

PAULO VICTOR RESENDE BRAZ

**CRIMES SEXUAIS – ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES E
DEPOIS DA LEI 12.015/2009**

Brasília – DF

2012

PAULO VICTOR RESENDE BRAZ

CRIMES SEXUAIS – ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR
ANTES E DEPOIS DA LEI 12.015/2009

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharel em
Direito do Centro Universitário de Brasília-
DF.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de
Moura

Brasília/DF
2012

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar os crimes de estupro e atentado violento ao pudor antes e depois do advento da Lei 12.015/2009, abordando as principais mudanças ocorridas para, ao final, fazer um comparativo, de modo a explorar os efeitos decorrentes da criação desta nova lei. Para tanto, faremos uma breve abordagem histórica dos crimes sexuais para, em seguida, avaliar todos os aspectos do crime de estupro com relação à classificação doutrinária, formas qualificadas, possibilidade de concurso material e continuidade delitiva. Neste contexto mostraremos vários posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, especialmente dos Tribunais Superiores. Trataremos também das mudanças na ação penal trazidas pela atual legislação.

Palavras-chave: Crimes contra a dignidade sexual. Lei 12.015/2009. Estupro e atentado violento ao pudor. Concurso de crimes. Continuidade delitiva. Ação Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. Análise dos Crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor Antes do Advento da Lei 12.015/2009	8
1.1. Denominação	8
1.2. Estupro	9
1.3. Atentado Violento ao Pudor	11
1.4. Presunção de Violência e Causas de Aumento de Pena	12
1.5. Concurso de Crimes	14
1.5.1. Concurso Material.....	14
1.5.2. Concurso Formal	16
1.5.3. Crime continuado.....	17
1.5.4. Concurso de Crimes no Estupro e Atentado Violento ao Pudor Antes da Lei 12.015/09.	19
1.6. Iniciativa da Ação Penal.....	20
1.6.1. Súmula 608 do STF	22
2. Análise dos Crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor Após o Advento da Lei 12.015/2009	24
2.1. Aplicação do Princípio da Intervenção Mínima nos Crimes Sexuais	24
2.2. Mudança de Nomenclatura do Título VI.....	26
2.3. Principais Modificações	27
2.3.1. Estupro	28
2.3.1.1. Classificação Doutrinária do Crime de Estupro Após a Lei 12.015/2009.....	29
2.3.1.2. Concurso de Crimes e Continuidade Delitiva	31
2.3.1.3. Formas Qualificadas	34
2.3.1.4. Qualificadora Em Razão da Idade da Vítima.....	35
2.3.2. Dos Crimes Contra Vulneráveis	36
2.3.2.1. Considerações Finais Acerca da Criação da Figura do Vulnerável	39
2.3.3. Da Ação Penal.....	40
3. Efeitos da Lei 12.015/2009 – Lei Penal no Tempo - Aplicação do Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica	42
3.1. Aplicação da Lei Penal Mais Benéfica no Crime de Estupro.....	42
3.2. Aplicação da Lei Penal Mais Benéfica no Crime de Estupro de Vulnerável	48
3.3. Aplicação da Lei Penal Mais Benéfica no Contexto da Ação Penal	51
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

A presente monografia tratará sobre as principais mudanças ocorridas no Código Penal em razão do ingresso no nosso ordenamento jurídico da Lei 12.015/2009, com destaque para a nova descrição típica do crime de estupro, que absorveu as elementares do atentado violento ao pudor, e também a criação da figura do vulnerável.

Também abordaremos o histórico de evolução dos crimes sexuais, as possibilidades de concurso material ou continuidade delitiva, a lei processual no tempo e as novas formas de ajuizamento da ação penal quanto aos crimes previsto no Título VI do Código Penal.

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

Assim sendo veremos que o direito penal vem evoluindo ao longo dos últimos anos como todos os ramos do direito, principalmente na parte que trata a respeito dos crimes sexuais. A mudança de paradigma ocorrida no século XX, principalmente após a década de 60, com relação ao tema sexualidade, foi afastando paulatinamente as moralidades religiosas impostas na época medieval. Aliás, tais moralidades possuem reflexos até os dias atuais, ainda que com menor incidência, tendo em vista que já foram afastados alguns preconceitos. De toda forma, a sexualidade passou a ser tratada com maior autonomia individual, desvinculada da moral pública.

Neste ramo existe sempre a preocupação de modernizar as tipificações penais, em razão de que à medida que a sociedade evolui, os costumes, os valores também se modificam. Por tal razão é sempre preciso repensar o direito para que as ações dos indivíduos dentro de uma sociedade e as penalidades a eles impostas sejam as mais justas possíveis.

Ademais, há algum tempo já se fazia necessária uma mudança no Título VI do Código Penal, visto que a Constituição Federal de 1988 enalteceu a dignidade

da pessoa humana como um princípio basilar para sua eficácia, recebendo o status de fundamento da República Federativa do Brasil.

Na Lei 12.015/09, a proteção sexual do menor continuou bastante ativa, no entanto, ocorreram algumas mudanças para atender a uma nova realidade social. O crime de corrupção de menores, por exemplo, teve a sua redação completamente modificada. O que antes tutelava a ingenuidade e o desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e maior de 14, agora passa a tutelar apenas a do menor de 14 anos. Podemos dizer, inclusive, que houve a *abolitio criminis* deste tipo penal, pois apesar de manter a denominação do delito, a redação do tipo penal é completamente diferente.

Antes da nova lei, o crime de corrupção de menores tinha a intenção de afastar o maior de 14 anos e menor de 18 da prática sexual, pois na época de sua criação, existia a necessidade de se preservar uma “moral pública sexual”, o que, hoje, nos parece injustificável. Nos dizeres de Alberto Silva Franco e Tadeu Silva: “costumes ou moralidade pública sexual não são bens jurídicos constitucionalmente amparados”.

Sendo assim não há mais que se contemplar em nosso ordenamento jurídico a moral e os costumes e, portanto, parece-nos que o legislador brasileiro foi bastante feliz com a nova denominação dada ao Título VI do Código Penal.

Ante a tais fundamentos, trataremos no primeiro capítulo sobre como era a legislação antes do advento da Lei 12.015/2009 no que se refere ao crime de estupro e atentado violento ao pudor, à presunção de violência, à existência de concurso de crimes e continuidade delitiva entre os crimes ali abordados.

No segundo capítulo analisaremos as principais mudanças surgidas com a criação da Lei 12.015/2009 com relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, destacando, entre outros assuntos, os motivos que impulsionaram a criação da mencionada lei, a inclusão da figura do vulnerável e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais quanto às principais mudanças.

A criação da figura do vulnerável no Capítulo II do Título VI do Código Penal traz um foco extra, que não está voltado apenas para resguardar a dignidade sexual desta categoria, mas também protegê-los de exploração e do ingresso

precoce na vida sexual, para, assim, garantir-lhes um desenvolvimento adequado e sem traumas.

Apesar de todas as mudanças - muitas delas louváveis - alguns doutrinadores, como Guilherme Nucci, acreditam que o legislador perdeu a oportunidade de aplicar, ainda mais, o princípio da intervenção mínima do Estado e deixar de tipificar alguns crimes, como os delitos dos artigos 227 a 230, que segundo eles são incompatíveis com a Constituição Federal e somente tutelam valores morais.

No terceiro capítulo falaremos a respeito dos efeitos jurídicos trazidos pela Lei 12.015/2009, abordando, ainda, a aplicação da lei processual penal no tempo e as possibilidades em que será cabível a retroatividade da lei penal em benefício dos réus.

Todos os capítulos serão regados por diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

1. Análise dos Crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor Antes do Advento da Lei 12.015/2009

Como se sabe a presente monografia tem por escopo analisar o novo regime jurídico implantado a partir da criação da Lei 12.015/2009, que alterou, significativamente, vários crimes do Título VI do Código Penal Brasileiro. Para tanto, nesse primeiro capítulo será necessário analisar, previamente, como era o regime jurídico da lei anterior.

Pelas limitações do presente trabalho, falaremos, neste capítulo, a respeito dos seguintes temas:

- a) Estupro e atentado violento ao pudor
- b) Presunção de violência
- c) Concurso de crimes e continuidade delitiva
- d) Iniciativa da ação penal

Assim, começaremos o capítulo tratando a respeito da antiga denominação dada ao Título VI do Código Penal e, em seguida, seguiremos com os tópicos supra mencionados.

1.1. Denominação

Antes do advento da Lei 12.015/09, o título VI do Código Penal recebia a denominação de “Crimes contra os Costumes”, dado ao valor que a sociedade das décadas passadas davam aos costumes e à moral pública sexual. Vivia-se numa sociedade repleta de moralismos e dever-se-ia respeitar os costumes e valores impostos à época como um padrão ético-moral médio de toda uma sociedade. (ESTEFAM, 2009)

No entanto, muitas vezes, o respeito aos costumes ultrapassava o respeito a liberdade sexual dos indivíduos, pois o intuito era de delimitar a forma que deveria ser o comportamento sexual das pessoas perante a sociedade a qual viviam. Manter a virgindade da mulher até o casamento era um costume da sociedade até poucas décadas e, por isso, a existência de crimes como o de sedução e o crime de rapto, já excluídos do nosso ordenamento jurídico (GRECO, R., 2009).

A mulher que desfrutava de sua liberdade sexual e que não mantinha-se virgem até o matrimônio, não era bem vista pela sociedade e sofria preconceitos. Daí o termo “mulher honesta” utilizado no revogado crime de rapto, que era entendido, na maioria das vezes, como a mulher solteira que mantinha a sua virgindade até o matrimônio ou a que já era casada. De forma que uma mulher ao dispor de sua liberdade sexual, pelos costumes da sociedade, não estaria no rol das mulheres honestas.

Portanto, conforme vimos, tutelava-se, nessas ocasiões, os próprios costumes, a ofensa a organização familiar, a virgindade da mulher e o pátrio poder. (JESUS, 2002).

1.2. Estupro

Na redação anterior, existiam dois crimes distintos para duas ações diferentes. O estupro era cometido somente por quem constringia mulher, mediante violência ou grave ameaça, a prática de conjunção carnal. Já quem constringia alguém, nas mesmas circunstâncias, a praticar ou permitir que com ele se praticasse qualquer ato libidinoso, cometeria o crime de atentado violento ao pudor. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Assim era definido o crime de estupro no Código Penal:

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

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

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

Deste modo, a mulher só poderia responder pelo ilícito em hipótese de concurso de pessoas e na condição de co-autora (ameaçando a vítima para um homem praticar o ato sexual ou, ainda, segurando a vítima para que um homem pratique o delito) ou partícipe (induzindo um homem a praticar o estupro com determinada vítima), jamais como sujeito ativo. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

Para Rogério Sanches (2008) existia a possibilidade de a mulher ser autora mediata – autoria mediata ocorre quando o autor possui o domínio do fato, utilizando-se de outra pessoa para concretizar o crime - na hipótese de valer-se de um agente sem condições de discernimento para obrigar a vítima à cópula vaginal. Este autor trazia, ainda, um indicativo de que a mulher poderia figurar como autora imediata, *in verbis*:

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

Da mesma forma, somente a mulher, sem a exigência de qualquer qualidade especial (virgem ou não, prostituta, casada ou solteira etc) poderia servir como sujeito passivo, haja vista que o ilícito praticado referia-se justamente ao constrangimento de mulher. (JESUS, 2002). Por ser um crime em que somente um homem poderia figurar como sujeito ativo e somente uma mulher como sujeito passivo, para Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina (2007) estaríamos, neste caso, diante de um crime bi-próprio, pois exigia uma qualidade especial em ambos os sujeitos, ativo ou passivo.

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

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

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

Já Álvaro Mayrink Costa (2001) entendia pela impossibilidade do crime de estupro praticado contra transexuais, uma vez que a cópula vaginal deveria partir de uma relação heterossexual formada por um órgão sexual masculino e outro

feminino. Ainda que o transexual tenha operado e modificado o seu registro civil, mesmo assim não poderia ser considerado uma pessoa do sexo feminino, visto que continuaria a ser um transexual e, como a norma fala em mulher, as pessoas nesta condição não poderiam ser vítimas de estupro.

E quando a mulher forçava o homem à prática da conjunção carnal? Qual o crime deveríamos enquadrá-la? Como o estupro, antes da Lei 12.015/2009, previa que apenas pessoas do sexo feminino poderiam compor o pólo passivo, o homem que fosse forçado a manter relação sexual normal com mulher, mediante violência ou grave ameaça desta, estaria sendo vítima do crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do CP. (CUNHA, 2008) No entanto, existe uma segunda corrente que entende ser o fato mencionado crime de atentado violento ao pudor.

1.3. Atentado Violento ao Pudor

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

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

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

1.4. Presunção de Violência e Causas de Aumento de Pena

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

O que causava maior debate, era a chamada “presunção de violência”, contida no revogado artigo 224, do CP, que se configurava quando a vítima, diante de uma circunstância concreta - aqui entendida como a prática de uma relação sexual capaz de configurar o estupro ou o atentado violento ao pudor - não podia, validamente, dar o seu consentimento. (JESUS, 2002)

Nesta seara, se discutia a respeito de como deveria ser tratada essa presunção de violência contida no Código Penal. Se deveria ser relativizada ou não. O tema se concentrava, principalmente, quando tratava-se do menor de 14 (catorze) anos, pois a partir da década de 80, os Tribunais, principalmente os Superiores, elevaram a idéia de que os menores de 14(catorze) anos já não mais carregavam a inocência e pureza da época de edição do Código Penal e, portanto não mereciam a mesma proteção, devendo, diante disto, relativizar a presunção de violência nessas situações, observado cada caso concreto. (GRECO, R., 2009). Damásio E. de Jesus (2002) também mantinha entendimento no sentido da relativização da presunção de violência.

Todavia, o tema não era pacífico na jurisprudência, havendo quem entendia pelo caráter absoluto e pelo caráter relativo, senão vejamos:

“I – A presunção de violência pela idade da vítima - prevista no art. 224, I, do Código Penal – tem caráter absoluto, não podendo ser afastada em razão de seu comportamento pessoal.

II – Interpretação que foi determinante para a revisão do entendimento jurisprudencial, quanto ao caráter hediondo dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que antes não eram considerados incluídos no rol da Lei n.º 8.072/90, em casos onde não houvesse a violência real. (...)” (STJ; REsp 402039/CE; Recurso Especial 2001/0192126-4; Relator: Ministro GILSON DIPP; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 15/04/2003; Publicação: DJU 09/06/2003, p. 286)

Como posicionamento em caráter relativo, temos:

“1. A presunção de violência contida no art. 224, "a", do CP é júris tantum, ou seja, tem caráter relativo. Precedentes.

2. Recurso conhecido em parte (letra "c") e improvido.” (STJ; REsp 195279 / PR; Recurso Especial 1998/0085299-9; Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO; Relator p/ Acórdão: Ministro FERNANDO GONÇALVES; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 18/04/2002; Publicação: DJU 19/12/2002 p. 454)

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

Esse debate quanto a relativização da presunção de violência se dava, basicamente, quando se tratava de vítima menor de 14 (quatorze) anos, uma vez que para se provar se a vítima era, de fato, alienada ou se possuía capacidade mental diminuída seria necessária, na maioria das vezes, a realização de prova pericial para, ai então, se aplicar o revogado artigo 224 do Código Penal. (NUCCI, 2009)

Obviamente, era considerado, a fim de afastar a presunção de violência, o erro de tipo (CP, art. 20), quando o sujeito, em um determinado caso, poderia ser ludibriado a crer que a vítima teria mais de 14 (catorze) anos ou que não se enquadrava na hipóteses da alínea *b* do revogado artigo 224.

Outra questão relevante é quanto às causas de aumento de pena acatadas para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor na vigência da lei anterior e que, na edição da Lei 12.015/09, fez surgir um novo tipo penal, com a criação da figura do vulnerável. No entanto, como estamos tratando dos tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor antes da promulgação da mencionada lei, faremos os apontamentos pertinentes de como era o crime outrora.

Os revogados artigos 223 e 224 do Código Penal traziam as circunstâncias que agravavam a pena do agente do crime de estupro e/ou atentado violento ao pudor, de acordo com a Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) e tinham as seguintes redações:

“Art. 223 – Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:
Pena – reclusão, de 8(oito) a 12(doze).

Parágrafo único – se do fato resulta a morte:

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

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

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

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

Por fim, e para não faltar nenhum dado, estando a vítima do estupro ou atentado violento ao pudor nas condições do art. 224 do CP, a pena era acrescida de metade, nos termos do artigo 9º da Lei 8.072/90.

1.5. Concurso de crimes

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

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

1.5.1. Concurso Material

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

“Art. 69 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja

ocorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeira aquela.”

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

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

Nesta seara é possível, inclusive, o concurso material quando da ocorrência de um crime doloso e de outro culposo, bem como de um crime tentado e de outro consumado. Ainda, também se deve aplicar a regra do concurso material para as contravenções penais. (MIRABETE e FABBRINI, 2007)

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

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

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

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

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

1.5.2. Concurso Formal

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

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

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

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

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

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

concurso material. A esta situação se dá o nome de concurso material benéfico. (GOMES e MOLINA, 2007)

1.5.3. Crime Continuado

O Código Penal Brasileiro assim define o crime continuado:

“Art. 71 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os 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.”

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

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

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

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

A jurisprudência, inclusive, delimitou um lapso temporal específico de, no máximo, 30 (trinta) dias entre um delito e outro para configurar a continuidade

delitiva, conforme jurisprudência pacífica do STF, observada no julgamento do Habeas Corpus 69.896/STF:

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

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

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

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

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

a) quando as penas forem idênticas, aplica-se uma delas, aumentada de um sexto a dois terços.

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

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

1.5.4. Concurso de Crimes no Estupro e Atentado Violento ao Pudor Antes da Lei 12.015/2009

Após estas breves explicações a respeito do concurso de crimes, vamos aplicá-las ao que concerne aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

Como se tratavam de tipificações penais distintas, era plenamente possível o concurso material, quando consumado os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, poderia haver a absorção pelo crime de estupro de alguns atos do agente que configuravam o atentado violento ao pudor, desde que tais atitudes fossem consideradas preparatórias para a prática da conjunção carnal. (MIRABETE e FABBRINI, 2007). Também eram absorvidas as possíveis lesões corporais leves e as simples vias de fato, resultantes da violência real empregada para se caracterizar o estupro ou atentado violento ao pudor. (JESUS, 2002)

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

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

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

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

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

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

“(…)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. Reconhecida a inconstitucionalidade do impedimento da progressão de regime na execução das penas pelo cometimento de crime hediondo, impõe-se a concessão da ordem para afastar a vedação que se impôs ao paciente. Ressalve-se que pretendida progressão dependerá do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos que a lei prevê; tudo a ser aferido pelo Juízo da execução. Writ parcialmente deferido.” (STF; HC 89.827/SP; Relator: Ministro CARLOS BRITTO; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 27/02/2007; Publicação: DJe 27/04/2007)

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

1.6. Iniciativa da Ação Penal

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

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

A fim de elucidar o que será abordado doravante, segue texto do artigo 225 do Código Penal, antes da edição da Lei 12.015/2009:

“Redação anterior: Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.”

No caso do inciso I do parágrafo 1º do artigo 225 do CP, a ação penal era pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família.

Neste primeiro caso, o legislador considerou como condição para que o início da ação penal fosse pública, a situação de miserabilidade da vítima que, por esta razão, não poderia constituir advogado para propor a ação, mediante queixa. Assim, o legislador deu oportunidade à vítima ou a quem a represente para, manifestando a sua vontade para o Ministério Público, ter ajuizada ação penal contra o agressor. (JESUS, 2002)

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

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

Já o parágrafo primeiro, inciso II, deste mesmo artigo, previa que a ação seria pública se o crime fosse cometido com o abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Neste caso a ação era pública

incondicionada, tendo em vista a gravidade do delito, pois praticado por quem devia zelar pela integridade física ou moral da vítima. (JESUS, 2002)

Outro ponto a considerar quanto à ação penal, eram os casos dos crimes contra os costumes (estupro e atentado violento ao pudor estão entre eles) que resultavam em lesões corporais de natureza grave ou morte, qualificadoras previstas no revogado artigo 223 do Código Penal (já transcrito), que descreviam os crimes contra os costumes qualificados pelos resultados preterintencionais, quais sejam aqueles que há dolo no precedente e culpa no resultado subsequente. Este é o caso em que o agente dolosamente, mediante violência, pratica o estupro e como resultado posterior à agressão ocorre o óbito da vítima, sem que o agente tivesse objetivado este resultado, ou seja, quanto ao resultado morte, este agiu culposamente.

Como o artigo 225 do Código Penal fazia previsão expressa apenas aos crimes definidos nos Capítulos I e II e, tendo em vista que o artigo 223, *caput* e parágrafo único, pertencia ao mesmo capítulo do artigo 225, conclui-se que a ação penal não poderia ser privada. Assim sendo, aplicar-se-ia, neste caso, a regra geral do artigo 100, do Código Penal, cuja definição impõe ação penal pública incondicionada. (JESUS, 2002)

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

1.6.1 Súmula 608 do STF

Ainda tratando de ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor na égide da legislação anterior, tínhamos muitas discussões a respeito da edição da Súmula 608, STF, a qual segue transcrita na íntegra:

“Súmula 608, STF: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.” (grifo nosso)

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

A razão tomada por nossa Corte Maior para criar a Súmula 608 foi baseada na interpretação do crime de estupro como um crime complexo, face ao artigo 101 do Código Penal que possui a seguinte redação:

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

O entendimento para se aplicar a norma da parte geral ao crime de estupro fora em razão deste crime possuir em uma de suas elementares o emprego de violência, aqui entendida como a ocorrência de lesões corporais na vítima. Desta forma, como o delito de lesão corporal (artigo 129, CP) procede mediante ação penal pública incondicionada, o mesmo dever-se-ia aplicar para o estupro. (ESTEFAM, 2009)

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

Neste ponto, a controvérsia foi no sentido de delimitar se a ação penal seria sempre pública nos crimes de estupro com violência real ou se a aplicação da súmula 608 deveria ocorrer apenas quando a lesão corporal fosse de natureza grave. Para Damásio E. de Jesus (2002), quando os crimes de estupro resultassem em lesão corporal leve seria necessária a aplicação do princípio da subsidiariedade e, por tal razão, a ação penal deveria ser privada, mediante queixa-crime na forma estabelecida pelo art. 225 do CP. No entanto, isto é assunto para ser discutido mais adiante.

Partimos, então, para a análise das mudanças do Código Penal pela Lei 12.015/09 e os seus reflexos no mundo jurídico, além de analisarmos os pontos em que o legislador falhou e que causaram polêmicas e divergências de interpretações.

2. Análise dos Crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor Após o Advento da Lei 12.015/2009

Nesse segundo capítulo analisaremos as principais mudanças surgidas com a criação da Lei 12.015/2009 com relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, destacando, entre outros assuntos, os motivos que impulsionaram a criação da mencionada lei, a inclusão da figura do vulnerável e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais quantos às principais mudanças.

2.1. Aplicação do Princípio da Intervenção Mínima nos Crimes Sexuais

Pelo princípio da intervenção mínima, o direito penal deve ser considerado como *ultima ratio*, ou seja, deve ser considerado a última opção para resolução de conflitos, devendo-se punir as condutas realmente ofensivas à sociedade (princípio da ofensividade). Portanto, havendo mudança de valores, há também mudanças no que deve ser protegido pelo direito penal. (NUCCI, 2009).

O princípio da intervenção mínima é considerado um dos princípios constitucionais implícitos aplicados ao Direito Penal, em razão da interpretação extensiva que se faz das normas constitucionais, autorizada no art. 5º, § 2º da Carta Magna. Ele tem o dever de restringir a atividade legislativa na elaboração de leis penais incriminadoras, tendo em vista que existem outros meios para resolução de conflitos, que, na maioria dos casos, são muito mais eficazes ao fim que se destinam. O direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, portanto, se existir alguma maneira menos lesiva para solucionar algum conflito, este deve ser o meio empregado. (RASSI e GRECO, 2009)

Com a mudança de costumes, a liberdade sexual, hoje, é vista de maneira bem mais ampla e de uma forma muito mais natural pelas novas gerações, por isso, houve mudanças no bem jurídico tutelado de forma a proteger a 'dignidade sexual' do sujeito, deixando-o a salvo de qualquer tipo de exploração, preservando um perfeito desenvolvimento moral e da personalidade do indivíduo, no que se refere à sua sexualidade. (JESUS, 2010)

A sociedade brasileira passou por diversas mudanças e, neste contexto, a expressão *crimes contra os costumes* já se apresentava defasada, pois o interesse

atual é proteger a dignidade sexual das pessoas e não o seu comportamento sexual perante a sociedade. Se antes existia a preocupação em proteger a virgindade das mulheres, hoje existem outras preocupações, como, por exemplo a exploração sexual de menores. Ou seja, a legislação penal deve se preocupar com a defesa de bens jurídicos e não com a proteção de uma moral sexual. (GRECO, R.,2009)

O Direito Penal Sexual, ramo do direito que tem como objetivo determinar os comportamentos sexuais humanos a serem tutelados pelo Estado, tem como uma de suas maiores dificuldades excluir os comportamentos penalmente irrelevantes de natureza exclusivamente moral, pois a criminalização destes comportamentos são, por diversas vezes, defendidos por grande parte dos grupos sociais de uma determinada região. Ademais, a moral social sempre influenciou o Direito Penal ao longo da história. (RASSI E GRECO, 2009)

Uma grande parte da doutrina especializada, a qual se filia Guilherme Nucci, Paulo Queiroz e Rogério Greco, faz inúmeras críticas a essa tendência moralizadora do Direito Penal Sexual, que insiste em manter na legislação penal condutas ofensivas à moral social sexual, mesmo diante de uma mudança no comportamento sexual das pessoas ao longo dos últimos anos e das novas dimensões sobre sexualidade. Para estes autores, criminalizar condutas que agridem apenas a moral sexual seria violar o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, que deveria funcionar subsidiariamente, apenas quando não existir na ordem jurídica outros meios para se prevenir o dano. (RASSI E GRECO, 2009)

No entanto, ao que parece, o legislador tenta ditar uma moral pública sexual, como se a atividade sexual por si só representasse algum perigo capaz de corromper e degradar o indivíduo e, diante disso, acaba se excedendo na criação de tipos penais sexuais. (Queiroz, 2011)

Assim esclarece Paulo Queiroz acerca de quais bens devem ser tutelados pelo direito penal sexual:

“(...) intervenção penal no âmbito da sexualidade só faz sentido se se prestar à proteção da própria liberdade de autodeterminação sexual de adultos e à proteção do desenvolvimento pleno e saudável de crianças, adolescentes e incapazes em geral, isto é, só faz sentido quando vise a tutelar o indivíduo contra ações de terceiros (o Estado, inclusive) que violem o direito de toda pessoa humana de se relacionar ou não se relacionar sexualmente com quem quiser, quando quiser, se quiser, como quiser.” (QUEIROZ, 2011, disponível

em: <<http://pauloqueiroz.net/sentido-fins-e-limites-dos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/>>)

E conclui:

“(...) deve ser objeto de descriminalização tudo quando não representar grave violação ao direito do próprio indivíduo de autodeterminar-se sexualmente.” (QUEIROZ, 2011, disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/sentido-fins-e-limites-dos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/>>)

Assim, de acordo com estes doutrinadores, o direito penal sexual deve servir apenas para resguardar a autodeterminação sexual de cada indivíduo, devendo, portanto, ser tratado com *ultima ratio* para se tomar o controle social. (Queiroz, 2011)

2.2. Mudança de Nomenclatura do Título VI

A nomenclatura anterior mostrou-se totalmente inadequada com o modelo comportamental da sociedade atual. Os costumes representavam uma visão antiquada, na qual deveria se preservar a pureza e os hábitos comuns das pessoas, fixando uma moral única vigente.

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

A doutrina também já previa a necessidade de separar os crimes contra a liberdade sexual, dos crimes contra menores de 14 anos, isto porque com relação aos primeiros a proteção jurídica é baseada na ausência de permissão do ato libidinoso praticado, já com relação aos menores de 14 anos, a proteção é contra o ingresso precoce na vida sexual, para que a criança tenha um desenvolvimento saudável e sem traumas, pouco importando, neste último caso, se a relação foi

consensual ou não. Diante disso, a Lei 12.015/2009 criou um capítulo específico para os delitos sexuais cometidos contra menores de 14(catorze) anos. (ESTEFAM, 2009)

2.3. Principais modificações¹

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

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

A Lei 12.015/2009 também criou duas causas de aumento de pena no art. 234-A. O primeiro acontece quando o crime resultar em gravidez. O segundo acontece quando o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. As expressões *sabe ou deveria saber ser portador* é objeto de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais para saber se cabe a modalidade culposa ou se só se admite a dolosa. Para Rogério Greco(2009) estas expressões só podem aceitar o dolo, seja ele direto ou eventual,

¹ Pelas limitações do presente trabalho não abordaremos alguns dos crimes previstos na Lei 12.015/2009 que também modificaram o Código Penal Brasileiro com importantes mudanças em seu conteúdo, os quais fazemos questão de citar um a um: 1) violência sexual mediante fraude; 2) assédio sexual; 3) mediação para servir a lascívia de outrem; 4) satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente; 5) favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável; 6) favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual; 7) casa de prostituição; 8) rufianismo; 9) tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual; 10) tráfico interno de pessoa para fim exploração sexual. No entanto, embora consideremos relevantes, não serão o foco da nossa monografia.

mas, de forma alguma, a culpa, visto que quando a lei menciona que o agente sabia ou devia saber ser portador de uma doença, ela está se referindo ao conhecimento possível da contaminação e não ao seu elemento subjetivo no momento do ato sexual.

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

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

Portanto, neste contexto, nos parece positiva a mudança de nomenclatura do Título VI que, com as novas mudanças, deixou-o condizente com os dispositivos nele contidos, de forma a nos ajudar na interpretação de cada um dos tipos penais nele alçados.

2.3.1. Estupro

Sabe-se que uma das principais modificações da nova lei está relacionada ao crime de estupro que, com certeza, foi o que causou maior repercussão nas alterações feita pela lei 12.015/2009, principalmente em razão da fusão com o crime de *atentado violento ao pudor* e da forma como esta unificação foi feita, motivo pelo qual recebeu uma atenção especial da doutrina.

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

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

2.3.1.1 Classificação Doutrinária do Crime de Estupro Após a Lei 12.015/2009

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

Trata-se de crime comum, pois qualquer pessoa pode cometê-lo ou sofrê-lo, ou seja, não exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, nem do sujeito passivo. (GOMES E MOLINA, 2007) O crime de estupro, ao modificar sua redação, passou a ser um crime comum, uma vez que agora o constrangimento não é só aquele praticado por um homem contra uma mulher, mas qualquer pessoa pode constranger ou ser constrangido à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso.

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

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

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

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

Outrossim, é um crime de dano, porque visa lesionar, destruir, diminuir o bem jurídico tutelado. (GOMES e MOLINA, 2007) Se aplica ao crime de estupro, visto que o tipo penal está condicionado à lesão ao bem jurídico, qual seja a dignidade e a liberdade sexual do indivíduo.

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

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

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

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

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

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

2.3.1.2 Concurso de Crimes e Continuidade Delitiva

Antes de adentrar neste tópico, faremos alguns breves esclarecimentos com relação ao conceito dos tipos penais mistos, para que facilite o entendimento do leitor.

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

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

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

“I - O exame do v. acórdão vergastado evidencia a existência de provas suficientes para amparar o juízo condenatório alcançado em primeiro grau. Ademais, não se admite, na via eleita, que se proceda a nova dilação probatória. II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal. III - Na linha da jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso constituem-se os crimes de estupro e de atentado

violento ao pudor (na antiga redação), ainda que perpetrados em sua forma simples em crimes hediondos, submetendo-se os condenados por tais delitos ao disposto na Lei nº 8.072/90. IV - A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novel tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo. V - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação. VI - Sem embargo, remanesce o entendimento de que os atos classificados como praeludia coiti são absorvidos pelas condutas mais graves alcançadas no tipo. VII - Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras." (STJ; HC 104724/MS; HABEAS CORPUS; Relator: Ministro JORGE MUSSI; Relator p/ Acórdão: Ministro FÉLIX FISCHER; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: DJe 02/08/2010 RSTJ vol. 219, p.544; Data do Julgamento: 22/06/2010)

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

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

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

Veja abaixo um segundo entendimento a respeito do tema:

“1. A Lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual. 2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica. 3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis 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.” (STJ; HC 144870/DF; HABEAS CORPUS 2009/0159450-5; Relator: Ministro OG FERNANDES;; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Publicação: DJe 24/05/2010; Data do Julgamento: 09/02/2010)

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

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

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

2.3.1.3. Formas Qualificadas

Também foi criado pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009 duas modalidades qualificadas do crime de estupro previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 213. No parágrafo primeiro quando a conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos e no parágrafo segundo, quando a conduta resultar em morte.

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

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

No entanto, Guilherme Nucci(2009) e André Estefam (2009) defendem uma corrente oposta. Para eles haverá sempre a aplicação da qualificadora prevista

no parágrafo 1º do artigo 213, ainda que o resultado lesão corporal ou morte da vítima tenha ocorrido dolosamente, ou seja, a qualificadora não se aplica exclusivamente na forma preterdolosa. A fim de esclarecer este posicionamento, vale trazer à baila os dizeres de Guilherme Nucci:

“(...) Constitui equívoco, em nosso entendimento, pretender a divisão, na última hipótese, em concurso de crimes, vale dizer, levar o agente a responder por estupro em concurso com homicídio, desde que haja dolo quanto ao resultado final. Afinal, o crime qualificado pelo resultado existe como figura típica autônoma e destacada justamente para pertimir ao legislador fixar a pena adequada a esses delitos com resultado duplo, num mesmo contexto, sem que o juiz se valha do instituto do concurso de crimes. Separar o crime qualificado pelo resultado, a bel prazer, significa lesão ao princípio da legalidade.” (NUCCI, 2009, p. 26)

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

2.3.1.4. Qualificadora Em Razão da Idade da Vítima

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

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

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

considerar o estupro qualificado, afastando a hipótese de estupro de vulnerável, por ocasião da analogia *in bonam partem*.

2.3.2 Dos Crimes Contra Vulneráveis

O legislador ao integrar a figura do vulnerável no ordenamento jurídico brasileiro, revogando o artigo 224 do Código Penal, substituiu a técnica da presunção de violência. A criação da categoria jurídica do vulnerável tem como intenção defender a intangibilidade sexual dos menores de 14 anos e das pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência, protegendo-os do ingresso precoce ou abusivo na vida sexual. (ESTEFAM, 2009)

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

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

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

Apesar de positiva a criação deste novo tipo penal, como vimos, ainda restou a discussão, a respeito de tratar a idade da vítima de forma absoluta ou relativa para se configurar o delito. Mesma questão que, outrora, se discutia na suprimida presunção de violência.

Para muitos doutrinadores e juristas, ao manter a idade de 14(catorze) anos como critério objetivo, o legislador deixou de observar a evolução histórica dos crimes sexuais, que afasta, cada dia mais, a inocência dos jovens para a prática da relação sexual. Não há como equiparar o jovem do século XXI, com o jovem que viveu à época da criação do Código Penal. Desta forma, atribuindo a vulnerabilidade de forma objetiva ao menor de 14 (catorze) anos, principalmente àqueles que já são considerados adolescentes, ou seja que possuem idade superior a 12 (doze) anos e que, em inúmeras situações, já se apresentam com vida sexual ativa, o legislador pode ter ido de contramão a história.

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

“Primeiro, porque a história é um elemento essencial do direito, por isso que as presunções legais (a condição de vulnerável encerra um presunção legal implícita de impossibilidade de autodefesa) têm, em princípio, valor relativo. Segundo, porque o legislador não pode suprimir a liberdade de alguém a pretexto de protegê-la. Terceiro, porque não existem direitos absolutos, uma vez que a absolutização de um direito implicaria, inevitavelmente, a negação mesma do direito (v.g., absolutizar o direito à liberdade de expressão importaria na anulação do direito à honra e vice-versa).” (QUEIROZ, 2011, disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/do-estupro/>>)

E completa:

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

No entanto, por outro lado, há doutrinadores, como Rogério Greco, que defende a forma objetiva como foi destinada a vulnerabilidade ao menor de 14 (catorze) anos. Para ele, um adolescente menor de 14 (catorze) anos, ainda que possua uma vida sexualmente lasciva, não é suficientemente desenvolvido para decidir sobre sua postura sexual. Para tanto, explica que a personalidade desse menor ainda está em formação e que seus conceitos e opiniões ainda não se

consolidaram. Ademais, justifica ainda na objetividade em que o legislador tentou impor à norma, de modo que esta regra deve ser seguida sem que haja discussão quanto à sua relativização.(GRECO, R., 2009)

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

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

Já no que tange a ocorrência de erro de tipo, parece ser praticamente unânime na doutrina a aceitação dessa possibilidade. André Estefam, Guilherme Nucci, Paulo Queiroz e Rogério Greco se posicionaram positivamente quanto a isto. Assim ao se praticar uma ato libidinoso consensual com uma pessoa de 13 (treze) anos de idade, por exemplo, desconhecendo o agente essa condição peculiar e acreditando veementemente, pelas condições em que se conheceram ou por qualquer outra razão, que a pessoa na qual ele se relaciona não é pessoa menor de 14 (quatorze) anos, estará ele agindo em erro de tipo (CP, art. 20, *caput*). Neste caso, comprovado o equívoco quanto à idade, se dará a exclusão do dolo do agente, resultando na atipicidade da conduta.(GRECO, R., 2009)

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

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

Deve-se averiguar, ainda, se a falta de discernimento é absoluta ou não. Uma vez que existindo parcialmente a falta de compreensão para a prática do ato sexual, poderá haver a desclassificação para o crime do art. 215 (violência sexual

mediante fraude). No entanto, constatada a incapacidade absoluta incidirá a norma prevista no art. 217-A, §1º, do CP. (NUCCI, 2009)

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

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

2.3.2.1 Considerações Finais Acerca da Criação da Figura do Vulnerável

Ainda com relação à categoria dos vulneráveis, a lei 12.015/2009 modificou radicalmente a redação do crime de corrupção de menores, podemos dizer, aliás, que só foi mantido o nome, pois o tipo penal é outro completamente diferente.

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

Causa estranheza o legislador ter mantido a denominação *corrupção de menores*, visto que o crime do art.218, constitui, na verdade, uma forma especial de lenocínio. A diferença no texto do crime de lenocínio para o crime de corrupção de menores está no fato, deste último, ser praticado contra menores de 14 anos. Este artigo poderia até mesmo ter sido abordado como uma qualificadora do crime do art.227.(ESTEFAM, 2009)

Para Estefam (2009) existe uma falha na lei para tratar do menor com exatos 14 anos, ou seja, aquele está vivenciando o dia do seu 14º aniversário, visto que para o crime de corrupção de menores é necessário que a pessoa tenha menos de 14 anos, e para o crime de lenocínio qualificado a exigência é que a pessoa

possua mais de 14 anos. Portanto, de acordo com o Código Penal, esta conduta seria atípica ou poder-se-ia aplicar o lenocínio simples, previsto no art.227, caput. Para o autor, a solução mais adequada seria considerar a figura do art.227, §1º, do CP (lenocínio qualificado).

Ainda foram incluídos pela Lei 12.015/2009, tratando-se do vulnerável, os crimes de “satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente” e “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”, que, pela singela extensão de nosso trabalho, não será objeto de discussão.

2.3.3. Da Ação Penal

As mudanças na ação penal promovidas após a Lei 12.015/09 têm como pilar as novas concepções de política criminal no que tange aos crimes sexuais. Para melhor elucidar o que falaremos a seguir, segue transcrito, na íntegra, a nova redação do artigo 225 do Código Penal:

“Art. 225 - Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.”

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

A ação penal privada no crimes sexuais se justificava sob o argumento de proteção à intimidade da vítima. Mesmo que eliminada essa possibilidade da própria vítima do estupro processar a ação penal, o legislador tratou de manter o resguardo quanto à proteção à sua intimidade ao criar o artigo 234-B, determinando que todos os processos relativos aos crimes definidos no Título VI do Código Penal corram em segredo de justiça.

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

Em razão desta mudança, tem alguns doutrinadores defendendo a não aplicação da súmula 608 do STF nos crimes praticados com violência real. Outro

debate importante gira em torno dos efeitos penais no tempo em face da mudança na ação penal após a edição da Lei 12.015/2009. No entanto, esta questão será tratada no capítulo seguinte.

3. Efeitos da Lei 12.015/2009 - Lei Penal no Tempo e Aplicação do Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica

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

3.1. Aplicação da Lei Penal Mais Benéfica no Crime de Estupro

O princípio da aplicação da lei penal mais favorável está presente no artigo 5º, XL, da CF (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), no art. 66, I, da Lei de Execução Penal e no artigo 2º do Código Penal. A Lei 12.015/2009 trouxe algumas consequências com relação à possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável ao réu, tendo como fonte de debate a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor e a mudança na forma de propositura da ação penal.

Muitos já são os pedidos de revisão criminal na justiça brasileira para diminuir a pena de condenados pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sob o argumento de que o crime de atentado violento ao pudor foi revogado pela Lei 12.015/09 e que agora existe um crime único, devendo, portanto, retroagir para beneficiar os condenados por este delito, os quais deverão cumprir somente a pena do crime de estupro. O tema já é extremamente discutido na doutrina e nos tribunais e não serve apenas para o crime de estupro. Vamos às análises doutrinárias e jurisprudenciais.

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

Esta posição também é seguida por Rogério Greco:

“(...) após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como *crime único*, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla, aplicando-se somente a pena cominada no art.213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes.” (GRECO, R., p. 40)

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

Para este último doutrinador, as interpretações do STJ no sentido de reconhecer o estupro como um tipo penal misto cumulativo lhe pareciam mais uma necessidade de fazer prevalecer a jurisprudência formada antes da Lei 12.015/2009. (QUEIROZ, 2011)

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

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

Assim, diante do que demonstramos, para quem defende a norma prevista no artigo 213 como um tipo penal alternativo, haverá crime único na hipótese do agente que pratica, dentro do mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, a conjunção carnal e o coito anal. Entretanto, nesta mesma situação, para quem se posiciona tratando o crime de estupro como uma norma penal mista cumulativa caberá duas soluções: a) a primeira será a de reconhecer a continuidade delitiva entre as condutas por considerá-las de mesma espécie e; b) a segunda seria considerar as condutas como de natureza heterogênea e, assim, tratar o caso como concurso material de crimes, sem a incidência do art. 71.

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

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

Outro assunto a causar discussão quanto à aplicação da lei penal mais está voltado para a possibilidade de continuidade delitiva do crime de estupro.

Seria possível o crime continuado em normas penais mistas? Existem vários entendimentos a respeito do assunto. Se o agente comete em uma primeira oportunidade apenas a prática da conjunção carnal com a vítima e em outra oportunidade, posteriormente, o coito anal em condições semelhantes, como

trataremos essa situação? Entre essas ações existe a mesma maneira de execução? Devemos, então, tratá-lo como crime continuado, previsto no artigo 71 do código penal com todos os benefícios dele decorrentes ou haverá apenas concurso material de crimes?

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

Como vimos no capítulo 02, pulsava na jurisprudência pátria a discussão acerca de como considerar os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Seriam eles crimes da mesma espécie ou não? Quem não os consideravam crimes da mesma espécie, não admitiam a possibilidade de continuidade delitiva entre eles. Já quem viam neles total semelhança, admitiam essa possibilidade. Com a fusão dos tipos penais, ficou praticamente superada esta discussão, tendo em vista que estando as condutas dentro do mesmo dispositivo penal, não há mais como tratá-las sendo de espécies diferentes.

Ocorre que a discussão se voltou agora para a maneira de execução entre a conjunção carnal e outro ato libidinoso de penetração. Até pouco tempo, haviam dois entendimentos no STJ, um deles, o da Sexta Turma, reconhecendo a homogeneidade no *modus operandi* e concluindo pela aplicação da continuidade delitiva e o outro, o da Quinta Turma, relutando em aplicar a continuidade delitiva por considerar a conjunção carnal e o outro ato libidinoso de penetração como sendo condutas com forma de execução diferentes.

Contudo, em decisões recentes, a Quinta Turma mudou a sua posição e também passou a reconhecer a continuidade delitiva nessas situações. Senão vejamos pelas jurisprudências abaixo indicadas, as quais trazemos para esclarecer o tema em debate:

“1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que, após a Lei n.º 12.015/09 unificar em um único tipo penal as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, as condutas antes previstas nos arts. 213 e 214 do Código Penal devem ser compreendidas como delitos da mesma espécie.

2. Em atenção ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica, essa legislação passou a incidir com relação às condenações anteriormente previstas nos artigos acima mencionados, de modo a afastar o concurso material e permitir o reconhecimento da continuidade delitiva entre esses ilícitos, desde que presentes os requisitos elencados no art. 71 do Código Penal (REsp 970.127/SP, 5.^a Turma, julgado em 07/04/2011).

3. Assim, ressalvado o entendimento pessoal da Relatora, não se reconhece a incidência da regra relativa ao concurso material de crimes nas hipóteses em que restar comprovado que o agente praticou, contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático, atos de conjunção carnal e de atos libidinosos diversos.” (...) (STJ; Resp 1208116/DF; Recurso Especial 2010/0159183-9; Relator: Ministra LAURITA VAZ; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: DJe 05/10/2011; Data do Julgamento: 06/09/2011)

No entanto, apesar do entendimento majoritário admitindo a continuidade delitiva, alguns ministros ainda relutam em não aceitá-la, conforme veremos no HC 139.334 com relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

“1. Embora a Lei 12.015/09 tenha reunido em um único artigo as condutas delitivas anteriormente previstas em tipos autônomos (estupro e atentado violento ao pudor, respectivamente, antigos arts. 213 e 214 do CPB), a prática das duas condutas, ainda que no mesmo contexto fático, deve ser individualmente punida, somando-se as penas.

2. O art. 213 do CPB, após a alteração introduzida pela Lei 12.015/09, deve ser classificado como um tipo misto cumulativo, porquanto a prática de mais de uma conduta ali prevista, quando não representar ato libidinoso em progressão à prática de conjunção carnal, sem dúvida agrega maior desvalor ao fato.

3. A cópula anal ou a felação, realizadas no mesmo contexto fático que a conjunção carnal, não podem ser consideradas como um desdobramento de um só crime, pois constituem atos libidinosos autônomos e independentes da conjunção carnal, havendo, na verdade, violação a preceitos primários diversos.

4. Ainda que previstos no mesmo tipo penal, é nítida a ausência de homogeneidade na forma de execução entre a conjunção carnal e o outro ato libidinoso de penetração, porquanto os elementos subjetivos e descritivos dos delitos em comento são diversos. Dest'arte, considerando-se autônomas as condutas e a forma de execução, forçoso o afastamento da continuidade delitiva.

5. Entretanto, recentemente, esta Turma, quando do julgamento do REsp. 970.127/SP, na sessão do dia 07.04.2011, concluiu pela possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor por serem delitos da mesma espécie.

6. In casu, o acórdão transitou em julgado em 16.03.2009, antes de entrar em vigor a Lei 12.015/09 (10.08.2009). Portanto, a retroatividade dessa Lei deve ser apreciada primeiramente pelo Juízo da Execução, nos termos da Súmula 611 do STF, que assim dispõe: transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das Execuções a aplicação de lei mais benigna” (...) (STJ; HC

139.334/DF; Habeas Corpus 2009/0115779-3; Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: DJe 20/05/2011; Data do Julgamento: 03/05/2011)

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

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

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

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

² STJ. Notícia: Quinta Turma admite continuidade delitiva entre estupro e atentado ao pudor. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101424. Acesso em 30.04.2012

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

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

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

3.2. Aplicação da Lei Penal Mais Benéfica no Crime de Estupro de Vulnerável

A aplicação da lei penal mais benéfica também atingiu o crime de estupro de vulnerável, criado pela Lei 12.015/2009, em razão da revogação do artigo 224 do Código Penal. Com a expressa revogação deste artigo, que tratava das hipóteses de presunção de violência, afastou-se a aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 9º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e, diante desta modificação, haverá efeitos retroativos em benefícios dos réus condenados com base no artigo 213 em combinação com o art. 224 e que tiveram suas penas majoradas pela aplicação do artigo 9º da Lei 8.072/90. (NUCCI, 2009) Esse já é o entendimento predominante no STJ.

Antes da Lei 12.015/2009, a jurisprudência dominante tanto no STJ quanto no STF era no sentido de não reconhecer a aplicação da causa de aumento

de pena prevista na Lei 8.072/90 nas hipóteses de violência presumida (art. 224, do CP), por afrontar o princípio do *ne bis in idem*. No entanto, havia uma única hipótese aceita para aplicação desta causa de aumento de pena, que ocorria nos casos de incidência de violência real ou grave ameaça cometida contra criança, como podemos observar pela jurisprudência abaixo transcrita:

(...) “1. O crime de estupro, ainda que de sua prática não resulte violência real, está inserido no rol dos crimes considerados hediondos, consoante estabelece o art. 1º, inciso V, da Lei n.º 8.072/90.

2. Embora possa haver violência real contra vítima que esteja entre as indicadas no art. 224 de Código Penal, a ensejar a aplicação do aumento previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90, na hipótese não houve a efetiva violência real já que a própria sentença condenatória considerou ter sido a mesma presumida.

3. Mostra-se incabível o aumento de pena previsto pelo art. 9.º da Lei n.º 8.072/90 nos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor, quando cometidos com violência presumida, se não sobrevier o resultado lesão corporal de natureza grave ou morte, pois sua ocorrência implicaria violação ao princípio do non bis in idem.” (...) (STJ; Resp 954897/RS; Relatora: Ministra LAURITA VAZ; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: DJe 29/08/2007; Data do Julgamento: 15/10/2007)

Neste contexto, na hipótese do réu ter sido processado com base no artigo 213 em combinação com o art.224, a, e ter sido condenado com a aplicação do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, elevando a sua pena em metade e, por conseguinte, passando a ser de, no mínimo, nove anos (seis anos do estupro+metade) haverá, então, neste caso, em razão da reforma nos crimes sexuais pela Lei 12.015/2009, a retroatividade da lei penal para beneficiar este réu, uma vez que o tipo penal do art.217-A prevê uma pena mínima de oito anos, sem a causa de aumento de pena prevista na Lei 8.072/90, ante a revogação do artigo 224. (NUCCI, 2009)

Segue jurisprudência do STJ, a fim de demonstrar como vem sendo abordado este tema nos Tribunais Superiores:

1. "Se restou comprovada a existência de violência real ou grave ameaça no crime de estupro ou atentado violento ao pudor cometido contra menor de 14 anos, deve ser aplicada a (...) causa de aumento de pena" prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90. (Resp nº 1.020.730/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 3.11.2008).

2. No caso, a menor, além da violência sexual, sofreu com a violência física imposta pelo genitor todas as vezes que se insurgia contra as práticas libidinosas. Há notícia de que fora molestada física

e psicologicamente durante anos, relatando ter suportado, repetidas vezes, "surras de sair sangue".

3. Em consequência, deveria a majorante ser mantida. Entretanto, a questão há de ser analisada sob o prisma da Lei nº 12.015/09, que deu novo tratamento aos agora denominados Crimes contra a Dignidade Sexual.

4. Na atualidade não mais existem os arts. 214 e 224, do CP, que previam, respectivamente, os crimes de atentado violento ao pudor e as hipóteses nas quais havia a presunção de violência. A conduta imputada ao ora paciente seria agora tipificada no art. 217-A, do Código Penal.

5. Com a revogação do art. 224 do CP, cai por terra a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90 (doutrina e jurisprudência).

6. Em compasso com o postulado da retroatividade da norma mais benéfica, para os crimes cometidos antes da vigência da Lei nº 12.015/09, é possível a exclusão da majorante ventilada no art. 9º da Lei nº 8.072/90, com a imposição da reprimenda veiculada no art. 217-A do Código Penal, pois tal dispositivo traz, no ponto, reprimenda menos severa.

7. Com efeito, se antes a pena-base do crime de estupro - art. 213 do CP - partia de 6 (seis) anos de reclusão, incidindo o acréscimo decorrente da aplicação do art. 9º, da Lei nº 8.072/90, chegar-se-ia ao patamar mínimo de 9 (nove) anos de reclusão.

8. Na nova sistemática, o crime de estupro de vulnerável traz a reprimenda de 8 (oito) anos de reclusão, um pouco menor que a encontrada com a conjugação dos dispositivos acima mencionados.

9. Constatada a prática frequente e reiterada de delitos por período superior a seis anos, descabe falar em diminuição do quantum relativo ao crime continuado.

10. Ordem denegada. Habeas corpus concedido de ofício para, excluindo da condenação a majorante prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, reduzir a pena recaída sobre o paciente de 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão para 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado." (STJ; HC 92723/SP; Habeas Corpus 2007/0245715-8; Relator: Ministro OG FERNANDES; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Publicação: DJe 03/10/2011; Data do Julgamento: 02/10/2011)

Não nos aprofundaremos a respeito da aplicação ou não da causa de aumento de pena prevista no artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos antes da Lei 12.015/2009 e nos limitaremos a trazer a hipótese em que majoritariamente era aceita na jurisprudência, conforme explanamos acima. Entretanto, apenas para esclarecimento, nas hipóteses nas quais o magistrado não aplicou o referido artigo 9º, seja por qualquer motivo fosse, não haverá o que se falar em retroatividade da lei penal, visto que a pena mínima seria de 6 (seis) anos, enquanto o art. 217-A prevê, como já visto, uma pena mínima de 8 anos, o que, por óbvio, será prejudicial ao condenado.(NUCCI, 2009)

Destarte, a lei penal só retroagirá em benefício do réu.

3.3 Aplicação da Lei Penal Mais Benéfica no Contexto da Ação Penal

O princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica alcançou também a ação penal. Como vimos no capítulo anterior, antes da edição da Lei 12.015/2009 a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor era, em regra, mediante queixa-crime, ressalvadas às exceções quando a vítima era pobre ou praticado com abuso de poder familiar.

Ademais, na égide da lei anterior, foi editada a Súmula 608 do STF definindo que no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal deverá ser pública incondicionada. Também como já visto, esta súmula surgiu em razão de nossa Corte Suprema considerar o crime de estupro como um crime complexo, haja vista que o emprego de violência, contido como uma de suas elementares, deveria ser entendida como fato gerador de lesão corporal na vítima.

Após o advento da Lei 12.015/2009, a ação penal passou a ser, em regra, pública condicionada à representação, excetuando-se as hipóteses em que a vítima for pessoa menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Diante de tais mudanças ficaram as dúvidas quanto à aplicação da Súmula 608 do STF no caso de estupro com violência real e se no caso de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, a instauração da ação penal dependeria de representação. Isso tudo nos leva às discussões sobre como ficarão os processos criminais em andamento.

Rogério Greco (2009), Paulo Queiroz (2011) e André Estefam (2009) entendem que, mesmo após a Lei 12.015/2009, havendo violência real para a prática do crime de estupro, deverá ser aplicada a Súmula 608 do STF, de modo que a ação continuará sendo pública incondicionada, uma vez que estamos diante de um crime complexo, razão pela qual se deve aplicar o artigo 101 do Código Penal, não havendo o que se falar em retroatividade da lei penal neste caso.

Ademais, para estes doutrinadores, não teria sentido admitir a ação penal pública condicionada à representação, quando ocorresse as formas qualificadas da lesão grave e morte da vítima. Primeiro porque seria desproporcional aceitar que crimes menos graves, como é o caso do estupro de pessoa menor de 18 anos, fossem processados por ação penal pública incondicionada, enquanto este outro, de gravidade superior, dependesse de representação. Segundo, porque, na hipótese de

morte da vítima, não haveria quem fizesse a representação, podendo resultar tal atitude em vasta impunidade. (QUEIROZ, 2011)

Já Guilherme Nucci (2009), posicionando-se em sentido contrário, entende que a Súmula 608 do STF se tornou, pelo princípio da legalidade, sem efeito com o advento da nova lei. Logo, a nova regra do artigo 225 é manifestamente mais benéfica, uma vez que exige a representação da vítima e, por possuir este caráter mais favorável, deverá retroagir em benefício dos acusados nas ações que já estiverem em andamento e sem trânsito em julgado operado. Assim sendo, para que a ação penal continue, será necessária a manifestação da vítima consentindo com o prosseguimento do feito, caso contrário, o juiz deverá julgar extinta a punibilidade. Já Válter Kenji Ishida (2010) entende que, neste caso, o prazo (decadencial) para a vítima se manifestar é de seis meses, contados da entrada em vigor da lei, ocorrida em 10/08/2009.

Nucci entende, ainda, que as ações penais conduzidas pelo Ministério Público, por consequência da Súmula 608, deverão ser suspensas até que se realizem as intimações das vítimas para se manifestarem, podendo a sua aceitação vir, inclusive, tacitamente.

Para Rassi e Greco (2010) também não seria possível a aplicação da lei penal mais benéfica, visto que a “representação é condição de procedibilidade e se ação foi proposta sem ela quando a lei não a exigia, está exaurida a função que deveria representar”.

Para Nucci (2009), no caso do inciso II do artigo art.225, também poderia haver aplicação da lei penal mais benéfica, no caso, por exemplo, em que um pródigo, sujeito a curatela tenha sido vítima de abuso sexual por parte do curador. Neste caso, tendo em vista que a atual redação do artigo 225, parágrafo único, não prevê abuso de curador, a ação que antes era pública incondicionada, agora passa a ser condicionada à representação da vítima.

No que se refere às ações iniciadas mediante ação penal privada não haverá qualquer mudança, haja vista que, assim, ela traz mais benefícios ao condenado, podendo, conforme a fase processual, haver, inclusive, o perdão por parte da ofendida e, por consequência, uma pedido de desistência, que resultará na extinção da punibilidade do réu, não havendo, portanto, o que se falar em retroatividade da lei penal. (NUCCI, 2009)

Vejamos como este assunto vem sendo manejado no Superior Tribunal de Justiça:

“1. Em tema de habeas corpus não há como desfazer as premissas adotadas pelas instâncias de origem na fixação da data do fato criminoso. Daqui se segue a impossibilidade de se reapreciar, com a profundidade requerida nesta impetração, todo o conjunto probatório dos autos e concluir pela prescrição.

2. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, é pública e incondicionada a ação penal referente aos crimes contra os costumes quando praticados pelo detentor do pátrio poder. Inteligência do artigo 225, § 1º, inciso II, do Código Penal (redação anterior).

3. No caso, constatada a suposta participação e influência da genitora da vítima para a prática dos delitos sexuais, o crime se procede mediante ação penal pública incondicionada, motivo pelo qual não há falar em decadência por ausência de representação da ofendida ou do representante legal.

4. Em tema de habeas corpus, somente em casos de patente ilegalidade se promove a correção da sanção penal - o que não se apura na espécie, porquanto destacada a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

5. Evidenciado que o Tribunal de Justiça estadual sequer tangenciou a inovação legislativa promovida pela Lei n.º 12.015/2009, que por ser mais benéfica ao acusado, possibilitaria o acolhimento da tese defensiva, sobressai a incompetência desta Corte para o seu exame, sob pena de indevida supressão de instância.” (...) (STJ; HC 112110/RJ; Habeas Corpus 2008/0167006-7; Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Publicação: DJe 10/10/2011; Data do Julgamento: 20/09/2011)

Como já vimos a jurisprudência da Sexta Turma, para confirmarmos a posição pela qual o Superior Tribunal de Justiça vem adotando, segue abaixo também um julgado da Quinta Turma:

“I. Até o advento da Lei 12.015/2009, os crimes definidos nos arts. 213 a 220 do Código Penal procediam-se mediante queixa, com as exceções dispostas nos §§ 1º e 2º da antiga redação do art. 225 do Código Penal, na Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que previa a hipótese de ação penal pública incondicionada, para os casos em que se houvesse emprego de violência real, bem como nos casos que resultassem em lesão corporal grave ou morte (art. 223), inserido no mesmo capítulo do art. 225, e não nos capítulos anteriores, aos quais o dispositivo remetia em sua redação original.

II. Com o advento da Lei 12.015/2009, que alterou a redação do art. 225 do Código Penal, os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, mesmo com violência real (hipótese da Súmula 608/STF) ou com resultado lesão corporal grave ou morte (antes definidos no art. 223 do Código Penal e hoje definidos no art. 213, §§ 1º e 2º),

passaram a se proceder mediante ação penal pública condicionada à representação, nos termos da nova redação do art. 225 do Código Penal, com exceção apenas para os casos de vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (parágrafo único do art. 225 do Código Penal).

III. Se a lei nova se apresenta mais favorável ao réu nos casos de estupro qualificado, o mesmo deve ocorrer com as hipóteses de violência real, isto é, para as ações penais públicas incondicionadas nos termos da Súmula 608/STF, segundo a qual, "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". Tais ações penais deveriam ser suspensas para que as vítimas manifestassem desejo de representar contra o réu.

IV. Hipótese em que o recorrido foi denunciado pela prática do delito descrito no art. 214, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, tendo a ação penal sido instaurada por iniciativa do Ministério Público, nos termos da referida Súmula 608/STF, tendo as instâncias ordinárias entendido pela inexistência de violência real, afastando a aplicação da referida súmula e extinguindo a punibilidade do réu, por renúncia ao direito de queixa.

V. Conforme se compreenda pela ausência de violência real, o deslinde da questão encontra-se devidamente equacionado nos moldes referidos nas instâncias ordinárias, isto é, pela renúncia da vítima ao direito de queixa, nos termos do art. 107, V, do Código Penal. Até porque, nesse hipótese, não haveria que se cogitar em retroatividade da lei penal.

VI. Ao contrário, se o entendimento se desse no sentido da efetiva ocorrência de violência real, não seria o caso de aplicação do disposto na Súmula 608/STF, conforme já explicitado acima, diante da nova redação no art. 225 do Código Penal, dada pela lei 12.015/2009, por se tratar de lei penal mais benéfica.

VII. A discussão acerca da efetiva ocorrência de violência real redundaria em revolvimento de matéria fático-probatória, impossível de ser satisfeita na via especial, diante do óbice da Súmula 07/STJ.

VIII. Ainda que se entendesse pela ocorrência de violência real, proceder-se-ia à nova contagem do prazo decadencial de 6 (seis) meses para a representação da ofendida, que passaria a fluir da data da entrada em vigor da lei nova, isto é, em 10/08/2009, estando alcançado, de qualquer modo, pelos efeitos da decadência.

IX. Recurso especial que não prospera por qualquer dos fundamentos, eis que qualquer solução que se apresente, implicará na renúncia ao direito de queixa ou na decadência do direito de representação da ofendida (art. 107, IV e V, do Código Penal).

X. Recurso desprovido." (STJ; REsp 1227746 / RS; Recurso Especial 2010/0221498-1; Relator: Ministro GILSON DIPP; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: DJe 17/08/2011; Data do Julgamento: 02/08/2011)

Assim, como supra demonstrado, o STJ vem admitindo a aplicação da lei penal mais benéfica nas hipóteses do crime de estupro ou atentando violento ao pudor ter sido cometido com a incidência da Súmula 608 do STF, antes da égide da Lei 12.015/2009.

Aliás, insta salientar, que a discussão a respeito da aplicação da súmula 608 não abrange a ocasião em que a violência tenha resultado apenas em lesões corporais leves. Isso porque a Lei 9.099/95 definiu em seu artigo 88, que a ação penal relativa aos crimes de lesão corporal leve deve ser pública condicionada à representação. Assim, como o estupro também alterou a natureza da ação penal para ser, em regra, pública condicionada à representação, no caso do estupro com lesão corporal leve, ação se processará mediante representação do ofendido. (ESTEFAM, 2009)

Paulo Queiroz (2011) entende de modo diferente, mas com o mesmo resultado prático. Para ele as lesões leves, pelo princípio da consunção, são absorvidas pelo crime de estupro e por ser assim, a ação penal será pública condicionada à representação.

Outro ponto que merece destaque está relacionada com a hipótese do crime de estupro advir de violência doméstica. A lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, definiu em seu artigo 16 que nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e desde que ouvido o Ministério Público. E em seu artigo 41 excluiu a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena.

Ainda discutia-se quanto à possibilidade do Ministério Público dar início à ação penal, sem a necessidade de representação da vítima. Neste contexto, foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República a ADI 4424, cujo julgamento recente do STF a julgou procedente, atribuindo interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I; 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006, e assentando a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher.

No entanto, no que tange aos crimes cometidos contra a dignidade sexual, caso este do estupro, fica mantida a necessidade de representação, conforme decidido pelo Pretório Excelso na citada Ação Direta de Inconstitucionalidade. A seguir, segue parte do informativo número 654 do STF de fevereiro de 2012:

“Lei Maria da Penha e ação penal condicionada à representação – 3 Entendeu-se não ser aplicável aos crimes glosados pela lei discutida o que disposto na Lei 9.099/95, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada. **Acentuou-se, entretanto, permanecer a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/95, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual.** Consignou-se que o Tribunal, ao julgar o HC 106212/MS (DJe de 13.6.2011), declarou, em processo subjetivo, a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, no que afastaria a aplicação da Lei dos Juizados Especiais relativamente aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.” **(grifo nosso)** [ADI 4424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.2.2012. \(ADI-4424\)](#)

Desta forma, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal, na hipótese do crime de estupro ser praticado no âmbito doméstico e familiar, mantém-se a necessidade de representação da ofendida para início da ação penal.

Por fim, vale destacar ainda que, com a Lei 12.015/2009, a prática de atos de libidinagem com maiores de 14 anos, tornou-se condutas totalmente atípicas, salvo quando praticadas com menores em situação de prostituição ou exploração sexual, ocorrendo, desta forma, a *abolitio criminis* do crime de corrupção de menores, na forma da redação anterior e, portanto, deverá agir, neste caso, o princípio da retroatividade da lei penal para beneficiar os acusados e condenados por este delito.(JESUS, 2010)

CONCLUSÃO

O tema do presente trabalho teve como principal objetivo analisar como era e como ficou o crime de estupro após o advento da Lei 12.015/2009, esclarecendo todos principais pontos de embates que surgiram pela entrada em vigor da nova lei.

Vimos, inicialmente, que o intuito do legislador foi de modernizar os crimes sexuais de acordo com a evolução da sociedade, excluindo do ordenamento jurídico o que se demonstrava antiquado de acordo com uma nova realidade social, como era o caso do crime de corrupção de menores, sem se olvidar de proteger a liberdade e dignidade sexual das pessoas, bem como manter a proteção sexual do menor.

Assim, no primeiro capítulo trouxemos como se configurava o crime de estupro antes da Lei 12.015/2009, apresentando como a jurisprudência e a doutrina tratavam este tipo penal.

No segundo capítulo, mostramos as mudanças surgidas pela Lei 12.015/2009 e no último capítulo mostramos os efeitos da nova legislação penal.

Analisando a Lei 12.015/2009, verificamos que, de fato, o legislador perdeu uma grande oportunidade de descriminalizar outros crimes previstos no Código Penal, aplicando o princípio da intervenção mínima, uma vez que diversas tipificações penais, como é o caso dos artigos 229 (casa de prostituição), 233 (ato obsceno) e 234 (escrito ou objeto obsceno), agridem exclusivamente a moral pública sexual, sem representar qualquer violação a liberdade sexual das pessoas.

Quanto à mudança de denominação, esta nos pareceu bastante positiva, tendo em vista que a nomenclatura anterior não estava adequada com o modelo comportamental da sociedade, que busca proteção à sua dignidade sexual e não a preservação de hábitos comuns das pessoas.

No entanto, vimos que o aspecto mais importante da nova lei foi em razão da fusão do crime de estupro e atentado violento ao pudor, fazendo surgir debates com relação a possibilidade do concurso material entre as condutas descritas no tipo penal e da continuidade delitiva.

Entendemos que pela unificação das condutas fez surgir um tipo penal alternativo, uma vez que só existe uma conduta definida no tipo penal e que está

caracterizada pelo verbo “constranger”. Para que seja considerado um tipo penal cumulativo seria necessário haver vários verbos definindo várias condutas, como ocorre no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Assim, entendemos também que é perfeitamente possível o crime continuado quando, em momentos diferentes, o agente comete as duas condutas descritas no tipo penal do artigo 213, observados os requisitos do artigo 71 do Código Penal, uma vez que estamos tratando de crimes da mesma espécie, tendo inclusive sido unificados num só tipo penal, e reconhecendo que estas ações possuem a mesma maneira de execução.

No que se refere às duas modalidades qualificadas, previstas nos parágrafos primeiro (quando a conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima for menor de 18 anos e maior de 14 anos) e segundo (quando da conduta resultar em morte) do artigo 213, firmamos entendimento que só poderá ocorrer a incidências destas formas qualificadas quando caracterizado o preterdolo, ou seja, quando resultar de uma consequência culposa do crime de estupro que, por óbvio, deverá ser praticado dolosamente. Caso o agente haja com dolo nos dois momentos, responderá pelo concurso material de crimes.

A criação da figura do vulnerável, em substituição à antiga técnica de presunção de violência, também foi um marco da Lei 12.015/2009, cuja intenção foi de proteger a intangibilidade sexual dos menores de 14 anos e das pessoas que, por alguma razão, não têm o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Contudo não há como não fazer crítica ao critério rígido em que o legislador tentou impor ao delito no caso dos menores de 14 catorze anos. Nesta seara, concordamos com os doutrinadores que defendem a idéia de que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto, devendo se admitir prova em contrário. Não obstante, não somos contra garantir ao vulnerável uma maior proteção quanto ao seu ingresso precoce na vida sexual, mas como vimos, nos parece inapropriado estender esta super proteção aos maiores de 12 (doze) anos, pois estes já deixaram a condição de criança, detendo, na maioria das vezes, um corpo fisicamente desenvolvido e maturidade necessária para manter uma vida sexual ativa. Portanto, não vislumbramos, neste particular, a necessidade de proteção do Estado a este indivíduo, o que nos leva a crer que tal conceito deve ser relativizado.

Também defendemos a possibilidade de erro de tipo, visto que não se pode imputar uma conduta delituosa à um indivíduo que tenha agido desconhecendo

a condição de vulnerabilidade da vítima e acreditando, pelas condições em que se encontravam, se tratar de uma pessoa sem qualquer restrição sexual.

Positivamente, o legislador excluiu o crime de corrupção de menores, na redação em que se encontrava, uma vez que já não faz qualquer sentido proteger a iniciação sexual das pessoas maiores de 14 anos.

Conforme já relatamos, por considerarmos o novo crime de estupro como uma norma penal mista alternativa, somos adeptos à posição que defende a aplicação da lei penal mais benéfica aos acusados pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra uma mesma vítima e dentro de um mesmo contexto fático, aplicando-se somente uma única pena e afastando o concurso de crimes.

No que tange a retroatividade da lei penal para beneficiar os réus que foram processados com base na redação anterior do artigo 213 em combinação com o art. 224 (revogado) e condenados com aplicação da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, também lhes somos favorável, visto que com a criação do art. 217-A as penas desses indivíduos poderão ser reduzidas. Embora a pena do artigo 217-A tenha sido majorada com relação a que era prevista na redação anterior do artigo 213, a não aplicação da causa de aumento de pena inserta no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, ante a revogação do artigo 224, faz com que exista a possibilidade de diminuição no tempo de condenação desses indivíduos, motivo pelo qual deverá se aplicar o princípio constitucional previsto no artigo 5º, XL, da Carta Magna.

Por fim, nas ações que se processaram, na égide da legislação anterior, mediante ação penal pública incondicionada, em razão da aplicação da Súmula 608 do STF, não vemos motivo para não aplicarmos a nova regra do artigo 225 do Código Penal, uma vez que claramente mais benéfica aos condenados, devendo retroagir a lei para beneficiá-los. Destarte, entendemos que as ações penais em curso devam ser suspensas para que os ofendidos manifestem desejo na sua continuidade.

Sendo assim, é evidente que a Lei 12.015/2009 modernizou o ordenamento jurídico penal com relação aos crimes sexuais. E como toda lei nova, recebeu várias críticas positivas e negativas, e diversas interpretações, o que originou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto que, aliás, ainda está longe de ser pacificado quanto aos assuntos mais polêmicos, como

em quais situações será aplicado o princípio da lei penal mais benéfica, se os crimes de estupro ou estupro de vulnerável serão considerados tipos penais mistos cumulativos ou alternativos.

Portanto, ainda é recente para sabermos todos os impactos causados com o advento da Lei 12.015/2009 e, deste modo, teremos que aguardar o trabalho jurisprudencial para saber como ficarão assentados esses posicionamentos no Judiciário brasileiro, que, por sinal, aos poucos, já vem demonstrando inclinados a tomar uma posição em diversas situações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Código Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Brasília, 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. > Acesso em: 15 de novembro de 2011.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Brasília, 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>. > Acesso em: 14 de abril 2012.

BRASIL, Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 novembro 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 69.896/SP; Relator: Ministro Marco Aurélio; Brasília: 02/04/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 89.827/SP. Impetrante: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; Impetrado: Superior Tribunal de Justiça; Paciente Alípio Umbelino Queiroz; Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília: 22/06/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 de abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 104724/MS. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul; Paciente: Wanderson Salomão Januário da Silva; Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília: 22/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 de novembro 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 144870/DF. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal; Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios; Paciente: M R de S; Relator: Ministro OG Fernandes.

Brasília: 09/02/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 de novembro 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 402039/CE. Recorrente: Kedson Mendes de Sousa; Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará; Relator: Ministro Gilson DIPP. Brasília: 15/04/2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 de abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 195279/PR. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná; Recorrido: Juarez Antônio do Nascimento; Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro; Relator p/ Acórdão: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília: 18/04/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 de abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 178051/SP. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília: 06/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 de abril 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1208116/DF. Relator: Ministra Laurita Vaz; Brasília: 06/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 de abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 139.334/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília: 03/05/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 de abril 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94636/SP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa Brasília: 31/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 de abril 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 954897/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília: 15/10/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 de abril 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 112110/RJ. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: 20/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 de abril 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1227746. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília: 02/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 de abril 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 92723/SP. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília: 02/10/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 de abril 2012.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito Penal: Parte Especial**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: Parte Especial** Vol. 3; coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

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

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

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

GRECO FILHO, Vicente. **Uma Interpretação de Duvidosa Dignidade**. Disponível em: <http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2010.

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

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

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal**. Parte Geral e Parte Especial. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial** Vol. 3. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

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

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

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

PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial, arts. 121 a 249**. Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Estupro e atentado violento ao pudor na Lei 12.015/2009**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-na-lei%C2%B0-120152009/>>. Acesso em: 07 de abril de 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Sentido, fins e limites dos crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/sentido-fins-e-limites-dos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/>>. Acesso em: 07 de abril de 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Do Estupro**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/do-estupro/>>. Acesso em: 07 de abril de 2012.

STJ. Notícia: Quinta Turma admite continuidade delitiva entre estupro e atentado ao pudor. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101424. Acesso em 30.04.2012