



Centro Educacional Universitário de Brasília – UniCEUB

FLÁVIA FERREIRA SOARES

**PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES E EFEITOS DA LEI Nº 12.015/2009 NO  
TEMPO**

Brasília – Distrito Federal

2011

Flávia Ferreira Soares

**PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES E EFEITOS DA LEI Nº 12.015/2009 NO  
TEMPO.**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Humberto Fernandes de Moura.

Brasília

2011

Flávia Ferreira Soares

## **PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES E EFEITOS DA LEI Nº 12.015/2009 NO TEMPO.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Humberto Fernandes de Moura.

Brasília, 05 de outubro de 2011.

### **Banca Examinadora**

---

Prof. Humberto Fernandes de Moura  
Orientador

---

Prof. José Carlos Veloso  
Examinador

---

Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos  
Examinador

Dedico o presente trabalho aos meus pais, pois sem o apoio, amor e dedicação não seria possível o cumprimento desta jornada.

A minha querida amiga Ana Rayssa que sempre esteve comigo ao longo do curso apoiando e sempre dando incentivos.

Ao meu namorado Rodrigo pela paciência.

E finalmente ao meu orientador por toda sua dedicação e tempo gasto, pois sem sua compreensão não teria sido possível a conclusão do presente trabalho com êxito.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO 1: CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: DO REGIME ANTERIOR A VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015 DE 2009.....</b>	<b>8</b>
1.1 Distinção entre estupro e atentado violento ao pudor.....	8
1.2 Possibilidade de continuidade delitiva entre os dois tipos penais.....	22
1.3 Aplicabilidade da Presunção de Violência. ....	27
1.4 Ação penal cabível.....	31
1.4.1 Nos crimes de lesão grave – Súmula 608 do STF.....	33
1.4.2 Presunção e a ação de iniciativa privada .....	34
<b>CAPÍTULO 2: CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: DO REGIME POSTERIOR A VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015 DE 2009.....</b>	<b>36</b>
2.1 Tipo misto alternativo ou cumulativo?.....	36
2.2 Há possibilidade de aplicação do instituto da continuidade delitiva? .....	53
2.3 Estupro de vulnerável. ....	57
2.4 Ação penal cabível.....	62
2.5 Efeitos da Lei no Tempo .....	71
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>84</b>

## RESUMO

O presente trabalho de monografia tem por objetivo principal realizar o estudo acerca das principais alterações trazidas pela Lei nº 12.015 de agosto de 2009 que alterou o capítulo dos crimes denominados contra os costumes, passando a serem denominados como crimes contra a dignidade sexual. Foram analisadas as consequências oriundas da unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, sendo realizada análise acerca da aplicabilidade do instituto da continuidade delitiva no novo tipo penal de estupro. Também foi realizado estudo acerca do novo tipo de estupro de vulnerabilidade, acabando com as hipóteses de presunção de violência previstas no artigo 224 do Código Penal, ora revogado. Assim, diante dos novos tipos fora exposto qual a ação penal cabível, ou seja, se continua a mesma antes da vigência da nova Lei ou não. Após todos os pontos abordados, por último e não menos importante, foi analisada a aplicabilidade prática da nova lei no ordenamento jurídico brasileiro, nos processos em curso e nas ações que ainda serão ajuizadas perante o Poder Judiciário.

Palavras-Chave: Estupro. Atentado violento ao pudor. Cenário jurídico anterior e posterior. Nova Lei. Crime. Unificação. Crime único. Concurso de Crimes. Continuidade delitiva. Estupro de vulnerável. Ação penal. Efeitos da Lei no tempo.

## INTRODUÇÃO

A presente monografia possui como título a nomenclatura “Principais modificações e efeitos da Lei nº 12.015/2009 no tempo”, no qual se busca analisar quais as principais alterações ocorridas no delito de estupro após a edição e vigência da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, que ocasionou mudanças significativas no Título denominado *Crimes contra os Costumes*, agora intitulado como *Crimes contra a Dignidade Sexual*. Tal alteração na nomenclatura do Título VI do Código Penal não foi por acaso, visto que, conforme será apresentado, buscou-se dar mais modernidade aos delitos sexuais.

Primeiramente, será apresentado ao leitor o cenário jurídico anterior a vigência da presente lei, de modo que após será analisado as conseqüências da unificação dos delitos de estupro e atentado violento pudor em um único tipo penal, o que acabou por ocasionar na revogação expressa do artigo 214 do Código Penal que fazia previsão desta última conduta delituosa, passando agora no cenário atual, ambas as condutas serem denominadas como estupro.

Diante da unificação apresentada, será realizado estudo acerca das principais conseqüências jurídicas oriundas disto, ou seja, quando for praticada por um mesmo agente as condutas de conjunção carnal e atos libidinosos diversos desta, o agente deverá responder por crime único, sendo apenado uma única vez, ou em concurso material? Desta forma, será apresentado os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre este ponto.

No antigo cenário jurídico era perfeitamente possível aplicação de concurso de crimes, em que não havia possibilidade de aplicação de crime continuado, por não estarem preenchidos todos os requisitos previstos no artigo 71 do Código Penal, onde após analisar a ocorrência de crime único ou não, será exposto também a possibilidade, diante da vigência na nova lei, de aplicabilidade do instituto da continuidade delitiva.

Com a nova Lei, houve a criação de um novo tipo penal de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, ocasionando desta forma na revogação expressa do artigo 224 do mesmo código, que previa as hipóteses de presunção de violência. Ressalta-se que o novo tipo não traz previsão de necessidade de emprego de violência, não sendo por este motivo elemento necessário para a consumação do novo delito.

Diante de tudo que será exposto será realizado estudo acerca da ação penal cabível em todos os delitos, em que será apresentado que a ação penal via de regra se processava mediante queixa crime, podendo ser condicionada a representação somente nas

hipóteses da vítima não poder suportar com os custos do processo, ou ainda incondicionada quando o delito era praticado com o abuso do poder familiar ou se desta ocasionasse lesão corporal grave ou morte, sendo após apresentado se houve alteração e inclusive os principais pontos de divergência.

Será analisado também todos os questionamentos acerca da aplicabilidade da súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que trata da ação penal cabível no caso do estupro cometido com violência, após a vigência da Lei.

Cumprir apresentar após todo o estudo que será realizado, quais os efeitos desta lei aos processos em curso, se haverá a retroatividade ou não, e como deve ser aplicada aos conflitos que serão apresentados por meio de ações a serem ajuizadas perante o Poder Judiciário.

Tal análise dos efeitos da Lei se torna essencialmente importante, visto que alguns questionamentos vão se apresentando aos fatos criminosos concretizados anteriormente a edição da presente lei em estudo, com condenações transitadas em julgado ou não, ou até mesmos nos processos em andamento, ou que ainda não foram objeto de denúncia ou queixa.

Com todo o estudo que será desenvolvido, espera-se esclarecer ao leitor todas as novas alterações e todos os novos questionamentos, explicitando da forma mais clara possível toda a análise abordada acerca do tema pela doutrina e jurisprudência pátria.



## **CAPÍTULO 1: CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: DO REGIME ANTERIOR A VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015 DE 2009.**

Pretende-se com o presente estudo demonstrar as principais distinções entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, a possibilidade de aplicação do instituto da continuidade delitiva, a aplicabilidade da presunção de violência e ação penal cabível nos crimes ora abordados.

### **1.1 Distinção entre estupro e atentado violento ao pudor.**

Todas as abordagens mencionadas serão referentes a tais institutos antes da aplicabilidade da Lei nº 12.015 de 2009, que realizou mudanças significativas nos crimes denominados anteriormente de “Crimes contra os Costumes”, em que tais mudanças serão analisadas em capítulo posterior, cabendo agora demonstrar o regime antes da vigência desta Lei.

Primeiramente, cumpre destacar breve síntese acerca dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal da República outorgada em 1988, onde dentre os direitos protegidos está previsto o direito à liberdade, que abrange o direito a liberdade sexual, ou seja, em sua vida privada o indivíduo tem o direito de expressar em sua plenitude sua sexualidade<sup>1</sup>.

Todos os indivíduos são livres e iguais perante a lei, sendo assim tal liberdade é apenas limitada pela liberdade dos outros indivíduos que compõe a sociedade. Ou seja, o indivíduo pode exercer sua liberdade desde que não viole direito de outrem<sup>2</sup>.

Ressalta-se que a sexualidade é um elemento inerente a própria natureza humana, tendo proteção constitucional como já explicitado.

Em caso de haver supressão desse direito à liberdade sexual, considerado como fundamental pela Carta Magna, ocorrerá violação à dignidade da pessoa humana e ofensa a mesma<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CUNHA, Matheus Antônio da. *Os direitos fundamentais e o direito à livre orientação sexual*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9023#\\_ftnref29](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9023#_ftnref29)>. Acesso em 24/05/2011.

<sup>2</sup> CUNHA, Matheus Antônio da. *Os direitos fundamentais e o direito à livre orientação sexual*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9023#\\_ftnref29](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9023#_ftnref29)>. Acesso em 24/05/2011.

Assim, tendo em vista o regime constitucional de proteção cabe agora voltar os olhos para os crimes em espécie, mais especificadamente os tipos do estupro e atentado violento ao pudor.

O ordenamento jurídico brasileiro antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009, que fez alteração nos crimes contra os costumes, atualmente dispostos como crimes contra a dignidade sexual, tratava os crimes de estupro e atentado violento ao pudor tipificados nos artigos 213 e 214, ambos do Código Penal, como crimes distintos e autônomos.

Assim previa tais dispositivos legais:

Artigo 213: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Artigo 214: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinosos diverso da conjunção carnal.

A principal distinção entre os dois tipos penais está na ação do sujeito, em que no primeiro se torna necessário para consumação do delito a conjunção carnal, com a introdução do órgão genital masculino no órgão genital feminino, já no segundo é necessário apenas a prática de atos libidinosos diversos deste.

O crime previsto como estupro consiste no constrangimento a liberdade sexual da mulher podendo apenas esta atuar no pólo passivo da prática delituosa, sendo assim o constrangimento deveria ocorrer sem seu consentimento ou aceitação, nesse sentido apenas a liberdade sexual e a dignidade da mulher eram protegidas<sup>4</sup>.

Cumprir destacar que o legislador visa à proteção a liberdade sexual da mulher como um bem jurídico da sociedade, dentro dos parâmetros morais impostos, e não como um atributo da dignidade da pessoa humana<sup>5</sup>.

Apenas o homem pode ser sujeito ativo destes delitos, podendo a mulher atuar como partícipe ou co-autora, em caso de concurso de pessoas, nesse sentido precedente

---

<sup>3</sup> CUNHA, Matheus Antônio da. *Os direitos fundamentais e o direito à livre orientação sexual*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9023#\\_ftnref29](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9023#_ftnref29)>. Acesso em 24/05/2011.

<sup>4</sup>TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 53.

<sup>5</sup>TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 54.

do Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>. Isso é possível em virtude da Teoria Unitária<sup>7</sup> adotada pelo Código Penal<sup>8</sup>.

Tal teoria adotada prevê a possibilidade de todos os agentes participantes do delito, sejam na condição de co-autores ou de partícipes, responderem pelo mesmo crime, cada um na medida de sua culpabilidade.

A mulher irá atuar como co-autora quando praticar o verbo constranger previsto no tipo penal, conforme entendimento de julgado do Supremo aonde “é co-autor do estupro quem, portando arma, contribui para aterrorizar a vítima enquanto outrem a possui sexualmente<sup>9</sup>”.

Cumprido ressaltar o pensamento explicitado por Fernando Capez<sup>10</sup>, em que caso não ocorra nenhum contato físico do agente com a vítima, deverá o agente responder não por estupro tentado, mais pela prática de constrangimento ilegal, tipificado no artigo 146 do código Penal.

Na hipótese da coação ser exercida pela mulher sobre o homem, mediante violência ou grave ameaça, obrigando este a praticar com ela conjunção carnal a conduta delituosa será classificada também como constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal<sup>11</sup>.

Isto ocorre em virtude do fato da mulher não poder atuar como sujeito ativo do crime previsto como estupro, devendo nesta hipótese em que pratica a ação delituosa, responder pelo crime já explicitado, qual seja, constrangimento ilegal.

No caso de partícipe, poderá a mulher agir quando instigar, reforçar um desejo já existente no sujeito ou induzi-lo, podendo ainda auxiliá-lo materialmente.

Fernando Capez trata da autoria mediata, em que existe a possibilidade da mulher agir como sujeito ativo do delito, mesmo que os atos executórios não sejam praticados pessoalmente por ela, em virtude inclusive de suas condições fisiológicas. O doutrinador apresenta o conceito de autor mediato sendo “aquele que se serve de pessoa sem condições de discernimento para realizar por ele a conduta típica”.<sup>12</sup>

<sup>6</sup>BRASIL/MATO GROSSO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 3020. 6ª Turma. Relator MIN. JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO. Acórdão 08/02/1994. DJ 21/03/1994.

<sup>7</sup>TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 57.

<sup>8</sup>JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 740.

<sup>9</sup>STF RT, 543/466.

<sup>10</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

<sup>11</sup>TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 54.

<sup>12</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

O autor é usado como mero instrumento de atuação, como se fosse uma arma ou um animal irracional, sendo assim “o executor atua sem vontade ou consciência, considerando-se, por essa razão, que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato”.<sup>13</sup>

Não são consideradas para a tipificação as características pessoais da vítima, ou seja, se esta é virgem, prostituta, solteira ou casada, assim existe a possibilidade do marido ser autor do delito, mesmo diante do posicionamento dos autores mais conservadores como Néelson Hungria,<sup>14</sup> que adotam a impossibilidade de prática do delito nestas condições.

Na hipótese do marido ser sujeito ativo, o crime irá ocorrer quando este agir constringendo sua esposa a praticar o núcleo do tipo, pois sempre deverá ser preservado seu direito a inviolabilidade sexual, sendo inclusive moralmente reprovável a conduta do marido, não caracterizando o exercício regular de direito<sup>15</sup>.

O elemento subjetivo do tipo é sempre o dolo, não sendo possível a prática na forma culposa, de modo que agente deve agir com consciência e vontade de praticar a conduta delituosa. Mirabete ainda apresenta a possibilidade de dolo específico como o elemento do injusto, ou seja, além do agente agir com vontade, sua ação deve ser injusta<sup>16</sup>.

Bitencourt afirma não haver previsão legal para a prática deste delito em sua modalidade culposa.<sup>17</sup>

Tal elemento do injusto para Bitencourt não deve ser considerada, uma vez que “É irrelevante que a ameaça para obter os fatores sexuais seja justa ou legal. A sua finalidade especial – constringer à conjunção carnal – determina sua natureza, transformando-a não apenas em ilegal, penalmente típica. Segundo Hungria, o agente não pode prevalecer-se dessa condição para obter a posse sexual da vítima contra a sua vontade” (HUNGRIA, 1980, p.122)”.<sup>18</sup>

Existem dois meios de execução<sup>19</sup>, por meio do emprego de violência ou grave ameaça, em que a violência consiste no emprego de força física<sup>20</sup> que deve ser material e real, pois tal violência física é com tanta intensidade que se torna capaz de inibir a reação da vítima de modo a impossibilitá-la de sanar a agressão.

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.

<sup>14</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 114.

<sup>15</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.739.

<sup>16</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: 1998. Atlas, p. 409.

<sup>17</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 866.

<sup>18</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 866.

<sup>19</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p.2.

<sup>20</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 13.

Se do emprego de violência física forem causadas lesões corporais de natureza leve na vítima, esta lesão será absorvida pelo tipo do estupro, bem como as vias de fato, sendo o autor do delito punido somente pela prática do estupro ou atentado violento ao pudor e não por lesão corporal leve, uma vez que esta foi oriunda da prática delituosa, nesse sentido precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>21</sup>.

A violência física abrange as vias de fato, previstas no artigo 21 da LCP, e as lesões corporais leves e de natureza grave, em que se o resultado de lesão grave ou homicídio for praticado com dolo, caracterizará concurso material<sup>22</sup>.

Nesse sentido Fernando Capez:

Estupro e homicídio ou lesões corporais. a) se o agente, após estuprar a vítima, resolver matá-la, haverá concurso material de crimes; b) se o agente, após estuprar a vítima, resolver lesioná-la, haverá concurso material de crimes; c) se, do estupro, advier a morte da vítima em decorrência das lesões, haverá a forma qualificada do crime de estupro; d) se em decorrência do estupro resultarem lesões corporais de natureza grave, haverá o crime de estupro na forma qualificada; e) se em decorrência do estupro advierem lesões corporais leves, estas serão absorvidas pelo estupro, pois são considerados meios necessários para a cópula vagínica; f) na presença de vias de fato, serão elas também absorvidas pelo estupro<sup>23</sup>.

Sendo assim, na hipótese do resultado morte ou lesão corporal de natureza grave terem sido ocasionados da conduta delitativa, ocorrendo por culpa do agente, este responderá pela forma qualificado do tipo, pois na hipótese de agir com dolo nestes resultados deverá responder em concurso material conforme explicitado.

Nesse sentido trecho do precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, *in verbis*:

[...]

- I. Tendo os jurados reconhecido o dolo dos crimes de homicídio e estupro, deve haver o **concurso entre os dois crimes**, de modo que a decisão do Juiz Presidente em desclassificar o tipo penal para crime de estupro seguido de morte além de contrariar o veredicto dos jurados, ocasionou erro na aplicação da pena<sup>24</sup>. Grifou-se.

<sup>21</sup> BRASIL/PARAIBA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 7910. 6ª Turma. Relator Ministro. Anselmo Santiago. Acórdão 20/10/1988. DJU 23/11/1998.

<sup>22</sup>TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 13.

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p.16.

<sup>24</sup> BRASIL/RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. Apelação nº 54608. Relator Des. Armando da Costa Ferreira. Acórdão 13/10/2009. DJ 17/05/2009.

Já a ameaça trata-se de violência moral<sup>25</sup> por atingir o psíquico da vítima capaz de lhe causar temor, de modo a levá-la a ceder à agressão, devendo ser grave e idônea capaz de causar efeito moral, aonde o dano prometido pelo agressor deve ser considerável sendo capaz de inibir a vontade da vítima.

A violência, seja ela física ou real, bem como a grave ameaça tem natureza jurídica de elementar constitutiva do tipo penal, ou seja, obrigatoriamente devem ser praticados para a consumação do delito<sup>26</sup>.

Tal dano pode ser justo ou injusto, aonde devem ser analisadas as condições pessoais da vítima, sejam elas psíquicas ou físicas.

Ressalta-se a necessidade de que a resistência da vítima seja inequívoca devendo seu dissenso ser positivo, não havendo possibilidade para resistência passiva e inerte, pois é necessário que a resistência seja reprimida pelo emprego da grave ameaça ou violência<sup>27</sup>.

Assim, com o consentimento da vítima inexistente o crime, salvo nos casos de presunção de violência previsto no artigo 224 e na hipótese de se tratar de vítima incapaz.

Por se tratar de crime material, cabe aqui o instituto da tentativa, em virtude de vontade alheia ao do agente os atos executórios poderem ser interrompidos<sup>28</sup>. Cumpre destacar neste momento em que consiste a teoria subjetiva e objetiva do Direito Penal.

A teoria *jus puniendi* subjetiva caracteriza o direito de punir do Estado que surge no momento em que um cidadão viola uma norma penal. Tal teoria abarca não somente o direito punitivo do Estado, mas também o direito subjetivo de liberdade do agente infrator.<sup>29</sup>

Desta forma, essa liberdade do agente incumbe o direito deste ser punido nos moldes expressamente definidos na norma, e nunca ser punido fora dos casos expressos previstos como crime ou contravenção penal. Tal direito impede que o Estado puna com excesso e com abuso, atuando assim como um limite ao direito de punir do Estado<sup>30</sup>.

Cumpre destacar que o poder de punir do Estado é indelegável, sendo assim poder privativo do Estado. O que ocorre na legítima defesa é o Estado conferindo ao

---

<sup>25</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 13.

<sup>26</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 13..

<sup>27</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.740.

<sup>28</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 57.

<sup>29</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7.

<sup>30</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7.

particular o direito de defender-se na exata medida de sanar a agressão que está sofrendo e não de aplicar sanção ao infrator<sup>31</sup>. No caso dos crimes de iniciativa privada, também não está exercendo o particular o poder de punição e tão somente o *jus perseguendi in judicio*<sup>32</sup>.

A teoria objetiva, adotada pelo Código Penal Brasileiro, consiste em um direito penal público de caráter positivo, constitutivo, autônomo e imperativo.

Positivo no sentido de o direito penal vigente ser aquele positivado, promulgado legalmente, com exceção do direito natural em virtude de suas características fundamentais, pois a positividade não é elemento essencial, visto que não se pode negar a utilidade da perspectiva filosófica e cultural no direito penal<sup>33</sup>.

Os atos executórios para a consumação do delito do estupro se iniciam com a mera ameaça ou emprego de violência previstas no tipo, em que sua ocorrência irá caracterizar a tentativa sempre que o agente não conseguir consumir o ato por causa alheia a sua vontade. Ocorrendo ainda quando o agente ao deslocar-se com a vítima para lugar distante e ao tentar constrangê-la para a prática do ato a mesma conseguir escapar antes mesmo de qualquer contato físico.<sup>34</sup>

Nestas hipóteses o dolo do agente é a consumação do estupro e não a prática de atentado violento ao pudor.

Por se tratar de crime material, aonde o resultado é previsto e exigido pelo tipo penal, torna-se necessário a comprovação da ocorrência de conjunção carnal, que se dá por meio de exame de corpo e delito<sup>35</sup>.

Tanto o crime de estupro como o de atentado violento ao pudor passaram a ser considerado como hediondos com a edição da Lei 8.072 de 1990, ressaltando que quando houver violência ficta não será considerado hediondo, nesse sentido julgado do STJ<sup>36</sup>. Isso por que são crimes considerados de mera conduta, uma vez só há previsão da conduta do sujeito e não de resultado naturalístico<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7.

<sup>32</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7.

<sup>33</sup> BETTIOL, Guisepe. *Direito Penal*. Campinas - São Paulo: Red Livros, 2000. p.81.

<sup>34</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 871.

<sup>35</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 56.

<sup>36</sup> BRASIL/PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0263234-0. Relator Rosana Andriguetto de Carvalho. Acórdão 09/06/2005. DJU 01/07/2005.

<sup>37</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.739.

Existe posicionamento divergente na jurisprudência no tocante a serem considerados hediondos os tipos praticados em sua figura simples. O STJ<sup>38</sup> já decidiu no sentido de ser considerado mesmo na figura simples, e outra parte majoritária<sup>39</sup> no sentido de não ser aplicado a Lei nº 8.072 de 1990, quando os crimes forem praticados em suas figuras simples. Sendo assim o cumprimento da pena deve ser em regime inicialmente e não integralmente fechado, admitindo-se neste caso a progressão.

De acordo com essa parte majoritária da jurisprudência, somente serão considerados hediondos quando houver resultado de lesão corporal de natureza grave ou morte.

Nesse sentido colaciono precedente do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

- [...]1. Sem o resultado morte ou lesão corporal de natureza grave, o atentado violento ao pudor e o estupro não se classificam como delitos hediondos.
2. Se esses delitos se tipificam por força da presunção de violência decorrente de ser o sujeito passivo menor com menos de 14 anos de idade, não se classificam, com maior razão, como crimes hediondos.
3. O atentado violento ao pudor, para enquadrar-se como crime hediondo, depende da superveniência do resultado morte ou de lesões corporais de natureza grave.
4. Recurso especial interposto pela acusação, ao qual se nega provimento<sup>40</sup>.

Fernando Capez<sup>41</sup> considera que os tipos praticados em sua forma simples são sim considerados crimes hediondos, em virtude de previsão expressa da lei a todas as formas, aonde menciona como hediondo o *caput* dos artigos 213 e 214, bem como sua combinação com sua forma qualificada no artigo 223<sup>42</sup>.

Nesse sentido julgado do STJ, *in verbis*:

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado (divergência verificar), por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, afirmou majoritariamente, o entendimento de que a Lei n. 9.433/90, que admitiu a progressão do regime

<sup>38</sup>BRASIL/PARANÁ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 46.204. 5ª turma. p 11779. Relator Min. Jesus Costa Lima. Acórdão 05/05/1994. DJU 16 maio de 1994.

<sup>39</sup>JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.739.

<sup>40</sup>BRASIL/RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1103032. 6ª Turma. Relator Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). Acórdão 08/09/2009. DJ 21/09/2009.

<sup>41</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p 17.

<sup>42</sup>TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 25.



prisonal para os crimes de tortura, não revogou o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos. É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido de compatibilidade da norma do art. 2, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal<sup>43</sup>.

O Supremo tinha posicionamento de que em se tratando de crime hediondo não poderia haver progressão de regime, em face do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, entretanto recentemente foi realizado julgado<sup>44</sup> em que o Supremo declarou a inconstitucionalidade do presente dispositivo, passando a se admitir assim a progressão de regime.

Tal declaração de inconstitucionalidade foi fundamentada na afronta ao princípio da individualização da pena, dignidade da pessoa humana e proibição das penas cruéis. Ressalta-se que para a concessão de progressão de regime ainda devem ser observadas as exigências legais, tais como, bom comportamento do preso.

Também são considerados hediondos mesmo com a aplicação de violência presumida, pois a lei não fez distinção entre as formas de violência<sup>45</sup>. Entretanto no caso de ter o menor não mais que 14 anos, existe posicionamento<sup>46</sup> no sentido de que não se trata de crime hediondo, mas tal possibilidade será tratada no momento oportuno.

Ressalta-se que o STJ<sup>47</sup> reformulou seu posicionamento antigo, passando a considerar como hediondo os crimes praticados em sua forma simples.

Os atos libidinosos diversos da conjunção carnal podem vir a serem praticados antes da realização do estupro, hipótese que comporta duas situações<sup>48</sup>.

Primeiramente por se tratarem neste momento de crimes distintos, previstos em tipos penais autônomos, existe a possibilidade de o agente responder pelo crime de estupro em concurso material com o crime de atentado violento ao pudor na hipótese do agente agir com dolo, intenção de praticar os dois tipos penais.

Essa primeira possibilidade ocorre quando o agente pratica atos libidinosos autônomos da prática de estupro, ou seja, sua linha de execução não se encontra no desdobramento causal normal para a prática do estupro.

<sup>43</sup> BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 23.866. 6ª Turma. Rel. Ministro Vicente Leal. Acórdão 25/03/2003. DJ 22/4/2003.

<sup>44</sup> BRASIL/MINAS GERAIS. Supremo Tribunal Federal Habeas Corpus nº 87.281. 1ª turma. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Acórdão 25/04/2006. DJ 04/08/2006.

<sup>45</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 22.

<sup>46</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 906.

<sup>47</sup> BRASIL/MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 822.269. 5ª turma. Relatora. Min. Laurita Vaz. Acórdão 12/06/2006. DJ 01/08/2006.

<sup>48</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p.13.

Exemplificando, isso ocorrerá quando o agente após praticar o coito anal com a vítima, realizar a conjunção carnal. Precedente do STJ<sup>49</sup> nesse sentido.

A segunda possibilidade consiste no fato dos atos libidinosos serem absorvidos pelo tipo do estupro, onde isso ocorrerá quando houver intenção exclusiva de praticar o estupro, sendo estes atos anteriores meramente preparatórios para a verdadeira intenção do agente, qual seja, a prática do estupro.

Nesse sentido Fernando Capez:

se as carícias preliminares estiverem dentro do mesmo desdobramento causal da subsequente conjunção carnal, haverá absorção do atentado violento ao pudor pelo estupro, por força do princípio da consunção, funcionando os atos anteriores como meio necessário e atos preparatórios da relação sexual posterior<sup>50</sup>.

Nesse sentido Bitencourt:

Quando o atentado violento ao pudor não for meio natural para a realização do estupro, v.g., coito anal ou oral, entendemos perfeitamente possível a ocorrência de concurso de crimes. As lesões corporais leves constituem elementares do crime, mas as de natureza grave podem qualificá-lo (art. 223)<sup>51</sup>.

No tocante ao tipo penal do atentado violento ao pudor previsto no artigo 214 do mesmo código, a consumação ocorre com o constrangimento da vítima, mediante violência ou grave ameaça a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

O legislador neste momento fez a previsão da proteção à liberdade sexual tanto da mulher quanto do homem, ao contrário do tipo do estupro em que somente a liberdade sexual da mulher era protegida.

Há previsão no tipo penal de duas condutas, em que o ato pode ser praticado mediante constranger a vítima a praticar ou a permitir que como ele seja praticado<sup>52</sup>, isso é possível em virtude do chamado tipo misto ou de conteúdo múltiplo ou variado<sup>53</sup>.

Aqui como no estupro o constrangimento ocorre mediante violência ou grave ameaça, devendo ser considerado as observações feitas anteriormente no estupro.

<sup>49</sup> BRASIL/RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 657634. 5ª Turma. Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. Acórdão 04/10/2004. DJ 08/11/2004.

<sup>50</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.13.

<sup>51</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.867.

<sup>52</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 60.

<sup>53</sup> Tipo penal de conteúdo múltiplo consiste na existência de várias ações/condutas constantes em um mesmo tipo penal, quais sejam, constranger a vítima a prática do ato ou que está permita que com ela o ato seja praticado. GOMES, Luiz Flávio. *Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?* [on line] disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2261582/artigo-do-dia-estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-crime-unico-ou-concurso-de-crimes>>. Acesso em 25/05/2011.

Diferentemente do estupro em que o ato é restrito à conjunção carnal, aqui o tipo abrange os atos praticados com o intuito de satisfação da lascívia, ou seja, todo ato de conteúdo sexual, mas desde que seja a realização física concreta, não cabendo aqui escritos de conteúdo erótico, por exemplo<sup>54</sup>, nem atos obscenos e exibicionistas, que estão previsto no artigo 233 do CP<sup>55</sup>.

Aqui também como no crime de estupro, torna-se necessário o exame de corpo e delito, devido ao fato de se tratar de crime material<sup>56</sup>. Ressalta-se que tal necessidade surge no caso do delito deixar vestígios, sendo nesta hipótese indispensável à realização deste exame<sup>57</sup>.

Cumprir destacar que na possibilidade do delito não ter deixado vestígios, ou estes tiverem desaparecidos em virtude do tempo, não ficará o agente sem punição, sendo neste caso dispensável tal exame.

Tal tipo penal como mencionado anteriormente caracteriza crime hediondo, sendo que existe crítica da doutrina no tocante a proporcionalidade, pois como o tipo abrange amplamente os atos libidinosos, um ato considerado mais grave acaba tendo a mesma penalidade de outro ato considerado insignificante.

Nesse sentido, César Roberto Bitencourt:

A diferença entre o desvalor e a gravidade entre o sexo anal e oral e os demais atos libidinosos é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) é razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve desclassificar—se para a contravenção do artigo 61 (LCP). Caso contrário, deve declarar-se sua inconstitucionalidade, por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico<sup>58</sup>.

No mesmo sentido indagação da doutrina:

Um beijo lascivo é crime hediondo (ponto de interrogação) Quem interpreta a lei penal de forma literal diz (absurdamente) sim e admite então para esse fato a pena de seis anos de reclusão, que é igual à do homicídio; quem busca a solução justa para cada caso concreto jamais dirá sim (esse beijo

<sup>54</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25.

<sup>55</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 748.

<sup>56</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 62.

<sup>57</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 1249.

<sup>58</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 859.

poderia no máximo constituir uma contravenção penal – artigo 61, CP, LCP: importunação ofensiva ao pudor)<sup>59</sup>

Fernando Capez no mesmo sentido:

de acordo com nosso entendimento, ainda que o atentado violento ao pudor comporte grande variedade em seu meio executório, podendo variar de um beijo lascivo até o coito anal, configurada a hipótese prevista no art. 214 do CP, não há falar em atipicidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que se trata de critério discricionário do legislador, ditado pela política criminal de reprimir com maior intensidade delitos sexuais violentos. Não se manifesta aqui, em nosso entender, violação ao princípio da dignidade humana; ao contrário, é precisamente esse princípio que se defende ao punir-se com maior severidade tais modalidades de manifestações ou taras<sup>60</sup>.

Assim, entende Fernando Capez que deve ser observado se o ato foi praticado ou não com emprego de violência ou grave ameaça, pois uma vez que isso ocorra, está caracterizado a prática de atentado violento ao pudor, segundo seu entendimento.

Assim, só ocorrerá o crime quando houver o emprego de violência física ou moral, qual seja grave ameaça, no sentido de obrigar a vítima a permitir que com ela o ato libidinoso seja praticado, ou que obrigue que ela pratique o ato<sup>61</sup>.

Cumprido ressaltar que para a caracterização do tipo é necessário o dolo do agente, sua vontade de praticar o ato, não caracterizando o delito o simples levantamento da saia de uma moça, por exemplo, devendo ser observado à vontade, ocorrendo neste caso a prática de outro delito como ofensa a honra, crime previsto no Capítulo V do Código penal, ou mera importunação ofensiva ao pudor, contravenção penal prevista no artigo 61 da LCP.<sup>62</sup>

Outra observação relevante deve ser apontada, aonde para a caracterização do tipo torna-se necessário a participação física da vítima, sendo está coagida a deixar que o agente pratique com ela ato libidinoso diverso da conjunção carnal, pois se esta somente é obrigada a presenciar a prática deste ato em outra pessoa ou no próprio agente não há caracterização do tipo, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> GOMES, Luis Flávio. *Claus Roxin no Brasil*. [on line] disponível em: < [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041011090745610p](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041011090745610p) >. Acesso em 20 de abril de 2011.

<sup>60</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: 2007 p. 27.

<sup>61</sup> TELES, Ney Moura. *Direito Penal Parte Especial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 70.

<sup>62</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: 2007 p. 28.

<sup>63</sup> BRASIL/RIO GRANDE DO SUL. Recurso Especial. Penal. Recurso Especial. Atentado violento ao pudor. Ausência de contato físico entre o agente e a vítima. não caracterização do crime. Para a caracterização do crime de atentado violento ao pudor é imprescindível que o agente, na realização do ato libidinoso, mantenha contato corporal com a vítima, pois sem a sua participação física ativa ou passiva, o delito não se configura. Não comete o crime tipificado no art. 214 CP, o ancião que, em face de recusa da vítima, menor de 7 anos, em tocar seu

Nesta hipótese da vítima ser obrigada a simplesmente a presenciar a prática de tal ato poderá haver a configuração de constrangimento ilegal ou corrupção de menores<sup>64</sup>, no caso da vítima ser maior de 14 anos e menor que 18. Sendo assim tornasse essencialmente imprescindível o contato físico entre o agressor e a vítima<sup>65</sup>.

Nesse sentido existe precedente do Tribunal de Justiça do Paraná (ACR 4320954, relator Antônio Martelozzo, julgamento em 10/04/2008 , 4ª Câmara Criminal, DJ: 7597).

Existem duas formas de realização do tipo ativa e passiva, em que a primeira se caracteriza por ato ativo da vítima, onde esta pratica o ato libidinoso ou permite, em decorrência da agressão ou violência, que com ela se pratique o ato. Na segunda conduta a vítima age de modo passivo, aonde sua vontade é inibida, ocasionando em sua inércia<sup>66</sup>.

No tocante ao sujeito tanto ativo quanto passivo, tal tipo comporta tanto a mulher quanto o homem, podendo ainda o crime ser praticado contra pessoa do mesmo sexo do agente.

É admitido assim como no crime de estupro, a presença do instituto da tentativa, no momento em que os atos executórios são interrompidos por vontade alheia a do agente.

Nesse sentido Mirabete:

O momento consumativo do atentado violento ao pudor coincide com a prática do ato libidinoso. Se empregada violência ou exteriorizada a ameaça, o agente é impedido de prosseguir, frustrando-se, de todo, o momento libidinoso, o que se pode reconhecer é a simples tentativa, posto que, pelas circunstâncias, seja inequívoco o fim da lascívia<sup>67</sup>.

Exemplificando com a seguinte situação hipotética, em que não há tempo para satisfação da lascívia do agente, em virtude da tentativa ter ocorrido em face de menor de idade dentro de seu quarto, com a presença da mãe na sala da mesma residência, em que a vítima consegue sair correndo e fugir do poder do agente. Neste caso a execução foi iniciada com o constrangimento da vítima, mais interrompida pela reação rápida da vítima<sup>68</sup>.

---

membro viril, masturba-se em sua presença. Recurso Especial conhecido e provido. REsp 63.509. Sexta Turma. Relator. Ministro Vicente Leal. DJU 3-3-1997.

<sup>64</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29 e JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 749.

<sup>65</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 747.

<sup>66</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 748 e 749.

<sup>67</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p.1267.

<sup>68</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.878.

Pode ocorrer a confusão entre atentado violento ao pudor ou tentativa de estupro. Neste caso deve ser observado o dolo, a intenção do agente, aonde se este com intenção da prática de estupro tem seus atos executórios interrompidos por outrem, deve responder pela tentativa, não devendo assim os atos já praticados serem considerados para caracterização do outro tipo penal.

Observa-se a seguinte situação hipotética, onde o sujeito ativo do delito após arrancar as vestes da vítima e tocar seu corpo, é surpreendido por terceiros. Nessa hipótese os atos já praticados analisados isoladamente por si só já caracterizam atos libidinosos, devendo o agente responder pela consumação deste tipo.

Mas na hipótese de ser comprovada que o dolo do agente era a prática de estupro, deverá este responder pela tentativa deste<sup>69</sup>.

Ressalta-se que se o agente desiste voluntariamente de praticar o estupro, responderá pelos atos já praticados, mas na hipótese destes atos serem caracterizados como atos libidinosos, deverá responder pelo tipo previsto no artigo 214<sup>70</sup>.

Ambos os tipos penais possuem previsão de qualificadora pelo resultado no artigo 223 do CP, tendo como previsão o resultado de lesão corporal de natureza grave, ou morte. Lesão corporal de natureza grave deve ser interpretado em sentido lato, ou seja, cabendo também a lesão de natureza gravíssima<sup>71</sup>.

Tal qualificadora constitui crime preterdoloso<sup>72</sup>, uma vez que o agente tem o dolo na prática da conduta delitiva, seja ela estupro ou atentado violento ao pudor, e culpa no tocante ao resultado praticado, pois não almejava a produção dos mesmos.

Cumprе ressaltar que se o agente possuía dolo no resultado produzido, este está praticando crime autônomo, devendo assim responder por este em concurso material com aquele, claro desde que configurado os propósitos autônomos do agente. Pois se a prática de atos libidinosos for meio natural para a realização do estupro o agente somente será punido pelo último crime<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.33.

<sup>70</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.31.

<sup>71</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57.

<sup>72</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.57.

<sup>73</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 867.

Zafaronni<sup>74</sup> explica que os casos de crimes preterdolosos são hipóteses de tipificação complexa da conduta delitiva, aonde a conduta praticada dolosamente deve ser punida mais gravemente, pois em virtude dela se origina uma conduta culposa.

Destaca-se que no tocante a produção do resultado de lesão leve, não responde o agente por crime autônomo, pois a elementar do tipo violência a integra<sup>75</sup>. Nesse sentido existe precedente do Superior Tribunal de Justiça.<sup>76</sup>

Assim, frisa-se que neste capítulo foi realizado estudo sobre as principais diferenças entre os tipos de estupro e atentado violento ao pudor, em que a diferença entre a consumação de um delito e outro está na prática do ato, pois no primeiro tipo é necessário a conjunção carnal, e já para o segundo tipo basta a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Foi enfatizado também o sujeito passivo da prática delituosa, onde apenas a mulher pode atuar no pólo passivo da demanda no crime de estupro. No tocante ao meio de execução do delito, este ocorre com o emprego de violência física ou grave ameaça, em que se destes atos for resultado lesão corporal de natureza leve, este será absorvido pelo tipo, não sendo assim o agente punido pelo resultado isoladamente. Mas no caso de resultar lesão corporal grave ou morte, estará consumado estupro qualificado.

Em face da constatação de que os tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor caracterizam crimes autônomos e distintos, sendo de espécies diferentes.

Diante destas questões será possível fazer análise acerca da possibilidade ou não de aplicação do instituto da continuidade delitiva, previsto no artigo 71 do Código Penal.

## **1.2 Possibilidade de continuidade delitiva entre os dois tipos penais.**

Antes da análise da aplicabilidade da continuidade delitiva nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, antes da vigência da nova lei que alterou o capítulo dos crimes contra os costumes, torna-se necessário fazer algumas considerações.

Tal instituto está disciplinado no artigo 71 e parágrafo único do Código Penal e tem sua aplicabilidade quando o agente mediante mais de uma ação ou omissão

---

<sup>74</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 24.

<sup>75</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.746.

<sup>76</sup> BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 21.423. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Acórdão 25/-6/2002. DJU 26/8/2002.

prática diversos crimes de mesma espécie e em condições de lugar, tempo e execução semelhantes, aonde as ações subsequentes serão consideradas como continuação da primeira.

Tendo assim como consequência a aplicação da pena de um só dos crimes se estes forem idênticos ou a mais grave se estas forem distintas, ressalta-se que sua aplicação é obrigatória sempre que beneficiar o agente não podendo ser aplicada quando prejudicá-lo.

Existe conflito<sup>77</sup> no tocante ao que seriam crimes de mesma espécie, tendo para tal duas posições. A primeira que considera crimes de mesma espécie aqueles constantes no mesmo tipo penal seja em sua forma simples, qualificada ou privilegiada, dolosa ou culposa.

A segunda considera quando as atividades delituosas praticadas tiverem atingido o mesmo bem jurídico, mesmo que tais crimes estejam previstos em tipos diferentes, ocorreria por exemplo, entre furto e roubo, que embora estejam em tipos penais distintos protegem o mesmo bem jurídico.

A dúvida que norteia no que consiste realmente crimes de mesma espécie também prevalece em nossos tribunais, existindo julgados conflitantes nesse sentido<sup>78</sup>, muito embora a posição majoritária dos Tribunais Superiores<sup>79</sup> seja no sentido de que são aqueles crimes constantes no mesmo tipo penal.

Com relação ao lapso temporal entre a ocorrência de um delito e outro também existe divergência, aonde para muitos doutrinadores como Ney Moura Teles<sup>80</sup>, não existe um critério para tal caracterização, mas em virtude disto não podem ser utilizados critérios meramente aritméticos e sim deve haver a observância do liame psíquico do agente entre a prática dos atos.

Logo para a ocorrência de tal requisito imposto pelo Código Penal deve-se observar a continuidade do tempo, uma periodicidade onde deve ter um certo ritmo entre os intervalos das ações delituosas.

O Supremo em um precedente de habeas corpus (HC nº 62.451, Rel. Ministro Aldir Passarinho, 2ª Turma, DJ 25/04/85) considerou o lapso temporal de 30 dias,

<sup>77</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral: Crime Continuado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010 p. 570-581.

<sup>78</sup> BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 899003. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. Acórdão 09/05/2007. DJ 29/06/07. BRASIL/DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 738337. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Acórdão 17/11/2005. DJ 19/12/2005.

<sup>79</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral: Crime Continuado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010 p. 570-581.

<sup>80</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral: Crime Continuado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010 p. 570-581.



onde passado tal tempo ocorre a impossibilidade de se considerar os fatos ocorridos em continuidade delitiva, tendo precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>81</sup> com o mesmo posicionamento, mesmo assim, mais uma vez não há consenso unânime quanto a essa discussão.

É caracterizada a continuidade delitiva mesmo que os diversos crimes praticados tenham ocorrido em lugares distintos, o problema está no tocante à distância considerada entre estes lugares. No Supremo novamente não existe consenso, o certo é que deve ser observado uma certa periodicidade entre as localidades, ficando a critério do magistrado o *quantum* relacionado a distância.

O Código Penal exige que sejam cometidos crimes de mesma espécie e a mesma condição de tempo, lugar e maneira de execução, onde para o *modus operandi* o agente deve utilizar o mesmo meio de execução, ou seja, o agente adota um padrão apontado pela lei como semelhante, devendo existir unicidade entre as infrações penais.

Para a caracterização de tal instituto não basta que as ações sejam subsequentes, elas tem que ser uma continuação do primeiro fato, onde as infrações penais posteriores devem ocorrer como uma continuação da primeira, não sendo suficiente assim a simples repetição de fatos delituosos em breve espaço de tempo.

A lei é bastante clara ao dizer que as ações devem ser subsequentes, não havendo assim continuidade dos delitos quando tais ações forem concomitantes, contemporâneas ou simultâneas, onde em ocorrência destes casos vai haver ou delito único ou concurso material de crimes.

A súmula 605 do Supremo Tribunal Federal dispõe não ser cabível continuidade delitiva nos crimes dolosos cometidos com uso da violência ou grave ameaça contra vítimas diferentes, quando estes atingissem bens personalíssimos como a vida e a integridade física.

Ocorre que tal súmula editada anteriormente, encontra-se em contrariedade ao disposto no artigo 71, parágrafo único do Código Penal que assim dispõe:

Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os

---

<sup>81</sup> BRASIL/RIO GRANDE DE SUL. Habeas Corpus. Ementa HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. ARTIGO 157, § 2º, DO CÓDIGOPENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA. LAPSO TEMPORAL ENTRE ASCONDUTAS QUE SUPERA 30 DIAS. HIPÓTESE DE HABITUALIDADE CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA. 1. Tratando-se de ações penais relativas a crimes cometidos com lapso temporal superior a 30 dias, reconhecendo as instâncias ordinárias ser hipótese de comportamento habitual, impossível o reconhecimento da continuidade delitiva. 2. Habeas corpus denegado. HC 163854. Relator convocado Ministro Haroldo Rodrigues. Sexta Turma. Acórdão 17/03/2011. DJe 18/04/2011.

anteriores, 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, observada as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Sendo assim o previsto neste texto legal deve sobrepor em face da Súmula do Supremo, pois a edição deste disposição legal é posterior a edição da súmula.

Nesse sentido precedente recente do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

[...]

I. **Afasta-se a hipótese de incidência da Súmula 605/STF**, pois "**com a reforma do Código Penal de 1984, ficou suplantada a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal predominante até então, segundo a qual 'não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida' - Verbete nº 605 da Súmula. A regra normativa do § 2º do artigo 58 do Código Penal veio a ser aditada por referência expressa aos crimes dolosos, alterando-se a numeração do artigo e inserindo-se parágrafo - artigo 71 e parágrafo único do citado Código." (HC 77.786/RJ, Rel. Min. Março Aurélio, DJ de 02/02/2001).

II. Esta Corte vem se posicionando a favor da teoria mista, que entende imprescindível para a caracterização da continuidade delitiva, o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e *modus operandi*) e subjetivo (unidade de desígnios).

[...]

IV. Se o Tribunal *a quo* reconheceu a continuidade delitiva entre os delitos através da análise dos requisitos objetivos e subjetivos, é incabível, na via especial, o aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes do processo, de modo a reformar o julgado e reconhecer a ocorrência, ou não, do benefício legal, tendo em vista o disposto na Súmula 07/STJ, que veda o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, por se tratar de questão reservada às instâncias ordinárias.

V. Recurso não conhecido. Grifou-se<sup>82</sup>.

Assim, existe a incompatibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva quando se tem a presença da habitualidade, ou seja, se o agente faz do crime a sua atividade comercial como se fosse uma profissão, incidindo na hipótese de habitualidade, ou de reiteração delitiva, que não se confunde com a continuidade delitiva. Nesse sentido precedente do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>83</sup>.

Passa-se agora a verificação da aplicabilidade do instituto nos crimes ora em análise.

Como expressamente previsto no Código Penal torna-se necessário, dentre outros requisitos, que se trate de crimes de mesma espécie para a aplicação do mesmo. Ocorre

<sup>82</sup> BRASIL/RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 832919. 5ª Turma. Relator Min. GILSON DIPP. Acórdão 03/10/2006. DJ 30/10/2006.

<sup>83</sup> BRASIL/PARANÁ. Tribunal de Justiça. Revisão Criminal nº 4040155. 3ª Câmara Criminal. Relator Rogério Kanayama. Acórdão 26/06/2008. DJ 7664

que como já mencionado, crimes de mesma espécie são aqueles constantes no mesmo tipo penal.

Diante de tal posicionamento, conclui-se pela inaplicabilidade da continuidade delitiva, em virtude dos crimes ora em comento serem considerados neste momento, de espécies deferentes por estarem em tipos penais distintos, sendo crimes de tipos penais autônomos<sup>84</sup>, em que jamais poderá ocorrer a continuidade delitiva entre eles e sim a caracterização de concurso material ou formal, conforme entendimento do Supremo<sup>85</sup> antes da edição da lei.<sup>86</sup>

Nesse sentido, colaciona-se trecho do precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *in verbis*:

Ementa. PENAL - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - CRIMES DE ESPÉCIES DIVERSAS - CONCURSO MATERIAL. OS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR SÃO DE MESMO GÊNERO, UMA VEZ QUE OFENDEM O MESMO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA - A LIBERDADE SEXUAL, MAS DE ESPÉCIES DIVERSAS, POR SE ENCONTRAREM EM ARTIGOS DIFERENTES. LEVAM, POIS, AO RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL<sup>87</sup>.

Ressalta-se que em virtude do princípio da consunção, se os atos preliminares estiverem dentro de um mesmo desdobramento causal do estupro, ou seja, se os atos praticados forem meios necessários para a prática do estupro, como por exemplo, arrancar violentamente a roupa da vítima, ou o contato físico do órgão genital masculino na perna da vítima ao tentar a introdução destes, haverá neste caso absorção do atentado violento ao pudor pelo tipo do estupro, devendo o agente neste caso, somente responder pelo crime de estupro<sup>88</sup>.

Sendo assim não resta dúvida quanto à inaplicabilidade do instituto da continuidade delitiva, em virtude dos crimes ora em estudo serem considerados de espécies diferentes, não cumprindo este requisito previsto expressamente para sua ocorrência.

<sup>84</sup> CAPEZ, Fernando. *ESTUPRO E OS ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS: A QUESTÃO DO CONCURSO DE CRIMES NA VISÃO DO STJ E STF* [on line] disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2762>>. Acesso em 16/05/2011.

<sup>85</sup> BRASIL/MINAS GERAIS. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74630. 1ª Turma. Relator Ministro Ilmar Galvão. Acórdão 09/12/1996. DJU 07/03/1997

<sup>86</sup> RIBEIRO, Adriana Oliveira. Concurso de Crimes. *Unesc e Revista. Revista do Centro Universitário do Espírito Santo*. Espírito Santo, nº. 11, p.16-18, julho de 2007.

<sup>87</sup> BRASIL/DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 654111120068070001. 1ª Turma Criminal. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 31/01/2008. DJ 22/04/2008.

<sup>88</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 13.

Foi realizado no presente tópico estudo acerca do instituto da continuidade delitiva e dos requisitos legais impostos para sua ocorrência, quais sejam, se tratar de crimes de mesma espécie e possuírem as mesmas condições de lugar e tempo, bem como execuções semelhantes.

Quando da ocorrência de tal instituto será aplicado apenas a pena de um só crime quando idênticos, ou do delito mais grave quando distintos. Nesse sentido, foi realizada análise sobre o que se trata crimes de mesma espécie, tendo ocorrido a exposição de dois posicionamentos.

Desta forma, foi explicitado que com relação ao lapso temporal entre uma conduta criminosa e outra, não existe um critério objetivo, devendo assim ser observado se houve certa periodicidade entre as condutas, conforme precedente do Supremo colacionado.

Com relação ao requisito de que o delito tenha ocorrido em mesma condição de lugar, fora explicitado que pode se tratar de crimes ocorridos em lugares distintos, havendo divergência jurisprudencial no tocante a qual seria a distância ideal para que o agente fosse beneficiado pelo instituto.

Assim, foi ressaltado que os delitos devem ser subseqüentes, em que um deve ser continuação do outro, não sendo possível a aplicação quando se tratar de ações concomitantes.

Ao final, conclui-se pela inaplicabilidade de tal instituto em virtude dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, antes da vigência da atual Lei, se tratarem de crimes de espécies distintas, isto pelo fato de estarem contidos em tipos penais diferentes e autônomos, conforme precedentes colacionados.

Após tal análise será realizado estudo acerca da possibilidade de ocorrência de presunção de violência quando os crimes ora em estudo forem cometidos em face de pessoa menor de idade.

### **1.3 Aplicabilidade da Presunção de Violência.**

A proteção ao menor de idade decorre de preceito constitucional que está previsto no artigo 227, § 4º da Carta Magna, devendo assim o autor da infração ter punição mais severa.

Assim dispõe o Código Penal, em seu artigo 224 acerca da presunção de violência, que foi introduzido pelo artigo 9º da lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), sendo causa de aumento em metade da pena fixada:

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (quatorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Tal violência prevista no Código Penal trata-se de violência presumida, ficta ou indutiva, posto que tal análise se dá em virtude das circunstâncias concretas do crime<sup>89</sup>.

Para maior entendimento do que se trata tal violência, observa-se o conceito do instituto:

Diz-se presumida porque é uma criação jurídica, uma ficção. De fato, não há o emprego de força física contra a pessoa ou coisa (violência real), mas há a idealização de algumas situações em que a vítima não tem querer, logo não pode consentir ou oferecer resistência<sup>90</sup>.

Passa-se análise das possibilidades de presunção previstas na lei.

Na primeira hipótese o legislador fez previsão da presunção no caso de menor de quatorze anos sendo tal presunção relativa<sup>91</sup> e será aplicado até o dia em que o menor completar tal idade.

Sendo assim, o agente deve ter plena consciência da situação da vítima, pois será justificável o erro sobre a idade, caso o infrator não tinha condições de perceber a realidade, que pode ser pelas condições físicas bem desenvolvidas da vítima, em que será excluída a aplicação de tal dispositivo<sup>92</sup>.

Na segunda hipótese, no caso de se tratar de alienado ou débil mental, será necessário prova pericial para constatação da situação da vítima, sendo neste caso exigido para configuração do crime previsto neste dispositivo, o dolo direto, pois o agente deve ter real consciência da situação da vítima, sendo insuficiente a simples dúvida acerca do seu real estado<sup>93</sup>.

Ressalta-se que a vítima deve ser inteiramente incapaz<sup>94</sup> de ter a percepção do ato ilícito para a caracterização desta hipótese.

E na terceira e última hipótese, fez o legislador previsão de aplicabilidade de presunção quando a vítima não pode oferecer resistência, possuindo aplicação ampla, pois não existe previsão expressa de quais seriam essas situações.

<sup>89</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo. Saraiva, 2007. p.776

<sup>90</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 15.

<sup>91</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.903.

<sup>92</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.903.

<sup>93</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.903.

<sup>94</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 780.

Assim, citam-se alguns exemplos em que pode ocorrer presunção com base nesta hipótese, no caso de embriaguez completa, uso de entorpecentes, deficiência física e dentre outras tantas possibilidades<sup>95</sup>.

É importante que no caso das três alíneas, que a resistência seja nula, ou seja, em razão da situação da vítima, esta não consegue oferecer qualquer resistência ao ato ilícito que está sendo praticado, seja em razão de sua condição física ou mental, aonde não consegue nem ao menos ter percepção do ato<sup>96</sup>.

O consentimento da vítima menor de 18 anos e maior de 14 anos de idade exclui a presunção de violência, no caso de estar devidamente comprovado nos autos que o mesmo tinha plena capacidade de entender o ato que foi praticado<sup>97</sup>.

Entretanto, não se aplica tal entendimento no caso de ser menor de 14 anos idade, não tendo neste caso o consentimento qualquer condão de excluir a presunção.<sup>98</sup> Nesse sentido precedentes do Supremo.<sup>99</sup>

Segundo a doutrina são considerados hediondos os crimes cometidos com a aplicação de violência presumida, pois a lei não fez distinção entre as formas de violência. Entretanto, apesar de se tratar de crime hediondo, se tornou possível a progressão de regime a partir de nova interpretação do Supremo que considerou o artigo 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos que previa tal proibição de progressão.<sup>100</sup>

Os doutrinadores<sup>101</sup> que consideram que o crime cometido com presunção de violência caracteriza delito hediondo, fundamentam que o Lei de crimes hediondos menciona o estupro e atentado violento ao pudor ambos combinados com o artigo 223 como hediondos.

Assim, não há necessidade que a referida lei houvesse previsto expressamente a combinação dos artigos 213 e 214 com o artigo 224, que trata da presunção de violência.

Desta forma, entendimento de Nucci:

É lógico que não necessitaria ter descrito a combinação dos arts. 213 e 214 com o art. 224, pois este não cria novas figuras típicas incriminadoras, mas

<sup>95</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.903.

<sup>96</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo. Saraiva, 2007. p.780.

<sup>97</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo. Saraiva, 2007. p.780.

<sup>98</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 905.

<sup>99</sup> BRASIL/RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 93263. Relatora Cármen Lúcia. Acórdão 19/02/2008. DJ 11/04/2008.

<sup>100</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 22.

<sup>101</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal Parte Geral e Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 773.

unicamente dá elementos para a tipificação desses crimes, quando cometidos contra pessoa incapaz de consentir, levando em conta os tipos penais existentes (que são hediondos). Ora, que diferença substancial existe entre uma conjunção carnal com violência real, praticada contra quem podia consentir e não o fez, e uma conjunção carnal com violência presumida, praticada contra quem não podia consentir e o fez? Nenhuma para efeito de concretização do tipo penal do art. 213<sup>102</sup>.

No caso de vítima menor de 14 anos o ECA prevê pena mais branda de a Lei de crimes hediondos, visto que o delito é apenado com três a nove anos de reclusão, enquanto a Lei de crimes hediondo prevê pena de nove a quinze anos de reclusão.

Assim, surgiu o seguinte questionamento, qual deve ser a pena aplicada a do ECA ou a da Lei dos crimes hediondos?<sup>103</sup>

Como a Lei de crimes hediondos é lei posterior, visto que sua promulgação ocorreu depois, deve a mesma prevalecer sobre o ECA, ocasionando sua revogação em parte.<sup>104</sup>

Cumprir destacar posicionamento divergente da jurisprudência no sentido de que, os crimes cometidos contra o menor de idade com presunção de violência não será considerado hediondo, em virtude de ausência de previsão legal expressa.

Nesse sentido existe precedente no Superior Tribunal de Justiça.<sup>105</sup>

É importante frisar que para a majoração da pena prevista no artigo 9º da Lei de crimes hediondos, torna-se necessário além da violência, que seja esta real ou ficta, que o ato ilícito ocasione lesão grave ou a morte da vítima<sup>106</sup>.

Existe divergência jurisprudencial<sup>107</sup> no tocante a este entendimento, onde no qual para essa parte da jurisprudência, não existe possibilidade de aplicação de tal majoração prevista na lei dos crimes hediondos, por configurar real *bis in idem*. O fundamento é de que o tipo fez a previsão da existência de violência contra o menor de 14 anos, aonde a mesma já possui elemento constitutivo do tipo.

Esta também é o posicionamento da doutrina no sentido de que não seria aplicado o artigo 9º da Lei de crimes hediondos que prevê aumento de pena, em virtude da caracterização de *bis in idem*, sob o fundamento de que a violência seria elemento constitutivo

<sup>102</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal Parte Geral e Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 773.

<sup>103</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 22.

<sup>104</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.871.

<sup>105</sup> BRASIL/MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 158359. Relator Ministro Og Fernandes. Acórdão 31/08/2010. DJe 27/09/2010.

<sup>106</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.906

<sup>107</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.906.

do tipo penal, conforme artigo 224, alínea *a* do Código Penal. Assim o que já constitui elementar do tipo não pode figurar como causa de aumento.<sup>108</sup> Ressalta-se que o dolo eventual só exclui a presunção de violência na segunda hipótese legal, alínea *b*<sup>109</sup>.

Além da divergência jurisprudencial, alguns doutrinadores como Luiz Flávio Gomes tem o posicionamento de que não é possível haver punição com base em presunção, sendo esta incompatível com o princípio constitucional de presunção de inocência<sup>110</sup>.

Sendo assim diante de tais observações, conclui-se que a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal, constitui crime hediondo, não importando as formas de violência<sup>111</sup>.

Ressalta-se ainda que neste caso também haverá a possibilidade de progressão de regime, em virtude da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que fazia tal proibição, artigo 2º, § 1º da Lei dos crimes hediondos.

Assim, foi realizado neste tópico estudo acerca da aplicação de presunção de violência nos casos expressamente previstos no artigo 224 do Código Penal, em que foi enfatizada a necessidade de que a resistência da vítima seja nula, visto que a mesma não pode oferecer resistência em razão de suas circunstâncias pessoais.

Ficou demonstrado as hipóteses em que o consentimento da vítima exclui a presunção de violência e os casos em que tal exclusão não é possível, colacionando precedentes nestes sentidos.

Após toda a análise tratada acerca das hipóteses de presunção de violência, torna-se essencial fazer o estudo acerca da ação penal cabível em todos os casos mencionados até o presente momento neste estudo realizado, e as conseqüências oriundas disto.

#### **1.4 Ação penal cabível**

Neste momento será realizado o estudo sobre a ação penal cabível nos crimes de estupro, em sua modalidade simples e qualificada, atentado violento ao pudor e ainda estupro de vulnerável.

---

<sup>108</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.906.

<sup>109</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 779.

<sup>110</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120-121.

<sup>111</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 22.



Fez o legislador previsão expressa no tocante ação penal cabível nos crimes contra a liberdade sexual, devendo se proceder somente mediante queixa-crime, em que a ação penal será privada, ou seja, somente ocorrerá a punição do fato criminoso mediante iniciativa da vítima.

Entretanto, trouxe o legislador duas exceções para essa regra, quais sejam, na hipótese da vítima ou seus pais não terem condições para prover às despesas do processo, a ação penal será pública condicionada à representação, ou seja, o titular da ação penal será o Ministério Público, mas este somente poderá agir mediante a representação do ofendido.

A outra exceção é no caso do delito ser cometido com o abuso do pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador, hipótese que a ação será pública incondicionada, ou seja, independe da representação do ofendido para que a ação penal ocorra. Nesse sentido precedente do STJ HC, 5.555, 5ª Turma, DJU, 18 ago. 1997, p. 37900<sup>112</sup>.

A motivação do legislador para que a regra seja ação penal privada se baseou na necessidade de proteção a intimidade da vítima, pois se a regra fosse ação pública, tal intimidade poderia ser abalada pela publicidade dos atos<sup>113</sup>.

Nestes casos deverá o ofendido ou seu representante legal, no prazo decadencial de seis meses, a contar do conhecimento do autor do fato, deverá mediante requerimento solicitar a instauração do inquérito policial para investigação dos fatos assim, por se tratar de procedimento meramente inquisitivo, deverá também promover a queixa-crime para que ação penal ocorra<sup>114</sup>.

O momento hábil para comprovação da situação de pobreza, no caso da ação penal pública condicionada pode ser em qualquer momento no curso do processo, mas desde que antes de proferido sentença final<sup>115</sup>.

O legislador somente fez a previsão de qualificadora para o caso do resultado ser lesão de natureza grave ou morte, sendo assim, em se tratando de lesão leve, estas serão absorvidas pelo tipo, em face do princípio da subsidiariedade implícita<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 782.

<sup>113</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 34.

<sup>114</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 35.

<sup>115</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 782.

<sup>116</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 68.

Após análise da ação penal cabível em cada um dos crimes ora em estudo, se faz necessário o estudo acerca da ação penal cabível nos casos em que do delito decorrer resultado de lesão de natureza grave.

#### 1.4.1 Nos crimes de lesão grave – Súmula 608 do STF.

No caso da ação delituosa ocasionar lesão de natureza grave à vítima ou sua morte, a ação penal deverá se pública incondicionada, conforme prevê os artigos 100 e 223 do Código Penal, pois neste caso visa-se a proteção não apenas a liberdade sexual, mas também da integridade física e saúde da mesma<sup>117</sup>.

No caso de se tratar de violência real<sup>118</sup>, existem duas correntes no tocante a ação penal cabível em que a primeira considera que a ação penal deverá ser privada<sup>119</sup>.

A segunda corrente considera que a ação penal deverá ser pública, em virtude de se tratar de crime complexo, esse entendimento decorre do teor da súmula 608 do Supremo que determina nos casos de ser empregada tal violência a ação será incondicionada<sup>120</sup>.

Cumprir destacar o conceito de crime complexo que consiste naquele que abrangem duas ou mais figuras jurídicas que separadamente poderiam ser consideradas com crimes distintos, prevê tal dispositivo que a ação será pública. O mesmo ocorre pela fusão de dois ou mais tipos penais autônomos<sup>121</sup>.

A jurisprudência é no sentido de aplicabilidade da referida súmula quando houver emprego de violência real, devendo assim neste caso a ação ser pública incondicionada.

Nesse sentido, colacionamos precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, *in verbis*:

<sup>117</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 36

<sup>118</sup> A violência real ocorre quando não há o consentimento da vítima, aplicando a força ou grave ameaça. A violência presumida ocorre quando há o consentimento da vítima, todavia esse consentimento é inválido. ARAUJO. Otilia Maria da Cruz. *Presunção ou Menoridade Presumida*. [on line] disponível em: < <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/otiliamariadacruz/araujo/presuncaoemmenoridade.htm>> . Acesso em 22 de setembro de 2011.

<sup>119</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.908.

<sup>120</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.908.

<sup>121</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. Ação penal no atual crime de estupro. *Nova criminologia*. [on line] disponível em:< <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2558>>. Acesso em 25 de maio de 2011.

Ementa. REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENDIDA NULIDADE DO PROCESSO-CRIME EM RAZÃO DA ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA REAL. APLICABILIDADE DA SÚMULA 608 DO STJ. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PRETENSÃO REVISIONAL IMPROCEDENTE. (RVCR 4227507 PR 0422750-7, Relator Luiz Zarpelon, julgamento em 22/11/2007, 4ª Câmara Criminal, DJ: 7507).

Desta forma, em se tratando de delito que ocasione em lesão corporal grave ou morte a ação penal deverá ser pública incondicionada, inclusive quando houver o emprego de violência real, aplicando-se assim a súmula 608 do Supremo.

#### **1.4.2 Presunção e a ação de iniciativa privada**

A regra é de que ação penal se proceda mediante queixa-crime, mas no tocante a hipótese de se tratar de presunção de violência, o ECA fez a previsão no artigo 227 do estatuto que, no caso da vítima se tratar de criança ou adolescente a ação penal deverá ser pública incondicionada.

Ocorre que apesar de tal estatuto ser lei especial que derogaria lei geral, no caso o Código Penal, o mesmo não fez previsão expressa das hipóteses de crimes aonde a ação penal será pública.

Sendo assim no caso de crime de estupro e de atentado violento ao pudor praticado contra criança ou adolescente, em que existe a previsibilidade de presunção, deverá ser obedecida a regra geral do artigo 225, ou seja, a ação penal será privada, devendo se proceder mediante queixa-crime ou pública condicionada se for a hipótese do inciso I, pois não existe previsão expressa em outro sentido, devendo assim ser aplicada a regra geral<sup>122</sup>.

Desta forma todos os crimes praticados mediante violência presumida, independente das características da vítima, está se processará mediante queixa-crime do ofendido ou seu representante legal, aonde somente será a ação pública se for umas das hipóteses dos incisos do artigo 225 do Código Penal<sup>123</sup>.

Foi possível realizar neste capítulo, o estudo com relação à distinção entre o crime de estupro e atentado violento ao pudor, a possibilidade de aplicação do instituto da

<sup>122</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro. América Jurídica, 2005. p. 40.

<sup>123</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 69.

continuidade delitiva, as hipóteses de presunção de violência e ação penal cabível em cada caso.

Todo este estudo realizado incide antes da vigência da Lei n. 12.015 de 2009 que realizou alteração nos crimes denominados *contra os costumes*.

Após todo o explicitado, será realizado no próximo capítulo estudo com relação às alterações trazidas após a vigência desta lei, com relação à mudança nos crimes *contra os costumes* agora denominados *os crimes contra a dignidade sexual*, buscando trazer qual o intuito e significado de tal alteração e suas consequências práticas tanto nas demandas futuras quanto nos processos em curso no Poder Judiciário.

## **CAPÍTULO 2: CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: DO REGIME POSTERIOR A VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015 DE 2009.**

Foi realizada análise no capítulo anterior dos tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor, com relação a possibilidade de aplicabilidade do instituto da continuidade delitiva quando da ocorrência dos dois tipos, as hipóteses de presunção de violência e ação penal cabível nos crimes denominados contra os costumes.

Após, passa-se agora análise dos mesmos institutos após a vigência da Lei nº 12.015 de 2009 que alterou os *crimes contra os costumes*, agora denominados de crimes contra a *dignidade sexual*.

### **2.1 Tipo misto alternativo ou cumulativo?**

A Lei nº 12.015 de 7 de agosto do ano de 2009, fez alteração do Título VI do Código Penal Brasileiro que previa os *Crimes contra os costumes*, com a modificação passou a prever os *Crimes contra a dignidade sexual*.

A princípio tal alteração pode parecer meramente literal, mas foi de suma importância diante do fato de que assim foi conferido modernidade e adequação à realidade atual da sociedade brasileira, pois a proteção deixou de ser focada no comportamento sexual das pessoas, passando a tutelar a sua dignidade sexual, passando a finalidade a ser a proteção a liberdade sexual, a sua dignidade<sup>124</sup>.

A dignidade da pessoa humana<sup>125</sup>, conforme o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, é um dos fundamentos constantes na República Federativa do Brasil, onde a mesma deve ser interpretada sempre em observância a este princípio.

Após a verificação dos antigos crimes denominados de estupro e atentado violento ao pudor, antes da vigência da lei em estudo, bem como da análise do instituto da

<sup>124</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009.

<sup>125</sup> A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. SIQUEIRA. Alexandre Marques de. *Dignidade da pessoa humana: uma prerrogativa de todos*. [on line] disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17485/dignidade-da-pessoa-humana-uma-prerrogativa-de-todos>>. Acesso em 26 de setembro de 2011.

continuidade delitiva, presunção de violência e ação penal cabível, passa-se ao estudo neste capítulo das alterações trazidas pela lei.

Primeiramente, deve ser feita análise dos tipos previstos nos artigos 213 e 214, de modo a verificar a ocorrência ou não da unificação dos mesmos, e em caso positivo quais as consequências oriundas disto.

Assim dispõe a antiga redação do tipo penal que tratava do crime de estupro: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Com a nova redação trazida pela Lei nº 12.015/2009 assim passou a dispor tal dispositivo: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Com a nova redação foram realizadas algumas modificações no tipo, primeiramente a introdução da palavra *alguém* no lugar de *mulher*, em que o ato ilícito passou a ser dirigido tanto contra a vítima do sexo feminino quanto do sexo masculino. E a segunda alteração que introduziu a *prática de outros atos libidinosos*, ocasionando da revogação expressa do artigo 214 que fazia a previsão do crime de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Houve mudança significativa no tocante ao sujeito passivo do delito, como já mencionado, antes só podia ser a mulher, sendo somente a sua liberdade sexual protegida, agora tanto o sujeito ativo quanto o passivo passa a ser qualquer pessoa.

Antes, com a anterior codificação, o tipo do estupro previsto no antigo artigo 213 ocorria quando a mulher era obrigada, coagida ou forçada mediante violência ou grave ameaça a prática de conjunção carnal, onde o crime era classificado como duplamente próprio,<sup>126</sup> podendo ser sujeito ativo somente o homem, hipótese em que a mulher poderia atuar somente como co-autora ou partícipe.

Essa segunda expressão inserida compreende todos os atos de natureza sexual com a intenção de satisfação do libido do agente infrator, entretanto cumpre destacar que o beijo lascivo não caracteriza ato libidinoso descrito no tipo, mesmo que cometido com o emprego de violência ou grave ameaça.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> STRECK, Lenio Luiz. *CONSTITUIÇÃO E BEM JURÍDICO*. [on line] disponível em: <[www.rs.gov.br/areas/atuacaop/anexos.../artigolenio.doc](http://www.rs.gov.br/areas/atuacaop/anexos.../artigolenio.doc)>. Acesso em 06 set. 2010.

<sup>127</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. vol 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 493.

Com a nova alteração e na hipótese de ocorrer o descrito no antigo artigo 214 do Código Penal, incorrerá na nova tipificação de estupro comum, descrita quando o agente pratica contra a vítima “outro ato libidinoso” diverso da cópula vaginal.

Entretanto, existe posicionamento da doutrina de que o beijo lascivo caracterizaria crime de estupro. Nesse sentido, Damásio de Jesus<sup>128</sup> afirma que “constitui-se em estupro quando praticado mediante violência ou grave ameaça”.

Existe crítica no tocante a desproporcionalidade de ser considerado de mesma gravidade os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, em que para aqueles que adotam tal posicionamento, afirma que cometeu o legislador grande exagero.

Enfatizam que a intenção do legislador foi tentar equiparar a prática de estupro com os atos libidinosos de maior gravidade, como relação sexual oral ou anal, mas acabou por equiparar estes aos atos menos graves, ensejando assim em grande desproporcionalidade<sup>129</sup>.

Assim, nota-se que deve haver proporcionalidade na imputação de crime ao fato praticado, pois não seria razoável imputar ao agente que deu um beijo lascivo o crime de estupro, sendo auferido ao mesmo pena mínima de 6 anos.

Desta forma, nestes casos de cometimento de atos libidinosos de menor gravidade, como o beijo lascivo, o agente deve responder pelo delito de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal, ou a depender do caso concreto e da intensidade da conduta, pela contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, previsto no artigo 61 da LCP.<sup>130</sup>

Sendo assim, atentado violento ao pudor passou a ser uma modalidade de estupro, em que com a unificação dos dois crimes o legislador visou demonstrar que as práticas de atos libidinosos são de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal, apesar da equiparação da pena aferida<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. vol 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 493.

<sup>129</sup> ELUF, Luiza Nagib. *As Inovações da Lei nº 12.015/2009 e o Comércio Sexual*. Revista Jurídica Consulex. Brasília, nº 307, ano XVIII, p. 37, 31 de outubro de 2009.

<sup>130</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. vol 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 493.

<sup>131</sup> FILHO, Vicente Greco. *Uma nova Interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual)*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 2, n.11, p.59 Nov. 2009.

Na hipótese de serem praticados atos libidinosos e conjunção carnal conjuntamente, antes não havia divergência no tocante a aplicação de concurso material, em que o agente responderia pela prática dos dois crimes praticados<sup>132</sup>.

Após a vigência da nova lei surgiu questionamento no tocante a possibilidade ou não de concurso de crimes.

Com a unificação dos delitos em um único tipo penal segundo a doutrina alemã<sup>133</sup>, passaram a serem classificados em duas espécies, conforme explicitado por Vicente Greco Filho:

Alternativos, quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; cumulativos, quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa um concurso de crime (material, formal, crime continuado)<sup>134</sup>.

Cumprir realizar singela diferenciação entre tipo penal misto alternativo e tipo penal misto cumulativo.

No tipo penal de conteúdo variado ou misto alternativo ocorre a fungibilidade das condutas, visto que é irrelevante o cometimento de qualquer conduta descrita no tipo, pois trata-se de crime único<sup>135</sup>.

No caso do tipo penal de conteúdo variado ou misto cumulativo não ocorre tal fungibilidade entre as condutas delitivas, sendo caracterizada a multiplicidade de crimes, havendo cumulação entre as penas ou aplicação da continuidade delitiva<sup>136</sup>.

No caso do novo tipo penal de estupro, se for adotado que o tipo penal do artigo 213 do Código Penal caracteriza-se de tipo misto de conteúdo alternativo, tem-se que

<sup>132</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.28.

<sup>133</sup> FILHO, Vicente Greco. *Uma nova Interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual)*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 2, n.11, p.59 Nov. 2009.

<sup>134</sup> FILHO, Vicente Greco. *Uma nova Interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual)*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 2, n.11, p.59 Nov. 2009.

<sup>135</sup> FÁRIA, Fernando Cesar. *Com a palavra o Superior Tribunal de Justiça estupro tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo*. [on line] disponível em: <[www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ\\_estupro\\_tipo\\_penal\\_misto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ_estupro_tipo_penal_misto.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2011.

<sup>136</sup> FÁRIA, Fernando Cesar. *Com a palavra o Superior Tribunal de Justiça estupro tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo*. [on line] disponível em: <[www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ\\_estupro\\_tipo\\_penal\\_misto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ_estupro_tipo_penal_misto.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2011.



qualquer cometimento de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, incidira em apenas uma conduta de estupro, tendo assim a aplicação de um único crime<sup>137</sup>.

Já se for adotado que o tipo consiste em misto de conteúdo cumulativo, o agente que cometer as duas condutas descritas no tipo, quais sejam, estupro e prática de outros atos libidinosos, terá dupla punição aplicando-se uma pena relativa ao primeiro delito e outra relativa a segunda conduta, agindo o agente em concurso de crimes.<sup>138</sup>

Cumprido apresentar a divergência existente entre a Quinta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça de qual seria o melhor entendimento para o novo tipo penal.

A Quinta Turma<sup>139</sup> entende se tratar de tipo penal misto cumulativo, em que sendo praticadas as duas condutas dos tipos, as mesmas serão punidas individualmente somando-se as penas respectivas.

Entendeu o Relator do referido julgado, o Ministro Félix Fischer que se trata de desígnios autônomos, autorizadores do concurso de crime, sendo impossível assim a ocorrência de continuidade delitiva<sup>140</sup>, em que “[...] praticada uma penetração vaginal e outra anal, neste caso jamais será possível a caracterização da continuidade. [...] É que a execução de uma forma nunca será similar a da outra. São condutas distintas”.

Nesse sentido, colaciona-se trecho de precedente da Quinta Turma, in verbis:

[...]IV - A reforma introduzida pela Lei 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 novo 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 [...]

VII - Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de

<sup>137</sup> FARIA, Fernando Cesar. *Com a palavra o Superior Tribunal de Justiça estupro tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo.* [on line] disponível em: <[www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ\\_estupro\\_tipo\\_penal\\_misto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ_estupro_tipo_penal_misto.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2011.

<sup>138</sup> FARIA, Fernando Cesar. *Com a palavra o Superior Tribunal de Justiça estupro tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo.* [on line] disponível em: <[www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ\\_estupro\\_tipo\\_penal\\_misto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ_estupro_tipo_penal_misto.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2011.

<sup>139</sup> BRASIL/MATO GROSSO DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104724. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. Acórdão 22/06/2010. DJe 02/08/2010.

<sup>140</sup> FARIA, Fernando Cesar. *Com a palavra o Superior Tribunal de Justiça estupro tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo.* [on line] disponível em: <[www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ\\_estupro\\_tipo\\_penal\\_misto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ_estupro_tipo_penal_misto.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2011.

penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras. [...] <sup>141</sup>. Grifou-se.

Em contraposição a Sexta Turma já firmou posicionamento de crime único, se tratando de tipo penal misto alternativo, fundamentando a existência de um núcleo comum ao tipo, constringer.

Nesse sentido, observa-se trecho do voto proferido pelo Relator do referido julgado, Ministro Og Fernandes:

Assim, diante dessa constatação, a Turma assentou que, caso o agente pratique estupro e atentado violento ao pudor no **mesmo contexto e contra a mesma vítima**, esse fato constitui um **crime único**, em virtude de que a figura do atentado violento ao pudor não mais constitui um tipo penal autônomo, ao revés, a prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal também constitui estupro <sup>142</sup>. Grifou-se.

No mesmo sentido, colaciona-se trecho do voto proferido em precedente do TJDFT <sup>143</sup> a respeito do assunto, *in verbis*:

Diante das alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, **não há mais que se falar em concurso material** entre as condutas, uma vez que os referidos crimes pertencem a mesma espécie.

[...] Então, parece-me que **ainda não se resolveu** devidamente a questão surgida, **de saber se o delito é ou não tipo penal alternativo ou cumulativo**, como pretendem alguns, quando há duas condutas, cada qual correspondente a uma conduta diversa, possibilitando, em tese, a continuidade delitiva quando praticada contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático ou se, segundo a tradição do nosso Direito, seria um tipo de ação múltipla ou de conteúdo variado, onde qualquer das condutas configuraria o crime e, eventualmente, a prática de mais de uma delas não implicaria crime diferente. Grifou-se.

<sup>141</sup> BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 170842. Quinta Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Acórdão 21/10/2010, DJe 16/11/2010.

<sup>142</sup> BRASIL/DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 144.870. Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Acórdão 09/02/2010. DJe 24/05/2010.

<sup>143</sup> BRASIL/DISTRITO FEDERAL. AGRAVO. Ementa RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. TIPO ÚNICO. MESMA ESPÉCIE. CONTINUIDADE DELITIVA. AGRAVO PROVIDO EM P ARTE. COM O ADVENTO DA LEI Nº 12.015, O CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PASSOU A INTEGRAR O TIPO PENAL DO CRIME DE ESTUPRO, PREVISTO NO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL, RECONHECENDO-SE A CONTINUIDADE DELITIVA QUANDO OS CRIMES SÃO PRATICADOS NAS MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MODO DE EXECUÇÃO. RECURSO PROVIDO, EM PARTE, PARA QUE SEJA ESTABELECIDO A FRAÇÃO CORRESPONDENTE. RAG 62560720118070000. 1ª Turma Criminal. Relator Romão C. Oliveira. Acórdão 19/05/2011. DJ 14/06/2011.

Diante do explicitado, fica demonstrado que não existe consenso em nossos Tribunais pátrios no tocante ao novo tipo penal do estupro consistir em tipo penal alternativo ou cumulativo, o que influencia na caracterização de crime único ou concurso de crimes.

Destaca-se posicionamento majoritário da doutrina, como por exemplo, Guilherme de Souza Nucci e Rogério Greco, ao acompanhar o entendimento da Sexta Turma de que trata-se de tipo penal misto alternativo, ou seja, os tipos ora em estudo consistem em crime único.<sup>144</sup>

Observa-se entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal 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**. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima. no caso supramencionado merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal<sup>145</sup>. Grifou-se.

Desta forma, irá se tornar um delito único sempre que uma conduta for absorvida por outra, devendo além de se tratar de ações de atos sucessivos ou simultâneos, existir nexos de causalidade entre as condutas delitivas, senão serão hipóteses de delitos autônomos<sup>146</sup>.

Para esta corrente, a ação criminosa é constituída de vários atos de natureza sexual como a conjunção carnal e outros atos libidinosos. Mas que mesmo se tratando de crime único, no caso das ações estarem fora deste contexto poderá ser caracterizado o concurso de crimes, ou seja, do delito ter sido praticado fora do mesmo contexto fático e for demonstrado a autonomia de vontade do agente na prática dos dois delitos.<sup>147</sup>

<sup>144</sup> FARIA, Fernando Cesar. *Com a palavra o Superior Tribunal de Justiça estupro tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo.* [on line] disponível em: <[www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ\\_estupro\\_tipo\\_penal\\_misto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ_estupro_tipo_penal_misto.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2011.

<sup>145</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.* 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 18-19.

<sup>146</sup> FILHO, Vicente Greco. *Uma nova interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual).* Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 2, n.11, p.60, nov. 2009.

<sup>147</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009.* São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.26.

Para este posicionamento não existe possibilidade de concurso de crimes uma vez que mesmo com a prática de conjunção carnal e cópula anal o agente está praticando um único delito, vez que a conduta está prevista em único tipo penal<sup>148</sup>.

Rogério Sanches Cunha possui o mesmo posicionamento de Guilherme Souza Nucci, uma vez que se agente pratica o núcleo do tipo dentro de um mesmo contexto fático, estará caracterizada a unidade do crime<sup>149</sup>.

No mesmo sentido de se tratar de crime único, colaciona-se precedentes dos Tribunais de Justiça, *in verbis*:

*Abolitio Criminis*. Lei posterior benéfica. **Reconhecimento de crime único**. Estupro e atentado violento ao pudor. Lei 12.015/2009. Mesmo contexto fático. Prova pré-constituída. ORDEM CONCEDIDA<sup>150</sup>. Grifou-se.

Apelação. Estupro e atentado violento ao pudor (arts. 213 e 214 do cp). Denúncia julgada procedente. Insurgência do réu. Pretendida absolvição pelo crime de estupro. Improcedência. Consentimento não comprovado. Conjunto probatório coeso e idôneo a alicerçar decreto condenatório. Redução da reprimenda corporal ao mínimo legal. Impossibilidade. Reprimenda irretocável que se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos. Sentença condenatória mantida. Superveniência da lei 12.015/09. Unificação, no caso concreto, das condutas de estupro e atentado violento ao pudor. **Crime único de natureza idêntica**. Aplicação da continuidade delitiva. Readequação, de ofício, da reprimenda corporal. Recurso não provido<sup>151</sup>. Grifou-se.

E nesta hipótese de ser considerado crime único, mesmo com a ocorrência de desígnios autônomos, o magistrado deverá ser razoável na fixação da pena, devendo observar a quantidade e gravidade dos atos praticados<sup>152</sup>.

Existe posicionamento de que com a unificação o agente irá incorrer apenas na pena descrita no novo artigo 213, contudo se o ato libidinoso tiver sido praticado de forma

<sup>148</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.29.

<sup>149</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.29.

<sup>150</sup> BRASIL/SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 5269929220108260000. 10ª Câmara de Direito Criminal. Relator Rachid Vaz de Almeida. Acórdão 13/01/2011. DJe 18/01/2011.

<sup>151</sup> BRASIL/PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº6455763. 4ª Câmara Criminal. Relator Luiz Cezar Nicolau. Acórdão 05/05/2011. DJ: 633.

<sup>152</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.29.

autônoma da conjunção carnal, ocasionará concurso de crimes, visto a pluralidade de resultados<sup>153</sup>.

Ressalta-se que nesta hipótese de concurso de crimes, se a pluralidade de resultados decorrer de uma única ação ocasionará concurso formal, e se decorrer de pluralidade de ações será concurso material<sup>154</sup>.

Para muitos doutrinadores, mesmo após a unificação se torna necessário fazer a distinção entre as condutas praticadas, em que se os atos libidinosos forem encadeados como atuação normal na busca da cópula, sendo estes atos integrantes dentro de um mesmo contexto, estando direcionados para a realização da relação sexual, não há que se falar em concurso de crimes, vez que está caracterizado a ocorrência de crime único.<sup>155</sup>

Tal hipótese ocorre quando o agente buscado ter relação sexual com a vítima ao arrancar sua roupa acaba por passar a mão em suas partes íntimas.

Porém, se durante ou após a cópula o agente praticar atos libidinosos fora deste contexto, como coito anal ou oral, será caracterizado designo autônomos, deverá sim ser caracterizado o concurso material<sup>156</sup>.

Sendo assim mesmo diante da unificação, com a incorporação de dois delitos em um único tipo penal, ambos devem ser analisados separadamente, pois o estupro, quando ocorrer conjunção carnal, somente absorve o ato libidinoso em progressão ao primeiro ato de conjunção e não o ato praticado de forma autônoma<sup>157</sup>.

Nesse sentido entendimento de Vicente Greco:

No entanto, caso as condutas sejam autônomas, como também anteriormente se referia, quando houver conjunção carnal e sexo anal praticados na mesma vítima, mediante constrangimento, por exemplo, haverá concurso material de crimes. Neste caso, há cumulatividade de condutas<sup>158</sup>.

---

<sup>153</sup> MIGLIACCI, Rafael. *Considerações acerca da LEI N.º 12.015/2009 e seus efeitos no controle da criminalidade*. [on line] disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10304](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10304)>. Acesso em 04 de agosto de 2011.

<sup>154</sup> MIGLIACCI, Rafael. *Considerações acerca da LEI N.º 12.015/2009 e seus efeitos no controle da criminalidade*. [on line] disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10304](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10304)>. Acesso em 04 de agosto de 2011.

<sup>155</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.28.

<sup>156</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.28.

<sup>157</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.28.

<sup>158</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.28.

Cumprir apresentar posicionamento híbrido de Vicente Greco Filho adotado no presente trabalho, de que é possível tanto a alternatividade como a cumulatividade, que irão depender da análise do caso concreto, de acordo com os princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção. Afirma que, será “delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos.”<sup>159</sup>

Conforme explicitado por Vicente Greco Filho, por se tratar de crime de ação múltipla<sup>160</sup>, a conjunção dos dois tipos penais em um só, não implica obrigatoriamente em crime único, pois devem ser considerados normas autônomas, devendo ser buscado a verdadeira vontade da lei, dentro da análise de seu contexto<sup>161</sup>.

Destaca-se entendimento de que mesmo sendo caracterizado como crime único que pode ser a prática de vários atos de natureza sexual, na hipótese de serem cometidos ato de conjunção e atos libidinosos fora do mesmo contexto fático, deve se aplicado o concurso material de crimes<sup>162</sup>.

Muito pertinente posicionamento de Mirabete abaixo:

Descrevendo o art. 213 um tipo misto cumulativo, é possível o concurso de crimes no estupro quando o agente constrange a vítima tanto à conjunção carnal como à prática de atos libidinosos. Se os atos libidinosos não passam de meros atos preparatórios para a cópula violenta, esta absorve os primeiros, caracterizando-se crime único. Quando porém, além da conjunção carnal, o agente pratica atos libidinosos que não sejam simples prelúdio da cópula (cópula anal ou oral, introdução de objetos e etc.), responderá por mais de um crime de estupro em concurso ou continuidade delitiva apesar da opiniões em contrário. Praticados somente atos libidinosos, mas autônomos, em momentos diversos, um após a consumação do outro, não há crime único, mas concurso de infrações, podendo-se reconhecer, conforme o caso, a continuidade delitiva. O mesmo ocorre na repetição da conjunção carnal

---

<sup>159</sup> FILHO, Vicente Greco. Uma nova Interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual). Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 2, n.11, p.60, nov. 2009.

<sup>160</sup> É também denominado crime de conteúdo variado. É aquele em que a lei descreve várias condutas (vários verbos), que são separadas pela conjunção alternativa "ou". Assim, nestes casos, a prática de mais de uma conduta pelo agente, em relação à mesma vítima, constitui crime único. Podemos citar como exemplo o crime de participação em suicídio, previsto no artigo 122, do Código Penal, que ocorre quando o agente induz, instiga ou auxilia outrem a cometer suicídio. Nesta hipótese, se o agente praticar os três verbos contra a mesma vítima, terá praticado apenas um delito. NUCCI, Guilherme de Souza. [on line] disponível em:< <http://www.diretonet.com.br/dicionario/exibir/856/Crime-de-acao-multipla>>. Acesso em 29 de agosto de 2011.

<sup>161</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 25.

<sup>162</sup> CAMPOS, Pedro Franco de, THEODORO, Luis Marcelo Mileo, BECHARA, Fábio Ramazzini e ESTEFAM, André. *Direito Penal Aplicado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288.

contra a mesma vítima. entendendo-se, porém, tratar-se de tipo penal alternativo, haverá crime único, ainda que praticada mais de uma conduta<sup>163</sup>.

Desta forma, deve-se observar se os atos libidinosos foram praticados de forma autônoma (coito anal), ou se são meros atos preparatórios para a conjunção carnal, e ainda se os diversos atos foram praticados dentro de um mesmo contexto fático, pois não existe coerência para aplicação de crime único aqueles atos praticados inclusive em momentos distintos.

Indaga-se que a adoção de crime único é uma grande afronta ao princípio da dignidade humana, pois dois delitos de gravidade tal enfática dada pela sociedade, quando cometidos separadamente, mesmo que em um único contexto fático, não devem ser considerados como um único crime sendo apenados uma única vez.

Visto que, cada conduta delitativa penal separadamente sempre possuiu a maior reprovção pela sociedade, e sendo apenadas uma única vez ocasiona no enfraquecimento da lei penal<sup>164</sup>.

Antes os tipos penais eram considerados de espécies diferentes em que “possuíam elementos subjetivos e objetivos nitidamente distintos”, conforme afirma relator julgado<sup>165</sup>. Ora, agora simplesmente pela unificação em um único tipo penal, por este simples fato irão possuir agora elementos subjetivos e objetivos iguais? Não parece razoável tal entendimento.

Vale ressaltar que com a revogação do artigo 214 feita pelo artigo 7º da Lei 12.015, não ocorreu *abolitio criminis*, uma vez que se deu a continuidade normativa ou incriminatória da conduta típica, pois o indivíduo continua como antes da alteração da lei, sendo punido cumulativamente pela primeira e segunda parte do novo artigo 213.

#### Explicações de Vicente Greco a respeito:

Por todos estes argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou a prática de mais de um e de mais

<sup>163</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal Parte Especial*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 398.

<sup>164</sup> FARIA, Fernando Cesar. *Com a palavra o Superior Tribunal de Justiça estupro tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo. [on line] disponível em: <[www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ\\_estupro\\_tipo\\_penal\\_misto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ_estupro_tipo_penal_misto.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2011.*

<sup>165</sup> BRASIL/MOTO GROSSO DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 160288. Quinta Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Acórdão 18/05/2010. DJe 07/06/2010.

de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos.<sup>166</sup>

O artigo 107. Inciso III do Código de Processo Penal prevê como causa extintiva de punibilidade “pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”, ou seja, lei que não considerar mais tal conduta como criminosa deverá retroagir em favor do acusado.

Observa-se que a lei não trouxe a idéia de que “restará extinta a punibilidade do agente quando sobrevier lei nova que não considere criminosa a conduta por si praticada”<sup>167</sup>.

Assim, a revogação do artigo 214 com a alocação da conduta criminosa para o artigo 213, não implica em *abolitio criminis* como mencionado, uma vez que a conduta de prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal não deixou de ser considerada como crime.

O núcleo do tipo constante no verbo constringer, em relação a nova previsão da prática de outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal, pode ocorrer de duas formas<sup>168</sup>, podendo a conduta ser ativa, com o agente agindo em seu próprio corpo ou em terceira pessoa.

Pode a conduta ainda ser passiva, hipótese em que a vítima, diante do constrangimento que está sofrendo, permite que com ela seja praticado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Assim, o legislador não inclui no tipo a conduta de presenciar ou assistir, sendo assim o ofendido deve atuar no delito seja ativamente ou passivamente como já mencionado. Aqui surge o questionamento acerca da necessidade ou não do contato físico entre a vítima e o agressor<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> FILHO, Vicente Greco. Uma nova Interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual). Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 2, n.11, p.61, nov. 2009.

<sup>167</sup> FARIA, Fernando Cesar. *Com a palavra o Superior Tribunal de Justiça estupro tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo. [on line] disponível em: <[www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ\\_estupro\\_tipo\\_penal\\_misto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ_estupro_tipo_penal_misto.pdf)>*. Acesso em 25 de agosto de 2011.

<sup>168</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009.

<sup>169</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.



Para Damásio de Jesus tal contato se torna essencial para a caracterização do delito, tal posicionamento possui fundamentação no fato do dispositivo legal empregar o verbo “praticar” que caracteriza a participação material da vítima<sup>170</sup>.

De outro lado, existe posicionamento de que não seria necessário tal contato físico, pois a ocorrência criminosa se dá com o constrangimento violento, ou seja, o delito ocorre por exemplo quando o agente obriga a vítima a masturba-se diante dele agressor, sem que este em momento algum realize contato físico com o mesmo<sup>171</sup>.

Assim defende-se que o fim libidinoso já está integrado ao próprio tipo penal sendo assim, apenas o dolo já seria elemento suficiente para a estruturação do tipo subjetivo<sup>172</sup>.

O delito do estupro passa a ter, conforme a doutrina<sup>173</sup>, a seguinte classificação:

doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do status de garantidor); material; de dano; instantâneo; de forma vinculada quando a conduta for dirigida a prática da conjunção carnal, e de forma livre, quando o comportamento disser respeito ao cometimento de outros atos libidinosos; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

O objeto jurídico tutelado passa a ser não somente integridade e liberdade sexual<sup>174</sup>, mas também a dignidade sexual em que tal proteção não recai somente sobre a mulher, mas também sobre o homem que passa a atuar também como sujeito passivo do ato delituoso, como já mencionado.<sup>175</sup>

<sup>170</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.

<sup>171</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.

<sup>172</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.21.

<sup>173</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009. p. 11.

<sup>174</sup> Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivo que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais. OLIVEIRA, Gleick Meira e RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. *Ambito Jurídico* [on line] disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553)>. Acesso em 24 de setembro de 2011.

<sup>175</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 12.

Além do dolo para alguns doutrinadores se torna necessário que este seja de cunho sexual, dirigido a satisfação da lascívia do sujeito, pois do contrário estaria configurado injúria real, conforme afirma Nélsion Hungria<sup>176</sup>.

Ressaltasse que na hipótese deste crime ser cometido com o intuito/dolo dirigido para a conjunção carnal, apenas o homem poderá ser sujeito ativo, em razão de ser apenas este capaz de praticar o ato. Já na hipótese de se tratar de prática de outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá ser sujeito passivo<sup>177</sup>.

De outro lado, a exigência para este outro posicionamento, tornar-se desnecessário e radical, pois não necessariamente o ato é dirigido com o intuito de satisfação da lascívia, podendo ser cometido com intuito de vingança, ódio, desprezo por exemplo<sup>178</sup>.

Trata-se de crime comissivo, em virtude da conduta do agente de constranger a vítima ser positiva. Entretanto, poderá o crime ser praticado via omissão imprópria, isso ocorrerá quando o agente estiver na posição de garantidor, figura jurídica prevista no artigo 13, § 2º do Código Penal<sup>179</sup>.

Nesta hipótese de estar o agente na posição de garantidor, este deverá responder pelo resultado que deveria ter evitado, e que em razão de sua inércia acabou ocorrendo<sup>180</sup>.

A consumação do novo tipo do estupro ocorre com a execução de duas fases, a primeira com o início da execução que ocorre com a prática do constrangimento mediante violência ou grave ameaça, e a segunda com a própria conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso<sup>181</sup>.

Por se tratar de crime material, em virtude de descrever tanto a conduta quanto o resultado que deverá ser produzido<sup>182</sup>.

<sup>176</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.

<sup>177</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 13.

<sup>178</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.

<sup>179</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 13-14.

<sup>180</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 13-14.

<sup>181</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.24.

<sup>182</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.25.

Observa-se que pode ser muito fácil se confundir a tentativa com a consumação do delito quando se tratar de prática de atos libidinosos, em que neste caso deve ser feita a análise de cada caso concreto, visando sempre buscar a finalidade com que os atos foram praticados, a intenção da conduta<sup>183</sup>. Assim, tal possibilidade de tentativa de atentado violento ao pudor é de difícil constatação, uma vez que o início da execução pode acarretar já na consumação de outro ato.

Sendo assim, se o agente tem a intenção de praticar conjunção carnal, mas em virtude de intervenção alheia a sua vontade o ato executório é interrompido, os atos já praticados não devem ser considerados para a consumação da segunda parte do tipo, ou seja, ato libidinoso diverso da conjunção, e sim tentativa do crime.

Mas, mesmo diante da dificuldade não se pode afirmar a impossibilidade, pois a tentativa pode ocorrer na seguinte situação hipotética, em que uma criança sem calças e com as nádegas viradas para um indivíduo adulto, em estado de ereção, com as mãos na cintura da vítima, acaba sendo surpreendido por uma terceira pessoa que impede que o ato se consuma<sup>184</sup>.

Assim, conforme já explicitado, como a consumação já se inicia com o emprego de violência, no caso do menor sendo esta irrelevante, e na hipótese do ato não ser consumado, deverá ser considerado a tentativa<sup>185</sup>.

Mas na hipótese do agente ter a intenção de praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal conjuntamente com a cópula vaginal, e os atos executórios serem interrompidos, este deve responder pelo crime de estupro consumado, uma vez que a segunda parte do tipo foi realizada pelo agente.

Com relação as formas qualificadas do tipo, antes do advento da lei o resultado preterdoloso, no caso lesão corporal grave ou morte, só se ocorria quando fosse atrelado à violência física, ou seja, se o resultado fosse decorrente da ameaça, o agente não era punido pelo resultado produzido<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 14.

<sup>184</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.26.

<sup>185</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.26.

<sup>186</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.31.

Agora as modalidades de qualificadoras previstas pelos §§ 1º e 2º do artigo 213, quando da conduta delituosa resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima for menor de 18 e maior de 14 anos, e ainda se resultar em morte da vítima, passam a decorrer da própria conduta, pondo fim a esse entendimento anterior<sup>187</sup>.

Ressalta-se que tais resultados devem ser oriundos da conduta lesiva e não autônomos desta, devendo serem praticados a título de culpa, tratando-se de crime preterdoloso<sup>188</sup>, pois na hipótese de terem sido praticados com dolo, deverá o agente responder pelos dois crimes praticados em concurso material, conforme dispõe o artigo 69 do Código Penal.

Destaca-se que existe posicionamento divergente na doutrina<sup>189</sup> no tocante ao resultado produzido a título de dolo, em que estes entendem se tratar também de forma qualificado e não de concurso material.

Em se tratando de crime de estupro qualificado, por se tratar de crime preterdoloso em que o resultado ocorre a título de culpa conforme já mencionado, não cabe a tentativa, sendo esta cabível somente na prática do tipo em sua forma simples. Contudo, afirma que toda regra possui exceção e que no caso de estar comprovado que o delito permaneceu na fase de tentativa, deve se considerar a tentativa, sob pena de afronta legal ao disposto no artigo 14, inciso II do Código Penal.<sup>190</sup>

Assim nesta hipótese do agente praticar estupro tentado com resultado de morte, em que esta foi praticada a título de culpa, responderá o agente por tentativa de estupro em concurso material com homicídio culposo<sup>191</sup>.

Entretanto, existe posicionamento na doutrina de modo diverso, se admitindo sim a tentativa do caso do crime ser qualificado:

Não podemos simplesmente considerar como consumado um delito que, a toda prova, permaneceu na fase da tentativa, raciocínio que seria, esse sim,

---

<sup>187</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 31.

<sup>188</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 15-16.

<sup>189</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial*. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 4, p.52.

<sup>190</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 465.

<sup>191</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 32.

completamente *contra legem*, com ofensa frontal à regra determinada pelo inciso II do art. 14 do Código Penal<sup>192</sup>.

Desta forma exemplifica tal possibilidade:

Poderíamos, ainda, visualizar a hipótese em que o agente, depois de derrubar a vítima, fazendo com que batesse com a cabeça em uma pedra, morrendo instantaneamente, sem que tivesse percebido esse fato, viesse a penetrá-la.

Ressalta-se que se o resultado produzido for lesão corporal de natureza leve, não ocorrerá o tipo qualificado, vez que está será absorvida pelo tipo, pois esta será prevista implicitamente.

No caso de haver o consentimento da vítima, ocorrerá a exclusão da tipicidade da conduta, devendo a mesma ser válida. Ressalta-se que existe exceção a esta regra, no caso do delito ser cometido contra pessoa vulnerável, mas tal possibilidade será melhor explicitada no momento oportuno<sup>193</sup>.

Outro ponto relevante foi a alteração feita pelo artigo 4º desta Lei no artigo 1º, incisos V e VI da Lei nº 8.072/90 (lei de crimes hediondos), onde passou a ser considerado como crime hediondo o estupro em qualquer de suas modalidades, inclusive o novo crime contra o vulnerável (artigo 217-A, caput, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º), conforme afirma a jurisprudência majoritária<sup>194</sup>.

No caso do estupro qualificado pela morte da vítima houve um aumento da pena mínima, onde fica demonstrada a preocupação do legislador em aderir maior punição neste caso.

Ressalta-se a questão da hediondez, em que era sustentado que somente ocorria se da conduta delitiva resultasse lesão corporal grave ou morte. Com a nova disposição do artigo 213, tal questionamento cai por terra, pois a nova alteração da Lei em seu artigo 4º combinada com o artigo 1º, V, da Lei nº 8.072/90, não deixa dúvida acerca que tanto o delito qualificado quanto em sua forma simples caracterizam crime hediondo<sup>195</sup>.

Assim, pode se concluir que com a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal trouxe significativas consequências, como

<sup>192</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 18-19.

<sup>193</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.32.

<sup>194</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Crime Contra a Dignidade Sexual. Dos Crimes contra a Liberdade Sexual*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>195</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 27.

a revogação expressa do artigo 214, que previa o atentado violento ao pudor e alocação da conduta descrita para o novo artigo 213; podendo haver a caracterização do delito como crime único, que ocorrerá com a existência de nexos causal entre as condutas delitivas tratadas, que devem estar dentro de um mesmo contexto fático.

Pois, em caso de caracterizarem delitos autônomos, praticadas as duas condutas com dolo distinto, poderá o agente responder pelas duas condutas praticadas em concurso material.

Conforme consta no tipo, a conduta delitiva é praticada mediante violência real física ou grave ameaça. Com a nova redação houve mudança significativa nos sujeitos, em que agora passa a ser possível qualquer pessoa atuar como sujeito passivo.

No tocante a possibilidade de tentativa da segunda parte constante no tipo existe divergência, mas certo que tal possibilidade é possível como já explicitado.

Assim, no presente trabalho foi realizada análise das formas qualificadas do crime constante no artigo 213 do Código Penal, onde os resultados previstos devem decorrer da própria conduta praticada, devendo haver nexos causal entre a conduta e o resultado produzido, pois se estes forem produzidos de forma autônoma ocorrerá concurso material entre o crime do tipo e o resultado.

Diante de todos estes questionamentos acerca da divergência de crime único e da possibilidade de ocorrência de concurso material de crimes, em que se concluiu que no caso de ocorrência dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo se tratando de crime único, devem as condutas serem analisadas de acordo com seus desígnios autônomos.

Desta forma, diante da análise do caso concreto irá se verificar a possibilidade de ocorrência ou não de continuidade delitiva.

## **2.2 Há possibilidade de aplicação do instituto da continuidade delitiva?**

Antes da vigência da lei em estudo, os dois tipos eram previstos em tipos autônomos tratando-se de crimes distintos e de espécies diferentes, em que não seria desta

forma possível o agente se beneficiar pelo instituto da continuidade delitiva, devendo responder pelos dois crimes praticados em concurso<sup>196</sup>.

Somente poderia ser aplicado o instituto da continuidade delitiva na hipótese dos atos libidinosos terem sido praticados não só contra uma mesma vítima, mas em face de vítimas diversas, devendo nestes casos serem observados os requisitos previstos no artigo 71 do Código Penal<sup>197</sup>.

Assim, como o crime de estupro e atentado violento ao pudor eram considerados pela lei anterior crimes de espécies diferentes, por estarem em tipos penais distintos, jamais poderia ocorrer a continuidade delitiva entre eles e sim, concurso material<sup>198</sup>, conforme entendimento do Supremo<sup>199</sup> antes da edição da lei e do Superior Tribunal de Justiça.<sup>200</sup>

Com o advento da nova lei torna-se possível aplicação de tal instituto?

Como abordado anteriormente, não existe um consenso no tocante se tratem de crime único ou concurso de crimes os delitos constantes no novo tipo penal, quais sejam, estupro e atentado violento ao pudor. Tal divergência influencia na aplicabilidade de crime continuado, havendo corrente no sentido de ser aplicável e outra em sentido contrário como se demonstrará.

Para uma primeira corrente a unificação dos tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor implicam em único tipo penal, passando a serem caracterizados como crime único, em que mesmo se tratando de ação de natureza múltipla, será afastado o concurso de crimes sendo aplicada por uma única vez a pena prevista no artigo 213 do Código Penal<sup>201</sup>.

Com a nova lei todas as ações passaram a compor um mesmo tipo penal, onde se preenchido os demais requisitos, poderá o agente ser beneficiado pelo instituto da continuidade delitiva.

<sup>196</sup> PINHEIRO, Lucas Correa Abrantes. Breves reflexões sobre a Lei 12.015/2009. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região. Brasília, v. 21 n. 9, p.66, setembro de 2009.

<sup>197</sup> PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.28.

<sup>198</sup> RIBEIRO, Adriana Oliveira. Concurso de Crimes. Unesc e Revista. Revista do Centro Universitário do Espírito Santo. Espírito Santo, nº 11, p.16-18, julho de 2007.

<sup>199</sup> BRASIL/MINAS GERAIS. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74630. Primeira Turma. Relator Ministro Ilmar Galvão. Acórdão 09/12/1996. DJU 07/03/1997.

<sup>200</sup> BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 550267. Quinta Turma. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Acórdão 14/10/2003. DJU 17 11 2003.

<sup>201</sup> PINHEIRO, Lucas Correa Abrantes. *Breves reflexões sobre a Lei 12.015/2009*. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região. Brasília, v. 21 n. 9, p.66, setembro de 2009.

Ressalta-se que em se tratando de crime continuado o agente obrigatoriamente deve realizar duas ou mais condutas que deverão ocasionar em dois ou mais crimes, pois em caso de conduta única, ocorrerá crime único e não concurso material ou formal<sup>202</sup>.

Mesmo diante da existência da corrente que entende se tratar de crime único, quando, porém, houver mais de uma ação e mais de um resultado, o caso naturalmente será de concurso material. Mas se, a despeito desta pluralidade de ações e resultados, houver identidade nas circunstâncias de tempo, lugar, meio de execução e outras, o caso será de crime continuado<sup>203</sup>. Desta forma, a aplicabilidade do referido instituto irá depender do caso concreto.

Cumprido destacar precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>204</sup> no sentido de se trata de crime único, sendo desta forma aplicável o instituto ora em comento.

Em contrapartida, existe posicionamento diverso na jurisprudência, conforme afirmação do jurista Fernando Capez:

Contrariamente a esse entendimento, a 5ª Turma do STJ manteve posicionamento no sentido de que, mesmo diante da nova lei, é impossível reconhecer-se a continuidade delitiva entre as condutas que tipificavam o estupro e o atentado violento ao pudor, hoje previstas apenas como estupro, posto que segundo o Ministro Felix Fischer, constranger alguém à conjunção carnal não será o mesmo que constranger à prática de outro ato libidinoso de penetração, como o sexo oral ou anal. Segundo ainda a interpretação da Turma Julgadora, mesmo inseridas dentro de um mesmo tipo penal, estaríamos diante de um tipo misto cumulativo, cujo modo de execução das condutas seria distinto<sup>205</sup>.

No mesmo sentido de impossibilidade de aplicabilidade de crime continuado, em virtude da “impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a

<sup>202</sup> PINHEIRO, Lucas Correa Abrantes. *Breves reflexões sobre a Lei 12.015/2009*. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região. Brasília, v. 21 n. 9, p.66, setembro de 2009.

<sup>203</sup> MIGLIACCI, Rafael. *Considerações acerca da LEI N.º 12.015/2009 e seus efeitos no controle da criminalidade*. [on line] disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10304](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10304)>. Acesso em 23 agosto de 2011.

<sup>204</sup> BRASIL/PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação nº 6455763. 4ª Câmara Criminal. Relator Luiz Cezar Nicolau. Acórdão 05/05/2011. DJ: 633.

<sup>205</sup> CAPEZ, Fernando. *ESTUPRO E OS ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS: A QUESTÃO DO CONCURSO DE CRIMES NA VISÃO DO STJ E STF*. [on line] disponível em < <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2762>> .



prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração”, precedentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>206</sup>.

Ressalta-se que quando se tratar de tipos alternativos<sup>207</sup> e cumulativos<sup>208</sup> não será possível a caracterização do crime continuado, conforme entendimento de Vicente Greco:

Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos artigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão aquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido<sup>209</sup>.

Desta forma, se os atos executórios estiverem dentro de um mesmo contexto fático, como exemplificado, deverá ser aplicado o instituto da continuidade delitiva, mas em contrapartida se houver a prática de atos independentes deverá ser aplicado o concurso de crimes.

Enfatiza-se que o Supremo Tribunal Federal<sup>210</sup> antes não acatava a continuidade delitiva entre as referidas condutas do estupro e atentado violento ao pudor passando a tolerá-la com o advento da Lei nº 12.015/2009.<sup>211</sup>

<sup>206</sup> BRASIL/MATO GROSSO DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104.724. Relator Ministro Jorge Mussi. Rel. Acórdão 22/6/2010. DJe 02/08/2010. BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 170842. Quinta Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Acórdão 21/10/2010. Órgão DJe 16/11/2010.

<sup>207</sup> Aquele em que há uma fungibilidade entre os diversos núcleos, sendo indiferente a realização de qualquer um deles, pois o delito continua único. ). MISAKA, Marcelo Yukio. Tipo misto cumulativo e alternativo. Estupro. Lei 12.015/2009. [on line] disponível em <<http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/08/26/tipo-misto-cumulativo-e-alternativo-estupro-lei-12-0152009/>>. Acesso em 22 de setembro de 2011.

<sup>208</sup> Prevê várias condutas (núcleos), mas sem fungibilidade entre elas, são figuras autônomas (a rigor cada núcleo poderia ser previsto como crime em tipos penais individuais). MISAKA, Marcelo Yukio. Tipo misto cumulativo e alternativo. Estupro. Lei 12.015/2009. [on line] disponível em <<http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/08/26/tipo-misto-cumulativo-e-alternativo-estupro-lei-12-0152009/>>. Acesso em 22 de setembro de 2011.

<sup>209</sup> FILHO, Vicente Greco. Uma nova Interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual). Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 2, n.11, p.61, nov. 2009.

<sup>210</sup> BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 103.353. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Acórdão 28/09/2010. DJe 15/10/2010. BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 94.636/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Acórdão 31/08/2010. DJe 24/09/2010. BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 86.110. 2ª Turma. Relator Ministro Cezar Peluzo. Acórdão 02/03/2010. DJe 23/04/2010.

Sendo assim, torna-se plenamente possível a ocorrência de crime continuado na hipótese do agente constranger a vítima a prática de conjunção carnal e ato libidinosos diversos deste<sup>212</sup>. Nesse sentido precedentes do Supremo<sup>213</sup>.

Ressalta-se o exposto no tópico anterior no tocante ao concurso de crimes, pois mesmo diante da possibilidade de ocorrência de crime continuado, quando estiverem presentes os requisitos exigidos no artigo 71 do CP, mesmo diante das divergências, existe a possibilidade de concurso de crimes, quando os atos forem praticados com desígnios autônomos como já explicitado.

Após toda a análise realizada até o presente momento acerca das mudanças trazidas pela nova lei, frisa destacar a importância da análise do crime de estupro praticado em face de pessoa considerada vulnerável que sofreu imensas modificações, inclusive no tocante as hipóteses de vulnerabilidade.

### 2.3 Estupro de vulnerável.

Antes da vigência da lei em estudo, o artigo 224 trazia as hipóteses de presunção de violência:

- a) não é maior de 14 (quatorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Nestas hipóteses trazidas pelo dispositivo ocorria a chamada violência ficta, criando presunção legal do emprego de violência, sendo requisito indispensável para a

<sup>211</sup> OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. *Breves considerações sobre o crime de estupro com a redação da lei 12015/2009*. [on line] disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10467](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10467)>. Acesso em 22 de agosto de 2011.

<sup>212</sup> CAPEZ, Fernando. *ESTUPRO E OS ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS: A QUESTÃO DO CONCURSO DE CRIMES NA VISÃO DO STJ E STF*. [on line] disponível em <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2762>>. Acesso em 22 de setembro de 2010.

<sup>213</sup> BRASIL/SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima. Habeas Corpus nº 86110, Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 02/03/2010. DJe 23/04/2010. BRASIL/SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus nº 99265. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 02/03/2010. DJe 23/04/2010. BRASIL/SÃO PAULO. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 102355/. Primeira Turma. Relator Ministro Ayres Britto. Acórdão 04/05/2010. DJe 28/05/2010.

responsabilização do agente.<sup>214</sup> Havia a discussão no tocante a qualidade desta violência, ou seja, absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (admite prova em contrário)<sup>215</sup>.

Com o intuito de sanar tal discussão, foi introduzido no Código Penal tipo penal autônomo denominado como estupro de vulnerável, passando a possuir tal condição de vulnerabilidade aquele que não consegue consentir validamente o ato sexual<sup>216</sup>.

Acerca de tal alteração, observa-se entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Assim fazendo, o que se pretende é inserir, tacitamente, sem mais falar em presunção – um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu -, a coação psicológica no tipo idealizado. Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerado o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão de violência presumida.<sup>217</sup>

Assim, foi ocasionada revogação expressa do artigo 224, tratado no capítulo anterior, que fazia a previsão das hipóteses de presunção de violência. Em virtude de tal revogação a presunção de violência prevista em tal dispositivo, deixa de existir, pois não há mais necessidade de conjunção entre tal dispositivo e o artigo 213 para a constatação da existência da presunção de violência que ocasionava na incriminação do agente<sup>218</sup>.

Com a alteração, passou-se a prever o estupro de vulnerável consistente no ato do agente “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, conforme dispõe o artigo 217-A do Código Penal, que foi acrescido pela lei em estudo.

Além desta vítima prevista no *caput* fez o legislador previsão de outras hipóteses de vulnerabilidade, previstas no § 1º, quais sejam, “alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”.

<sup>214</sup> NETO, Jayme dos Santos Migueis. *A Lei 12.015/09 e a presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. [on line] disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10435](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10435)>. Acesso em 20 agosto de 2011.

<sup>215</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. vol. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.

<sup>216</sup> 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. p. 34-35.

<sup>217</sup> 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. p. 34-35.

<sup>218</sup> PINHEIRO, Lucas Correa Abrantes. Breves reflexões sobre a Lei 12.015/2009. *Revista do Tribunal Regional da 1ª Região*. Brasília, v. 21 n. 9, p.66, setembro de 2009.

Com o advento do artigo 217-A prescinde de violência, ou seja, não se torna necessário a violência para sua caracterização, muito menos em se falar em presunção da mesma<sup>219</sup>.

Diferentemente do verbo previsto no tipo do estupro *constranger*, não é necessário para a prática de estupro de vulnerável que a conduta do agente tenha sido cometida com o emprego de violência ou grave ameaça, podendo o ato ser cometido inclusive com o consentimento da vítima<sup>220</sup>.

Ressalta-se que na hipótese do vulnerável se tratar de menor de 14 anos de idade, deverá o agente obrigatoriamente além de agir dolosamente de forma voluntária e consciente, deverá também conhecer esta condição da vítima para caracterização do crime<sup>221</sup>. Caso não tenha o conhecimento da real condição da vítima, o correrá erro de tipo, podendo ocasionar em atipicidade do fato ou desclassificação para o delito de estupro em sua forma simples, caso tenha o ato sido praticado com o emprego de violência ou grave ameaça<sup>222</sup>.

Caso não tenha o conhecimento da real condição da vítima, ocorrerá erro de tipo, podendo ocasionar em atipicidade do fato ou desclassificação para o delito de estupro em sua forma simples, caso tenha o ato sido praticado com o emprego de violência ou grave ameaça.<sup>223</sup>

Além do requisito da deficiência mental o legislador fez a previsão também da ausência de discernimento para a prática do ato para a caracterização da vulnerabilidade, tal hipótese incide aos inimputáveis previstos no artigo 26, *caput*, do Código Penal.

A doutrina apresenta classificação para o crime ora em comento:

No que diz respeito ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, terá a natureza de crime de mão-própria, e comum nas demais situações.

[...]

doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão própria, na hipótese de o agente gozar do status de garantidor); material; de dano instantâneo de forma vinculada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre

<sup>219</sup> PINHEIRO, Lucas Correa Abrantes. *Breves reflexões sobre a Lei 12.015/2009*. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região. Brasília, v. 21 n. 9, p.66, setembro de 2009.

<sup>220</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 66.

<sup>221</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 50.

<sup>222</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p.66-67.

<sup>223</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p.66-67.

(quando estivermos diante de um comportamento dirigido a prática de outros atos libidinosos); monossubjetivo e plurissubsistente.

Antes, quando o delito de estupro era cometido em face de menor de 14 anos o agente respondia pelo disposto no artigo 224 se não houvesse o emprego de violência em que esta era presumida, mas em caso de emprego de violência real responderia apenas pelo delito de estupro, sem a incidência da majorante do artigo 224.<sup>224</sup>

Desta forma, a mudança ocasionada pela lei possui neste ponto muita relevância uma vez que deixa de considerar a existência de violência seja real ou presumida, e ainda se a mesma é absoluta ou relativa, acabando por vez com tais discussões<sup>225</sup>.

Cumprir destacar que se o crime for cometido com emprego de violência<sup>226</sup>, seja ficta ou real, ou ainda grave ameaça, em virtude de não haver tal previsão no tipo penal, existe posicionamento de que deverá o agente responder pelos dois crimes em concurso material, ou seja, responderá pelo estupro de vulnerável em concurso com lesão corporal, ou ameaça.<sup>227</sup>

Conforme ocorre no estupro previsto no artigo 213, o dolo é elemento necessário para a caracterização do delito, não se admitindo a prática do delito em sua modalidade culposa, em virtude de ausência expressa de disposição legal nesse sentido.

Os §§ 3º e 4º do mesmo artigo constante no mesmo diploma legal, traz as formas qualificadas deste delito, no qual existe previsão para produção do resultado de lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima.

Ressalta-se a mesma observação realizada no capítulo anterior, quando foi feita análise do tipo previsto no artigo 213, onde o resultado danoso deve ter sido ocasionado

---

<sup>224</sup> OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. *Breves considerações sobre o crime de estupro com a redação da lei 12015/2009*. [on line]disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10263](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10263)>. Acesso em 22 agosto de 2011.

<sup>225</sup> OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. *Breves considerações sobre o crime de estupro com a redação da lei 12015/2009*. [on line]disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10263](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10263)>. Acesso em 22 agosto de 2011.

<sup>226</sup> OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. *Breves considerações sobre o crime de estupro com a redação da lei 12015/2009*. [on line]disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10263](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10263)>. Acesso em 22 agosto de 2011.

<sup>227</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p.76.

em virtude da conduta delituosa do agente, pois em caso de não haver tal nexos causal, deverá responder em concurso material<sup>228</sup>.

Ressalta-se que agora não há mais cabimento para o requisito de demonstração do estado de pobreza para a ação penal ser pública condicionada a representação do ofendido, conforme dispunha o artigo 225, § 1º, inciso I e § 2º, do Código Penal<sup>229</sup>.

Antes presunção de violência não era crime hediondo por ausência de previsão legal, com a nova lei passou a ser. Nesse sentido existe precedente no Superior Tribunal de Justiça.<sup>230</sup>

Outra mudança significativa está no tocante a pena, visto que o artigo 224, ora revogado, previa pena de seis a dez anos de reclusão, havendo um aumento significativo de oito a quinze anos de reclusão.

A esse respeito Nucci:

Elevou-se a pena para reclusão, de oito a quinze anos. Nesse caso, resolve-se mais um problema, consistente na incidência do aumento determinado pelo art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, quando fosse aplicável o art. 224 do Código Penal. A antiga discussão sobre o pretensio bis in idem está superada. O estupro de vulnerável recebe pena autônoma e superior ao estupro comum.<sup>231</sup>

Desta forma, foi possível fazer análise acerca das alterações primordiais no novo tipo penal denominado como “estupro de vulnerável”, que ocasionou na revogação expressa do artigo 224 do Código Penal que fazia a previsão das hipóteses de presunção de violência.

Como já explicitado, o novo tipo previsto no artigo 217-A retirou a incidência de violência seja ela presumida ou ficta, e quando de sua existência irá o agente responder em concurso material.

<sup>228</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p.76.

<sup>229</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, julho de 2010. [on line] disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2011.

<sup>230</sup> BRASIL/MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 158359. Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Acórdão 31/08/2010. DJe 27/09/2010.

<sup>231</sup> 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. p. 34-35.

Outra mudança significativa foi no tocante a penal que teve aumento significativo de oito a quinze anos, passando a ter pena inclusive maior que o delito de estupro em sua modalidade simples, demonstrando assim a relevância e impacto social da conduta delituosa.

#### 2.4 Ação penal cabível.

Após toda a análise tratada, torna-se essencial fazer o estudo acerca da ação penal cabível em todos os casos mencionados até o presente momento neste estudo realizado, e as conseqüências ocasionadas nos processos em curso e nos que ainda não foram propostos perante o poder Judiciário.

Com relação aplicação da ação penal se tinha antes como regra geral, que deveria ser de iniciativa privada mediante queixa, onde somente poderia se processar sob ação pública condicionada a representação, quando não se tinha condições de arcar com as despesas do processo. Poderia ainda ser mediante ação pública incondicionada quando o crime era cometido com abuso do poder familiar ou se resultasse lesão corporal grave ou morte<sup>232</sup>.

A intenção do Código era de evitar que o constrangimento sofrido pela vítima fosse externado com o ajuizamento da ação, com o intuito de evitar escândalos e produção de novos danos, sejam eles de aspecto moral, social ou psicológico. Isso se dá porque se ação fosse pública poderia gerar uma repercussão negativa quando o crime tivesse conhecimento generalizado.<sup>233</sup>

Entretanto, essa regra estabelecida antes da vigência da atual lei ocasionava alguns problemas. Ocorria que, na hipótese da vítima falecer no curso da ação penal sem que esta tenha deixado sucessores, ensejando na preempção da ação, nos termos do artigo 60, inciso II, do Código de Processo Penal, e extinção da punibilidade, gerando assim impunidade a um fato considerado de extrema gravidade pela sociedade.<sup>234</sup>

<sup>232</sup> DONATO, Elton José. *Ação Penal nos Crimes contra a Liberdade Sexual e nos Delitos Sexuais contra Vulnerável – A Lei nº 12.015/2009*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. V. 10, nº 58 outubro/novembro de 2009.

<sup>233</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, julho de 2010. [on line] disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2011.

<sup>234</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, julho de 2010. [on line] disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2011.



Com o intuito de amenizar este grande impacto social, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 608, segundo a qual “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Mas, tal edição não solucionou os conflitos existentes, pois no caso de se tratar de violência presumida e no falecimento da vítima sem sucessores o agente poderia ser beneficiado pela extinção da punibilidade.<sup>235</sup>

Na vigência da nova lei, passa a ser a ação pública condicionada à representação e ação pública incondicionada nos casos da vítima menor de 18 anos ou vulnerável, correndo a ação neste caso em segredo de justiça<sup>236</sup>. Com isso, foi totalmente solucionado a problemática mencionada anteriormente.

Ressalta-se que não só a ação penal deverá correr em segredo de justiça, mas também a fase inquisitória do inquérito, pois não existe sentido em dar publicidade as informações constantes no inquérito e depois o processo ser tornar sigiloso.<sup>237</sup>

Desta forma, antes a ação era pública condicionada a representação no caso da vítima ou seus pais não poderem arcar com as despesas processuais ou incondicionada, onde o Ministério Público atuava mesmo sem manifestação da vítima. Com o advento da nova redação do artigo 225 do Código Penal a ação passou a ser pública condicionada a representação<sup>238</sup> do ofendido, com exceção do parágrafo único.

Existe crítica no tocante a esta alteração feita pela lei, pois determinar que a ação penal pública seja condicionada a representação, como regra geral, não satisfaz totalmente as necessidades da sociedade, pois criou dificuldades na apuração dos fatos em que para a vítima de crime sexual pode ocasionar em constrangimento em denunciar seu agressor.

---

<sup>235</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, julho de 2010. [on line] disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2011.

<sup>236</sup> RAMOS, Jaime. *Aspectos do novo crime de estupro e da ação penal na Lei n. 12.05/09 e o direito intertemporal*. [on line] disponível em: <[tjsc25.tj.sc.gov.br/.../Novo\\_Estupro\\_e\\_acao\\_penal\\_na\\_Lei\\_12.015-09\\_-\\_artigo.doc](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/.../Novo_Estupro_e_acao_penal_na_Lei_12.015-09_-_artigo.doc)>. Acesso em: 23 de agosto de 2010. p. 16.

<sup>237</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. P.22.

<sup>238</sup> Representação é uma condição específica de procedibilidade imposta ao exercício de a ação penal em relação a determinados delitos, ou seja, é uma manifestação de vontade externada pelo ofendido, ou por quem legalmente o represente, no sentido de que se proceda a ação criminal. MOREIRA, Rômulo de Andrade. [on line] disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6762](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6762)>. Acesso em 18 de setembro de 2011.



Deveria, em caso de ocorrência de tal delito, a ação ser pública incondicionada, em face da gravidade e os reflexos gerados na sociedade.<sup>239</sup>

Mesmo com o advento da nova lei, ainda existe a possibilidade de propositura de ação penal privada subsidiária da pública, naqueles casos de inércia do Ministério Público<sup>240</sup>.

Ressalta-se que agora não há mais cabimento para o requisito de demonstração do estado de pobreza para a ação penal ser pública condicionada à representação do ofendido, conforme dispunha o artigo 225, § 1º, inciso I e § 2º, do Código Penal.<sup>241</sup>

No caso do estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, prevê o parágrafo único do artigo 225 que a ação deverá ser pública incondicionada. Nestes casos de vulnerabilidade, a ação sempre será incondicionada não sendo mais necessária a existência dos elementos de abuso do poder familiar, não ter o ofendido condições de suportar os custos do processo ou resultar da conduta lesão corporal grave ou morte. Sendo assim, a ação será incondicionada pela simples condição da vítima e não mais em virtude de tais requisitos impostos anteriormente pela lei.<sup>242</sup>

Entretanto vale demonstrar contradição<sup>243</sup> existente na lei no tocante a ação penal cabível no caso de estupro de vulnerável. O *caput* do artigo 225 dispõe que os crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI são de ação penal pública condicionada a representação, estando assim em contradição com o parágrafo único do mesmo dispositivo.

Mesmo certo que deve prevalecer o entendimento de que a ação deverá ser pública incondicionada, conforme entendimento de Paulo Rangel:

Pensamos que o que se quis dizer (aqui o terreno é movediço: adivinhar o que o legislador quis dizer) no *caput* do art. 225, é que nos crimes definidos no capítulo I (apenas o capítulo I) a ação penal será pública condicionada à

<sup>239</sup> ELUF, Luiza Nagib. *As Inovações da Lei nº 12.015/2009 e o Comércio Sexual*. Revista Jurídica Consulex. Editora Consulex. Brasília, Ano XVIII, nº 307, p.37, 31 de outubro de 2009.

<sup>240</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p.117.

<sup>241</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, julho de 2010. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2011.

<sup>242</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Ação Penal nos Crimes contra a Dignidade Sexual*. Advocacia Dinâmica. nº 37, ano 29 paginas 674/657, 13 de setembro de 2009.

<sup>243</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, julho de 2010. [on line] disponível em< <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2011.

representação, e no parágrafo único do mesmo artigo, será pública incondicionada quando a vítima for pessoa menor de 18 anos ou pessoa vulnerável<sup>244</sup>.

Antes do advento da nova Lei, o *Codex* previa no artigo 223 que no caso de resultar do crime lesão corporal grave ou morte, a ação penal seria pública incondicionada.

Existe posicionamento<sup>245</sup> de que no caso da prática delitiva resultar lesão corporal grave ou morte, formas qualificadas do tipo de estupro, a ação penal será pública condicionada à representação, conforme a regra geral explicitada no artigo 225 do Código Penal.

Com isso, surge novamente o questionamento para o caso da vítima morrer sem sucessor, onde ocasionará na extinção da punibilidade do agente. É evidente que tal dispositivo deve ser analisado de acordo com a intenção do legislador no momento da edição da lei. Pois a lei foi criada com a intenção de trazer maior punição, e se for admitido que a ação penal será nestes casos condicionada à representação significa violação ao princípio da proporcionalidade<sup>246</sup>.

Nesse sentido Paulo Rangel:

Não é crível nem razoável que o legislador tenha adotado uma política de repressão a esses crimes e tornando a ação penal pública condicionada à representação. Até mesmo pelo absurdo de se ter a morte da vítima no crime de estupro e não haver quem, legitimamente, possa representar para punir o autor do fato. O crime, sendo a vítima maior e capaz, ficaria impune. [...]

Sem dúvida será de ação penal de iniciativa pública incondicionada e a razão [...] é que o princípio da interpretação conforme a Constituição recomenda que os seus aplicadores, diante de textos infraconstitucionais de significados múltiplos e de duvidosa constitucionalidade, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, aproveitando ou conservando, assim, as lei, evitando o surgimento de conflitos sociais e, porque não dizer, no caso penal, evitando também a impunidade [...]

Destarte, se o que se quer com a Lei 12.015/09 é estabelecer uma nova política repressiva dos crimes conta a dignidade sexual, protegendo-se a pessoa vítima do descontrole humano, em especial, quando houver morte ou lesão grave<sup>247</sup>.

<sup>244</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.301.

<sup>245</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Ação penal no atual crime de estupro*. **Nova criminologia**. [on line] disponível em: < <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2558>>. Acesso em 25 de maio de 2011.

<sup>246</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, julho de 2010. [on line] disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2011.

<sup>247</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 301-303.

Assim, dispõe a redação do artigo 101 do Código Penal: “quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação penal em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Sendo assim, nestes casos de crimes complexos, que abrangem duas ou mais figuras jurídicas que separadamente poderiam ser consideradas com crimes distintos, prevê tal dispositivo que a ação será pública.

O estupro em sua modalidade simples não caracteriza crime complexo, ocorrendo tal hipótese somente em suas formas qualificadas. Isso ocorre porque o crime complexo ocorre pela fusão de dois ou mais tipos penais autônomos, onde o constrangimento ilegal constitui tipo autônomo, mas o ato sexual por si só não.<sup>248</sup>

Em sua modalidade qualificada é caracterizado como crime complexo em virtude de constituir fusão do estupro em sua modalidade simples ou constrangimento ilegal e lesão grave ou homicídio, que são os resultados naturalísticos.

Paulo Queiroz afirma que mesmo diante da atual alteração, incide o disposto no artigo supracitado:

Incide, pois, o art. 101 do Código Penal, porque tanto a lesão grave quanto a morte são condutas que “a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes”. Exatamente por isso, não fosse a previsão legal expressa das circunstâncias qualificadoras nos §§1º e 2º do art. 213 do Código Penal, o agente responderia, em concurso (formal ou material), por estupro e lesão corporal grave ou estupro e homicídio, por serem infrações autônomas.

Em segundo lugar, não faria sentido algum que, para crime menos grave (estupro contra vulnerável ou menor de 18 anos, punido com pena de 8 a 15 anos de reclusão), fosse admitida a ação penal pública incondicionada, e para um mais grave (punido com pena de até 30 anos de reclusão) a ação penal dependesse de representação. Note-se, mais, que, também para o estupro contra vulnerável (CP, art. 217-A, §§3º e 4º), a lei prevê as formas qualificadas da lesão grave e morte da vítima. Sistemáticamente, portanto, a pretensão de se exigir representação para o estupro qualificado é infundada.<sup>249</sup>

<sup>248</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Ação penal no atual crime de estupro*. **Nova criminologia**. [on line] disponível em:< <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2558>>. Acesso em 25 de maio de 2011.

<sup>249</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Ação penal no atual crime de estupro*. **Nova criminologia**. [on line] disponível em:< <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2558>>. Acesso em 25 de maio de 2011.

Sendo assim, conclui o autor que como no presente caso teve o legislador a intenção de abolir ação penal de iniciativa privada pretendendo assim buscar maior punição para o agente delituoso, não haveria sentido em ter tratamento mais brando os agentes causadores dos delitos mais graves, quais sejam, o estupro em sua modalidade qualificada, na hipótese de condicionar a ação à representação da vítima.

Como a regra especial, no caso o artigo 225, sobrepõe-se em regra a regra geral, ora o artigo 101, isso poderia levar a conclusão de que o primeiro dispositivo deveria ser aplicado em detrimento do último, porém em face da gravidade dessas infrações, deve permanecer o entendimento de que a ação penal nos casos de estupro qualificado, devem ser processados mediante ação penal incondicionada<sup>250</sup>.

Diante do atual cenário, surgiu questionamento no tocante a aplicabilidade ou não da súmula 608 do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Existem posicionamentos divergentes no tocante a este assunto.

Para uma parte da doutrina, diante da atual alteração a súmula 608 do Supremo não possui mais aplicabilidade, ou seja, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Sendo assim mesmo nestes casos de ocorrência de violência real não será aplicado o artigo 101 do Código, uma vez que a nova redação do artigo 225 é norma especial, devendo prevalecer sobre a norma geral<sup>251</sup>.

Isso porque a intenção do Supremo ao editar tal súmula foi tentar solucionar a problemática acerca do estupro se processar mediante ação penal privada, conforme já explicitado em outro momento. Assim, no momento que a nova lei traz regra expressa no tocante a este assunto, determinando que ação nestes casos deverá ser pública, perde eficiência tal súmula<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Ação Penal nos Crimes contra a Dignidade Sexual*. Advocacia Dinâmica. nº 37, ano 29, paginas 674/657, 13 de setembro de 2009.

<sup>251</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal parte especial*. 3ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 264.

<sup>252</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, julho de 2010. [on line] disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2011.

Nesse sentido, Paulo Rangel (2009, P. 304-306) e Guilherme de Souza Nucci (2009, p.62-63):

[...] elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. [...]

Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar. Mais que justo no cenário presente.

Ressaltasse outro posicionamento doutrinário no mesmo sentido:

Elimina-se a súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação.

[...]

Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009. Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar. Mais que justo no cenário presente.<sup>253</sup>

O outro posicionamento divergente na doutrina, defende pela aplicabilidade da referida súmula. Nesse sentido observação feita por Rogério Greco:

Em que pese a nova redação legal, entendemos ainda ser aplicável a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz: *No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação é pública incondicionada.*

Desta forma, de acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito de estupro for cometido com o emprego de violência real, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do [a] ofendido [a] nas hipóteses e que o crime for cometido com o emprego de grave ameaça<sup>254</sup>.

Paulo Queiroz no mesmo sentido:

Em síntese, a jurisprudência (Súmula 608 do STF) que se consolidara sobre o tema permanece absolutamente inalterada: a ação penal, no crime de estupro com lesão grave ou morte, é de ação pública incondicionada, porque

<sup>253</sup> 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. p. 62-63.

<sup>254</sup> GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 23.

tanto a lesão grave quanto o homicídio são delitos de ação pública incondicionada.<sup>255</sup>

Essa parte da doutrina que possui tal posicionamento acerca do estupro qualificado se processar mediante ação penal pública incondicionada, possui como fundamento a aplicação da regra geral prevista no artigo 101 do Código Penal. Nesse sentido observa-se o trecho abaixo:

Não é crível que o legislador tenha pretendido deixar ao alvedrio da vítima ou seus representantes ou sucessores legais (artigo 31, CPP) a decisão de autorizar o procedimento em casos que envolvem lesões graves e, principalmente, morte. Imagine-se que num caso de estupro seguido de morte os sucessores da vítima (que não fosse menor ou vulnerável) não representassem e um crime dessa gravidade deixasse de ser perseguido.<sup>256</sup>

Sendo assim, em se tratando de estupro qualificado pelo resultado de lesão grave ou morte, por se tratar de crime complexo como já mencionado, faz com que continue em vigor o disposto na referida súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, devendo assim ação ser pública incondicionada.<sup>257</sup>

Colaciona-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>258</sup> que demonstram o entendimento pacífico na referida Corte pela aplicabilidade da referida súmula, bem como precedente<sup>259</sup> do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, a referida súmula será aplicada no caso dos delitos cometidos com o emprego de violência real que resultar lesão corporal grave ou morte, em face de maior de 18 anos.<sup>260</sup>

Cumprе destacar que na referida súmula não há diferenciação no tocante ao resultado produzido, se este caracterizaria lesão leve ou grave, e qual a ação cabível em cada caso. Antes do advento da nova Lei, em caso de crime complexo que ocasionasse lesão, sem

<sup>255</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Ação penal no atual crime de estupro. Nova criminologia*. [on line] disponível em: < <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2558>>. Acesso em 25 de maio de 2011.

<sup>256</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Ação Penal nos Crimes contra a Dignidade Sexual*. Advocacia Dinâmica. nº 37, ano 29, p. 674/657, 13 de setembro de 2009.

<sup>257</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

<sup>258</sup> BRASIL/BAHIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 26455. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer, Acórdão 16/03/2010. DJe 26/04/2010. BRASIL/RONDÔNIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 22362. Sexta Turma. Relator Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado Do Tj/Ce), Acórdão 22/03/2011, DJe 25/04/2011. BRASIL/SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 155520. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. Acórdão 03/02/2011, DJe 25/04/2011.

<sup>259</sup> BRASIL/RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 102683. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Acórdão 14/12/2010. DJe-07/02/2011.

<sup>260</sup> THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 70.

distinguir qual a natureza, a ação deveria ser pública incondicionada, conforme entendimento sumular.

A Lei dos Juizados Especiais após a edição da súmula previu que o cometimento de estupro com resultado de lesão seria condicionada a representação. Diante do exposto o entendimento mais razoável é de que no caso de ser produzido resultado de lesão corporal de natureza grave deverá ser aplicada a súmula devendo o delito se processar mediante ação penal incondicionada. Já no caso do resultado ser lesão corporal leve, deverá ser aplicado a Lei dos Juizados Especiais, cabendo ação penal condicionada a Representação, conforme dispõe o artigo 88 da Lei nº 9.099/95, visto que como não existe previsão na legislação para ação cabível em caso de resultado de lesão leve.

Este tópico não poderia ser finalizado sem antes haver menção a discussão existente no tocante a constitucionalidade do artigo 225, onde o Procurador-Geral da República ingressou com ação direta de inconstitucionalidade ADIn 4.301, ocorrendo assim a possibilidade de se admitir no estupro com resultado de morte ou lesão grave, a ação podendo ser pública incondicionada.

Foram invocados entre outros argumentos o princípio da dignidade da pessoa humana. Luis Flávio Gomes<sup>261</sup> discorda da alegação de inconstitucionalidade de tal dispositivo legal, pois “nos crimes sexuais não existem interesses relevantes apenas do Estado”, afirma que a privacidade da vítima deve ser garantida, se tornando assim tal dispositivo sensato e proporcional.

Assim, no presente tópico ficou concluído que houve alteração na ação penal, que em regra se procedia mediante queixa da vítima, em que excepcionalmente seria pública condicionada à representação no caso da vítima ou seus representantes legais não pudessem suportar as custas processuais, ou pública incondicionada no caso do delito cometido com abuso do poder familiar.

Com a vigência da atual lei, ocorreu modificação do disposto no artigo 225 em que a ação como regra passou a ser pública condicionada à representação com exceção do parágrafo único que prevê ação pública incondicionada no caso da vítima ser menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

---

<sup>261</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal parte especial. 3ª ed. Revista atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 265.

Ficou demonstrado a divergência doutrinária no tocante a aplicabilidade da súmula 608 do Supremo que prevê ação penal pública incondicionada em caso do delito ter sido cometido com emprego de violência real.

Mas mesmo diante de tal divergência fora colacionado vários precedentes demonstrando entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, no sentido de aplicabilidade da referido súmula mesmo após a vigência da atual lei ora em estudo no presente trabalho.

No próximo tópico será realizado estudo no tocante a aplicabilidade da nova lei e as consequências ocasionadas nos processos e curso e nos que ainda não foram propostos perante o poder Judiciário. Assim no caso da unificação na ação penal, se isto irá retroagir aos processos já em curso e ainda ultratividade no tocante a presunção de vulnerabilidade.

## **2.5 Efeitos da Lei no Tempo**

Após todas as considerações após a vigência da Lei que alterou o Capítulo dos Crimes agora denominados Contra a Dignidade Sexual, cumpre realizar algumas considerações acerca da aplicação da referida Lei no tempo, em que será analisada sua aplicabilidade nos processos já em curso e nos que ainda serão ajuizados perante o Poder Judiciário.

Alguns questionamentos vão surgindo no tocante à aplicação temporal da lei aos fatos criminosos anteriores, com condenações transitadas em julgado ou não, ou processos em andamento, ou que ainda não foram objeto de denúncia ou queixa.

Antes do estudo acerca da aplicabilidade da nova Lei vale ressaltar dois princípios que regem o direito intertemporal, quais sejam, a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu, conforme disposto no artigo 2º, parágrafo único do Código Penal e art. 5º, inciso XL da Constituição Federal, e a de que a lei processual penal aplica-se imediatamente, *tempus regit actum*, previsto no artigo 2º do Código.<sup>262</sup>

Entretanto, este segundo princípio exposto somente é aplicável em face das leis processuais puras, tendo em contrapartida a existência de leis processuais penais mistas

---

<sup>262</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação Penal nos Crimes contra a Liberdade Sexual e nos Delitos Sexuais contra Vulnerável – A Lei nº 12.015/2009*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 10. n. 58, p.46, out/nov, 2009.



ou híbridas,<sup>263</sup> em que neste caso deve incidir o primeiro princípio, da retroatividade da lei penal mais favorável ao réu, sendo também este o caso da Lei ora em estudo.<sup>264</sup>

No tocante a unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, foi exposto no presente trabalho o caso do agente que dentro de um mesmo contexto fático, constrange a vítima ao ato de conjunção carnal e outro ato libidinoso acarretará em crime único. Desta forma, por se tratar de alteração mais benéfica ao agente, deverá retroagir de modo a atingir os fatos anteriores a sua vigência, e até mesmo aqueles já alcançados por decisão transitada em julgado<sup>265</sup>, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Existe um ponto crítico abordado pelos autores no tocante a *novatio legis in pejus* em sucessões de leis no tempo, onde durante a prática de uma cadeia de ações delituosas, tendo parte delas já sido cometidas pelo agente durante a vigência de uma lei, e a outra parte cometida na vigência de lei nova mais gravosa<sup>266</sup>. Com base no CP sabe-se que se a continuidade delitiva for prejudicial ela não poderá ser aplicada, prevalecendo o concurso material benéfico.

Com relação a ocorrência de *novatio legis in melius* observa-se o exposto:

Parece-nos ainda, nessas primeiras reflexões, que, apesar do recrudescimento das penas, a alteração da estrutura do crime, tornando-o plurinuclear, com as conseqüências já vistas, acarretou verdadeira *novatio legis in melius*, permitindo-se, em alguns casos, revisões criminais e unificação de penas pelo Juízo das Execuções Criminais.<sup>267</sup>

<sup>263</sup> São aquelas que são apenas formalmente processuais penais, mas que também são penais, pois possuem conteúdo relacionado ao Direito Penal. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/2009. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, jul. 2010. [on line] disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 07 de fev 2011.

<sup>264</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, jul. 2010. [on line] disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 07 de fev 2011.

<sup>265</sup> ESTEFAM, André. *Comentários à Lei n° 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 33.

<sup>266</sup> RAMOS, Jaime. *Aspectos do novo crime de estupro e da ação penal na Lei n. 12.05/09 e o direito intertemporal*. [on line] disponível em: <[tjsc25.tj.sc.gov.br/.../Novo\\_Estupro\\_e\\_acao\\_penal\\_na\\_Lei\\_12.015-09\\_-\\_artigo.doc](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/.../Novo_Estupro_e_acao_penal_na_Lei_12.015-09_-_artigo.doc)>. Acesso em: 23 de agosto de 2010. p. 08.

<sup>267</sup> PINHEIRO, Lucas Correa Abrantes. *Breves reflexões sobre a Lei 12.015/2009*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21. n.9, p.66, set.2009.

Observar-se o que dispõe a súmula 711 do Supremo Tribunal Federal ao afirmar que “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

Desta forma, se o delito é cometido durante um determinado lapso temporal em caso de sucessão de normas, a lei aplicável será não aquela vigente ao momento de cometimento do primeiro crime, mas a norma vigente no momento que cessar a continuidade do delito, ainda que esta seja mais gravosa, permitindo assim a *novatio legis in pejus*.

Paulo Queiroz critica tal entendimento de ocorrer a incidência de lei nova mais gravosa em atos cometido em continuidade delitiva. Assim expõe:

Não estamos de acordo com semelhante orientação, relativamente à incidência da lei nova mais gravosa para os atos cometidos em continuidade delitiva, pois ela implica uma inversão lógica e cronológica do conceito legal de continuação, ofendendo o princípio da legalidade. É que, de acordo com o Código (art. 71), no delito continuado os crimes subseqüentes são havidos como continuação do primeiro, e não o contrário.

Por conseguinte, se o autor só responde jurídico penalmente pelo primeiro crime e não pelos subseqüentes, parece evidente que a lei posterior mais severa não poderá alcançá-lo, porque, se assim for, inverter-se-á o conceito legal de crime continuado lógica e cronologicamente.

A súmula, portanto, contraria claramente o princípio da legalidade em prejuízo do réu, conferindo à continuação tratamento jurídico-penal diverso mais gravoso, além de lógica e cronologicamente insustentável.<sup>268</sup>

Assim, a súmula resulta em tratamento legal mais severo ao crime continuado do que ao conferido ao concurso de crimes, pois neste último cada ato é regido pela lei vigente não podendo ser alcançada por *novatio legis in pejus*.<sup>269</sup>

Afirma ainda que a referida súmula pelos motivos expostos seria inconstitucional por violar claramente o princípio da irretroatividade da lei.

Ressalta-se que em caso de unificação pelo juízo competente, qual seja de Execução, a mesma deve pressupor trânsito em julgado da decisão condenatória e expedição da guia de recolhimento<sup>270</sup>.

<sup>268</sup> QUEIROZ, Paulo. *Crime Continuado e a súmula 711 do Supremo Tribunal Federal*. [on line] disponível em < <http://pauloqueiroz.net/crime-continuado-e-a-sumula-711-do-supremo-tribunal-federal/>>. Acesso em 29 de setembro de 2011.

<sup>269</sup> QUEIROZ, Paulo. *Crime Continuado e a súmula 711 do Supremo Tribunal Federal*. [on line] disponível em < <http://pauloqueiroz.net/crime-continuado-e-a-sumula-711-do-supremo-tribunal-federal/>>. Acesso em 29 de setembro de 2011.

<sup>270</sup> PINHEIRO, Lucas Correa Abrantes. *Breves reflexões sobre a Lei 12.015/2009*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21. n.9, p.66, set.2009.

Cumpra apresentar problemática apresentada pela doutrina, como ficaria no caso do prazo decadencial de seis meses para apresentação da queixa crime ainda não ter se findado em crime cometido antes da vigência da nova lei? A ação deverá ser privada ou pública condicionada a representação?

A respeito de tais questionamentos seguem duas orientações:

Primeiramente, a aplicabilidade da ultratividade, ou seja, a regra anterior deve subsistir, de modo que ação irá se proceder mediante queixa crime sempre que for tal situação mais benéfica ao agente, e se não ajuizada dentro do prazo de 6 meses ficará extinta a punibilidade do agente. Já no caso da nova lei ser mais benéfica ao agente deverá a mesma ser aplicada retroativamente<sup>271</sup>.

De outro lado, existe orientação do sentido de que a nova lei deverá sempre retroagir aos processos ainda em curso, independentemente de ser mais benéfica ou não<sup>272</sup>, mas tal posicionamento não é o prevalecente.

Conforme os prismas constitucionais constantes no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, caracteriza-se garantia fundamental a aplicação de Lei Penal mais benéfica ao agente de forma retroativa, em que a aplicação deve ocorrer de forma imediata aos inquéritos, processos em curso e em fase de execução. Além do mais o artigo 66, inciso I da Lei de Execução Penal dispõe acerca da competência do juiz de execução a aplicação de lei posterior mais favorável.<sup>273</sup>

Nesse sentido observa-se o exposto abaixo:

Tornar-se crime único, isso significa uma mudança benéfica na esfera penal devendo a lei, por sua vez, retroagir para alcançar os fatos pretéritos. Assim, todo aquele que foi condenado anteriormente em concurso material por ter praticado as duas condutas nucleares do tipo num mesmo contexto fático será beneficiado com a alteração. Caso o agente já esteja cumprindo pena, competirá ao juiz da execução corrigi-la aplicando a lei mais benéfica (art. 66, I, da Lei de Execuções Penais, e Súmula n. 611 do STF - Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna).<sup>274</sup>

<sup>271</sup> CAMPOS, Pedro Franco. BECHARA, Fábio Ramazzini. THEODORO, Luis Marcelo Mileo. ESTEFAM, André. *Reforma Penal – Comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.21-22

<sup>272</sup> CAMPOS, Pedro Franco. BECHARA, Fábio Ramazzini. THEODORO, Luis Marcelo Mileo. ESTEFAM, André. *Reforma Penal – Comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.21-22.

<sup>273</sup> 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. p. 63.

<sup>274</sup> MERLO, Ana Karina França. *Dos crimes contra os costumes à evolução dos crimes contra a dignidade sexual pela lei 12.015/09*. [on line] disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10197](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10197) >. Acesso em 22 agosto de 2011.

Enfatiza-se entendimento de Guilherme de Souza Nucci de que no caso dos autos estarem em fase recursal se processando em instância superior, não podem os Tribunais Superiores aplicar à Lei quando mais benéfica, sob pena de supressão de instância, visto que a competência é do Juízo da Execução, como já mencionado. Contudo, se o objeto do recurso tratar da aplicação da pena, poderá o Tribunal fazer tal aplicação, quando a pena for mais benéfica.<sup>275</sup>

Fora demonstrado no presente trabalho que existe divergência tanto doutrinária quanto na jurisprudência a respeito da unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor serem caracterizados como crime único ou concurso de crimes, em que se concluiu apesar da divergência, que deve ser analisado cada caso concreto, de modo que, se os atos libidinosos forem praticados de forma autônoma estará caracterizado o concurso material de crimes, e no caso de serem atos preparatórios ou estiverem dentro de um mesmo contexto fático, será considerado crime único.

Neste prisma de idéias, para a corrente que adota o posicionamento de crime único, em que independentemente das condutas praticadas, suas formas e momentos, o agente responde apenas uma única vez, a Lei encontra-se mais benéfica, devendo desta forma retroagir aos casos em que o agente foi condenado em concurso material pelo estupro e atentado violento ao pudor.<sup>276</sup>

No tocante aos crimes que estão em andamento no Judiciário os Juízes devem aplicar a lei nova, condenando assim os acusados por um único crime. Para aqueles que já foram condenados, faz-se necessário a unificação das penas, tanto na hipótese de estar sendo analisado recurso interposto como em caso de sentença transitado em julgado. Vale ressaltar que tal hipótese só ocorre se os fatos delituosos não tiverem ocorrido em ocasiões distintas, pois se for este o caso o concurso formal e material deve prevalecer e se aplicar a lei anterior.

No caso dos delitos cometidos em face de vulnerável, em que antes o delito era previsto com presunção de violência, deverá o magistrado aplicar o disposto no artigo 217-A, visto que antes a pena mínima era de nove anos, e com o advento da nova lei passa a ser de oito anos. Ressalta-se que para aqueles que vislumbravam pela inviabilidade de aplicação do artigo 9º da Lei de crimes hediondos, com fundamento de se tratar de *bis in*

---

<sup>275</sup> 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. p 66.

<sup>276</sup> FILHO, Vicente Greco. *Uma interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual)*. Revista dos Tribunais Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21. n. 11, p.59, nov. 2009.

*idem*, não deverá ser aplicado o disposto na nova Lei, visto que a mesma sem a combinação com tal artigo da Lei de crimes hediondos era de seis anos, ou seja, mais benéfica.<sup>277</sup>

Antes do advento da presente Lei, a ação penal se processava mediante queixa crime, sendo que nos casos das ações penais privadas ajuizadas anteriormente à Lei e que já houve decadência<sup>278</sup> não serão estas atingidas pela reforma ocorrida<sup>279</sup>.

Assim, com relação a ação penal, tem-se que antes como a regra era de ação penal privada e passou a ser condicionada a representação, em que o primeiro efeito será a suspensão das ações penais conduzidas pelo Ministério Público, para a oitiva da vítima para sua manifestação. No caso da vítima ter interesse na ação penal, o Ministério Público irá formalizar a representação e em caso negativo será extinta a punibilidade<sup>280</sup>.

Observa-se palavras de Nucci nesse sentido:

Retira-se a legitimidade do Ministério Público para prosseguir na demanda, pois a vítima não foi consultada e a nova lei determina que assim seja feito. A retroatividade é imperiosa, pois o art. 225 tem sérias implicações de ordem material

[...] As ações que estiverem em andamento (ou findas), promovidas pela vítima, por queixa, podem continuar seu rumo, sem qualquer obstáculo. Nesse prisma, o fato de, a partir da Lei 12.015/2009, a legitimidade ter-se transmitido ao Ministério Público não afasta a anterior legitimidade do ofendido.<sup>281</sup>

Assim, a representação passou a ser condição específica de procedibilidade, de modo que nestes casos deverá ocorrer a suspensão do curso do processo para que a vítima seja notificada a ser manifestar. A nova Lei foi omissa no tocante ao prazo para tal manifestação, de modo que existe posicionamento de que deve ser aplicado por analogia o disposto lei do Juizados Especiais, que prevê prazo de 30 dias.<sup>282</sup>

<sup>277</sup> 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. p. 68.

<sup>278</sup> É a extinção do direito pela inércia do seu titular quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado e este se esgotou sem que o exercício se tivesse verificado. É a morte da relação jurídica pela falta de exercício em tempo pré-fixado. O sujeito titular do direito não utilizou seu poder de ação dentro do lapso de tempo estabelecido em seu favor. CANTÃO, Ana Paula. [on line] disponível em <<http://www.leidsonfarias.adv.br/distinc.html>>. acesso em 22 de setembro de 2011.

<sup>279</sup> CAMPOS, Pedro Franco. BECHARA, Fábio Ramazzini. THEODORO, Luis Marcelo Mileo. ESTEFAM, André. *Reforma Penal – Comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 21.

<sup>280</sup> 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. p. 69.

<sup>281</sup> 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. p. 69.

<sup>282</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação Penal nos Crimes contra a Liberdade Sexual e nos Delitos Sexuais contra Vulnerável – A Lei nº 12.015/2009*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 10. n. 58, p.49-50, out/nov, 2009.

Entretanto, não existe entendimento pacífico com relação a tal prazo, em que Nucci entende não haver novo prazo de seis meses para representação nos casos dos delitos que se processavam mediante ação incondicionada e passaram a ser por ação condicionada<sup>283</sup>.

Observa-se entendimento abaixo a esse respeito:

De qualquer forma, independente do prazo a ser considerado, uma vez intimada, a vítima, se pretender o prosseguimento da ação penal, deverá oferecer a representação ou ao menos evidenciar assentimento, o que pode ser alcançado tacitamente. Do contrário, caso não queira o prosseguimento desta ação penal, deverá negar expressamente ao juiz seu direito ou deixar passar o prazo *in alis*, o que promoverá a extinção da punibilidade do agente do delito.<sup>284</sup>

Desta forma, no tocante a ação penal conclui-se que se o processo ocorreu mediante ação penal privada, a nova Lei não deverá retroagir, permanecendo o processo da mesma forma em que se encontra, visto que a ação penal privada é mais benéfica ao réu, pois permite a aplicação dos institutos da decadência, renúncia, perdão e preempção, que ocasionam na extinção da punibilidade<sup>285</sup>.

O mesmo raciocínio se opera no caso do delito antes do advento da Lei ter sido processado mediante ação penal pública condicionada à representação, visto que mesmo que o delito passa a ser de ação penal pública incondicionada, a primeira situação é mais benéfica ao agente, visto que é possível a ocorrência da decadência.<sup>286</sup>

Ressalta-se que a retroatividade da lei após o trânsito em julgado somente é possível no caso da decisão ter sido de caráter meramente penal, visto que se a decisão tiver

<sup>283</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, jul. 2010. p. 248 [on line] disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fev 2011.

<sup>284</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, jul. 2010. p. 248 [on line] disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fev 2011.

<sup>285</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, jul. 2010. p. 246 [on line] disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fev 2011.

<sup>286</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, jul. 2010. p. 246-247 [on line] disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fev 2011.

caráter processual, a lei somente poderá retroagir de modo a atingir os processos ainda não findados<sup>287</sup>.

Desta forma, sempre que as alterações trazidas pela nova Lei forem mais benéficas deverão ser aplicadas retroativamente, inclusive para atingir a coisa julgada, nos termos do artigo 2º do Código Penal, em que neste caso tal aplicação será de competência do Juízo da Execução, conforme súmula 611 do Supremo<sup>288</sup>.

Desta forma, se cumpriu o objetivo do presente trabalho de monografia, visto que, foi analisado todas as conseqüências e modificações oriundas da vigência da nova Lei estudada, de modo a apresentar ao leitor da forma mais clara possível todas as alterações e divergências doutrinárias e da jurisprudência, apresentado sempre o posicionamento adotado pelo presente trabalho.

---

<sup>287</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/2009*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.15, jul. 2010. p. 247 [on line] disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732> >. Acesso em 7 de fev 2011.

<sup>288</sup> CAMPOS, Pedro Franco. BECHARA, Fábio Ramazzini. THEODORO, Luis Marcelo Mileo. ESTEFAM, André. *Reforma Penal – Comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 26.

## CONCLUSÃO

Com o advento e vigência da Lei 12.015 de 2009, que alterou os *Crimes contra a Dignidade Sexual* ocorreu profundas mudanças nos crimes constantes no Título VI do Código Penal surgindo os seguintes questionamentos: as condutas de conjunção carnal e atentando violento ao pudor previsto no novo tipo do artigo 213 caracterizam crime único ou é possível o concurso de crimes? Trata-se de tipo penal alternativo ou cumulativo?

Diante de tais questionamentos se torna possível a aplicação do instituto da continuidade delitiva ao novo tipo mencionado? Quais as principais inovações com o novo tipo de estupro de vulnerável? Qual a ação penal cabível neste atual cenário jurídico aos novos tipos penais acrescentados pela nova Lei?

Todos estes questionamentos foram sendo analisados do decorrer do desenvolvimento do presente trabalho de monografia de conclusão de curso, de modo que se pode diante de todo o estudo realizado se chegar a algumas conclusões apesar das grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Primeiramente, fora destacado que a nova Lei ora em estudo, ocasionou na unificação das condutas de conjunção carnal e atos libidinosos em um único tipo penal, passando estes atos a serem uma modalidade de estupro, visto que ambas as condutas agora são tituladas de estupro.

Um das principais alterações foi a mudança no objeto juridicamente tutelado, que passou a ser não somente a integridade e liberdade sexual, mas também a dignidade sexual em que tal proteção não recai tão somente em face da mulher, mas também em face do homem que passa agora a atuar como sujeito passivo do ato delituoso.

Antes do advento da lei, quando houvesse a prática das duas condutas ora descritas, não existia dúvida no tocante a ocorrência de concurso material, de modo que o agente deveria responder pelas duas condutas praticadas.

No entanto agora surgem diversos questionamentos no tocante a ocorrência de concurso de crimes ou de crime único, em que ambas as condutas serão punidas uma única vez.

Desta forma, restou concluído que não existe consenso no tocante a se tratar o novo tipo penal de estupro de alternativo ou cumulativo, em que como demonstrado, em caso de se tratar de alternativo ocorreria à fungibilidade das condutas, sendo assim



considerado crime único, devendo a conduta do agente por este motivo ser apenada uma única vez. Já no caso de se tratar de tipo penal cumulativo, não ocorreria tal fungibilidade entre as condutas delitivas, de modo que as condutas seriam punidas individualmente havendo a cumulação entre as penas.

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria não existe consenso no tocante a tal assunto, de modo que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que se trata de tipo penal cumulativo e a Sexta Turma do mesmo tribunal, considera que se trata de tipo penal alternativo, tendo sido acerca deste tema colacionado diversos precedentes.

Diante de todo o estudo realizado, pode-se concluir acerca do tema que a ação criminosa descrita no artigo 213 é constituída de vários atos de natureza sexual como a conjunção carnal e outros atos libidinosos, em que mesmo se tratando de crime único, no caso das ações terem sido praticadas fora deste contexto poderá ser caracterizado o concurso de crimes, ou seja, do delito ter sido praticado fora do mesmo contexto fático e for demonstrado a autonomia de vontade do agente na prática dos dois delitos.

Desta forma, mesmo após a unificação é necessário fazer a distinção entre as condutas praticadas, em que se os atos libidinosos forem encadeados como atuação normal na busca da cópula, sendo estes atos integrantes de um mesmo contexto fático, estando direcionados para a realização da relação sexual, estando direcionados para a realização da relação sexual, não há que se falar em concurso de crimes, vez que estará caracterizado crime único.

Entretanto, se durante ou após a cópula o agente praticar atos libidinosos fora deste contexto, como o coito anal ou oral, será caracterizado designo autônomo, em que o agente deverá sim responder em concurso material pelos dois atos praticados, tendo desta forma o presente trabalho, posicionamento diverso de parte da jurisprudência mencionada ao curso do desenvolvimento do mesmo.

Assim, como já explicitado, mesmo após a unificação com a incorporação dos dois delitos em um único tipo penal, ambos devem ser analisados separadamente, pois o estupro, quando compreender conjunção carnal, somente absorverá os atos libidinosos em progressão ao primeiro ato de conjunção e não o ato praticado de forma autônoma.

Isso é possível visto que o novo tipo trata-se de delito de ação múltipla, o que na prática das duas condutas não irá implicar obrigatoriamente em crime único somente

pelo fato de estarem inseridos em um mesmo tipo penal, devendo ser analisado cada caso concreto.

Assim, mesmo diante da existência da corrente que entende se tratar de crime único, quando, porém, houver mais de uma ação e mais de um resultado, o caso naturalmente será de concurso material. Mas se, a despeito desta pluralidade de ações e resultados, houver identidade nas circunstâncias de tempo, lugar, meio de execução e outras, o caso será de crime continuado.

Fora indagado que a adoção de crime único é uma grande afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que são delitos de gravidade considerada tão enfática pela sociedade, e que quando cometidos separadamente se forem considerados como crime único, tendo o agente sua conduta apenada uma única vez, ocasiona no enfraquecimento da lei penal, pois cada conduta separadamente sempre possui maior reprovação tanto pela sociedade quanto pelo nosso ordenamento jurídico.

Sendo assim, apesar da corrente que adota a impossibilidade de aplicação do instituto da continuidade delitiva, sob o fundamento da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, a aplicação de crime continuado se torna plenamente possível na análise do caso concreto em que ficar demonstrado que as práticas das duas condutas constantes no tipo estiverem dentro de um mesmo contexto fático, em que em tal caso deverá ser analisado todos os requisitos constantes no artigo 71 do Código Penal, visto que o que impedia tal reconhecimento não existe mais, uma vez que os dois delitos agora são de mesma espécie por estarem inseridos em um mesmo tipo penal.

Antes da nova lei o código em seu artigo 224 previa as hipóteses de presunção de violência ficta, sendo tal violência requisito indispensável para a responsabilização do agente. Mas havia grande discussão no tocante a qualidade de tal violência, ou seja, se era absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (admite prova em contrário).

Com a introdução do artigo 217-A ocorreu a revogação expressa do artigo 224, prevalecendo o novo tipo denominado de estupro de vulnerável, sendo sanada tal discussão, visto que não existe mais a necessidade de constatação de existência da presunção de violência, não fazendo o novo tipo tal previsão.

Desta forma, como não existe mais a previsão de existência de violência, não é necessário que a conduta do agente tenha sido cometida com emprego de violência ou grave ameaça, podendo inclusive o ato ser cometido com o consentimento da vítima.

Ressalta-se que na hipótese do vulnerável se tratar de menor de 14 anos de idade, deverá o agente obrigatoriamente além de agir dolosamente de forma voluntária e consciente, deverá também conhecer esta condição da vítima para caracterização do crime. Caso não tenha o conhecimento da real condição da vítima, o correrá erro de tipo, podendo ocasionar em atipicidade do fato ou desclassificação para o delito de estupro em sua forma simples, caso tenha o ato sido praticado com o emprego de violência ou grave ameaça

Com relação ao novo tipo de estupro de vulnerável, houve significativa mudança no tocante a pena, visto que no antigo artigo 224 que previa as hipóteses de presunção de violência e quando combinado com o artigo 213, ocasionava em pena de seis a dez anos de reclusão, havendo assim um aumento significativo para oito a quinze anos de reclusão, se aumento inclusive a pena mínima.

Com relação a ação penal se tinha antes como regra de iniciativa privada se procedendo mediante queixa crime da vítima, podendo somente se processar sob ação pública condicionada a representação, nas hipóteses da vítima não ter como suportar as despesas do processo, ou ainda mediante ação incondicionada quando o crime era cometido com abuso de poder familiar ou se da conduta resultasse lesão grave ou morte.

Essa antiga regra ocasionava em um grande problema, visto que se a vítima falecesse no curso da ação sem ter deixado sucessores, ensejaria obrigatoriamente na preempção da ação, nos termos do artigo 60, inciso II, e na extinção de punibilidade, ocasionando da impunidade da conduta delitiva.

Com as novas alterações, a ação passou a ser como regra pública condicionada a representação, podendo ser incondicionada nos casos da vítima menor de 18 anos ou vulnerável, prevista no parágrafo único do artigo 225.

Ressalta-se que nos casos do artigo 217-A a ação será sempre incondicionada independentemente da existência de abuso do poder familiar como era previsto antes, tal ação se processará desta forma pela simples condição da vítima de vulnerabilidade.

Surgiram questionamentos no tocante a aplicabilidade da súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que prevê ação penal incondicionada no caso do estupro cometido

com emprego de violência real, em que se concluiu pela aplicabilidade da referida súmula mesmo após as novas alterações.

Desta forma, em se tratando de estupro qualificado pelo resultado de lesão grave ou morte, por ser crime complexo, deverá a ação ser pública incondicionada, nos termos do entendimento sumular. Nesse sentido foi colacionado diversos precedentes demonstrando o entendimento pacífico dos tribunais superiores.

Por último fora analisada a eficácia da nova lei no tempo, de modo que sempre que as alterações trazidas pela nova Lei forem mais benéficas deverão ser aplicadas retroativamente, inclusive para atingir a coisa julgada, nos termos do artigo 2º do Código Penal, em que neste caso tal aplicação será de competência do Juízo da Execução, conforme súmula 611 do Supremo.

Foi ressaltado que a retroatividade da lei após o trânsito em julgado somente é possível no caso da decisão ter sido de caráter meramente penal, visto que se a decisão tiver caráter processual, a lei somente poderá retroagir de modo a atingir os processos ainda não findados.

Desta forma, a nova lei acarretou em *novatio legis in melius*, permitindo em alguns casos revisões criminais e unificação de penas como demonstrado no desenvolvimento do presente trabalho.

Ressalta-se que na hipótese do vulnerável se tratar de menor de 14 anos de idade, deverá o agente obrigatoriamente além de agir dolosamente de forma voluntária e consciente, deverá também conhecer esta condição da vítima para caracterização do crime. Caso não tenha o conhecimento da real condição da vítima, o correrá erro de tipo, podendo ocasionar em atipicidade do fato ou desclassificação para o delito de estupro em sua forma simples, caso tenha o ato sido praticado com o emprego de violência ou grave ameaça

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/2009. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte*, n.15, jul. 2010. p. 247 [on line] disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35732>>. Acesso em 7 de fev 2011.

ARAÚJO, Otilia Maria da Cruz. *Presunção ou Menoridade Presumida*. [on line] disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/otiliamariadacruzaraujo/presuncao menoridade.htm>>. Acesso em 22 de setembro de 2011.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BETTIOL, Guisepe. *Direito Penal*. Campinas - São Paulo: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial*. São Paulo: Editora Saraiva.

BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Ação Penal nos Crimes contra a Dignidade Sexual*. *Advocacia Dinâmica*. nº 37, ano 29, 13 de setembro de 2009.

CAMPOS, Pedro Franco. BECHARA, Fábio Ramazzini. THEODORO, Luis Marcelo Mileo. ESTEFAM, André. *Reforma Penal – Comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CANTÃO, Ana Paula. [on line] disponível em <<http://www.leidsonfarias.adv.br/distinc.html>>. acesso em 22 de setembro de 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. vol. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.

CAPEZ, Fernando. *ESTUPRO E OS ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS: A QUESTÃO DO CONCURSO DE CRIMES NA VISÃO DO STJ E STF* [on line] disponível em:

<<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2762>>. Acesso em 16/05/2011

CUNHA, Matheus Antônio da. *Os direitos fundamentais e o direito à livre orientação sexual*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9023#\\_ftnref29](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9023#_ftnref29)>. Acesso em 24/05/2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal parte especial. 3ª ed. Revista atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 265.

DONATO, Elton José. *Ação Penal nos Crimes contra a Liberdade Sexual e nos Delitos Sexuais contra Vulnerável – A Lei nº 12.015/2009*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. V. 10, nº 58 outubro/novembro de 2009.

ELUF, Luiza Nagib. *As Inovações da Lei nº 12.015/2009 e o Comércio Sexual*. Revista Jurídica Consulex. Editora Consulex. Brasília, Ano XVIII, nº 307, p.37, 31 de outubro de 2009.

ESTEFAM, André. *Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 33.

FARIA, Fernando Cesar. *Com a palavra o Superior Tribunal de Justiça estupro tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo*. [on line] disponível em: <[www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ\\_estupro\\_tipo\\_penal\\_misto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/STJ_estupro_tipo_penal_misto.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2011.

FILHO, Vicente Greco. *Uma nova Interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual)*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 2, n.11, nov. 2009.

GOMES, Luis Flávio. *Claus Roxin no Brasil*. [on line] disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041011090745610p](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041011090745610p)>. Acesso em 20 de abril de 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?* [on line] disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2261582/artigo-do-dia-estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-crime-unico-ou-concurso-de-crimes>>. Acesso em 25/05/2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral: Crime Continuado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. vol 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. *Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 de agosto de 2009.

MERLO, Ana Karina França. *Dos crimes contra os costumes à evolução dos crimes contra a dignidade sexual pela lei 12.015/09*. [on line] disponível em <[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10197](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10197)>. Acesso em 22 agosto de 2011.

MIGLIACCI, Rafael. *Considerações acerca da LEI N.º 12.015/2009 e seus efeitos no controle da criminalidade*. [on line] disponível em <[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10304](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10304)>. Acesso em 23 agosto de 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação Penal nos Crimes contra a Liberdade Sexual e nos Delitos Sexuais contra Vulnerável – A Lei nº 12.015/2009*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 10. n. 58, out/nov 2009.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. [on line] disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6762](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6762)>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal Parte Especial*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MISAKA, Marcelo Yukio. *Tipo misto cumulativo e alternativo. Estupro. Lei 12.015/2009*. [on line] disponível em <<http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/08/26/tipo-misto-cumulativo-e-alternativo-estupro-lei-12-0152009/>>. Acesso em 22 de setembro de 2011.

NETO, Jayme dos Santos Migueis. *A Lei 12.015/09 e a presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. [on line] disponível em <[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10435](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10435)>. Acesso em 20 agosto de 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crime Contra a Dignidade Sexual. Dos Crimes contra a Liberdade Sexual*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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.

NUCCI, Guilherme de Souza. [on line] disponível em:<<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/856/Crime-de-acao-multipla>>. Acesso em 29 de agosto de 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal Parte Geral e Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gleick Meira e RODRIGUES, Thaís Maia. *A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro*. Ambito Jurídico [on line] disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553)>. Acesso em 24 de setembro de 2011.

OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. *Breves considerações sobre o crime de estupro com a redação da lei 12015/2009*. [on line] disponível em <



[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10467](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10467)>. Acesso em 22 de agosto de 2011.

PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

PINHEIRO, Lucas Correa Abrantes. *Breves reflexões sobre a Lei 12.015/2009*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21. n.9, set. 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Ação penal no atual crime de estupro*. Nova criminologia. [on line] disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2558>>. Acesso em 25 de maio de 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Crime continuado e a súmula 711 do Supremo Tribunal Federal*. [on line] disponível em <<http://pauloqueiroz.net/crime-continuado-e-a-sumula-711-do-supremo-tribunal-federal/>>. Acesso em 30 de setembro de 2011.

RAMOS, Jaime. *Aspectos do novo crime de estupro e da ação penal na Lei n. 12.05/09 e o direito intertemporal*. [on line] disponível em: <[http://tjsc25.tj.sc.gov.br/.../Novo\\_Estupro\\_e\\_acao\\_penal\\_na\\_Lei\\_12.015-09\\_-\\_artigo.doc](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/.../Novo_Estupro_e_acao_penal_na_Lei_12.015-09_-_artigo.doc)>. Acesso em: 23 de agosto de 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

RIBEIRO, Adriana Oliveira. *Concurso de Crimes*. Unesc e Revista. Revista do Centro Universitário do Espírito Santo. Espírito Santo, nº. 11, p.16-18, julho de 2007.

SIQUEIRA, Alexandre Marques de. *Dignidade da pessoa humana: uma prerrogativa de todos*. [on line] disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17485/dignidade-da-pessoa-humana-uma-prerrogativa-de-todos>>. Acesso em 26 de setembro de 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *CONSTITUIÇÃO E BEM JURÍDICO*. [on line] disponível em: <[www.rs.gov.br/areas/atuacaop/anexos.../artigolenio.doc](http://www.rs.gov.br/areas/atuacaop/anexos.../artigolenio.doc)>. Acesso em 06 set. 2010.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro. América Jurídica, 2005.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal Parte Especial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

THEODORO, Luis Marcelo Mileo e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Reforma Penal – Comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.