve ela abranger, também, aquele que está sendo submetido à execução da pena ou à medida de segurança. O processo de execução nada mais é do que a última etapa do processo condenatório. Assim, também é réu, em sentido amplo, aquele que é sujeito passivo na execução penal.

2.2 Lei intermediária

No caso de vigência de três leis sucessivas, deve-se ressaltar que sempre será aplicada a lei mais benéfica, entre elas: a posterior será retroativa quanto às anteriores e a antiga será ultrativa em relação àquelas que a sucedem. Se, entre as leis que se sucedem, surge uma intermediária mais benigna, embora não seja nem a do tempo do crime e nem a do tempo em que a lei vai ser aplicada, essa lei intermediária mais benéfica deve ser aplicada.

2.3 Lei interpretativa

É a lei que explica ou esclarece o sentido de uma lei anterior. Sendo considerada uma lei supletiva.

Quanto à possibilidade de retroação da lei interpretativa, para Fernando Capez, existem duas posições:

A primeira de Nelson Hungria, que afirma que: “nem mesmo as leis destinadas a explicar ponto duvidoso de outras leis, ou a corrigir equívocos de que estas se ressintam, podem retroagir em desfavor do réu”⁶.

A segunda posição é a de José Frederico Marques: “a interpretação autêntica, além de se incorporar à lei interpretada, nada cria ou inova. Por isso mesmo tem de ser aplicada *ex tunc*, em face das regras da hermenêutica penal, pois que esta não difere da interpretação das leis extrapenais.”⁷

Fernando Capez, que concorda com a segunda posição afirma que:

Entendemos que a lei que aclara ponto duvidoso de norma anterior não cria nova situação, não havendo que se falar em inovação em prejuízo do acusado. Ao contrário, a lei interpretativa limita-se a estabelecer o correto entendimento e o exato alcance da regra anterior, que já deveriam estar sendo aplicados desde o início de sua vigência. Assim, parece mais acertada a segunda posição.⁸

2.4 Conjugação de leis

Entende-se que somente diante do caso concreto e com a aplicação hipotética das duas leis em confronto, poderá apurar a mais favorável entre aquelas apresentadas ao intérprete.

Alguns doutrinadores entendem que, na hipótese da lei nova favorecer o agente em um aspecto e prejudicá-lo em outro, deverá ser aplicada apenas uma lei, a que favorece o agente. Pois se assim não fosse, o julgador estaria legislando ao conjugar duas leis.

⁶ CAPEZ. 2006. Pág. 59

⁷ Idem. Ibidem.

⁸ Idem. Pág. 60.

Segundo Capez “entendemos não ser possível a combinação de leis, uma vez que, ao dividir a norma para aplicar somente a parte mais benéfica, estar-se-ia criando uma terceira regra.”⁹

Para outros doutrinadores, tais como Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso, conforme citados por Capez, também entendem não ser possível a combinação de lei anterior e posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais benignas ao agente, porque, nesse caso, o juiz estaria legislando.¹⁰

Em sentido contrário, outros entendem que a melhor solução é a de que pode haver combinação das duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. Para Julio Fabbrini Mirabete:

“A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo de outra lei, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior. Apesar das críticas, de que não é permitida ao julgador a aplicação de uma terceira lei (formada por partes de duas), a conjugação afigura-se a mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de se aplique sempre a norma mais favorável. Se lhe está afeto escolher o todo para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobre pairar a pruridos de Lógica Formal.”¹¹

Também nesse sentido, outros doutrinadores como Basileu Garcia e Damásio E. de Jesus admitem a combinação das leis, sob o argumento de que o juiz, ao realizá-la, não estará criando nova lei, mas apenas efetuando uma integração normativa perfeitamente possível (quem pode aplicar o todo pode aplicar a parte)¹².

⁹ Idem. Pág. 57.

¹⁰ Idem. Ibidem.

¹¹ MIRABETE. 2006. Pág. 51

¹² CAPEZ. Op.cit. pág. 58

3 COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

Se o processo estiver em primeira instância, a competência para aplicar a lei mais benéfica será do juiz de primeiro grau encarregado de prolatar a sentença.

Se o processo estiver sob recurso, recairá sobre o tribunal incumbido de julgar o recurso.

Após a sentença condenatória transitada em julgado a aplicação da *novatio legis in melius* é competência do juízo da execução e não do tribunal competente, mediante revisão criminal, de acordo com o artigo 66, I, da Lei de Execução Penal:

Artigo 66: Compete ao juiz da execução:

I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

E também de acordo com o artigo 13 da lei de Introdução ao Código de Processo Penal:

Artigo 13: A aplicação da lei nova a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível, nos casos previstos no art. 2º e seu parágrafo, do Código Penal, far-se-á mediante despacho do juiz, de ofício, ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público.

Trata-se de matéria de competência do juízo das execuções porque, além dos dispositivos legais, a aplicação de lei mais benéfica não se enquadra no rol das hipóteses autorizadas da revisão criminal elencadas no artigo 621 do Código de Processo Penal:

Artigo 621: A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II- quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III- quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstancia que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Com base nestes argumentos, foi editada a Súmula 611 pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a competência é mesmo do juízo da execução, sendo a revisão criminal meio inadequado para pleitear-se a aplicação da lei nova mais benigna: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.”

Não há que se falar em ofensa à coisa julgada, pois esta, no juízo penal, opera com a cláusula *rebus sic stantibus* (a decisão permanecerá imutável, enquanto o contexto fático se mantiver inalterado). Havendo alteração posterior, caberá ao juiz da execução simplesmente adaptar a decisão à nova realidade.

4 ALTERAÇÕES DETERMINADAS PELA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009

Conforme Guilherme Nucci, há muito se sustentava a inadequação da anterior nomenclatura “dos crimes contra os costumes”, baseada em antiquados modelos de observação comportamental da sexualidade na sociedade em geral, pois tais costumes não apresentavam mecanismos propícios para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude e nem mesmo para encontrar apoio e harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos da atualidade.¹³

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época da edição do Código Penal, em 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988.

Muitas das recentes modificações inseridas por essa lei decorreram de questões jurídicas amplamente debatidas na doutrina e na jurisprudência, que ora foram incorporadas no Código Penal pelo legislador.

A lei 12.015/09 alterou, substancialmente, o Título VI do Código Penal, intitulando-o “DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”, modernizando o cenário dos delitos sexuais e introduzindo novos tipos incriminadores, promovendo a unificação de tipos antigos e modificando normas em geral.

Houve, ainda, a revogação da Lei 2.252, de 1º de julho de 1954, inserindo-se o conteúdo do crime de corrupção de menores no art. 244-B da Lei 8.069-90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A redação do artigo 1º da lei 8.072/90 (Crimes Hediondos) foi corrigida, eliminando-se, assim, a controvérsia existente a respeito de serem ou não hediondas as formas simples do estupro e do atentado violento ao pudor. Ficando clara a hediondez do estupro (que agora abrange o atentado violento ao pudor) nas formas simples e qualificadas.

Para Nucci, a alteração do Título VI foi positiva, pois dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao

¹³ NUCCI. 2009. Pág. 11

termo sexual insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia.

Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (artigo 5º, X CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. Do mesmo modo, volta-se particular atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com mais zelo ainda, do menor de 14 anos. A dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) envolve, por óbvio, a dignidade sexual.¹⁴

Muitas foram as importantes alterações trazidas pela Lei 12.015/09, visando tornar a legislação penal mais rigorosa, atendendo, assim, aos anseios da sociedade, principalmente quanto à maior penalização dos crimes relacionados à pedofilia, quando no artigo 217-A, trata do estupro de vulnerável, por exemplo.

Porém, o objetivo deste trabalho é baseado na alteração do artigo 213 e a revogação do artigo 214 do Código Penal, motivo pelo qual, doravante, será limitado a estas alterações.

4.1 Revogação do artigo 214 do Código Penal

O delito de atentado violento ao pudor, previsto na antiga redação do art. 214 do Código Penal, não restou abolido de nosso ordenamento jurídico, não constituindo hipótese de *abolitio criminis*, mas apenas e tão somente a alteração do *nomen juris* da infração.

Sobre o tema, assim destacou o professor Guilherme de Souza Nucci:

¹⁴ Idem. Pág. 14.

Confronto com a edição de lei penal mais benéfica (*novatio legis in melius*): por vezes, o legislador prefere alterar determinado tipo penal incriminador, variando a descrição da conduta, de forma a excluir certas maneiras de execução, bem como modificando a sanção penal, conferindo-lhe abrandamento ou concedendo-lhe benefícios penais antes inexistentes. Assim, mantêm-se a figura delitiva, embora com outra face. Quando isso acontece, não se trata de abolição do crime, mas apenas de modificação benéfica da lei penal.¹⁵

4.2 Estupro

Antes da Lei 12.015/09	Após a Lei 12.015/09
TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES Capítulo I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL	TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL Capítulo I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL
Estupro Artigo 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.	Estupro Artigo 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

¹⁵ NUCCI. 2007. Pág. 58.

Para Guilherme Nucci a alteração da redação do artigo 213, conferiu-lhe modernidade e adequação à realidade atual. Pois, para ele:

Há tempos, defendia-se ser viável o estupro ser considerado como crime comum, vale dizer, tanto pode ser cometido pelo homem contra mulher, como também pela mulher contra o homem. Tal situação foi corrigida pela nova redação do artigo 213. Aliás, o legislador foi além, unificando os crimes similares estupro e atentado violento ao pudor sob uma única denominação e com descrição da conduta típica em único artigo. Denomina-se estupro toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo por óbvio a conjunção carnal.¹⁶

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como o sujeito passivo. O elemento subjetivo do tipo permanece o mesmo, vale dizer, é o dolo, não se punindo a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo específico, consistente em obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, satisfazendo a lascívia.

O crime passa a ser comum (pode ser cometido por qualquer pessoa) e forma livre (pode ser cometido tanto por conjunção carnal, como por qualquer outro ato libidinoso). Continua a ser material (demanda resultado naturalístico, consistindo no efetivo tolhimento à liberdade sexual); comissivo (os verbos do tipo indicam ação); instantâneo (o resultado se dá de maneira definida no tempo); de dano (a consumação demanda lesão ao bem tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurisubsistente (é praticado em vários atos).

A unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor faz desaparecer, por completo, qualquer referência à honestidade ou ao recato sexual da vítima. Pouco importa como age o ofendido nesse cenário, podendo ser prostituta ou garoto de programa.

Para Nucci, o concurso de crimes altera-se substancialmente. Não há mais a possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima à com ele manter conjunção carnal e outro ato libidinoso comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro.

¹⁶ NUCCI. 2009. Pág. 15-16

Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima¹⁷.

A alteração no artigo 1º, V, da lei 8.072/90, foi significativa para terminar com a anterior discussão a respeito da hediondez do delito de estupro na forma simples. Confirma-se posição majoritária da jurisprudência: o estupro, em qualquer de suas modalidades, é crime hediondo.

A modificação trazida no tipo penal do estupro elimina a exigência do contato físico para a sua configuração. Afinal, menciona-se a conjunção carnal (esta, sim, física) ou outro ato libidinoso. Ora, ato de satisfação da libido ou desejo sexual pode ser variado. Exemplificando, se alguém, mediante ameaça com arma de fogo, obriga a vítima a despir-se na sua frente, o que lhe confere prazer sexual, naturalmente está cometendo estupro consumado. Conforme o objetivo do agente, ou seja, se pretender manter conjunção carnal é óbvio, que o ato de se despir configura mera tentativa de estupro, Porém, a análise do *iter criminis* deve ser feita concretamente.

A unificação do atentado violento ao pudor e do estupro continuará propiciando o confronto com a contravenção penal do artigo 61 (importunação ofensiva ao pudor). Esse tipo penal encontra-se assim redigido: “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”, punível somente com multa. Portanto, atos de pouca importância, ainda que ofensivos ao pudor, não devem ser classificados como estupro (ou tentativa de estupro), comportando tipificação no cenário da contravenção.

¹⁷ Idem. Pág. 18-19

5 APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

Como já foi visto neste trabalho, constitui garantia fundamental a aplicação da lei penal benéfica de forma retroativa, nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

Com a unificação de condutas criminosas, referentes aos anteriores estupro e atentado violento do pudor, sob um mesmo tipo penal alternativo 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: o estupro (artigo 213, Código Penal). Para Guilherme Nucci, é pacífico o entendimento em relação aos tipos alternativos: a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, quando expostas as práticas num mesmo cenário, mormente contra idêntica vítima, resulta na concretização de uma só infração penal¹⁸.

Ainda de acordo com Nucci, antes quando havia dois tipos penais distintos (artigos 213 e 214 do Código Penal), o cometimento de ambas as condutas, embora no mesmo cenário e contra a mesma vítima, permitia a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação da pena. Tratava-se do cometimento de duas infrações penais, porém, voltava-se o magistrado para a avaliação do concurso de crimes. Poderia ocorrer, conforme a situação concreta, concurso material, concurso formal ou crime continuado. Na maior parte dos casos, situava-se a jurisprudência entre o concurso material e crime continuado. Os adeptos desta última tese sustentavam a existência de crimes da mesma espécie, nos termos do artigo 71 do Código Penal:

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

¹⁸ Idem. Pág. 63

Enquanto os que defendiam a tese de concurso material apoiavam-se na idéia de que as condutas estavam inseridas em tipos separados, logo, não seriam da mesma espécie, aplicando o disposto no artigo 69 do Código Penal:

Artigo 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 incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Os tribunais pendiam para a posição segundo a qual a prática de estupro e atentado violento ao pudor implicava em concurso material, por se tratarem de diferentes tipos penais. Assim considerando, aplicava-se o mínimo de doze anos de reclusão quando ambos eram cometidos.

Com a revogação do artigo 214, não há mais atentado violento ao pudor como crime autônomo. A conduta tornou-se modalidade de estupro, embora não tenha havido descriminalização. Portanto, com a alteração trazida pela lei 12.015/09, com norma penal benéfica, visto que, hoje, quem cometa a conjunção carnal e outro ato libidinoso qualquer contra a mesma vítima, no mesmo cenário, pratica um delito de estupro, cuja pena mínima é de seis anos de reclusão.

Pode-se considerar benéfica a alteração da lei. Se antes havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes (embora do mesmo nível), atualmente existe um único crime, em formato alternativo. Segundo Nucci:

Inexiste palco para considerar necessária a aplicação de concurso de crimes. Nem mais é preciso debater se estupro e atentado violento ao pudor são delitos da mesma espécie. Cessou o concurso de infrações penais; exterminou-se o atentado violento ao pudor. Subsiste apenas o crime de estupro: duas condutas alternativas e uma sanção penal variável entre seis e dez anos de reclusão¹⁹.

¹⁹ Idem. Pág. 65

Ainda, citando Guilherme de Souza Nucci, a aplicação retroativa da Lei 12.015/09 deve operar-se imediatamente, abrangendo inquéritos, processos em andamento e processos em fase de execução.

No primeiro estágio, cuida-se de desenvolver uma imputação de crime único, embora possa existir a descrição dos fatos de maneira distinta, contendo a denúncia ou queixa somente a figura do artigo 213. No segundo estágio, cabe ao magistrado, se for o caso, condenar o réu, provada uma ou as duas condutas, a um só delito de estupro, mensurando, naturalmente, a pena da maneira mais apropriada possível. Nesse campo, ingressa o princípio constitucional da individualização da pena, vale dizer, o cometimento de violência sexual consistente em conjunção carnal resulta no mínimo de seis anos; a prática de violência sexual lastreada em conjunção carnal associada a um ou mais atos libidinosos constitui cenário diferenciado. Portanto, valendo-se do disposto no artigo 59 do Código Penal, é incabível a fixação de apenas seis anos. A pena mínima não se justifica diante da multiplicidade de condutas sexuais violentas contra determinada vítima. Porém, isso não significa ser viável a condenação por dois delitos a um mínimo de doze anos, algo que restou no passado. Na terceira fase, cabe ao tribunal, em grau de apelação, rever a pena, unificando os delitos em estupro. Aplicando a pena que julgar justa. Nessa hipótese, possuindo competência para rever a pena em benefício do réu e autorização constitucional para aplicar a lei penal mais benéfica inexistente supressão de instância.

20

Os Tribunais Superiores não podem, segundo o autor citado, aplicar a lei mais benéfica com o intuito de rever a pena, caso o processo esteja em estágio de recurso, pois haveria supressão de instância. Contudo, se o conteúdo do recurso for referente à aplicação da pena, é viável que os Tribunais unifiquem a pena.

²⁰ Idem. Pág. 65-66.

6 APRESENTAÇÃO DE CASOS

Nesta parte analisaremos três casos onde os sentenciados foram visivelmente beneficiados com a aplicação retroativa da Lei 12.015/09.

Este primeiro caso em análise foi pesquisado junto à Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora- MG, prontuário número 145.07.399.553-5 do sentenciado RLC.

O processo transcorreu na Terceira Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, e o sentenciado foi condenado, em maio de 2007, a quinze anos e dez meses de reclusão, em regime fechado, pelos crimes praticado em dezembro de 1999, considerados hediondos e assim enquadrados:

Art. 213 – DL 2848/40: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos

Art. 214 – DL 2848/40: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos

Art. 226 – DL 2848/40: A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.

Em novembro de 2009, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais peticionou junto ao Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora, requerendo a aplicação da lei penal mais benéfica e conseqüente progressão para o regime semiaberto com direito a saídas temporárias e a ilustre defensora assim argumentou:

... a Lei 12.015/2009 reuniu as respectivas condutas típicas do estupro e atentado violento ao pudor no mesmo tipo penal (artigo 213 do código penal) pelo que

passaram a configurar crime único quando praticados no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, o que enseja a aplicação de pena única.²¹

Citou, ainda, o entendimento da abalizada doutrina de Rogério Sanches Cunha:

Com a Lei 12.015/2009 o crime de estupro passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado. Praticando o agente mais de um núcleo, dentro do mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade da análise do art. 59 do Código Penal). A mudança é benéfica para o acusado, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal). Em todos os casos concretos em que o juiz (ou o tribunal) reconheceu qualquer tipo de concurso de crimes (formal, material ou crime continuado) cabe agora a revisão judicial para adequar as penas, visto que doravante já não existe distinção tipológica entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Cuida-se doravante de crime único (cabendo ao juiz, no caso da multiplicidade de atos, fazer a adequada dosagem da pena). (in Comentário à Reforma Criminal de 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 36/37)²²

O Ministério Público emitiu parecer favorável à revisão da pena aplicada, como mostra o último parágrafo do referido parecer:

... opina o órgão ministerial no sentido de se proceder à revisão da pena aplicada ao sentenciado na ação penal, desconsiderando-se o concurso material entre o atentado violento ao pudor e o estupro de modo a se declarar a figura do crime continuado (incidência da majoração de um sexto e dois terços a que se refere o artigo 71 do Código Penal), juntando-se novo levantamento de penas.²³

Na sentença, o Meritíssimo Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais, após as fundamentações necessárias, determinou:

Em obediência ao artigo 66 inciso I da Lei de Execuções Penais, que estabelece a competência do juiz da execução para aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado, determino que seja excluída da condenação a pena correspondente ao delito do artigo 214 e de acordo com o artigo 71 do Código penal, que seja majorada em um sexto a pena base fixada pelo juízo da condenação para o crime de estupro.²⁴

²¹ Processo nº 145.07.399.553-5. Pág. 230.

²² Idem. Pág. 231.

²³ Idem. Pág. 249.

²⁴ Idem. Pág. 250-251.

Após o cumprimento da sentença, a pena foi reduzida para sete anos, quatro meses e vinte dias. No quadro abaixo, pode-se observar que as datas previstas para concessão de benefícios e cumprimento de pena, foram alteradas, muito beneficiando o sentenciado:

Levantamento de Penas	Inicial	Após a Lei 12.015/09
Estágio para Progressão de Regime	13/04/2023	05/04/2008
Estágio para Livramento Condicional	03/08/2018	12/02/2013
Cumprimento de Pena	11/03/2026	01/05/2017

Como visto, o sentenciado foi beneficiado com a aplicação retroativa da Lei 12.015/09, preenchendo os requisitos objetivos para a concessão da progressão de regime para o regime semiaberto, com direito a saídas temporárias.

O segundo caso a ser abordado, também foi pesquisado junto à Vara de Execuções Criminais da Comarca de Juiz de Fora, prontuário número 145.08.463.883-5, do sentenciado GCS.

No processo que tramitou na Quarta Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, o sentenciado foi condenado a um total de dezoito anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, pelos crimes praticados em janeiro de 2007. Sendo: cinco anos e quatro meses de reclusão referente a crime contra o patrimônio; sete anos e onze meses de reclusão referente ao delito de estupro e cinco anos e um mês de reclusão referente ao delito de atentado violento ao pudor.

Em outubro de 2009, o defensor do sentenciado peticionou junto à Vara de Execuções Criminais requerendo a aplicação da Lei Federal nº 12.015 de 07/08/2009 mais benéfica.

O Ministério Público emitiu parecer favorável à pretensão conforme se verifica no último parágrafo do referido parecer:

... opina o órgão ministerial no sentido de se proceder à revisão da pena do sentenciado, partindo-se da sanção de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão aplicada ao crime contra o patrimônio, à qual serão acrescentados os 07 (sete) anos e 11 (onze) meses cominados ao delito de estupro, incidindo-se sobre este *quantum* (07 anos e 11 meses), por derradeiro, a majoração de um sexto a dois terços a que se refere o artigo 71 do Código Penal, juntando-se novo levantamento de penas.²⁵

Na sentença, o Meritíssimo Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais, após as fundamentações necessárias, determinou:

Em obediência ao artigo 66 inciso I da Lei de Execuções Penais, que estabelece a competência do juiz da execução para aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado, determino que seja excluída da condenação a pena correspondente ao delito do artigo 214 e de acordo com o artigo 71 do Código penal, que seja majorada em um sexto a pena base fixada pelo juízo da condenação para o crime de estupro.²⁶

Depois de cumprido o que foi determinado, a pena para os crimes dos artigos 213 e 214, que somavam treze anos, foi reduzida para oito anos e dois meses e o sentenciado foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto.

²⁵ Processo nº 145.08.463.883-5. Pág. 67.

²⁶ Idem. Pág. 68-69.

Condenação	Inicial	Após a Lei 12.015/09
Crime contra o patrimônio	05 anos e 04 meses	05 anos e 04 meses
Estupro	07 anos e 11 meses	08 anos e 02 meses
Atentado violento ao pudor	05 anos e 01 mês	

Portanto, verifica-se a redução da pena após a aplicação da lei 12.015/09.

Já o terceiro caso analisado, onde a Lei 12.015/09 foi aplicada de ofício para beneficiar o réu, trata-se de uma Apelação Criminal junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, número 1.0079.04.161999-4/001, interposta pelo Ministério Público contra a sentença oriunda da Segunda Vara Criminal da Comarca de Contagem, requerendo o reconhecimento do concurso material entre os crimes de atentado violento ao pudor e estupro em detrimento da continuidade delitiva aplicada na sentença.

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria Celeste Porto, relatora dos autos, emitiu seu voto, que foi aprovado por unanimidade, em dezembro de 2009, assim finalizado:

Ante tais fundamentos, NEGO PROVIMENTO ao recurso ministerial. Porém, de ofício, aplico retroativamente a Lei 12015/09, por ser mais benéfica ao réu, reconhecendo hipótese de crime único entre o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados na mesma situação fática, perfazendo, por conseguinte, uma nova dosimetria da reprimenda.²⁷

²⁷ <http://www.tjmg.gov.br> Acesso em: 04/10/2010.

Neste caso, como já visto anteriormente, o processo estava sob recurso e a competência para aplicação da lei mais benéfica recaiu sobre o Tribunal incumbido de julgá-lo.

A seguir, serão apresentadas duas entrevistas realizadas junto a operadores do direito com a finalidade de enriquecer este trabalho e, também, ressaltar que o assunto suscita entendimentos diferentes para a aplicação do novo artigo 213:

Em entrevista realizada em 03/11/2010, com a Excelentíssima Senhora Juíza de Direito da Primeira Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, Dra. Rosângela Cunha Fernandes foi perguntado: “com o advento da Lei 12.015, estupro e atentado violento ao pudor passaram a integrar o mesmo tipo penal. Como V. Ex^a. fixa a pena quando o agente pratica a conjunção carnal e pratica atos libidinosos com a vítima? Há concurso de crimes ou trata-se de crime de ação múltipla, devendo essa circunstância ser levada em consideração quando da fixação da pena base?” A Meritíssima Juíza respondeu tratar-se de crime único quando o agente pratica, nas mesmas circunstâncias, o estupro e outro ato libidinoso com a mesma vítima, devendo a pena base ser definida levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto. Ressaltou que há a possibilidade de serem considerados crimes continuados, devendo, também, serem analisadas as circunstâncias do crime no caso concreto.

Em entrevista realizada em 29/10/2010, com a Ilustre Promotora de Justiça Dra. Sandra Fátima Totte foi feita a pergunta: “como V. Ex^a. vê a situação dos sentenciados que estão cumprindo pena pelos antigos crimes previstos no art. 213 e 214. Extingue-se a pena do 214 ou deve-se aplicar alguma regra do concurso de crimes? Qual e por quê?” que assim respondeu: “A novel lei número 12.015/09, que revogou o art. 214 do CPB, trouxe no art. 213 inovação de um tipo penal misto cumulativo, significa dizer que o novo crime de estupro é tipo misto cumulativo, no qual as condutas de constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso, embora reunidas em um mesmo tipo legal, com uma só cominação de penas, serão punidas individualmente se o agente praticar ambas. Aplica-se, via de consequência, a regra do cúmulo material.”

Em entrevista realizada em 04/11/2010, com o Ilustre Promotor de Justiça Dr. José Célio Martins de Abreu, quanto a existência de concurso de crimes: “Reconheço a existência de duas correntes a respeito. Filio-me ao entendimento de que se trata de concurso de crimes, seja concurso material ou continuidade delitiva, na dependência da análise do caso concreto.”

CONCLUSÃO

Conforme já dito, a Constituição Federal de 1988 que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, instituiu o Estado Democrático de Direito onde são assegurados o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a igualdade, entre outros direitos. Percebe-se uma preocupação em assegurar direitos ao indivíduo que tenha cometido ato ilícito e se encontre no pólo passivo de um processo penal com base no estabelecimento de garantias processuais e procedimentais atribuídas essencialmente ao réu.

Dentre essas garantias destaca-se a que se encontra descrita no artigo 5º, inciso XL que assegura que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Neste trabalho verificou-se que alguns doutrinadores entendem não ser possível a combinação de leis aplicando-se comente a parte mais benéfica de cada uma delas, pois assim o juiz estaria legislando. Outros consideram que a conjugação de lei anterior e posterior é a mais aceitável, considerando que o sentido da Constituição Federal é de que se aplique sempre a norma mais favorável.

Verificou-se, também, que há divergência quanto à possibilidade de aplicação retroativa da Lei Interpretativa que desfavorece o réu. Há o entendimento de que essa retroatividade não é possível. Outros doutrinadores consideram que a Lei Interpretativa deve retroagir, mesmo em desfavor do réu, visto que nada cria ou inova, apenas se incorpora à lei interpretada.

A Lei Federal 12.015/09, que alterou alguns diplomas legais entre eles o Código Penal, possibilitou, em alguns casos, a sua aplicação retroativa para beneficiar o réu que tenha cometido os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Conforme foi apresentado, o argumento da defesa é de que se trata de crime único e não é cabível reconhecer qualquer tipo de concurso de crimes (material, formal ou crime continuado). Já a Promotoria de Justiça concorda que não há concurso material entre os crimes, mas entende que existe a figura do crime continuado. De qualquer forma, a aplicação retroativa da Lei 12.015/09, beneficia o réu, conforme foi exemplificado na apresentação de casos.

Após as pesquisas e o estudo realizados para este trabalho, concordo com os doutrinadores que consideram ser possível a conjugação de lei anterior e lei posterior em sua parte mais benéfica ao réu, concretizando, assim, o determinado na Constituição Federal.

Quanto à aplicação da Lei Interpretativa de forma retroativa, vejo que tem por finalidade explicar ou esclarecer o sentido de uma lei anterior e que deve retroagir, mesmo que traga uma interpretação desfavorável ao réu.

Quanto à unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, no artigo 213 do Código Penal, pela Lei 12.015/09, concluo que, realmente, não existe mais a possibilidade de concurso material entre as condutas e que se trata de crime único, devendo o Juiz, se houver a prática de ambas as condutas, fazer a dosimetria da pena de acordo com o caso concreto.

Porém, na fase de execução da pena, vejo ser possível a aplicação da continuidade delitiva, quando tenham sido cometidas ambas as condutas, aumentando a pena do crime de estupro de um sexto a dois terços, dependendo do caso concreto, pois se a pena cominada para o crime de atentado violento ao pudor simplesmente for excluída, será como se não tivesse sido cometido ou que tenha deixado de ser tipificado como crime, o que não ocorreu com a revogação do artigo 214, como já visto neste estudo.

Como visto, existem, ainda, dúvidas quanto à aplicação da nova lei, mas a sua aplicação retroativa, como garante a Constituição Federal, tem, realmente, trazido benefícios ao réu.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006

.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional** Tomo III: Teoria da Constituição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Estruturante do Processo Penal. **Fundamentos e Fronteiras**. UNIPAC/Universidade Presidente Antonio Carlos. Volume 1 nº1. Barbacena: Unipac, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7ª edição ver. Atual. e ampli. São Paulo: Editora RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual**: comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.