



**NATÁLIA NEVES ALVES FERREIRA**

**DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL.  
ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 12.015/2009 AOS  
CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO  
PUDOR**

**BRASILIA – DF  
2011**

**NATÁLIA NEVES ALVES FERREIRA**

**DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL.  
ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 12.015/2009 AOS  
CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO  
PUDOR**

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

Orientador: Prof. Georges C Frederico M  
Seigneur

**BRASILIA – DF  
2011**

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, Amélia e Lauro, pelo apoio incondicional; e ao meu orientador, Georges, pelo auxílio.

## **RESUMO**

A entrada em vigor da Lei n. 12.015/09 trouxe profundas mudanças na disciplina dos crimes sexuais. Entre as principais alterações oriundas da nova disciplina legal, destaca-se a impossibilidade da aplicação do concurso material de crimes (art. 69 do CP), quando presentes elementos que possibilitem a aplicação da regra da continuidade delitiva (art. 71 do CP) ou o reconhecimento de crime único, nos casos em que em um mesmo momento o agente comete ambas as figuras do art. 213 do CP. Além disso, discute-se a forma de fixação das penas aplicadas aos condenados pelas penas de ambos os delitos antes da inovação legislativa, analisando-se a viabilidade da tese que defende a exclusão da condenação do crime de atentado violento ao pudor, bem como aquela que entende necessária uma nova dosimetria da pena. O presente trabalho trata de tais questões sob um ponto de vista dogmático e jurisprudencial, analisando-se aspectos da teoria do crime, da aplicação da lei penal do tempo, dentre outros institutos necessários à compreensão da problemática.

Palavras-chave: Lei n. 12.015/2009, estupro, atentado violento ao pudor, concurso de crimes.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.....</b>	<b>9</b>
1.1 Evolução histórica dos crimes sexuais .....	9
1.2 Estupro – Art. 213 do antigo título VI do Código Penal Brasileiro.....	11
1.3 Atentado violento ao pudor – Art. 214, previsto no antigo título VI do Código Penal Brasileiro.....	16
1.4 A mudança trazida pela Lei n. 12.015/2009 para o crime de estupro e atentado violento ao pudor.....	19
<b>2 DO CONCURSO DE CRIMES .....</b>	<b>26</b>
2.1 Do concurso formal de crimes .....	27
2.2 Do concurso material de crimes .....	27
2.3 Do crime continuado .....	32
<b>3 DO CONCURSO DE CRIMES NOS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES E DEPOIS DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009.....</b>	<b>41</b>
3.1 O entendimento antes da nova lei .....	41
3.2 O entendimento após a vigência da Lei n. 12.015/2009.....	44
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

A Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, em vigor desde o dia 10 do mesmo mês, trouxe profundas alterações em relação à disciplina normativa dos crimes sexuais. De todas elas, uma das mais importantes foi a fusão dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, anteriormente previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, em um único tipo, tendo o legislador optado pela eliminação da autonomia deste último, reunindo em um só dispositivo os dois crimes.

Com o intuito de reformar o Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, atualizando as disposições acerca dos crimes sexuais, a fim de atender a evolução e mudanças de valores da sociedade, o estatuto repressor pátrio não poderia permanecer vinculado a conceitos superados. Desta maneira, a lei em comento veio alterar o Capítulo intitulado “Dos crimes contra os costumes”, para instituir o título “Dos crimes contra a dignidade sexual”, bem como modificar dispositivos na Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, na Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e revogar a Lei n. 2.252/1954, que dispunha sobre corrupção de menores.

Majoritariamente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendiam que as condutas previstas na antiga redação dada aos artigos 213 e 214 do Código Penal não eram consideradas de mesma espécie, pois, apesar de serem crimes de mesmo gênero (ato libidinoso), constituíam espécies distintas, porque estavam previstas em dispositivos legais diferentes.

Diante do exposto, admitia-se que, de um modo geral, podia haver concurso material entre essas duas infrações penais, restringindo a aplicação do crime continuado.

Contudo, como dito anteriormente, com a alteração legislativa o artigo 214 foi expressamente revogado, reunindo-se os delitos de estupro e atentado violento ao pudor em apenas um dispositivo legal, no artigo 213, *caput*, do Código Penal. Ademais, as qualificadoras dos crimes em tela que eram estabelecidas no artigo 223 e seu parágrafo único

do Código Penal – se da violência resultasse lesão corporal de natureza grave, e se do fato resultasse a morte -, foram deslocadas para o artigo 213 a fim de complementar sua função incriminadora.

A partir daí concentra-se o ponto central do presente estudo, uma vez que encontramos posicionamentos divergentes, no âmbito dos Tribunais Estaduais e Superiores, acerca do reconhecimento do concurso material ou da continuidade delitiva entre os crimes em comento.

Ainda hoje, são proferidas decisões no âmbito dos Tribunais Superiores, no sentido de que haverá o concurso material entre o atentado violento ao pudor e o estupro, fundamentando-se na tese de que os referidos crimes, considerados de mesmo gênero, não são da mesma espécie, por não ser possível vislumbrar homogeneidade entre a execução dos atos libidinosos e da conjunção carnal.

Há, porém, decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a regra do crime continuado das condutas de estupro e atentado violento ao pudor nos casos em que os fatos foram praticados antes da inovação legislativa, em respeito ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL) e ante ao fato de não se falar mais em espécies distintas de crime.

Outrossim, a nova realidade trazida ao Título VI do Código Penal, acarretou diversos questionamentos acerca da aplicabilidade dos dispositivos da nova lei.

Quanto à aplicação da lei penal no tempo, surgiu profunda divergência no entendimento de doutrinadores e no âmbito jurisprudencial dos Tribunais Estaduais e Superiores, acarretando na divisão entre duas correntes: a que entende estar correta a exclusão da condenação pelo delito de atentado violento ao pudor, haja vista que a inovação legislativa unificou as condutas dos crimes em estudo em um único tipo penal e a que defende a necessidade de se redimensionar a reprimenda do acusado e não simplesmente proceder com a exclusão da sanção atribuída ao antigo artigo 214 do CP.

Este estudo inicia-se com uma breve abordagem sobre a evolução histórica dos crimes sexuais na sociedade e explicando detalhadamente os crimes de estupro e atentado

violento ao pudor antes e depois da superveniência da Lei n. 12.015/2009. Depois, é feita uma análise acerca das três espécies de concurso de crimes: concurso formal, concurso material e crime continuado. Por fim, descrevem-se os entendimentos firmados antes e depois da nova lei no que tange à aplicação do concurso de crimes no estupro e atentado violento ao pudor, acrescentando, também, os posicionamentos adotados pelos Tribunais quanto aos demais efeitos práticos provocados pelas profundas alterações do regime normativo dos crimes sexuais.

# **1 CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR**

## **1.1 Evolução histórica dos crimes sexuais**

A área sexual sempre despertou o interesse da ciência penal. Mostra-se como uma das mais complexas questões a serem analisadas no âmbito do Direito, porquanto reflete a visão e a reação social, em determinado momento histórico, aos hábitos, costumes e limites da própria prática sexual, de modo a influenciar substancialmente as previsões legais e as formas de proteção da sociedade. (SILVEIRA, 2008, p. 19)

Ao mesmo tempo, o grau de reprovabilidade a determinadas práticas sexuais é condicionante, e condicionada, pela forma com que a sexualidade é encarada pelos membros de uma sociedade. Não obstante, o combate penal a determinados e específicos comportamentos, principalmente quando há afronta ao consentimento do indivíduo para o ato, é praticamente constante quando se olha para estrada histórica.

Desde a antiguidade, sempre houve repressão ao crime de estupro. Os hebreus aplicavam a pena de morte ao homem que violasse a mulher prometida em casamento. Outras leis dos povos antigos também coíbiam aqueles que cometessem crimes sexuais, tutelando, desde aquela época, a liberdade sexual, como por exemplo, as de Hammurabi e as de Manu. (REHDER, 2011)

Hammurabi foi o quinto rei da primeira dinastia de Babel, que perdurou quase trezentos anos, de 2057 a 1758 antes de Cristo. Preocupou-se em implantar o direito e a ordem na Babilônia, implantando o Código que leva o seu nome, o mais antigo documento legislativo da humanidade. Ressalta-se, que a primeira norma incriminadora tutelando a liberdade sexual esteve prevista no art. 130 do Código, que dispunha que “se alguém viola mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna, e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre”. (REHDER, 2011)

Já o Código de Manu, promulgado entre os anos de 1300 e 800 a.C., acreditava que a justiça vinha do rei. Tratou dos crimes sexuais, estabelecendo em seu art.

361, que aquele que fizesse violência a uma mulher, sofreria uma pena corporal. Curioso observar a preocupação dessa sociedade em organizar suas leis, instituindo normas incriminadoras, a fim de que o criminoso fosse responsabilizado por seus atos e que este não servisse de exemplo para os demais. (REHDER, 2011)

Entretanto, existe referência aos crimes sexuais em outras civilizações além do Código de Hammurabi e de Manu. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal, nos limites da cidade, com uma donzela virgem e também noiva de outrem, eram ambos apedrejados. Porém, se encontrasse a donzela longe da cidade e utilizasse de violência física para manter relações sexuais com a vítima ainda virgem, “o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 siclos de prata a seu pai”. (HENTING *apud* REHDER, 2011)

No antigo Egito, adotou-se a mutilação. Na Grécia, inicialmente, adotava-se a pena de multa, que posteriormente, foi alterada pela pena de morte, após uma reforma legislativa. (REHDER, 2011)

Em Roma, o crime foi definido como *stuprum* e englobava unicamente o coito com mulher virgem ou solteira, impondo-se o dever à mulher de manter a sua integridade fora do matrimônio. “Os ostrogodos, habitantes ou naturais da Gócia oriental, distinguiam suas penas para os crimes sexuais entre os nobres e os escravos, sendo aqueles punidos com penas pecuniárias e os últimos com a pena de morte”. (REHDER, 2011)

No direito germânico e na legislação inglesa o estupro era punido com a pena de morte. Já no direito francês o estupro para a caracterização do estupro exigia-se a utilização de força pelo agente ativo, objetivando a cópula vagínica, contra mulher virgem ou viúva. (REHDER, 2011)

Desta forma, diante de relatos históricos, é possível observar a preocupação de quase todas as legislações das antigas civilizações em coibir àqueles que praticassem delitos sexuais, exigindo sempre para efeitos de caracterização do estupro, as relações carnis e a violência física ou moral. “Assim é nos Códigos da Suíça (art. 187), Itália (art. 519, *caput*), Polônia (art. 204), Uruguai (art. 272), Argentina (art. 119), Peru (art. 196), Espanha

(art. 431), Portugal (art. 393), Alemanha (§ 177), China (art. 221), Rússia (art. 153), e outros”. (NORONHA, 2002, p. 306)

Quanto à legislação brasileira, desde os seus primórdios se repudiava os crimes contra os costumes. O Código de 1830 foi severo ao tratar dos crimes sexuais. Seu art. 22 estabelecia a pena de três a doze anos e de dotar a ofendida, àquele que mediante violência ou grave ameaça praticasse a cópula carnal com mulher honesta e, ao sujeito que cometesse o delito contra uma mulher de baixa formação moral, cumpriria pena de um mês a dois anos. (REHDER, 2011)

No Código Penal atual, promulgado em 1940, pelo próprio estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira de então, o tratamento dos crimes sexuais foi bastante rígido.

## **1.2 Estupro – Art. 213 do antigo título VI do Código Penal Brasileiro**

Entre os crimes sexuais previstos no antigo Título VI do Código Penal, intitulado de “Crimes contra os Costumes”, destacavam-se pela sua gravidade, o estupro e o atentado violento ao pudor.

Embora fossem consideradas duas condutas criminosas distintas, o estupro e o atentado violento ao pudor, previstos respectivamente nos arts. 213 e 214 do Código Penal receberam a mesma disciplina normativa pela Lei nº 8.072/1990, a qual lhes cominava pena que variava de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão.

Segundo a redação do antigo art. 213, do Código Penal, configurava-se o crime de estupro com o constrangimento da mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Eis a sua redação:

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

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

Dessa forma, verifica-se que o núcleo do tipo legal é o verbo constranger, ou seja, obrigar, forçar a mulher para que o congresso carnal se realizasse com êxito. Assim, a vítima não poderia manifestar sua discordância para a concretização do ato de forma passiva

ou mesmo verbal, mas demonstrando a sua rejeição através de resistência, fazendo com que somente através de violência física ou moral fosse vencida.

Importante salientar que para a caracterização do estupro, segundo a clássica lição de Nelson Hungria, exigia-se que a conduta do agente fosse dirigida a pessoa do sexo feminino, ou seja, tratava-se de crime próprio, haja vista que somente o homem poderia configurar como autor do delito, excluindo-se a possibilidade de um homem ser sujeito passivo da citada infração penal, pois o próprio sentido literal do texto legal obrigava a ocorrência da conjunção carnal, a qual, por sua vez, corresponde à cópula vagínica ou união sexual entre pênis e vagina.

Para que se pudesse configurar o delito, era necessária a utilização de violência ou de grave ameaça. Violência tanto se exerce pelo emprego de força física, como pela ameaça, intimidação.

No que se refere à grave ameaça, esta deve ser grave, ou seja, a manifestação por palavras, atos ou sinais deve ter o propósito de causar um mal à vítima, que sentirá medo. Poderia ocorrer de maneira direta, indireta, implícita ou explícita. Nessa direção, segundo Rogério Greco (2009, p. 467), a título de exemplo,

pode ser levada a efeito diretamente contra a própria pessoa da vítima ou pode ser empregada, indiretamente, contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, produzindo-lhe efeito psicológico no sentido de passar a temer o agente. Por isso, a ameaça deverá ser séria, causando na vítima um fundado temor do seu cumprimento.

O crime de estupro se consumava com a penetração do pênis na vagina, não importando se total ou parcialmente. E por tratar-se de delito plurissubsistente, seria possível a tentativa. Portanto, mesmo que o agente fosse interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade praticando atos que manifestassem seu intuito de conjunção carnal, tais atos deveriam ser considerados antecedentes naturais do crime de estupro, não configurando infração penal autônoma, como se demonstra no seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. RECURSO MINISTERIAL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MEIO PREPARATÓRIO. CONSUNÇÃO. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 9º DA LEI Nº 8.072/90. LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. INOCORRÊNCIA. NÃO

APLICAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PERSONALIDADE. REMISSÃO A ANOTAÇÕES PENAIS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ.

1. O fato de o apelante ter apalpado os seios da vítima, em momentos anteriores à conjunção carnal, configura-se mero ato preparatório para o cometimento do estupro, desenvolvido no mesmo contexto fático, não havendo falar-se em crimes autônomos.

2. Na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça predomina o entendimento de que havendo violência presumida, a causa de aumento do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos somente poderia ser aplicada se do crime de estupro ou atentado violento ao pudor resultasse lesão grave ou morte.

3. Na espécie, ainda que se considere que houve violência presumida, pois a vítima não conseguiu oferecer resistência, verifica-se que o crime de estupro foi praticado sem que resultasse lesão grave ou morte, não sendo possível, assim, a aplicação da causa de aumento de pena do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos. [...]

5. Recurso ministerial conhecido e não provido para manter a sentença que condenou o apelante nas sanções do artigo 213 do Código Penal. Recurso da Defesa conhecido e parcialmente provido para reduzir a pena para 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado. (20081010029853APR, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 07/05/2009, DJ 03/06/2009 p. 211)

Se o crime fosse praticado com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas, terá sua pena aumentada de quarta parte e, se cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena será majorada de metade, conforme reza o inciso II do art. 226 do Código Penal.

Outras formas qualificadas para o crime de estupro se encontravam presentes nos arts. 223 e 224 do CP:

Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta a morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

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

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

Das hipóteses elencadas no art. 224 do CP, extrai-se que o Código Penal além de impor um dever absoluto de abstenção de relações sexuais com certas pessoas, despreza o consentimento para o ato sexual destas vítimas, uma vez que entende que em detrimento de sua condição, estas não gozam de liberdade sexual e não possuem capacidade completa e madura para consentir tal ato, ainda que pareça o contrário. O consentimento da vítima poderá existir, no entanto não será juridicamente válido.

O inciso I do referido texto legal, estipulava que a data a ser observada para a incidência da presunção de violência seria de 14 (catorze) anos completos, ou seja, a presunção incidiria somente até o dia em que o menor completasse os 14 anos.

No que concerne à presunção de violência presente na alínea *b* do art. 224 do Código Penal, observa-se que não bastava que a vítima fosse alienada ou débil mental, era necessário também que o agente conhecesse esta circunstância.

O tipo penal visava resguardar a indenidade sexual daqueles que não possuem a capacidade de discernir sobre atos ligados ao sexo, e não proibir que pessoas portadoras destas patologias possam ter uma vida sexual. É o que se extrai dos ensinamentos de Rogério Greco (2009, p. 553), “busca-se, mediante a aludida presunção de violência, evitar que os alienados e débeis mentais sejam tratados como se fossem simples objeto de satisfação dos desejos sexuais de alguém, sem que possam se defender, justamente por não compreenderem o que fazem”.

Indispensável para o reconhecimento da presunção de violência nos casos tipificados na letra *b* do art. 224 do CP, que a vítima fosse submetida a exame de corpo de delito, a fim de comprovar a sua debilidade mental e, ainda, que na data do fato esta não gozasse de discernimento e capacidade para compreendê-lo.

Por fim, na letra *c* do art. 224, presumia-se a violência sempre que a vítima não pudesse oferecer resistência. Aqui, pouco importava se a circunstância decorria de algum ato oriundo do autor ou não. O fato decorria unicamente em virtude do estado de inconsciência da vítima para se opor à prática do ato sexual, que poderia se configurar em razão de diversos fatores, como na hipótese de alguém que se encontra tetraplégico, de idade avançada, de embriaguez alcoólica, ingestão de entorpecentes, hipnose, sono profundo, entre outros.

Quanto à hediondez do delito, o estupro, pelo seu grau de reprovabilidade e repugnância social, em qualquer de suas formas e modalidades, foi inserido no rol taxativo das infrações penais consideradas hediondas pela Lei n. 8.072/1990 (art. 1º, inciso V).

Desta maneira, de acordo com o art. 2º do mencionado diploma legal, seria insuscetível de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória e, antes da Lei nº 11.464/07, deveria ter a reprimenda cumprida em regime integralmente fechado. Contudo, após o advento da lei em tela, a pena para os crimes previstos na lei dos crimes hediondos seria cumprida inicialmente em regime fechado, possibilitando a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da reprimenda, se o réu fosse primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

No que concerne à ação penal relativa ao crime de estupro, nos termos do *caput* do antigo art. 225 do Código Penal, seria de iniciativa privada. Todavia, de acordo com seu §1º proceder-se-ia mediante ação pública: I – se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Na hipótese do inciso I do §1º do art. 225 do Código Penal, a ação penal seria de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, como preconizava o §2º do artigo.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 608, fixando o entendimento de que toda vez que o delito de estupro fosse praticado mediante violência real, a ação penal seria pública incondicionada. Dessa forma, a edição da súmula fez com que a

aplicação do art. 225 do Código Penal sofresse restrições, somente permitindo a iniciativa privada e a iniciativa condicionada à representação, nos casos em que o delito fosse perpetrado com o emprego de grave ameaça. (GRECO, Rogério, 2006, p. 557)

### **1.3 Atentado violento ao pudor – Art. 214, previsto no antigo título VI do Código Penal Brasileiro**

Já o crime de atentado violento ao pudor, previsto no antigo art. 214, do Estatuto Repressor, era definido como o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, *litteris*:

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

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

Analisando o texto legal do dispositivo supramencionado, constata-se que assim como no delito de estupro, o núcleo do tipo era o verbo constranger, no sentido de forçar, obrigar a vítima a que com ela se pratique o ato libidinoso diverso da conjunção carnal. O ato libidinoso tende à satisfação do apetite sexual e deve ter como fim a lascívia.

Vale ressaltar, ainda, como muito bem destacou Rogério Greco, que se tratava de crime comum com relação ao sujeito passivo e ao sujeito ativo, tendo em vista que

o atentado violento ao pudor pode ser cometido por qualquer pessoa, não exigindo a figura típica constante do art. 214 do Código Penal nenhuma qualidade ou condição especial. Da mesma forma, qualquer pessoa pode figurar como sujeito passivo do delito em estudo, não importando o sexo ou a idade da vítima, sendo, também, por esse enfoque, considerado um crime comum. (2006, p. 553)

Outro aspecto semelhante ao crime de estupro está relacionado ao fato de que para que se concretizasse o delito em tela, deveria ser empregado o uso de violência e de grave ameaça. O agente deveria se utilizar de força física ou moral, obrigando ou intimidando o ofendido à que com ele próprio praticasse ou permitisse que fosse realizado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

A grave ameaça, da mesma forma que no crime de estupro, poderia ser direta, indireta, implícita ou explícita. Portanto, poderia ser dirigida diretamente ou indiretamente à pessoa do ofendido, ou contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, com o propósito de satisfazer mais facilmente o seu desejo lascivo. Por isso, a ameaça deveria ser grave, causando na vítima fundado temor do seu cumprimento.

Vale lembrar também que a lei mencionava que os atos libidinosos deveriam ser diversos da conjunção carnal, com o fim de satisfazer o apetite sexual e a lascívia do agente, podendo ser praticados de forma livre. Em sua obra (2006, p. 554), Rogério Greco cita as lições de Luiz Regis Prado, o qual elenca alguns atos que podem ser considerados libidinosos, a exemplo da “*fellatio ou irrumatio in ore, o cunnilingus, o pennilingus, o annilingus* (sexo oral); o coito anal, *inter femora*; a masturbação; os toques e apalpadelas do pudendo e dos membros inferiores; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, entre outros”. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. (DUAS VEZES) PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA SEGURA DA AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (LCP, ART. 61). AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO COM A VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO.

I - É iterativo o entendimento doutrinário e jurisprudencial que para configurar o delito de atentado violento ao pudor é imprescindível o contato físico do ofensor com a vítima, o que não aconteceu no episódio ocorrido no banheiro do pesque-pague. Sendo assim, a primeira conduta incriminada não se subsume ao tipo descrito no art. 214 do Código Penal, mas se adequa perfeitamente ao tipo previsto no art. 61 da Lei das Contravenções Penais, importunação ofensiva ao pudor.

II - Quanto ao segundo episódio, ocorrido no interior do veículo do acusado, é certo que houve contato corporal entre ele e a vítima, na medida em que o recorrente acariciou o pênis do ofendido e o masturbou. Esse fato, por si só configura delito de atentado violento ao pudor, pois o menor se viu constrangido a permitir que o acusado com ele praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, já que não pôde dele desvencilhar-se. [...]

IV- Deu-se parcial provimento ao recurso. (20010910072876APR, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, julgado em 06/11/2008, DJ 26/11/2008 p. 206)

O constrangimento empregado pelo agente poderia ser dirigido à vítima com diversas finalidades. Primeiramente, o papel da vítima poderia ser passivo, nos casos em

que permitisse que fosse praticado ato diverso da conjunção carnal pelo agente ou por terceiro, a mando daquele - como no caso do coito anal, da cópula entre os seios, das esfregações de um corpo em outro.

Por sua vez, o segundo comportamento é ativo, nas hipóteses em que o agente obrigasse a vítima a praticar ato diverso da conjunção carnal em seu próprio corpo – como exemplo a automasturbação, ou sobre o corpo do agente – praticando sexo oral, masturbação, ou, ainda, em terceira pessoa. Havia possibilidade, ainda, de a vítima atuar, simultaneamente, de forma passiva e ativa.

O crime em comento era classificado como plurissubsistente, haja vista a possibilidade de se configurar a tentativa. O atentado violento ao pudor era marcado por dois momentos: o momento inicial, em que se empregava a violência ou a grave ameaça, e o momento libidinoso, que correspondia ao ato lascivo. A consumação do delito se dava quando o agente, após a prática do constrangimento levado a efeito mediante violência ou grave ameaça, praticasse o ato libidinoso diverso da conjunção carnal satisfazendo seu apetite sexual. Se, após a exteriorização da violência ou da grave ameaça, o agente fosse surpreendido por circunstâncias alheias à sua vontade, de modo a frustrar a prática libidinoso, estaria configurada a tentativa do delito.

Ao crime de atentado violento ao pudor, aplicavam-se as mesmas considerações acerca das qualificadoras tipificadas nos arts. 223 e 224 do Código Penal, explicitadas ao se tratar do delito de estupro.

O atentado violento ao pudor, tanto na forma simples quanto na qualificada, assim como o estupro, também esteve previsto no rol taxativo dos crimes considerados hediondos, seja na forma tentada ou consumada, no inciso VI do art. 1º da Lei n. 8.072/90.

Quanto à ação penal relativa ao crime de atentado violento ao pudor, o antigo art. 225 do Código Penal, estabelecia que seria de iniciativa privada. Contudo, de acordo com o que preconizava seu 1º, proceder-se-ia mediante ação pública: I – se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

No tocante ao inciso I do §1º do artigo 225 do Código Penal, a ação penal seria de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, conforme o disposto em seu §2º.

#### **1.4 A mudança trazida pela Lei n. 12.015/2009 para o crime de estupro e atentado violento ao pudor**

Diante das considerações expostas neste capítulo, ficam evidenciados os inúmeros problemas existentes na disciplina legal dos crimes sexuais. Por exemplo, em um mesmo contexto fático, quando o agente ativo do crime submetia mulher à conjunção carnal e a outro ato sexual diverso, haveria concurso material, crime continuado, crime único ou concurso formal? Tal questionamento sempre foi alvo de muita polêmica e fica claro que as dúvidas existentes necessitavam de uma atuação reformadora por parte do legislativo, conforme a lição do Professor André Estefam (2009, p. 16-17):

De tempos pra cá, já se notava a necessidade de reformar o Título VI do Código Penal. A bem da verdade, desde a promulgação da atual Constituição Federal, que erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, já se fazia mister (no mínimo) uma releitura de suas disposições.

Diante de diversas alterações ousadas e significativas nos Códigos Penais estrangeiros nesse aspecto, como nas legislações penais argentina, chilena, espanhola e portuguesa, o Estatuto Penal pátrio não poderia manter-se inerte da evolução e das mudanças de valores da sociedade nos últimos tempos, para permanecer vinculado a conceitos hoje tido como ultrapassados. (ESTEFAM, 2009, p. 18)

Na longa existência do Código Penal Brasileiro, muitas foram as tentativas de reforma para modernização do sistema. Estas, oriundas de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, feitos a partir de observações acerca da distância entre a realidade cotidiana e as disposições legais e de uma visão mais ampla do desenvolvimento da questão sexual na história do homem, com o objetivo de sanar e atualizar questões e obscuridades dos dispositivos, desprendendo-se dos dogmas fixados em um moralismo hermético e em conceitos religiosos fechados (SILVEIRA, 2008, p. 20 e 21). Nesse sentido, esclarece Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 641),

a sociedade evoluiu e houve autêntica liberação dos apregoados costumes, de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo,

inclusive no tocante à vetusta denominação crimes contra os costumes. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados.

No mesmo sentido, observa-se a pertinente crítica de Lorette Garcia Sandeville (*apud* GOMES, CUNHA e MAZZUOLI, 2009, p. 34), em que diz que

assim, não é mais a moral sexual que clama proteção, e sim o direito individual da mulher [leia-se: de qualquer pessoa], sua liberdade de escolha do parceiro e o consentimento na prática do ato sexual. A violação a isso corresponde a um ilícito ligado à sua pessoa e não mais contra os costumes. Prevalece na ofensa sofrida, sua liberdade e não a moral. Daí, justifica-se a nova adequação típica das figuras penais do estupro; e do atentado violento ao pudor. [...] Mas no enfoque jurídico, conclui-se que, a violência dos crimes sexuais deve ser totalmente desvinculada de todo e qualquer aspecto moral, pois estes atingem mormente a personalidade humana e não os costumes. Mister, então, se faz considerar tais infrações como uma invasão à privacidade da vítima, que teve isolada sua liberdade sexual.

Durante muitos anos sustentou-se a necessidade de fusão dos tipos de estupro e de atentado violento ao pudor.

De fato, um dos pontos que causavam mais controvérsia sobre os crimes sexuais, referia-se ao confronto entre tentativa de estupro e sua desistência voluntária. Para a doutrina, aquele que utilizasse todos os meios disponíveis para a perpetração da conjunção carnal estaria sujeito a uma reprimenda mínima de 2 (dois) anos. Já quem voluntariamente desistisse de consumir o crime de estupro, ficaria sujeito a uma pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão. Ou seja, o agente que se arrependesse receberia pena 3 (três) vezes maior que aquele que não se arrependesse da prática do delito.

Esta era apenas uma das situações críticas oriundas dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Cerca de 15 (quinze) anos após a unificação dos tipos penais terem atingido as legislações dos principais países do mundo, a lei brasileira aderiu esta mudança. (FUHRER, 2010, p. 144).

Com este intuito, a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, em vigor desde o dia 10 do mesmo mês, alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, que tratava “Dos crimes contra os costumes”, para instituir o título “Dos crimes contra a dignidade

sexual”, bem como alterou dispositivos na Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, na Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e revogou a Lei n. 2.252/1954, que dispunha sobre corrupção de menores. (CAPANO, 2009, p. 17)

A modificação da nomenclatura do capítulo, de “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a dignidade sexual”, tem por justificativa a adequação do título ao bem jurídico tutelado, qual seja a liberdade ou dignidade sexual, como direito fundamental da pessoa humana, por não apresentar qualquer conotação moral, fruto do desenvolvimento dos hábitos e moralismos da sociedade no tocante à sexualidade.

A alteração legislativa também se preocupou em retirar do Código Penal os conceitos estigmatizados e atualmente pouco valorizados pela sociedade, como é o caso dos crimes que eram avaliados de acordo com a honestidade da mulher e condicionados à virgindade das menores de 14 (catorze) anos.

Como visto anteriormente, o estupro no Brasil se limitava a incriminar a conjunção carnal realizada com mulher, mediante violência ou grave ameaça. Outros atos libidinosos estavam previstos no artigo seguinte, protegendo também a figura do homem. Com o advento da Lei nº 12.015/2009, o legislador eliminou o atentado violento ao pudor como tipo penal autônomo, reunindo em um só dispositivo os dois crimes em tela no espaço normativo do art. 213, *caput*, do CP, intitulando-o de estupro. Além disso, as formas qualificadas já existentes foram deslocadas do art. 223 e seu parágrafo único do CP, cujo texto foi revogado para complementar a função incriminadora do art. 213, revogando-se, também, expressamente o art. 214:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

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

§ 1.º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2.º Se da conduta resulta morte:

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

Conforme se extrai do novo tipo penal, a conduta criminosa permanece tendo o verbo “constranger” como núcleo. A única diferença, é que agora o constrangimento realizado forçosamente contra o sujeito passivo é dirigido à conjunção carnal ou a qualquer ato libidinoso.

Outra alteração significativa, diz respeito aos sujeitos do crime. Agora, qualquer pessoa pode sofrer as consequências da infração penal, ou seja, tanto o homem quanto a mulher, podem ser sujeito ativo ou sujeito passivo do delito.

As causas de aumento de pena anteriormente previstas no art. 226 do Código Penal, permaneceram inalteradas, produzindo seus efeitos mesmo após a edição da nova lei.

Tratando-se de vítima menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos o crime será qualificado, tendo sido inserido no § 1º do art. 213 do Código Penal.

No que concerne aos menores de 14 (catorze) anos, foi criada a figura do art. 217-A do Código Penal, sob a denominação de estupro de vulnerável, extinguindo-se a presunção de violência trazida pelo art. 224 do CP. Eis o novo tipo legal criado:

Art. 217 – A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos:

Pena – reclusão, de 8 a 15 anos.

§ 1.º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com 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.

§ 2.º Vetado.

§ 3.º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 a 20 anos.

§ 4.º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 a 30 anos.

Ainda dentro da conduta criminosa, nota-se que o ato de *constranger*, permanece, sempre, devendo ser praticado mediante violência ou grave ameaça, incidindo de maneira direta ou indireta, implícita ou explícita.

Outra importante observação se refere ao fato de que hoje, haverá ou crime único, ou concurso material de delitos, quando o agente em um mesmo contexto fático, realiza as condutas que eram previstas no art. 213 e no art. 214 do Código Penal. Em síntese, são a cópula vaginal, anal ou oral, a masturbação, entre outros atos libidinosos praticados contra a vontade da vítima, com o fim de satisfazer a lascívia.

Verifica-se, portanto, que o antigo atentado violento ao pudor passou a ser modalidade de estupro. De acordo com Vicente Greco Filho (2009, p. 59) “A razão foi simples: apesar da equiparação da pena, há práticas de atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que a vítima pode não ser mulher”.

O delito de estupro consuma-se com a prática do primeiro ato libidinoso em face da vítima. Ainda que se trate de conjunção carnal, não se vislumbra a necessidade de que seja completa a cópula vaginal. Vale salientar, novamente, que o cometimento de mais de um ato libidinoso, no mesmo contexto fático, configurará em crime único, devendo porém, ser analisado pelo juiz na fase da dosimetria da pena, nos moldes do art. 59 do Código Penal. (CAMPOS, 2010, p. 31)

A tentativa se torna perfeitamente possível nas hipóteses em que o agente ao iniciar a execução do crime, com intuito de praticar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, é interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade.

Os §§ 1º e 2º do art. 213 prevêem as formas qualificadas, respectivamente, pela lesão corporal de natureza grave ou quando a vítima é menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos e pela morte, lembrando que este resultado deve envolver somente o sujeito passivo do crime sexual e deve decorrer de qualquer meio empregado – violência ou grave ameaça.

O resultado que qualifica o delito deve decorrer de qualquer meio empregado (violência ou grave ameaça) a título de preterdolo (crime com dolo no antecedente e culpa no consequente). Se houver dolo (direto ou eventual), o agente cometerá o delito em concurso com a lesão corporal grave ou morte. Nos casos em que se configurar lesão corporal leve não há de se falar em qualificadora pelo resultado, pelo fato de a lesão ser integrante do tipo penal. (CAMPOS, 2010, p. 31)

Importante salientar que não existe tentativa de crime preterdoloso. Dessa forma, de acordo com o posicionamento que vem sendo adotado pela doutrina, aquele que praticar estupro tentado ocasionando a morte da vítima, responderá por tentativa de estupro em concurso material com o delito de homicídio culposo. (CAMPOS, 2010, p. 32)

A segunda qualificadora prevista no § 1º do artigo em tela, se refere ao crime de estupro quando o agente tiver conhecimento ou dúvida sobre a idade de vítima menor de 18 e maior de 14 anos de idade. Nesta hipótese, o estupro deverá ser praticado com lesão corporal leve ou grave ameaça, pois se resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, deverão incidir, respectivamente, a primeira parte do § 1º e o § 2º do art. 213. Se presentes as duas qualificadoras expostas no § 1º, uma delas será utilizada como circunstância judicial no momento de fixação da pena-base do autor do crime. De acordo com os ensinamentos de João José Leal (2009, p. 24) não foi em vão a incidência desta qualificadora, “tudo indica que esse reforço punitivo em face da ação estupradora contra menores de 18 anos tem como fundamento político-jurídico o princípio constitucional da proteção integral da adolescência”.

Cabe ressaltar a divergência doutrinária e jurisprudencial que reinou no âmbito judicial acerca do marco inicial da idade do “maior de 14 anos”. Contudo, o entendimento se consolidou no sentido de que essa maioridade penal seria atingida no dia em que a vítima completa os 14 anos. Se o delito for perpetrado no dia anterior ao aniversário de 14 anos da vítima, deverá ser punido pelo crime tipificado no art. 217-A do CP, criado para tutelar mais severamente aqueles que cometerem o ilícito contra vulneráveis. (LEAL, 2009, p. 25)

Além das qualificadoras previstas nos incisos I e II do art. 213, a nova lei criou outras duas novas majorantes previstas no art. 234-A do CP, que devem ser aplicadas

aos crimes contra a dignidade sexual. Portanto, a pena será aumentada de metade, se do crime resultar gravidez e, de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Quanto à hediondez do crime, a Lei n. 12.015/2009 se preocupou em manter elencado no inciso V do artigo 1º da Lei n. 8.072/90 o delito de estupro – consumado ou tentado, no rol dos crimes considerados hediondos, indicando, também, expressamente em seu inciso VI o estupro de pessoa vulnerável.

No que concerne à ação penal, com a nova redação dada ao art. 225 do CP, os crimes previstos no Título VI do Código Penal, proceder-se-ão mediante ação penal pública condicionada à representação, exceto quando a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, em que a ação penal será pública incondicionada.

## 2 DO CONCURSO DE CRIMES

É possível que, em uma mesma oportunidade ou em contextos fáticos diferentes, um agente pratique dois ou mais delitos que, de alguma forma, estejam ligados por diversas circunstâncias. Portanto, quando uma mesma pessoa, mediante uma ou mais ações ou omissões, pratica dois ou mais crimes, estará diante do chamado concurso de crimes, que dá origem ao concurso de penas. (MIRABETE, 2007, p. 323)

Conforme ensina a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 561), “o concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções”.

O instituto em comento subdivide-se em três espécies: concurso formal, concurso material e crime continuado, modalidades que serão estudadas oportunamente.

A doutrina brasileira apresentou quatro sistemas de aplicação de pena para os casos que configuram o concurso material, o concurso formal ou o crime continuado. O primeiro se refere ao sistema do cúmulo material, em que somam-se as penas de todos os delitos cometidos. Já o segundo sistema, denominado de cúmulo jurídico, prevê que a sanção imposta deve ser superior às cominadas a cada um dos crimes. O terceiro sistema conhecido como de absorção, entende que aplica-se somente a pena do crime mais grave, pois esta absorve as reprimendas dos delitos menos graves. Finalmente, destaca-se o sistema da exasperação, que determina a aplicação da pena mais grave aumentada de mais um pouco. (PRADO, 2005, p. 161)

De acordo com Luiz Regis Prado (2005, p. 161), “o Código Penal brasileiro acolhe os sistemas do cúmulo material – concurso material (art. 69) e concurso formal imperfeito (art. 70, *caput*, 2.<sup>a</sup> parte) e da exasperação – crime continuado (art. 71) e concurso formal perfeito (art. 70, *caput*, 1.<sup>a</sup> parte)”. Em sentido contrário, Paulo José da Costa Jr. (2009, p. 215) assevera que nosso Código aceita o cúmulo material e o sistema da absorção.

## 2.1 Do concurso formal de crimes

O instituto do concurso formal de crimes, não será objeto de estudo neste trabalho, uma vez que não possui correlação com a matéria abordada. Vale mencionar, contudo, que o concurso formal de delitos ocorre quando o agente, por meio de uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, que poderão ser idênticos ou não. É o que prevê o art. 70 do Código Penal:

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

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

## 2.2 Do concurso material de crimes

Segundo a redação do artigo 69 do Código Penal, quando, o agente mediante mais de uma ação ou omissão, comete duas ou mais infrações penais, idênticas ou não, ocorrerá o concurso material de crimes, que dará ensejo à aplicação cumulativa das penas correspondentes aos delitos em que haja incorrido. Eis a sua redação:

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Como visto, para se configurar o concurso de delitos o agente deverá praticar mais de uma ação ou omissão. Importante salientar que a ação pode ser composta por um ou mais atos. Dessa forma, os atos são componentes de uma ação e não são ações por si sós. Se por um acaso, um agente com a intenção de matar seu desafeto, faz diversos disparos com sua arma de fogo, atingindo-lhe e causando-lhe a morte, terá agido com o intuito

finalístico de executar a vítima e essa, portanto, será a sua conduta. O fato de ter efetuado vários disparos, configurará diversos atos, que juntos formarão a ação do agente.

Um ponto que foi objeto de discussão para efeitos de reconhecimento do concurso material e sua conseqüente aplicação cumulativa de penas, diz respeito ao fato da imprescindibilidade ou não de que as diversas condutas tenham entre si uma relação de contexto, de incidência de conexão ou continência. Com a manifestação de diferentes pontos de vista nesse sentido, mais correto o entendimento da corrente que afirma a necessidade da ocorrência dos requisitos citados, pois assim, os delitos poderão ser investigados e processados nos mesmos autos, vindo, ao final, caso sejam confirmados, o agente ser condenado nas reprimendas que deverão individualizadas para cada delito, sendo cumuladas materialmente (GRECO, Rogério, 2011, p. 175). Contudo, a maioria dos autores admite a possibilidade de reconhecimento do concurso material de crimes na hipótese de uma determinada infração penal ter sido julgada e posteriormente a ela outra vier a ser praticada, como se extrai dos ensinamentos de Flávio Augusto Monteiro de Barros (1999, p. 439), que assevera: “caracteriza-se o concurso material ainda quando alguns dos delitos venham a ser cometidos e julgados depois de os restantes o terem sido, porque não há necessidade de conexão entre eles, podendo os diversos delitos ser objeto de processos diferentes”.

Na hipótese em que os crimes tenham sido cometidos em ocasiões diversas e que tenham sido analisados em processos diversos, não poderá se falar em concurso material de crimes, mas, sim, em soma ou unificação de penas, que deverão ser aplicadas conforme o disposto no art. 66, III, *a*, da Lei nº 7.210 de 1984, a Lei de Execução Penal. (GRECO, Rogério, 2011, p. 175).

Com entendimento diverso, Flávio Augusto Monteiro de Barros (2001, p. 439) preleciona: “Caracteriza-se o concurso material ainda quando alguns dos delitos venham a ser cometidos e julgados depois de os restantes o terem sido, porque não há necessidade de conexão entre eles, podendo os diversos delitos ser objeto de processos diferentes”. No mesmo sentido, Paulo José da Costa Jr. (2009, p. 215): “A pluralidade de condutas que o concurso material pressupõe poderá ser objeto de diversos processos, que irão gerar várias sentenças”.

Quanto à expressão *idênticos ou não*, prevista no caput do art. 69 do Estatuto Repressor, a doutrina determinou o entendimento de que há dois tipos de concurso material: o homogêneo e o heterogêneo.

A prática de crimes idênticos, configurará no concurso material homogêneo, não importando a maneira em que o delito foi perpetrado, se simples, privilegiado, qualificado ou tentado. A fim de demonstrar tal situação, caberia o exemplo do agente que cometesse vários furtos, ou mesmo vários estelionatos. Já a prática de condutas típicas diversas, no entanto, caracterizará o concurso heterogêneo, que seria o caso, a título de exemplo, do acusado que praticasse um homicídio e um roubo. (GRECO, Rogério, 2011, p. 176)

Ao se analisar os §§ 1º e 2º do artigo supramencionado, verifica-se a possibilidade de ocorrência de concurso material de delitos cujas penas privativas de liberdade cominadas possam ser substituídas por restritivas de direitos. No entanto, no caso de impossibilidade de suspensão da pena aplicada a um dos crimes, os demais serão afetados pela mesma regra, tornando-se inaplicável a substituição estabelecida no art. 44 do CP. Na hipótese de aplicação cumulada das sanções restritivas de direitos, o condenado deverá cumprir simultaneamente as compatíveis entre si (aquele que tiver sua carteira de habilitação suspensa, por um fato e limitação de final de semana, por outro) e sucessivamente as demais (a pessoa que tiver que prestar serviços a comunidade pela prática de duas infrações distintas).

O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, poderá ser aplicado, mesmo quando se tratar de concurso material de crimes, quando a soma das penas mínimas cominadas não ultrapassar o limite legal de 1 (um) ano. Tal entendimento foi sedimentado no enunciado da Súmula nº 243 do Superior Tribunal de Justiça: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

À título de demonstração, destaco os seguintes julgados, a demonstrar a matéria já pacificada no âmbito dos Tribunais Superiores:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PRATICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA (SEIS VEZES). DOSIMETRIA DA PENA.

PENA-BASE FIXADA EM 3 ANOS DE RECLUSÃO. PENA DEFINITIVA: 4 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CULPABILIDADE INTENSA: PASSAR-SE POR SUPERVISOR DO INSS E PASTOR DE IGREJA PARA EXPLORAR A FÉ DAS PESSOAS. EXPRESSIVO PREJUÍZO ÀS VÍTIMAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TRANSAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME QUE NÃO SE EMOLDURA NO ROL DAS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CONTINUIDADE DELITIVA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PENA MÍNIMA EM ABSTRATO SUPERIOR AO LIMITE OBJETIVO/TEMPORAL DE 1 ANO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI 9.099/95. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. SÚMULA 243/STJ. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO (ART. 77 DO CPB). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. [...]

5. Nos termos da Súmula 243/STJ, o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano. [...]

8. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC 148.987/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 05/04/2011)

No mesmo sentido:

Processo Penal. Infrações cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva. Suspensão condicional do Processo. Art. 89 da Lei nº 9.099/95. Não aplicação. O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é admitido nos delitos praticados em concurso material quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a 01 (um) ano, assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto), ultrapassar o limite de um (01) ano. (HC 83163, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2009, DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 EMENT VOL-02365-01 PP-00153 RTJ VOL-00212- PP-00427)

No que concerne à possibilidade de concessão de fiança aos crimes perpetrados em concurso material, esta se dará somente quando a soma das penas mínimas abstratamente aplicadas for inferior a 2 (dois) anos de reclusão.

O art. 323 do Código de Processo Penal elencou em seus incisos as hipóteses não autorizadas da fiança. Contudo, o fato de não ter se referido às infrações em concurso material, não obstou a sua aplicabilidade, tendo em vista a posição firmada pela doutrina e jurisprudência pátria, que analogicamente utilizaram-se do mesmo pressuposto objetivo para imputar a medida a tais casos. É o que se observa do enunciado sumular nº 81 da Corte Superior de Justiça: “Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.”

É esse, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS" - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE PECULATO CONTINUADO (CP, ART. 312, "CAPUT", C/C O ART. 71) E DO DELITO DE QUADRILHA (CP, ART. 288, "CAPUT") - CONCURSO MATERIAL DE INFRAÇÕES - PENAS MÍNIMAS COMINADAS EM ABSTRATO QUE, SOMADAS, SUPERAM O LIMITE FIXADO NO ART. 323, I, DO CPP - HIPÓTESE DE INAFIANÇABILIDADE - ALEGAÇÃO DE QUE A PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL VULNERA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DO RÉU - INOCORRÊNCIA DA PRETENDIDA TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL - PEDIDO INDEFERIDO, COM A CONSEQÜENTE CASSAÇÃO DA LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. FIANÇA CRIMINAL E CONCURSO MATERIAL DE DELITOS. - Não se revela cabível a fiança criminal, quando, em concurso material, a soma das penas mínimas abstratamente cominadas for superior a dois (2) anos de reclusão. Precedentes. Doutrina. [...] (HC 79376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24/09/2002, DJ 22-10-2004 PP-00037 EMENT VOL-02169-02 PP-00221 RTJ VOL-00193-03 PP-00936)

Vale lembrar também, que além das circunstâncias mencionadas acima, para ensejar a regra do concurso material de crimes, as condutas criminosas devem ser praticadas autonomamente e isoladamente, de maneira a configurar a habitualidade ou reiteração criminosa, desvinculadas de qualquer liame entre uma empreitada criminosa e às demais. Se as práticas delituosas forem cometidas com conexão temporal e geográfica entre elas, envolvendo as mesmas vítimas e comparsas, configurar-se-á a teoria objetiva-subjetiva, afastando-se o instituto do concurso material, para a aplicabilidade da continuidade delitiva, tema este que será abordado posteriormente.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBOS EM CONCURSO MATERIAL E FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE LIMINAR PREJUDICADO.

1. "Esta Corte vem aplicando a teoria objetiva-subjetiva, na qual a aplicação do 'crime continuado' depende tanto dos elementos objetivos – condições de tempo, lugar, modo de execução etc –, como dos subjetivos – unidade de desígnios" (HC 38.016/SP).

2. Não há reconhecer a continuidade delitiva quando ausentes os requisitos objetivos e subjetivos, uma vez que os crimes foram praticados contra vítimas diferentes, de maneira diversa, com lapso temporal impeditivo à configuração da ficção jurídica.

3. Constatada a mera reiteração habitual, em que as condutas criminosas são autônomas e isoladas, deve ser aplicada a regra do concurso material de crimes.

4. Ordem denegada. Pedido de reconsideração de liminar prejudicado. (HC 140927/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)

### 2.3 Do crime continuado

Depreende-se o conceito de crime continuado do próprio texto normativo do art. 71 do Código Penal, *litteris*:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

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

Existem três principais teorias que estabelecem a natureza jurídica do crime continuado: a teoria da unidade real, teoria da ficção jurídica e a teoria mista. (PRADO, 2005, p. 164)

A teoria da unidade real entende que os inúmeros atos ilícitos praticados para se consumar o delito, não constituem diversos crimes, mas sim meios utilizados finalisticamente a causar a ação única de matar alguém, por exemplo.

A teoria da ficção jurídica reconhece que as várias ações praticadas pelo agente, analisadas individualmente, já consistem em infrações penais e que, reunidas, configuram um só delito.

Para encerrar, através da teoria mista subentende-se que o crime continuado é uma figura própria, afastando a unidade ou pluralidade de delitos, para configurar em um terceiro crime – o crime de concurso.

A lei penal brasileira adotou a teoria da ficção jurídica, entendendo que, uma vez configurada a continuidade delitiva, a reprimenda do agente deve sofrer exasperação.

A respeito, veja-se precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a teoria da ficção jurídica como um benefício criado aos criminosos, por unificar em um só delito, a prática plúrima de crimes, *verbis*:

HABEAS CORPUS. ROUBOS SIMPLES. PACIENTE CONDENADO A 8 ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS (CRIMES DA MESMA ESPÉCIE, COMETIDOS EM IGUAIS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO) E SUBJETIVO. UNIDADE DE DESÍGNIOS VERIFICADA PELA INTENÇÃO DO PACIENTE EM PRATICAR DIVERSOS ROUBOS. O SIMPLES RETORNO À CASA, ENTRE UMA E OUTRA AÇÃO, COM INTERVALO DE ALGUMAS HORAS, NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CRIME CONTINUADO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA QUE, BAIXANDO OS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM, PROCEDA-SE A UMA NOVA DOSIMETRIA DA PENA, DEVENDO SER RECONHECIDO O CONCURSO FORMAL.

1. A continuidade delitiva, segundo posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, é uma ficção jurídica criada para beneficiar o criminoso eventual, de sorte que, não obstante a pluralidade de crimes, considera-se a existência de um só, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos (delitos da mesma espécie, condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes) e subjetivos (unidade de desígnios).

2. In casu, presente extrema dúvida os pressupostos objetivos, não há que se falar em autonomia de propósitos e sim em unidade de desígnios

quando evidente o intento do agente em praticar diversos roubos na data dos fatos, a caracterizar, portanto, o requisito subjetivo para a configuração da continuidade delitiva.

3. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

4. Ordem concedida, para que, baixando os autos ao Tribunal de origem, proceda-se a uma nova dosimetria da pena, devendo ser reconhecido o concurso formal. (HC 141239/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 15/03/2010)

Iniciando a análise dos requisitos e conseqüências do crime continuado estabelecidos no art. 71 do Código Penal, verifica-se que diferente do concurso material de crimes, para que se conclua pela ocorrência da continuidade delitiva, os dois ou mais crimes perpetrados, mediante mais de uma ação ou omissão, deverão ser de mesma espécie.

Ao longo dos anos, surgiram várias posições doutrinárias com a tentativa de explicar o significado da expressão *de mesma espécie*. Contudo, apenas duas principais posições merecem destaque (GRECO, Rogério, 2011, p. 180). A primeira defende que os crimes de mesma espécie são aqueles que visam proteger o mesmo bem jurídico, conforme se extrai da lição de Heleno Cláudio Fragoso (1991, p. 351), “crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”. Assim, homicídio e infanticídio seriam crimes de mesma espécie. A segunda posição considera que os crimes de mesma espécie são aqueles que possuem a mesma tipificação legal. Portanto, por esse entendimento, não poderia haver continuidade delitiva entre os delitos de homicídio e infanticídio, por encontrarem previsão em artigos distintos. Nesse sentido, os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p. 406),

para o reconhecimento da existência do crime continuado é necessário, em primeiro lugar, duas ou mais condutas do mesmo agente e dois ou mais resultados, ou seja, em tese, um concurso material. Existindo apenas uma conduta, ainda que desdobrada em vários atos, haverá concurso formal. É indispensável, além disso, que sejam crimes da mesma espécie, incluindo-se não só os que estão tipificados na mesma norma penal, como também aqueles que se assemelhem em seus tipos fundamentais em seus elementos objetivos e subjetivos, violadores do mesmo interesse jurídico. Nada impede o reconhecimento da continuidade delitiva entre as formas simples e qualificadas de um ilícito, entre crimes tentados e consumados ou até entre crimes culposos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, adotou-se a segunda posição, conforme se vê do seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO E FURTO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. ORDEM DENEGADA.

1. É consolidado nesta Corte o entendimento no sentido de que não há se falar em continuidade delitiva entre roubo e furto, porquanto, ainda que possam ser considerados delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie. Precedentes.

2. Ordem denegada. (HC 117.037/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 21/03/2011)

Diverso não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E ROUBO. PEDIDO DE IMEDIATO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DA CAUSA. JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA TURMA. ORDEM DENEGADA.

1. A pretensão defensiva esbarra em vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Pronunciamentos no sentido da impossibilidade do reconhecimento do fenômeno da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) entre os delitos de roubo e de furto. Precedentes: RE 91.317, da relatoria do ministro Leitão de Abreu (Plenário); HC 70.360, da relatoria do ministro Néri da Silveira (Segunda Turma); e HC 97.057, da relatoria do ministro Gilmar Mendes (Segunda Turma). [...]

3. Ordem denegada. (HC 96984, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-212 DIVULG 04-11-2010 PUBLIC 05-11-2010 EMENT VOL-02425-01 PP-00001 LEXSTF v. 32, n. 383, 2010, p. 320-326)

O art. 71 do Código Penal exige em sua redação que o agente atue mediante condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devendo ser os atos subseqüentes considerados como continuação do primeiro.

Quanto ao fator “tempo”, existem doutrinadores que acreditam não existir um critério rígido para se apurar a quantidade de tempo entre a prática de um delito e de outro para a configuração do crime continuado. Defendem a necessidade de se observar uma relação de contexto entre os fatos, para que a continuidade não se confunda com a reiteração

criminosa (GRECO, Rogério, 2011, p. 181). Contudo, o entendimento perfilhado nos Tribunais Superiores é no sentido de que haverá a continuidade delitiva quando os delitos forem consumados no lapso inferior de 30 (trinta) dias.

No tocante à distância entre os vários locais em que os crimes foram praticados, também existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Assim como ocorre no critério relativo ao tempo, existem doutrinadores que insistem na necessidade de haver uma relação de contexto entre as diversas práticas delituosas em locais diferentes. Rogério Greco assevera que (2011, p. 182), “nada impede que um grupo especializado em roubo a bancos, por exemplo, resolva, num mesmo dia, praticar vários assaltos em cidades diferentes que, embora vizinhas, não pertençam ao mesmo Estado”. Porém, este entendimento é tido como minoritário, haja vista que apesar de a Corte Suprema já ter se posicionado quanto à possibilidade de preenchimento do requisito espacial aqueles crimes cometidos em cidades diversas, atualmente o entendimento adotado é diverso, não podendo os delitos serem praticados em locais diferentes, como se extrai do acórdão abaixo ementado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS EM RAZÃO DA ALEGADA CONTINUIDADE DELITIVA: NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A análise da eventual continuidade delitiva dos crimes praticados pelo Paciente impõe revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 2. O Paciente não satisfaz os requisitos objetivos necessários à unificação das penas executadas, pois, além de ter praticado os delitos em lugares distintos, as condutas criminosas foram variadas.

3. Habeas corpus denegado. (HC 100380, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 11/05/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-05 PP-01359 LEXSTF v. 32, n. 380, 2010, p. 365-374)

A maneira de execução dos delitos constitui outro fator importante da análise para a aplicação do benefício. Mais uma vez deve haver uma relação de contexto entre as diversas infrações criminais. Ademais, não se pode confundir continuidade delitiva com habitualidade criminosa. A prática de reiterados crimes da mesma espécie, pelo mesmo agente, em datas próximas, não significa que os delitos subseqüentes serão tidos como continuação do primeiro, para os fins do art. 71 do Código Penal.

Além das condições de tempo, lugar e modo de execução dos delitos, o Código Penal também dispôs a expressão *outras semelhantes*. Isto permite uma interpretação analógica para o aplicador do direito quando for empregar a norma do art. 71 do CP. Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2001, p. 1139) noticiam que existem alguns julgados que “têm entendido que o aproveitamento das mesmas oportunidades e das mesmas relações pode ser incluído no conceito de condições semelhantes”.

Desta forma, conclui-se que o entendimento dos Tribunais se dá no sentido da aplicação objetiva-subjetiva, pela qual o reconhecimento da continuidade delitiva depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos (tempo, *modus operandi*, lugar, etc.), como do elemento subjetivo, qual seja, a unidade de desígnios.

A corroborar tal entendimento, destaco o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. DOIS ROUBOS DUPLAMENTE MAJORADOS. CONDENAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. REQUISITOS DO ART. 71 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO. AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. DIFERENTES CONDIÇÕES DE TEMPO E LUGAR. DIVERSIDADE DE MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO DELITIVA. CONFIGURAÇÃO. INVIABILIDADE DA ADMISSÃO DO CRIME CONTINUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva).

2. Constatada a reiteração criminosa, inviável acoirar de ilegal a decisão que negou a incidência do art. 71 do CP, pois, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a habitualidade delitiva afasta o reconhecimento do crime continuado. [...]

4. Ordem denegada. (HC 128756/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 29/03/2010)

Partindo para a análise do parágrafo único do artigo em comento, verifica-se que o mesmo estabelece expressamente a incidência do benefício do crime continuado nas infrações penais dolosas, contra vítimas diferentes, cometidas com o emprego de violência ou grave ameaça. Forçoso reconhecer que tal redação revogou a Súmula nº 605 do STF, que não

admitia a continuidade delitiva nos crimes contra a vida. A propósito, destaco o seguinte precedente da Corte Suprema de Justiça:

"HABEAS-CORPUS". CRIME DE ROUBO QUALIFICADO EM DIVERSOS APARTAMENTOS DO MESMO EDIFÍCIO. ALEGAÇÃO DE INEPCIA DA DENÚNCIA E DE "MUTATIO LIBELLI", SEM AS FORMALIDADES PREVISTAS NO ART. 384 DO C.P.P., EM FACE DA APENAÇÃO EM CONCURSO MATERIAL, E NÃO DE CONTINUIDADE DELITIVA. OCORRÊNCIA DE CRIME CONTINUADO QUALIFICADO, (CP, PAR. ÚNICO DO ART. 71). [...]

2. Inocorrência das hipóteses de concurso material (CP, art. 69) e de concurso formal (CP, art. 70).

3. Presente a pluralidade de condutas e a de crimes dolosos da mesma espécie, praticados com emprego de armas, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, ocorre a hipótese de crime continuado qualificado, ou específico, previsto no par. único do art. 71 do Código Penal.

4. "Habeas-corpus" conhecido e parcialmente deferido, para, mantida a condenação, anular a sentença na parte relativa a fixação da pena, devendo outra ser proferida, considerando-se configurada a hipótese de continuidade delitiva e estendendo-se esta decisão aos demais co-reus (CPP, art. 580; Precedente). (HC 72280, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 23/02/1996, DJ 26-04-1996 PP-13114 EMENT VOL-01825-02 PP-00222)

A redação que possibilitou incidir a continuidade delitiva naqueles crimes praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, contra vítimas diferentes, fez surgir a necessidade de distinguir o crime continuado simples do crime continuado qualificado. O primeiro se refere às hipóteses do *caput*, do art. 71 do Código Repressor que permite a aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Já o segundo se dirige ao exposto no parágrafo único do mesmo artigo, que permite ao juiz, que considere a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como o motivo e as circunstâncias, para aferir se irá aumentar a reprimenda de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art.70 (prevê o chamado concurso material benéfico) e do art. 75 (estabelece que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos) do Código Penal. (GRECO, Rogério, 2011, p. 185)

O aplicador do direito quando for dosar o percentual de aumento da reprimenda, deve observar o número de infrações penais praticadas. Este critério pode ser extraído das ementas abaixo expostas:

HABEAS CORPUS. ROUBO. USO DE ARMA DE BRINQUEDO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA POR EMPREGO DE ARMA (ART. 157, § 2o., I DO CPB). CANCELAMENTO DA SÚMULA 174/STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO DA QUANTIDADE DE DELITOS PRATICADOS. A PRÁTICA DE 2 INFRAÇÕES IMPLICA NO AUMENTO NO MÍNIMO, 1/6. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA PARA AFASTAR A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2o., I DO CPB, E FIXAR A PENA EM 6 ANOS, 2 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. [...]

4. Para o aumento da pena pela continuidade delitiva dentro o intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve-se adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. [...]

8. Ordem concedida, para afastar a causa de aumento do art. 157, § 2o., I do CPB, e fixar a pena em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto. (HC 127.679/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 15/12/2009)

No mesmo sentido, destaco o seguinte julgado do Supremo Tribunal

Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA IMPOSTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Uma vez reconhecida a existência de continuidade delitiva entre os crimes praticados pelo paciente, o critério de exasperação da pena é o número de infrações cometidas.

2. Em se tratando de condenação por três delitos, o aumento da pena deve, por questão de proporcionalidade, aproximar-se do mínimo legal.

3. Ordem concedida, para reduzir o aumento da pena de um terço para um quinto. (HC 83632, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Primeira Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 23-04-2004 PP-00025 EMENT VOL-02148-05 PP-01019)

Sabemos que o instituto estampado no art. 71 do Código Penal foi criado para beneficiar o agente que preenchesse os requisitos autorizadores de sua aplicação. Contudo, na hipótese de o agente praticar a série de crimes sob a vigência de duas leis, sendo mais grave a posterior, imperiosa será a aplicação da nova legislação, mesmo que mais gravosa. Este é o entendimento sedimentado pelo STF, sob o fundamento de que o acusado já estava ciente da maior gravidade da sanção, mas que mesmo assim preferiu insistir na prática delituosa. As reiteradas decisões neste sentido levaram o Supremo Tribunal Federal a aprovar a Súmula nº 711 que normatiza: “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”.

Finalmente, quanto à benesse da suspensão condicional do processo, estabelecida no art. 89 da Lei nº 9.099/95 e no verbete sumular nº 243 do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se à continuidade delitiva a mesma regra do concurso material de crimes e do concurso formal, que autoriza tal benefício, desde que a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto), não ultrapasse o limite de 1 (um) ano.

### **3 DO CONCURSO DE CRIMES NOS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES E DEPOIS DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009**

Após as mudanças pontuais realizadas no Título VI da Parte Especial do Código Penal, promovidas pela Lei nº 12.015/2009, um dos aspectos que merece mais destaque diz respeito às diversas dúvidas que surgiram acerca da forma de aplicação do novo regime legal, principalmente no tocante à dosimetria da pena.

Neste capítulo abordarei os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais adotados antes da nova lei, no que se refere ao firme reconhecimento pelos Tribunais Superiores e Estaduais do concurso material de crimes, uma vez que as condutas estabelecidas anteriormente nos artigos 213 e 214 do Código Penal não eram consideradas de mesma espécie, pois, apesar de serem crimes de mesmo gênero (ato libidinoso), constituíam espécies distintas, porque estavam previstas em dispositivos legais diferentes.

Contudo, depois da alteração normativa, destaca-se a impossibilidade da aplicação do concurso material (art. 69 do CP), quando presentes elementos que possibilitem a aplicação da regra da continuidade delitiva (art. 71 do CP) ou o reconhecimento de crime único, nos casos em que em um mesmo momento o agente pratique ambas as figuras do art. 213 do Código Penal.

Ademais, discute-se a forma de fixação das reprimendas aplicadas aos condenados pelas penas de ambos os crimes antes da inovação legislativa, analisando-se a viabilidade da tese que defende a exclusão da condenação do crime de atentado violento ao pudor, bem como aquela que entende necessária uma nova dosimetria da pena.

#### **3.1 O entendimento antes da nova lei**

Como demonstrado anteriormente, majoritariamente, entendia-se que as condutas previstas na antiga redação dada aos arts. 213 e 214 do Código Penal não eram consideradas de mesma espécie, pois, apesar de serem crimes de mesmo gênero (ato

libidinoso), constituíam espécies distintas, porque estavam previstas em dispositivos legais diferentes.

Assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitiam que, de um modo geral, haveria concurso material entre essas duas infrações penais, sem que se pudesse falar em continuidade delitiva quando o autor constrangesse vítimas diferentes, em situações distintas, porém com semelhanças de tempo e modo de execução, ou crime único, quando contra uma mesma vítima e em um mesmo momento fosse praticados a cópula vaginal e ato libidinoso diverso.

À luz dos ensinamentos doutrinários do alemão Franz Von Liszt (2003, p.72), tal colocação fugiria ao objetivo de política criminal pela qual fora inserida na legislação penal brasileira o crime continuado, com o propósito de evitar sanções extremamente elevadas. A fim de complementar o assunto, destaca-se o seguinte trecho de sua obra:

o reconhecimento de que a pena é um dos meios à disposição do Estado na luta contra o crime nos leva além dos limites do direito vigente e suscita a questão do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir que o Estado pertence, bem como a da origem da natureza do crime. A solução científica de tais questões é objeto da Política Criminal. A esta ciência incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o Direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-lo em casos singulares de conformidade com esses fins.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores era firme para rejeitar a continuidade delitiva se os delitos de estupro e atentado violento ao pudor fossem perpetrados de forma autônoma. Sempre que o atentado violento ao pudor não tivesse sido praticado como meio para a consumação do delito de estupro, configuraria o concurso material entre as duas infrações penais, *litteris*:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CARACTERIZAÇÃO COMO CRIME HEDIONDO MESMO EM SUA FORMA SIMPLES. POSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME EM HIPÓTESE DE CRIME HEDIONDO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO MATERIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.[...]

2. Quanto à questão referente à continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, não há solução diversa da tradicionalmente adotada. Predomina, no caso, a antiga ensinança de Nelson Hungria para quem, não sendo o ato de libidinagem desvio da conjunção carnal classificável como praeludia coiti, haverá, entre este e o estupro, o concurso material e nunca o crime continuado. É que esses delitos são do mesmo gênero, mas não da mesma espécie. Aliás, entre a conjunção carnal, de um lado, e o sexo anal ou, ainda, o sexo oral, não se pode vislumbrar homogeneidade quanto ao modo de execução. E esse entendimento é pacífico no Colendo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. No caso, o recorrido praticou, além da conjunção carnal, outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de praeludia coiti, sendo de se reconhecer, então, o concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 838.743/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 04/08/2008)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

**HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADOS DE FORMA INDEPENDENTE. MESMA VÍTIMA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE CONCURSO MATERIAL. PRECEDENTES.**

1. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal recusa o reconhecimento da continuidade delitiva se os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são praticados de forma autônoma, ainda que em desfavor da mesma vítima.

2. No caso, o atentado violento ao pudor não foi praticado como "prelúdio do coito" ou meio para a consumação do crime de estupro. Ao contrário, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal ocorreu em momento posterior ao crime de estupro. Atividade criminosa que ainda contou com o crime de roubo. Precedentes. Habeas corpus indeferido. (HC 95629, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00513 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 495-497)

Entretanto, em sentido contrário, foram proferidas decisões admitindo a continuidade delitiva para os crimes em comento, algumas estabelecendo a necessidade de se verificar se a intenção do agente foi a de cometer dois ou mais crimes de forma independente ou se o seu desígnio consistiu mediante uma única ação constranger a vítima. Outras decisões,

contudo, foram prolatadas sem a observância de tal requisito, entendendo pelo conhecimento da continuidade mesmo nos crimes praticados de forma independente, *verbis*:

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DO PRAZO RECURSAL PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. FÉRIAS FORENSES. RÉU PRESO. PRECEDENTES DESTA CORTE. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADOS DE FORMA INDEPENDENTE. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90, QUE VEDA A PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO DAS PENAS DOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS. PRECEDENTE PLENÁRIO. RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE. [...]

2. A turma entendeu pelo reconhecimento de continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados de forma independente. Vencido, neste ponto, o Relator, que afirmava a configuração de concurso material.

3. [...] Writ parcialmente deferido. (HC 89827, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00068 EMENT VOL-02273-02 PP-00394)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DELITOS AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL. ORDEM DENEGADA.

I - Para que se verifique a ocorrência da continuidade delitiva ou do concurso material quando se trata dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, cumpre examinar a intenção do agente. [...]

IV - Ordem denegada. (HC 96959, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-05 PP-00963 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 495-506)

Além disso, existiam precedentes firmados pelos Tribunais Estaduais reconhecendo a continuidade delitiva, se presentes os requisitos contidos no art. 71 do Código Penal, nas infrações de estupro e atentado violento ao pudor, ao fundamento de que ambos os delitos seriam da mesma espécie.

### **3.2 O entendimento após a vigência da Lei n. 12.015/2009**

Uma das mais profundas mudanças oriundas da nova disciplina dos crimes contra a dignidade sexual, que tem sido alvo de intensos debates em âmbito doutrinário e

jurisprudencial, diz respeito à impossibilidade de incidência do concurso material de crimes (art. 69 do CP) entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Após a alteração legislativa, tornou-se imperioso o reconhecimento do crime continuado (art. 71 do CP), haja vista que as condutas anteriormente integradas em tipos penais distintos foram reunidas em uma única figura delitiva, impondo-se observar que, agora, são crimes de mesma espécie.

Como visto, a postura anterior do legislador em tipificar cada conduta num texto legal autônomo (estupro e atentado violento ao pudor), fazia com que forte corrente jurisprudencial, especialmente formada no âmbito dos Tribunais Superiores, perfilhasse seu entendimento no sentido de não reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes anteriormente previstos no art. 213 e 214 do antigo título VI do estatuto repressor, quando os atos libidinosos descritos neste último não configurassem como “prelúdio do coito” ou meio para a consumação do delito de estupro, ainda que executados contra a mesma vítima, acarretando, portanto, a incidência do concurso material.

No entanto, após a alteração legislativa trazida pela Lei n. 12.015/2009, qualquer que seja a concepção doutrinária acerca da expressão “crimes de mesma espécie”, não deveria haver mais possibilidade de controvérsia: “estupro” e “atentado violento ao pudor”, agora, compõem uma única figura delitiva, estão estabelecidos no mesmo dispositivo legal e atentam contra o mesmo bem jurídico, sendo crimes de mesma espécie, autorizando, desde que preenchidos os requisitos do art. 71, *caput*, do Código Penal, possa ser reconhecida a continuidade delitiva e afastado o concurso material.

Vale registrar a seguinte passagem doutrinária em que Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 18-19) assevera que o concurso de crime no novo tipo do estupro:

[...] altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima 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.

Importante destacar algumas considerações acerca do “tipo misto alternativo” presente na redação dada pela Lei n. 12.015/2009 ao art. 213 do Código Penal.

Os tipos mistos alternativos “correspondem a casos em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor” (FRAGOSO, 2003, p.193). Sendo assim, dá-se a presença de condutas variáveis, porque descrevem várias hipóteses de cometimento da mesma infração delituosa, “[...] o legislador descreve mais de uma conduta como hipótese de realização do mesmo crime, de modo que a prática sucessiva dessas condutas caracteriza crime único”. (BARROS, 2001, p.176)

No entanto, mesmo após a vigência da nova lei, ainda são proferidas decisões no âmbito da Corte Superior de Justiça e do Colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que haverá o concurso material entre o atentado violento ao pudor e o estupro, e jamais o crime continuado. Isso porque os referidos delitos, considerados como de mesmo gênero, não são da mesma espécie, por não ser possível vislumbrar homogeneidade quanto ao modo de execução entre a tentativa de conjunção carnal e a consumação de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Assim, aduzem que a prática da conjunção carnal e de ato libidinoso autônomo, caracteriza dois crimes distintos e, por isso, deve a sanção ser majorada cumulativamente. É o que se extrai do aresto abaixo transcrito:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE DESCRIÇÃO DOS TIPOS PENAIIS NA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPECTIVA CAUSA DE AUMENTO. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. NECESSIDADE DE PROVA DOCUMENTAL. PRESCINDIBILIDADE. VÍNCULO DE PARENTESCO DEMONSTRADO POR MEIO DE OUTRAS PROVAS. ORDEM DENEGADA.

1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).

2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a

continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.

3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como *praeludia coiti* – e não o ato libidinoso autônomo.[...]

7. Ordem denegada. (HC 105.533/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 07/02/2011)

Contudo, tal entendimento nos faz acreditar tratar-se de uma política criminal, já que os aplicadores do direito não são dotados de legitimidade para empregar uma norma de forma mais severa, do que o próprio legislador, ao inseri-la num tipo legal. A título de demonstração, ressalte-se o crime de tráfico de entorpecentes, que compreende dezoito ações identificadas pelos diversos verbos ou núcleos do tipo, em face de que tal delito se consuma com a prática de qualquer uma delas, eis que se enquadra no tipo misto alternativo, conforme entendimento adotado pelos Tribunais Superiores. Desta forma, faz-se mister o reconhecimento do tipo misto alternativo de crimes no art. 213 do novo Título VI do estatuto repressor, pois entendimento diverso ensejaria no reconhecimento de que a conjunção carnal consistiria na prática de um delito, a felação oral consistiria em outro, a cópula anal ensejaria a prática de uma outra infração penal, e assim por diante.

Ademais, partindo-se do pressuposto de que o novo tipo penal do estupro é constituído pela vontade do agente de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso ou permitir que com a vítima se pratique outro ato libidinoso, se o agente, num mesmo contexto fático, em um mesmo momento, mediante violência ou grave ameaça, constrange a vítima de com ele ter conjunção carnal e a praticar outro ato libidinoso qualquer e permitir que seja praticado ato libidinoso nela, responde por um único delito de estupro. Como se vê, todos os atos praticados no novo tipo do estupro se fundiram nos núcleos do texto legal do art. 213: “constranger”, “praticar” e “permitir que com ela se pratique.” Portanto, restou claro que o novo tipo previsto no art. 213 do Código Penal, caracteriza-se como um delito de “tipo misto alternativo”, pois passou a ser um crime de ação múltipla, descrevendo várias hipóteses de realização do mesmo fato típico.

Assim, diante do novo cenário penal, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer a regra do crime único, quando os crimes de estupro e atentado violento ao pudor fossem praticados contra a mesma vítima e dentro de um mesmo contexto, como se extrai do acórdão abaixo ementado:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

1. A Lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.
2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.
3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis não de alcançar os delitos cometidos antes da Lei nº 12.015/09.
4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima.
5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.
6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções.(HC 144870/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 24/05/2010)

Destaco ainda, os ensinamentos do professor Rogério Sanches acerca do reconhecimento do crime único para os crimes em comento, quando perpetrados contra a mesma vítima e num mesmo momento (2009, p. 36-37),

[...] com a Lei 12.015/09 o crime de estupro passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado. Praticando mais de um núcleo, dentro do mesmo contexto fático, não desnaturaliza a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar impune na oportunidade do art. 59 do CP). A mudança é benéfica para o acusado, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos

(art. 2º, parágrafo único do CP). Em todos os casos concretos em que o Juiz (ou Tribunal) reconheceu qualquer tipo de concurso de crimes (formal, material ou continuado) cabe agora a revisão judicial para adequar as penas, visto que doravante já não existe distinção tipológica entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Cuida-se doravante de crime único (cabendo ao juiz, no caso de multiplicidade de atos, fazer a adequada dosagem da pena).

Por outro lado, quando a conjunção carnal e o ato libidinoso ocorrerem contra diferentes vítimas, ou contra a mesma vítima em um contexto fático diverso, o que segundo o regime anterior acarretaria na incidência do concurso material, deve ser reconhecida a continuidade delitiva, desde que presentes os requisitos objetivos e subjetivo exigidos. Isto se dá, devido ao fato de não se falar mais em crimes de espécies distintas, se ambas as figuras estão reunidas no mesmo tipo.

No que tange à aplicação da lei penal no tempo, não resta dúvidas que o novo diploma legal, por ser mais benéfico para aqueles casos de condenação por estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, deve retroagir. A questão que até o momento parece sem resposta é: como isso deve ser feito?

A nova realidade trazida ao Título VI do Código Penal, acarretou diversos questionamentos acerca da aplicabilidade dos dispositivos da nova lei.

Quanto à aplicação retroativa da lei neste ponto, convém destacar que no campo do direito punitivo, o princípio da irretroatividade sofre a exceção contida no art. 5º, XL, da Carta Magna: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Essa exceção também foi estabelecida no art. 2º do diploma repressor: “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

Conforme a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 42), “ocorre a chamada *abolitio criminis* quando a lei nova já não incrimina fato que anteriormente era considerado como ilícito penal”. Assim, passou-se a questionar acerca da ocorrência da *abolitio criminis* quanto ao extinto crime de atentado violento ao pudor, cujo dispositivo incriminador foi revogado.

Ocorre, porém, que não podemos cogitar este instituto pelo fato de que todos os elementos que compunham o dispositivo do revogado art. 214 do Código Penal

passaram a integrar a nova redação do art. 213 do mesmo diploma. Em outras palavras, não houve a descriminalização do comportamento até então descrito como crime de atentado violento ao pudor, mas, apenas, a mudança de nomenclatura de tal infração, passando a chamar-se de estupro o constrangimento, de o agente mediante violência ou grave ameaça, obter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. (GRECO, Rogério, 2011, p. 639)

Ainda, prevê o parágrafo único do art. 2 do Código Penal: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. É o caso da *novatio legis in melius* quando a lei posterior, sem excluir a incriminação, torna menos grave a situação do réu. Registre-se a opinião de Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 45) quanto ao tema: “ainda que esteja procedendo à execução da sentença, aplica-se a lei nova, quer comine pena menos rigorosa, quer favoreça o agente de outra forma, pois, nos termos do novo texto, prevalece a *lex mitior* que, de qualquer modo, favorece o agente, sem nenhuma limitação”.

É certo que a lei nova também trouxe situações mais gravosas, mas estas, por configurarem *novatio legis in pejus*, não podem retroagir.

A competência para aplicar a referida lei depende do estágio em que se encontra o processo, não constituindo óbice à sua aplicação o trânsito em julgado de sentença penal condenatória na qual, presentes os requisitos do artigo 71, *caput*, do Código Penal, não se reconheceu a continuidade delitiva, hipótese em que caberá ao Juízo das Execuções Criminais, de ofício ou mediante provocação dos interessados ou do Ministério Público, aplicar a nova lei mais benéfica, nos termos do art. 66, inciso I, da Lei n. 7.210/1984. (2008, p. 159). Ademais, o Supremo Tribunal Federal editou a Sumula n. 611, cujo texto estabelece a competência do Juízo das Execuções para aplicação da lei mais benigna, nos casos de sentença transitada em julgado.

Quanto à aplicação retroativa da lei neste ponto há dúvidas a respeito dos efeitos gerados pela inovação legislativa. Para Vicente Greco Filho (2009, p. 59) “tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor; a lei é mais branda e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro [...]”.

Há quem entenda que se mostra mais correta a exclusão da condenação pelo delito de atentado violento ao pudor, haja vista que a inovação legislativa unificou as condutas dos crimes em estudo em um único tipo penal. Por todos, veja-se a opinião de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 63):

É inequívoca a unificação de condutas criminosas, referentes aos anteriores estupro e atentado violento ao pudor, sob um mesmo tipo penal alternativo. [...] Portanto, o agente que ‘constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso’ responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP).

É o que se extrai da ementa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios abaixo transcrita:

RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZ DAS EXECUÇÕES PENAIS QUE EXCLUIU A CONDENAÇÃO DO RECORRIDO QUANTO AO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI Nº 12.015/2009. CRIME ÚNICO. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. APLICAÇÃO RETROATIVA. ARTIGO 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou o Título VI da Parte Geral do Código Penal. Com efeito, o artigo 214 do Código Penal, que tratava do crime de atentado violento ao pudor, foi revogado. A conduta descrita nesse dispositivo legal passou a integrar o tipo penal do crime de estupro, previsto no artigo 213 do referido diploma legal. O legislador unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

2. Diante das alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, não há mais se falar em concurso material entre as condutas de conjunção carnal e ato libidinoso diverso desta, e, sim, em crime único de estupro. O estupro passou a ser crime de ação múltipla, uma vez que o tipo penal apresenta mais de uma forma de violação da mesma proibição legal, tratando-se de tipo penal misto alternativo. Reconhecida a existência de crime único de estupro, deve-se afastar o concurso material de crimes, por se tratar de lei penal mais benéfica.

3. Recurso de agravo conhecido e não provido para manter a decisão que excluiu a condenação do recorrido quanto ao crime de atentado violento ao pudor. (20100020146772RAG, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 07/10/2010, DJ 20/10/2010 p. 203)

Nesta mesma linha de pensamento, segue precedente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - ESTUPRO CONTRA SOBRINHA (CP, ART. 213 C/C ART. 226, II) - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - AUSÊNCIA DO EXAME ATESTANDO A PRESENÇA DE ESPERMA - CRIME CONSUMADO - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA OU ARREPENDIMENTO EFICAZ NÃO CONFIGURADOS - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (CP ART. 214) - SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009 - MIGRAÇÃO DA CONDUTA TÍPICA ("*OUTRO ATO LIBIDINOSO*") PARA A PREVISÃO LEGAL DO DELITO DE ESTUPRO (CP, ART. 213) - FENÔMENO DA "*CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA*" - PROIBIÇÃO DA CONDUTA SUBSISTIDA - NOVA REDAÇÃO QUE CONFIGURA TIPO PENAL MISTO ALTERNATIVO - INVIABILIDADE DE CONDENAÇÃO EM CONCURSO DE CRIMES - RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA - *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* (CF, ART. 5º, INC. XL E CP, ART. 2º, PAR. UN.) - *ABOLITIO CRIMINIS* PECULIAR - RECONHECIMENTO, *EX OFFICIO*, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (CP, ART. 107, III; E, CPP, ART. 61). [...]

Assim, a Lei n. 12.015/2009, ao conferir nova redação ao artigo 213 do Código Penal, instituiu a tipicidade mista alternativa, cuja aplicação repele a possibilidade de concurso de crimes entre o estupro e o atentado violento ao pudor em suas redações pretéritas, de ordem a inviabilizar a dupla punição, razão pela qual, como reflexo, deve ser decretada, *ex officio*, a extinção da punibilidade do agente condenado pelo delito de atentado violento ao pudor, haja vista a peculiar hipótese de *abolitio criminis* (CP, art. 107, III; e, CPP, art. 61).

VI - Tratando-se de lei penal de caráter permanente editada posteriormente ao fato sob análise, por estar impregnada de carga normativa benéfica ao réu, deve alcançar a conduta do paciente, ainda que esta tenha se dado em momento anterior à sua vigência, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, conforme disposto na CF/88 em seu art. 5º, XL que determina que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" e na regra intertemporal preconizada pelo art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que assim dispõe: "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado." (Apelação Criminal n. 2008.080994-5, Relator SALETE SILVA SOMMARIVA, Segunda Câmara Criminal, julgado em 18/08/2009, DJ 22/10/2009) (grifos próprios).

Porém, mais correto o entendimento que sustenta a necessidade de se redimensionar a reprimenda do acusado e não simplesmente proceder com a exclusão da sanção atribuída ao antigo artigo 214 do CP, fundamentando-se na idéia de não se tratar de *abolitio criminis*, pois a conduta de constranger pessoa à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal não foi abolida da legislação penal, continuando a ser punida com a denominação de estupro. Por outro lado, afirmam que embora a pena aplicada pelo atentado

violento ao pudor com base no revogado artigo 214 não possa mais subsistir, a conduta deverá ser considerada como circunstância desfavorável quando da prática do crime de estupro.

Defendem que o juiz deve ponderar na fixação da pena, o número de atos sexuais praticados pelo agente contra a vítima, bem como as peculiaridades do caso concreto, pois não seria justo punir da mesma maneira aquele que praticou apenas uma conduta sexual e aquele que praticou mais de um ato libidinoso, em respeito aos princípios da individualização da pena e da igualdade material. Veja-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. CONDUTAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO. CRIME ÚNICO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 144.870/DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro.

2. Tendo em vista que o paciente foi condenado por ter praticado, mediante grave ameaça, conjunção carnal e coito anal contra a mesma vítima e no mesmo contexto, é de rigor, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o afastamento da condenação pelo atentado violento ao pudor.

3. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei nº 12.015/2009, destacando que deverá ser refeita a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. (HC 167.517/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010) (grifos próprios).

No mesmo sentido, colaciono um julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. LEI 12.015/09 QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 213 DO CP. UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. POSSIBILIDADE. CRIME ÚNICO. REDIMENSIONAMENTO.

A alteração dada pela Lei 12.015/09 consagrou o artigo 213 do Código Penal como um tipo misto alternativo, inserindo a conduta de atentado violento ao pudor - antes tratada pelo artigo 214 - ao referido dispositivo, sob a denominação de estupro, configurando crime único. No caso em tela, o contexto fático ocorrido contra a mesma vítima, em circunstâncias de tempo e lugar idênticas, foi de prática de coito anal e vaginal, devendo o agente responder por um crime único de estupro. A pluralidade de condutas deve ser avaliada no momento em que o magistrado proceder à dosimetria da pena na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, deverá distinguir uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo. Desta forma, a reprovabilidade é maior do agente que praticou todos os atos. Estando configurado o crime único, plenamente concebível a unificação das penas com o seu consequente redimensionamento. RECURSO DESPROVIDO. MAIORIA. (Agravo Nº 70043740398, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 11/08/2011) (grifos próprios).

Diante dessa nova situação jurídica, mais favorável ao condenado, e unificadas as condutas do estupro e atentado violento ao pudor, cabe redimensionar a pena privativa de liberdade do réu. Destarte, cabe ao magistrado ao fixar a nova reprimenda, ponderar o número de atos sexuais praticados, analisando as circunstâncias em que o delito foi perpetrado, bem como os requisitos judiciais estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, pois, a título ilustrativo, não seria “justo” punir aquele que submeteu a vítima à realização de conjunção carnal, daquele que forçou o exercício da cópula anal, cuja prática representa estigma social, humilhação. Assim, a prática cumulativa das condutas descritas no tipo penal implica um aumento qualitativo da sanção a ser imposta.

## CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido teve como objetivo tratar dos principais efeitos práticos provocados pelas alterações do regime normativo dos crimes sexuais trazido pela Lei nº 12.015/2009, principalmente naquilo que se refere às relações entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Através dos argumentos expostos, observou-se a validade da alteração legislativa, por meio da qual se adequou o texto normativo às mudanças sociais e culturais ocorridas nos últimos tempos. Assim, mostrou-se que o texto revogado não supria mais as necessidades sociais, de forma que a mudança de paradigma trouxe a legislação para uma realidade contemporânea, para tratar efetivamente das reais necessidades da sociedade, ante a sua evolução.

A antiga distorção que tratava homens e mulheres de forma diversa e desigual foi corrigida com a incorporação do antigo artigo 214 (atentado violento ao pudor), pelo artigo 213 (estupro), tornando o delito extinto modalidade do atual crime de estupro, o que gerou diversas dúvidas acerca da forma de aplicação do novo regime legal, principalmente naquilo que se refere à dosimetria da pena. A questão era: nos casos em que o crime sexual abrangia tanto a conjunção carnal quanto outro ato libidinoso diverso, como deveria ser fixada a pena?

Demonstrou-se ser mais correto o entendimento da corrente jurisprudencial e doutrinária que defende a condenação por crime único nas situações em que ambas as figuras do novo artigo 213 acontecerem em um mesmo momento. Obviamente, em tais casos, a reprimenda deve ser majorada considerando as circunstâncias concretas de cada fato. Assim, se um indivíduo, contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático, constringe-a à conjunção carnal e a ato diverso, dada a alternatividade do tipo em comento, haveria apenas um crime de estupro, que deverá ter a pena agravada na valoração das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Por outro lado, quando a conjunção carnal e o ato libidinoso ocorrerem contra vítimas distintas, ou contra a mesma vítima em momentos diferentes, o que segundo o regime anterior implicaria no reconhecimento do concurso material, deve ser reconhecido o crime continuado, desde que presentes os elementos para tanto. É que não há como se falar mais em crimes de espécies distintas, se ambas as figuras estão reunidas no mesmo tipo.

Dessa forma, é certo que a alteração legislativa trazida pela Lei nº 12.015/2009, por ser mais benéfica para aqueles casos de condenação por estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, deve retroagir, devendo o magistrado fixar nova reprimenda ao réu, observando as circunstâncias em que o delito foi perpetrado, bem como as circunstâncias judiciais estabelecidas pelo art. 59 do Código Penal.

## REFERÊNCIAS

BOLETIM CIENTÍFICO DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. ano 7, n. 28/29, p. 147-170, julho/dezembro de 2008.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, volume I.

\_\_\_\_\_. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, volume I.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 838.743/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, DJe 04/08/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 105.533/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 07/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 117.037/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 21/03/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 127.679/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15/12/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 128756/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 29/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 140927/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 07/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 141239/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 144870/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 24/05/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 148.987/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJe 05/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 167.517/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, DJe 06/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 100380/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 01/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72280/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26/04/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79376/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/10/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83163/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 19/06/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83632/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 23/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 89827/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 27/04/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95629/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 13/03/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96959/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 17/04/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96984/RS, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, DJe 05/11/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n. 20010910072876, 1ª Turma Criminal, Rel. Des. José Divino de Oliveira, DJ 26/11/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal n. 20081010029853, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, DJ 03/06/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento n. 20100020146772, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, DJ 20/10/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2008.080994-5, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, DJ 22/10/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução n. 70043740398, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, DJ 26/08/2011.

CAMPOS, Pedro Franco. **Reforma penal**: comentários às alterações do código penal pelas leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade sexual**: comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, volume I.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais**: com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, L. F.; CUNHA, R. S.; MAZZUOLI, V. O. **Comentários à reforma criminal de 2009 - e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual). **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, ano 21, n. 11, p. 59-61, novembro de 2009.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói – RJ: Impetus, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal**. 2. ed. Niterói – RJ: Impetus, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte especial**. 6. ed. Niterói – RJ: Impetus, 2009, volume III.

LEAL, João José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura de estupro de pessoa vulnerável. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 10, n. 58, p. 17-42, outubro/novembro de 2009.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal**. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal comentado**. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, volume 1.

REHDER, Guilherme Augusto Corrêa. Crimes sexuais: ensaios históricos. **Boletim IBCCRIM**. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/\\_imprime.php?jur\\_id=10473](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=10473)>. Acesso em: 07 fev. 2011.

SANCHES, Rogério. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.