



Centro Universitário de Brasília - UniCeub  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

YURI RADD MAGALHÃES DE ALMEIDA

**A NOVA LEI DE COMBATE AOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E A  
POSSIBILIDADE DE CONCURSO MATERIAL DE CRIMES DE ESTUPRO E  
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A SUA VIGÊNCIA**

Brasília - DF  
2012

YURI RADD MAGALHÃES DE ALMEIDA

**A NOVA LEI DE COMBATE AOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E A  
POSSIBILIDADE DE CONCURSO MATERIAL DE CRIMES DE ESTUPRO E  
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A SUA VIGÊNCIA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Centro Universitário de Brasília – UniCeub, como requisito obrigatório para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. RENE COSTA SILVA

Brasília - DF  
2012  
YURI RADD MAGALHÃES DE ALMEIDA

**A NOVA LEI DE COMBATE AOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E A  
POSSIBILIDADE DE CONCURSO MATERIAL DE CRIMES DE ESTUPRO E  
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A SUA VIGÊNCIA**

Monografia de conclusão de curso  
apresentada ao Centro Universitário de  
Brasília – UniCeub, como requisito  
obrigatório para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. RENE COSTA SILVA

Brasília, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ de 2012.

**Banca Examinadora**

---

Prof. RENE COSTA SILVA  
Orientador

---

Examinador

---

Examinador

## RESUMO

Cuida o presente estudo de abordar o crime de estupro após a edição da Lei nº 12.015/2009, que uniu em um só tipo penal estupro e atentado violento ao pudor. Versado serão os pontos centrais de questionamentos do novo tipo penal: a *abolitio criminis* do crime de atentado violento ao pudor, a aplicação da lei mais benéfica às condenações em concurso de crimes, pelas práticas de estupro e atentado violento ao pudor antes da lei supra, e a classificação do tipo penal pertencente ao novo art. 213 do Código Penal, se misto de conteúdo alternativo ou misto de conteúdo cumulativo. O entendimento doutrinário e jurisprudencial não é unânime, nesse sentido. Para uns, o novo crime de estupro é tipo penal misto alternativo, onde a penalidade às condutas praticadas num mesmo contexto fático, contra a mesma vítima e com unicidade de desígnios do agente, será relativa a um único crime. Nesse caso, responderá o autor por crime único com continuidade delitiva, tal qual prevê o art. 71 do diploma penal, tendo um aumento de pena em razão da quantidade de atos perpetrados. Outra parte sustenta ser o novo tipo penal misto cumulativo. Para esses, não existe fungibilidade nas condutas concernentes à conjunção carnal e os atos libidinosos diversos, sendo a prática de tais atos em conjunto, desígnios e modos de execução diferenciados do agente, o que afasta a tese de crime único e possibilita a penalidade relativa ao concurso material de crimes.

**Palavras-chave:** Estupro. Atentado violento ao pudor. Tipos penal misto alternativo e cumulativo. Concurso de crimes. Lei nº 12.015/2009.

## ABSTRACT

Take care of the present study to address the crime of rape after the enactment of Law No. 12.015/2009, who united in a single criminal offense rape and indecent assault. Versed will be the focal point of questioning the new criminal offense: the abolitio criminis the crime of indecent assault, the application of the law more beneficial to contest convictions in crimes, the practices of rape and indecent assault before the law above, and classification of criminal types belonging to the new art. 213 of the Penal Code, if a mixture of alternative content or mixed content cumulative. The understanding of doctrine and case law is not unanimous in this regard. For some, the new crime of rape is an alternative type joint criminal, where the penalty for conduct committed in the same factual context against the same victim and uniqueness of the designs of Agent, will be on a single crime. In this case, the author will respond with a unique crime continued criminal offense, as it provides the art. 71 of the criminal law, with an increased penalty because the amount of acts perpetrated. Another party contends that the new criminal offense cumulative mixed. For these, there is fungibility in carnal knowledge concerning the behavior and the various sexual acts, and the commission of such acts together, designs and different modes of execution of the agent, which removes the thesis provides unique crime and the penalty on the tender material crimes.

**Keywords:** Rape. Indecent assault. Criminal types mixed alternate and cumulative. Contest crimes. Law No. 12.015/2009.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO</b> .....	<b>8</b>
1.2 EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL PÁTRIA .....	9
<b>2 A LEI Nº 12.015/2009 E O NOVO CRIME DE ESTUPRO</b> .....	<b>17</b>
2.1 BEM JURÍDICO TUTELADO.....	20
2.2 ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO NOVO TIPO PENAL .....	21
2.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA .....	22
2.4 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA .....	23
2.5 FORMAS QUALIFICADORAS DO CRIME DE ESTUPRO .....	23
2.6 AÇÃO PENAL .....	24
2.7 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ART. 217 A .....	26
<b>3 O NOVO CRIME DE ESTUPRO E A SITUAÇÃO DO OUTRORA TIPO PENAL ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR</b> .....	<b>31</b>
3.1 DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DE <i>ABOLITIO CRIMINIS</i> DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR .....	31
3.2 O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA .....	35
<b>4 O TIPO PENAL DO NOVO CRIME DE ESTUPRO</b> .....	<b>41</b>
4.1 DOCTRINA FAVORÁVEL AO TIPO PENAL MISTO DE CONTEÚDO ALTERNATIVO .....	43
4.2 DOCTRINA CONTRÁRIA AO TIPO PENAL MISTO DE CONTEÚDO ALTERNATIVO .....	46
<b>5 O NOVO CRIME DE ESTUPRO – CRIME ÚNICO POR CONTINUIDADE DELITIVA OU CONCURSO DE CRIMES? – POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS</b> .....	<b>51</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o escopo de apresentar o crime de estupro a partir da edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, e as discussões relativas ao novo tipo penal. Para tanto, consulta em bibliografias e legislação pertinente foi realizada.

A escolha do tema proposto, “A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual e a possibilidade de concurso material de crimes de estupro e atentado violento ao pudor após a sua vigência”, justificou-se pela importância do bem jurídico tutelado, vale dizer, a dignidade sexual da pessoa humana e a liberdade conferida ao homem e a mulher de dispor de seu corpo da maneira que melhor lhe aprouver.

Desta feita, o objetivo central deste estudo foi avaliar o posicionamento da doutrina e dos tribunais brasileiros no que se refere ao novo tipo penal presente no crime de estupro, se misto de conteúdo alternativo ou misto de conteúdo cumulativo, o que viabiliza ou não o concurso de crimes às condutas praticadas.

Assim sendo, para melhor abordagem do tema escolhido, foi apresentado, de maneira clara e objetiva, argumentação própria e o entendimento de doutrinadores e dos tribunais brasileiros, bem como a análise dos dispositivos legais que amparam o novo crime de estupro, nele abarcado o atentado violento ao pudor.

A questão problema ao qual se buscou resposta ao final dos argumentos e fundamentos expostos no trabalho, é a seguinte: *a prática das condutas previstas no novo crime de estupro constitui crime único por delito continuado ou importa em concurso material de crimes?*

Para se chegar à resposta à questão suscitada, o estudo foi dividido em cinco capítulos, onde:

O Capítulo 1 fará uma abordagem histórica do crime de estupro no direito comparado e no direito brasileiro, evidenciando, desde os primórdios da civilização, o rigorismo na aplicação da pena àquele que praticasse o delito. Ao transcorrer dos tempos, viu-se que a evolução típica do crime de estupro e a sanção correspondente à transgressão penal, foram gradativamente moldando-se às transformações da sociedade.

O Capítulo 2 trará considerações gerais acerca da Lei nº 12.015/2009 que, dentre outros, conferiu nova redação ao art. 213 do Código Penal, realocando o crime de atentado violento ao pudor ao tipo penal de crime de estupro. Neste momento, foi analisado o bem jurídico tutelado, os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, como se dá a consumação e tentativa do crime, os casos de aumento da pena, bem como suas qualificadoras e a ação penal. À oportunidade, foi apresentado o “estupro de vulnerável”, figura delitiva criada pela Lei nº 12.015/2009, inserindo ao Código Penal no art. 217-A.

O Capítulo 3 abordará as discussões relativas ao atentado violento ao pudor, após edição da Lei nº 12.015/2009. Assim, versado foi sobre a descriminalização do tipo penal atentado violento ao pudor, a partir da lei em comento, e a aplicação da lei mais benéfica, aos casos de condenação do agente em concurso material de crimes, pelas práticas de estupro e atentado violento ao pudor anteriores à lei supra.

O Capítulo 4 adentrará no objeto de estudo deste trabalho, ao explanar o tipo penal do novo crime de estupro. Explicados foram os tipos penais misto de conteúdo alternativo e misto de conteúdo cumulativo, esclarecendo a diferença entre ambos e correlacionando ao tipificado no novo art. 213 do Código Penal. Desde já, demonstra-se que o primeiro importa em crime único por continuidade delitiva, implicando em cominação de uma única pena, no máximo um agravamento desta, em virtude da quantidade de atos praticados, o que beneficia o réu, nos casos em que este cometeu estupro e atentado violento ao pudor, num mesmo contexto fático; o segundo, em concurso material de crimes, pelo fato de, ainda que presente num mesmo tipo penal, a conjunção carnal e o atentado violento ao pudor, constituírem práticas de condutas infungíveis, ou seja, crimes distintos e autônomos num mesmo dispositivo legal. Nesse momento, foi apresentado o posicionamento da doutrina especializada sobre o tema.

O Capítulo 5, por fim, apresentará ao leitor o posicionamento dos tribunais brasileiros acerca do tipo penal do novo crime de estupro. Ver-se-á que se faz divergente o entendimento jurisprudencial no que tange à continuidade delitiva ou concurso de crimes quando se trata de penalizar as práticas das condutas prescritas no novo art. 213 do Código Penal.

## 1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO

Não é de hoje que a violência sexual é tratada com repúdio pela sociedade. Desde os primórdios das civilizações, crimes como estupro e atentado violento ao pudor eram punidos com elevado grau de rigorismo.

Nos tempos em que a lei maior era a “Lei de Moisés”, o homem que mantivesse relação com donzela e noiva de outro, receberia, juntamente com esta, a pena de morte por apedrejamento. Contudo, se o ato sexual com essa mesma mulher se desse fora dos portões da cidade, valendo-se o agente do emprego de violência, morreria apenas este. Sendo virgem a mulher, deveria o homem tomá-la como esposa e ainda pagar multa pecuniária ao seu pai.<sup>1</sup>

Ainda em tempos remotos, por volta do século XVIII antes de Cristo, a mais antiga codificação de leis - o Código de Hammurabi -, determinava a pena de morte àquele que violasse mulher pura. Em seu art. 130, estabelecia: “se alguém viola mulher que ainda não conheceu homem e viva na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre.” Vide que nesse caso, diferentemente do que ocorria com a Lei de Moisés, independente do local de ocorrência do crime, a mulher estaria isenta de penalidade.<sup>2</sup>

No direito canônico, o homem que mediante violência praticasse conjunção carnal com mulher virgem, receberia a maior de todas as penalidades: a pena capital, que consistia na morte por decapitação em praça pública.<sup>3</sup>

Seguindo a mesma rigidez na aplicação da pena, o direito romano castigava com pena de morte a prática de conjunção carnal com mulher virgem ou viúva honesta. Vale dizer, que o *stuprum*, como era denominado o crime pela lei romana, se praticado contra escravo, nenhuma penalidade consistia, já que escravo não era considerado gente, e sim coisa. Entretanto, se o escravo fosse agente do delito, receberia o mesmo castigo do cidadão romano. Já os nobres recebiam tratamento

---

<sup>1</sup> MARTINS, Cinara Marques. Crime de Estupro – Breves considerações acerca do crime de estupro... **Blogspot**, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://adrianoDireito.blogspot.com.br/2010/11/breves-consideracoes-acerca-do-crime-de.html>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

<sup>2</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>3</sup> PORTINHO, João Pedro Carvalho. História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos. **História e-história**, Rio Grande do Sul, 3 out. 2005 (atual.). Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

diferenciado quanto à prática criminosa, sofrendo apenas sanção de multa pecuniária.<sup>4</sup>

No antigo direito espanhol, o estupro era penalizado com pena capital e os parentes de vítima também poderiam matar o violador. Em igualdade, a pena de morte era conferida ao estuprador na Inglaterra. Todavia, com o decorrer dos anos, a penalidade foi substituída por furo nos olhos e a retirada de testículos do agente.<sup>5</sup>

O Código Penal Francês de 1810 trazia dois crimes relativos à violência sexual contra a mulher: o rapto violento e o estupro. No primeiro, o agente retirava a mulher de sua cidade para outra localidade, sem o consentimento desta e com o objetivo de abusá-la sexualmente. No segundo, o agente utilizava de sua força para praticar conjunção carnal com a vítima. Nesse caso, inexistia remoção da ofendida para outro local. Apenas em 1910, o Código Penal Francês deixou de tratar os delitos acima como de natureza comum, ou seja, crimes de cunho sexual. A partir de então, o crime de rapto relaciona-se apenas à subtração de menor, em nada correspondendo ao crime de estupro.<sup>6</sup>

## 1.2 EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL PÁTRIA

O Brasil Colonial foi regido pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas.

Nas Ordenações Afonsinas (1500-1514), o crime de estupro era punido com a morte. Ainda que o ofensor viesse a se casar com a vítima por vontade desta, fosse homem de bem ou tivesse *status* na sociedade, não poderia escapar da punição. Somente a graça especial do rei poderia eximi-lo de seu castigo. Aquele que instigasse alguém à prática criminosa incorria na mesma penalidade.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> GUSMÃO, Chrysólito de. apud GUIMARÃES, Caroline Barbosa. Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual... Brasília: UNIDF, 2011, p. 17. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032321.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

<sup>5</sup> PORTINHO, João Pedro Carvalho. História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos. **História e-história**, Rio Grande do Sul, 3 out. 2005 (atual.). Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

<sup>6</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávoro de. A Mulher como sujeito ativo no crime de estupro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 4 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.24881&seo=1>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

Não diferente, a pena de morte para o crime de estupro era prescrita nas Ordenações Manuelinas (1514-1603). Nelas, o homem que mediante violência viesse a se deitar com qualquer mulher, não importando se virgem, casada, prostituta ou mesmo escrava, receberia a pena máxima. O casamento com a ofendida e a classe social do agente também não constituíam preceitos para isenção da pena, assim como mesma penalidade recebia quem incitasse outrem à prática delitiva. O diferencial entre as Ordenações estava no fato de que, sendo a vítima prostituta ou escrava, deveria a execução da pena se dar por Decreto, recebendo o agente a punição somente após ciência da mesma.<sup>8</sup>

As Ordenações Filipinas (1603-1830) propunha como estupro, o abuso sexual contra mulher virgem. Inicialmente, a penalidade a ser aplicada era a de casamento da vítima com o seu ofensor. Se o casamento restasse impossibilitado, deveria o ofensor pagar um dote para a ofendida. Não tendo recursos o agente, receberia a pena de humilhação e flagelo.<sup>9</sup>

Nota-se que o nobre não sofria tal penalidade, já que dispunha de recursos para oferecer o dote, todavia não ficava impune. Recebia a pena de degredo, isto é, deveria compulsoriamente retirar-se de sua terra por tempo determinado ou não. Posteriormente, o estupro obtido com violência foi inserido no Título XVIII e passou a ser penalizado com a pena de morte, independente da classe social do ofensor ou se o mesmo viesse a se casar com a vítima.<sup>10</sup>

Estas últimas Ordenações, refletiam o direito penal a partir de preceitos religiosos, concebendo o crime como ato extremo de pecado e inferindo ao agente o temor pelo castigo. Assim, penas severas e de crueldade eram aplicadas àqueles que transgrediam o ordenamento vigente.<sup>11</sup>

Heleno Cláudio Fragoso descreve o rigorismo das penalidades estabelecidas pelas Ordenações Filipinas, dentre as quais a morte por enforcamento e a queima do réu vivo. Vide:

---

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávaro de. A Mulher como sujeito ativo no crime de estupro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 4 set. 2009. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.24881&seo=1>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

<sup>9</sup> PORTINHO, João Pedro Carvalho. História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos. **História e-história**, Rio Grande do Sul, 3 out. 2005 (atual.). Disponível em:

<<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

<sup>10</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>11</sup> FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 24.

A legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação penal de sua época. A morte era a pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldades. Eram previstas: a pena de morte natural (enforcamento no pelourinho, seguindo-se o sepultamento); morte natural cruelmente (que dependia da imaginação do executor e do arbítrio dos juizes); morte natural pelo fogo (queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote); morte natural para sempre (enforcamento, ficando o cadáver pendente até o apodrecimento). Havia ainda penas infamantes, mutilações, confisco de bens e degredo. As penas dependiam da condição dos réus e empregava-se amplamente a tortura. O sentido geral dessa legislação é o da intimação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião. Muitos delitos constituem incriminações fundadas em ridículas beatices.<sup>12</sup>

Os atos violentos ao pudor eram tidos como pecados extraordinários, uma vez que o objetivo da relação sexual da época era a procriação. Destarte, os comportamentos sexuais “contra a natureza”, como eram assim denominados os que não se relacionavam à geração de prole, eram vistos com repúdio pela igreja católica. Assim, para tais comportamentos, as Ordenações Filipinas previam desde confisco de bens e multas, até a morte por fogo até que o réu fosse convertido em pó.<sup>13</sup>

No Brasil Império, o crime de estupro foi tipificado no primeiro conjunto de leis penais brasileiras: o Código Criminal do Império. O *codex* reservou o Capítulo II – Dos Crimes Contra a Segurança da Honra, Seção I, artigos 219 a 225, para tratar especificamente do estupro e demais crimes sexuais. Veja-se:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.

Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento.

Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

<sup>12</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 70-71.

<sup>13</sup> FAYET, Fabio Agne. op. cit., p. 25-26.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.<sup>14</sup>

Como se vê, a definição propriamente dita do que seria o crime de estupro, veio no artigo 222, que o tratou como a conjunção carnal realizada pelo uso da força ou ameaça contra mulher pura ou prostituta.

Percebe-se que o Código Imperial, no que tange à medida da pena, punia com rigorismo maior o crime perpetrado contra mulher honesta, todavia não deixando de castigar aquele que, valendo-se do uso da força, praticasse relação sexual com meretriz.

Igualmente, observa-se que o crime hoje nominado atentado violento ao pudor foi recepcionado pelo Código do Império, no art. 223. Evidencia-se que a diferença entre os tipos penais residia na realização ou não da cópula carnal. Ambos os crimes tem como sujeito passivo a mulher, entretanto a offensa pessoal para fim libidinoso recebia pena mais branda.<sup>15</sup>

Pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, adveio o Código Criminal da República, que, dentre outros, inovou ao abolir de seu texto as penas cruéis e de morte e estabeleceu prazo limite para o cerceamento da liberdade individual do homem.

Os artigos 43 e 44 do Código Criminal da República, assim classificaram os tipos de pena a partir de então admissíveis:

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 16 de dezembro de 1830. Manda Executar o Código Criminal. **CLBR**, 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2012.

<sup>15</sup> FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29.

Art. 43. As penas estabelecidas neste código são as seguintes:

- a) prisão cellular;
- b) banimento;
- c) reclusão;
- d) prisão com trabalho obrigatorio;
- e) prisão disciplinar;
- f) interdicção;
- g) suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro;
- h) multa.

Art. 44. Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos.<sup>16</sup>

O novo diploma reservou lugar especial para tratar dos delitos sexuais. O Título VIII – Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, Capítulo I, artigos 266 a 269, delineava os contornos dos crimes de violência carnal, conforme se vê:

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude:

Pena - de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena - de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.

Nota-se que a definição do crime de estupro veio no art. 269, sendo a violência de qualquer espécie realizada contra a mulher e com fito de abusá-la

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

sexualmente. Para configuração do crime, a violência poderia ser de qualquer natureza, desde que impossibilitasse a vítima de oferecer resistência ou defender-se do ato.

Acerca da aplicação da pena, a mesma não era imposta a qualquer tipo de mulher. Se a mulher fosse pura ou não, contudo honesta, o agente do delito receberia pena maior, que consistia em prisão celular de um a seis anos. Se o crime se desse contra mulher pública ou meretriz, a pena era reduzida consideravelmente: de seis meses a dois anos. O Código Criminal estabeleceu uma qualificadora aos casos de estupro com concurso de agentes. Nesse caso, a penalidade imposta receberia acréscimo de um quarto.

O atentado violento ao pudor se faria pela primeira vez claro num dispositivo legal. Assim, o art. 266 determina penalidade severa àquele que, com vistas a satisfazer sua lascívia ou por depravação moral, atentar contra o pudor de alguém, seja homem ou mulher, pelo uso de violência ou ameaças. O agente do crime em questão receberia a mesma penalidade daquele que comete estupro com mulher honesta, ou seja, de um a seis anos de prisão celular. Importa destacar, que a mesma penalidade incorria aquele que praticasse ato libidinoso com menor ou o corrompesse.

Pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, foi instituído um novo Código Penal. O Código Penal de 1940 representou um grande avanço técnico em relação à codificação de leis até então vigentes. O rol excessivo de penalidades determinadas pelo outrora Código Criminal, cedeu espaço para apenas três espécies de penas: as de reclusão, detenção ou multa; posteriormente alteradas pela Lei nº 7.209/84, para penas restritivas de liberdade, restritivas de direito e de multa.

No que diz respeito aos crimes sexuais, o Título VI – Dos Crimes Contra os Costumes, Capítulo I, artigos 213 e 214, tratava especificamente dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, como se demonstra:

**Estupro**

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

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990)

Pena - reclusão de quatro a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996)

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

**Atentado violento ao pudor** (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)<sup>17</sup>

Em seu texto, o Código Penal de 1940 deixou claro o tipo de abuso que constituía o crime de estupro, ou seja, restaria consumado o delito com o constrangimento da vítima à prática de conjunção carnal. Por tal razão, a mulher era o único sujeito passivo do crime e o homem, o ativo.

Em relação ao atentado violento ao pudor, o crime se daria com o constrangimento da vítima à prática de atos libidinosos diferentes da conjunção carnal. Nesse caso, homem e mulher poderiam ser sujeitos ativos e passivos do delito. Aqui, por ato libidinoso, entende-se todo aquele que visa à satisfação da lascívia do agente e não relacionado à cópula vagínica.

As penalidades impostas às práticas de estupro e o atentado violento ao pudor, inicialmente, eram diferenciadas, recebendo este último tratamento mais brando em relação ao primeiro, quando da aplicação da pena. Contudo, a Lei nº 8.072/90 - Lei de Crimes Hediondos elevou o estupro e atentado violento ao pudor ao grupo de crimes de repulsão mais elevada para o Estado e sociedade. A partir de então, o agente que cometesse um delito ou o outro, receberia a pena de reclusão mínima de 6 anos e máxima de 10 anos.

A Lei nº 12.015/2009, dentre outros interesses, pôs fim às controvérsias que existiam em torno dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Inovou ao fundir num único dispositivo legal as condutas de ambos os crimes, ao conferir ao homem a possibilidade de ser sujeito passivo do crime e ao separar local especial para tratar do estupro contra vulnerável - o art. 217-A.

<sup>17</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RS, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 4 out. 2012.

Análise pormenorizada das principais modificações trazidas pela supracitada lei será realizada nos capítulos a seguir.

## 2 A LEI Nº 12.015/2009 E O NOVO CRIME DE ESTUPRO

A partir deste momento, abordaremos a nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual, destacando ao leitor as principais alterações trazidas ao crime de estupro até então vigente. Nesse momento, aspectos relevantes sobre o delito, também serão apresentados, para que, mais adiante, possa-se com clareza compreender da possibilidade ou não de concurso material de crimes de estupro e atentado violento ao pudor após edição da Lei de Estupro.

Destarte, foi com o objetivo de atender a realidade social vigente relativa à dignidade sexual da pessoa humana, foi promulgada em 7 de agosto de 2009, a Lei nº 12.015. Os tipos penais outrora descritos no Título VI, do Código Penal brasileiro (CP), como “crimes contra os costumes”, passaram a integrar o rol dos “crimes contra a dignidade sexual” do homem e da mulher, formalmente adequado ao preceito da dignidade da pessoa humana, insculpido na Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Do texto de justificativa da Lei nº 12.015/2009, destaca-se a necessidade de adequação às situações de abuso à liberdade sexual do indivíduo, tipificados em 1940, aos novos anseios da sociedade.

Era preciso a criação de uma lei que atendesse a realidade social, no que tange às formas de abuso e violência sexual cometidos pelo indivíduo, e assegurasse penalidade rigorosa aos atentados sexuais cometidos contra criança e adolescente.

Segue trecho da justificativa:

Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes, resultando, nesse caso, no descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, §4º, de que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

Dentre os dispositivos alterados no Código Penal pela referida lei e que a este estudo importa para análise, está o art. 213, que assim passou a ser redigido:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).<sup>18</sup>

Evidencia-se que a nova redação dada ao *caput* do art. 213 do Código Penal é uma junção dos tipos penais descritos anteriormente nos artigos 213 e 214, que tratavam sobre o estupro e o atentado violento ao pudor, respectivamente.

Destarte, a partir da entrada em vigor da lei em comento, qualquer ato forçado cerceador da liberdade sexual de alguém configura estupro, tornando-se dispensável a comprovação da cópula vagínica à configuração do crime. Assim, o novo delito de estupro abarca a conjunção carnal e os atos libidinosos, aqueles que visam à satisfação dos desejos lascivos do agente, como o sexo oral ou o anal, por exemplo.

Um ponto de destaque, em princípio, é que até a edição da Lei nº 12.015/2009, o sujeito passivo do crime era a mulher, apenas. Para ser considerado estupro, era preciso haver a confirmação de que, de modo violento ou por grave ameaça, houvera conjunção carnal, a introdução do pênis do homem na cavidade vagínica da mulher, mesmo que incompleta. Pela razão de não possuir a genitália masculina, impossível era que a mulher pudesse ser sujeito ativo do crime de estupro.

A Lei nº 12.015/2009, com a redação “constranger alguém [...] a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, conferiu a qualquer pessoa o *status* de sujeito ativo do crime. Desta feita, por tornar desnecessária a conjunção

<sup>18</sup> 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2)>. Acesso em: 22 mar. 2012.

carnal para a tipificação do estupro, bastando a realização de atos libidinoso obtidos por violência ou grave ameaça, a mulher também passou a ser sujeito ativo do crime, e o homem, sujeito passivo.

Nesse sentido, leciona Rogério Cunha:

Antes da Lei nº 12.015/2009, ensinava a doutrina que o crime de estupro era bi-próprio, exigindo condição especial dos dois sujeitos, ativo (homem) e passivo (mulher). Agora, com a reforma, conclui-se que o delito é bi-comum, onde qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal.<sup>19</sup>

Ainda sobre o tema, Guilherme Nucci discorre o novo crime de estupro como:

o ato pelo qual o indivíduo abusa de seus recursos físicos ou mentais para, por meio de violência, conseguir ter conjunção carnal com a sua vítima, qualquer que seja o seu sexo. (grifo próprio).<sup>20</sup>

A respeito do assunto, em um de seus votos, a Ministra Relatora Laurita Vaz cita a justificativa do novo crime de estupro presente no Projeto de Lei nº 253, apresentado ao Senado em 2004, pelo senador Demóstenes Torres, e que ensejou a criação da Lei nº 12.015/2009. O Projeto conferiu nova redação ao art. 213, criando um novo tipo penal que não restringe o abuso sexual apenas à mulher. Para o senador, a nova redação do art. 213, dentre outros:

[...] não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino. Seria a renovada definição de estupro (novo art. 213 do CP), que implica constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele/ela se pratique outro ato libidinoso. A nova redação pretende também corrigir outra limitação da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, que a jurisprudência entende como sendo ato sexual vaginal. (grifo próprio).<sup>21</sup>

Em sendo assim, a lei em referência conferiu também ao homem a possibilidade de ingressar com ação penal, se este atentado sofrer contra sua

<sup>19</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 200** – e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 901.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 78667/SP. Quinta Turma. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 22 jun. 2010.

dignidade e liberdade sexual, pelas condutas tipificadas no art. 213. Logo, é possível afirmar que o sujeito ativo e o passivo do crime de estupro, atualmente, podem ser o homem ou a mulher, indistintamente.

## 2.1 BEM JURÍDICO TUTELADO

O bem jurídico resguardado continua sendo o mesmo do tipo penal previsto no Código Penal de 1940, ou seja, a liberdade sexual da vítima, além de sua integridade física. Contudo, a Lei nº 12.015/2009 trouxe inovação ao ampliar o rol de agentes receptores dessa tutela legal, hoje homem e mulher, conforme já tratado.

Para Fernando Capez, a nova lei definiu estupro como qualquer ato destinado à satisfação da volúpia de alguém, com ou sem conjunção carnal, e ampliou sua tutela legal, ao salvaguardar a liberdade sexual tanto da mulher como do homem.<sup>22</sup>

Sobre a salvaguarda da liberdade sexual do homem e da mulher, preleciona Rogério Cunha que até mesmo aquelas pessoas que expõem financeiramente seus corpos ao sexo, tem o direito de dispor de sua sexualidade com quem eleger para tal. Veja-se:

Até a prostituta pode ser vítima do delito. O bem jurídico protegido é a dignidade sexual do ofendido, é o direito de dispor do corpo, a tutela do critério de eleição sexual de que goza na sociedade. É direito seu que não desaparece mesmo quando se dá a vida licenciosa, pois, nesse caso, ainda que mercadejando com o corpo, ele conserva a faculdade de aceitar ou recusar o parceiro que o solicitou.<sup>23</sup>

Assim sendo, a liberdade sexual do indivíduo relaciona-se ao modo livre que este tem de dispor do seu corpo, para fins sexuais, da maneira que melhor lhe aprouver, conforme os seus desejos. Ou seja, no momento que lhe for conveniente e com a pessoa que escolher para tal desígnio.<sup>24</sup>

Consequentemente, a liberdade sexual do homem e da mulher é bem maior e não lhes pode ser tolhido. Para tanto, o diploma penal incrimina as praticas

<sup>22</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, v. 3, p. 25.

<sup>23</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009** – e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

<sup>24</sup> PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 599.

violadoras da liberdade sexual do indivíduo, primeiro por atentarem contra sua dignidade, preceito constitucional de observância máxima, segundo pelos danos físicos e psicológicos gerados à vítima, muitas vezes de natureza irreversível.

## 2.2 ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO NOVO TIPO PENAL

O elemento objetivo do novo crime de estupro consiste na ação de “constranger” a vítima, sob violência ou grave ameaça, à prática de ato sexual ou libidinoso com esta.

Os modos de execução à prática delitiva, como se vê, é a violência, que necessariamente será de ordem material, através do uso da força física, capaz de impedir a relutância da vítima; ou grave ameaça, espécie de violência moral que coloca a vítima numa situação em que esta se vê coagida a ceder à prática criminosa do agente.

Nesse sentido, há quem sustente que a resistência da vítima ante o constrangimento sofrido deve ser notória e durável, tal qual dizeres de Paulo José da Costa Junior:

O dissenso da vítima deverá ser irretorquível e sincero, positivo e militante, extravasando-se numa resistência inequívoca. A vítima não poderá aderir, em momento algum, ao ato da lascívia. Deverá opor-se, decididamente, enquanto dispuser de forças [...].<sup>25</sup>

Prosseguindo, o entendimento da doutrina é de que, à configuração do elemento objetivo, inexistente necessidade de contato físico entre agressor e vítima. Assim, por exemplo, se o ofendido, mediante violência ou grave ameaça, é constrangido a masturbar-se, somente para que o agente deleite-se com o ato, restará configurado o elemento objetivo do tipo, assim consumando o crime de estupro.<sup>26</sup>

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, sabe-se que este reside no dolo do agente, na vontade consciente deste em praticar as ações penais tipificadas.

<sup>25</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal** – Curso completo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 503.

<sup>26</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2000** – e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

Ainda que existam doutrinadores que apregoem a necessidade do dolo direto, ou seja, a finalidade específica do autor em praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com a vítima, a grande maioria caminha na esteira de que, no novo crime de estupro, inexistente necessidade de finalidade específica do agente em satisfazer a sua lascívia. Assim, faz-se irrelevante a razão que deu ensejo à prática delitiva.<sup>27</sup>

Desta maneira, pode o autor ter em sua consciência qualquer outra intenção, como humilhar a vítima, vingar-se, ou outro propósito qualquer, e valer-se da conjunção carnal ou de atos diferentes desta, mas de cunho sexual, para concretizar seu ideal de ofensa à vítima.<sup>28</sup>

### 2.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Diz-se de um crime consumado quando nele se reúnem todos os elementos constantes em sua definição legal (art. 14, I/CP).

Assim, no novo crime de estupro, a consumação se dará com a prática forçada do primeiro ato libidinoso, tal qual lição de Fabio Fayet:

[...] o delito de estupro consuma-se com o efetivo constrangimento ao primeiro ato de libidinagem envolvendo a vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, suficiente para afetar a liberdade sexual individual da vítima, independentemente da intenção do agente ser a conjunção carnal ou apenas a prática de atos libidinosos.<sup>29</sup>

Deste modo, a consumação do novo estupro independe da finalidade libidinoso em si, bastando apenas que exista constrangimento ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, qual seja a liberdade sexual da vítima em dispor de seu corpo da forma que lhe agrada, para que reste configurada a prática do crime.

No que tange à tentativa, esta ocorrerá quando, iniciada a execução do crime, este não puder ser consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente. (art. 14, II/CP).

No novo delito de estupro, a tentativa restará configurada mesmo quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, constranger a vítima a atos que

<sup>27</sup> ESTEFAM, André. **Crimes sexuais** – Comentários à Lei n. 12.015/2009. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39-40.

<sup>28</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>29</sup> FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 72.

satisfaçam a sua lascívia, e contudo não conseguir executar as ações por razões que fogem à sua vontade. É o caso do autor que força a vítima a se despir para que possa masturbar-se diante de sua nudez e seja surpreendido por terceiro que chegue ao local no momento. *In casu*, o crime foi iniciado, mas não efetivamente consumado, por circunstâncias alheias que impediram o agente a tal.

## 2.4 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

A penalidade para quem comente o crime de estupro será aumentada em um quarto, se o delito for perpetrado por duas ou mais pessoas; ou à metade, se for praticado por ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor, por empregador da vítima ou qualquer outra pessoa que tenha outro vínculo de autoridade sobre ela. (art. 226, I e II/CP).

Também será aumentada à metade, se a prática delituosa resultar em gravidez da vítima. (art. 234-A, III/CP).

Ainda sobre o tema, a Lei nº 12.015/2009 inovou ao incluir aos casos de aumento de pena, aqueles em que o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. À situação, a penalidade sofrerá acréscimo de um sexto à metade da pena inicialmente aplicada. (art. 234-A, IV/CP).

## 2.5 FORMAS QUALIFICADORAS DO CRIME DE ESTUPRO

O novo delito de estupro possui duas formas qualificadoras, que somadas à penalidade prevista no tipo, acarretam em circunstâncias que estabelecem novas penalidades ao crime.<sup>30</sup>

A penalidade para o agente que comente estupro varia de 6 a 10 anos. Contudo, se o resultado da conduta delituosa resultar em lesão corporal de natureza grave ou se o crime for cometido contra menor entre 14 e 18 anos, a pena será de reclusão 8 a 12 anos. Ao acarretar o resultado a morte da vítima, a penalidade será ainda maior, variando de 12 a 30 anos de reclusão.

---

<sup>30</sup> FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 81.

Tais qualificadoras estão previstas nos §§ 1º e 2º/CP. Veja-se:

Art. 213. [...]

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Veja-se que o § 1º/CP estabelece duas situações que darão tratamento diferenciado quando da aplicação da pena ao sujeito que comete estupro: o resultado da conduta, no caso lesão corporal de natureza grave, ou a idade da vítima, aos casos de crime praticado contra menor de 18 anos e maior de 14.

No § 2º, a situação que trará agravamento à pena, é o resultado morte da prática criminosa. Aqui, no fito de punir com o devido rigor, a gravidade do crime.

José Leal e João Leal informam sobre a norma incriminadora em vítima menor:

A norma incriminadora também terá incidência sempre que o agente atuar na dúvida sobre a idade da vítima, porque neste caso tem ele o dever de se informar sobre o elemento normativo fático deste grave tipo penal qualificado. No entanto, a qualificadora desaparecerá sempre que o agente atuar mediante erro inevitável sobre a circunstância fática aqui examinada.<sup>31</sup>

A qualificadora objetiva ocorrerá quando o crime de estupro for cometido contra vítima maior de 14 e menor de 18 anos de idade, mas, observado erro inevitável quanto à idade do menor, a qualificadora poderá ser afastada.

## 2.6 AÇÃO PENAL

Até o advento da Lei nº 12.015/2009, a regra era a utilização da ação penal privada para os delitos previstos nos capítulos I e II do Código Penal. A ação poderia

<sup>31</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo Tipo Penal de Estupro: Formas Típicas Qualificadas e Concurso de Crimes. **UFSC**, mar. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/novo-tipo-penal-de-estupro-formas-t%C3%ADpicas-qualificadas-e-concurso-de-crimes>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

ser pública condicionada à representação da vítima. Seria incondicionada, se o crime tivesse sido cometido com abuso do pátrio poder ou mediante violência real.<sup>32</sup>

Todavia, com o advento da lei em exame, infere-se que a ação penal no crime de estupro é condicionada à representação do ofendido, conforme artigo 225/CP. Entretanto, quando se trata de estupro de menor de dezoito anos ou de vulnerável, a ação é pública e incondicionada.<sup>33</sup>

Nesse sentido, dispõe o artigo 225/CP:

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.

Na mesma esteira, a Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal (STF), assim dispõe: “Estupro - Violência Real - Ação Penal: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”<sup>34</sup>

Quanto à forma de ação penal, Guilherme Nucci traz o seguinte ensinamento:

Em primeiro lugar, deve-se salientar a alteração da política criminal no cenário dos crimes sexuais. Afasta-se a ação penal privada, que dava ensejo a argumentos de proteção a intimidade, evitando-se o escândalo do processo. Em segundo lugar, toda a ação passa a ser pública condicionada à representação, o que confere, aos crimes sexuais, maior coerência. Se a vítima quer preservar sua intimidade, sendo pessoa adulta capaz, basta não representar. Porém, fazendo-o, caberá ao ministério público agir. Por outro lado, elimina-se a discussão sobre o estado de pobreza da pessoa ofendida, continuando-se a tutelar, como maior ênfase, o vulnerável.<sup>35</sup>

Destarte, quando se tratar de vítima maior de idade, o Ministério Público (MP) terá legitimidade para propor a ação penal, contanto que a vítima registre ocorrência policial e queira dar continuidade à ação. Em se tratando de vítima menor,

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 179.

<sup>33</sup> QUEIROZ, Paulo. Ação penal no atual crime de estupro. **Jus Vigilantibus**, set. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41870>>. Acesso em 10 mai. 2012.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 608**. Brasília, DF, 17 out. 1984. DJ, 29, 30 e 31 out. 1984. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0608.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0608.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2012.

<sup>35</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 62.

independente de sua vontade, o MP terá legitimidade total para dar início à ação penal e prosseguir com o feito.

## 2.7 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ART. 217 A

A doutrina classifica como vulnerável os menores de quatorze anos e os que possuam alguma deficiência ou enfermidade mental. Estes não possuem discernimento da prática de seus atos, não tendo, portanto, como oferecer real resistência.<sup>36</sup>

A Lei nº 12.015/2009 inovou ao inserir no Código Penal o art. 217-A, que tipifica o crime de “Estupro de Vulnerável”, *ad litteris*:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Percebe-se que os crimes praticados contra vulneráveis tem sua pena agravada, em virtude da ausência de discernimento mental da vítima para tomada de decisões relativas ao ato sexual, no momento de sua prática.

Em se tratando de estupro de vulnerável, convém anotar o exemplo oferecido por Guilherme Nucci, para quem:

A pessoa menor de 14 anos, diante da flagrante imaturidade, não tem condições de discernir a respeito do caminho ideal a seguir, quando decide manter uma relação sexual. Ainda que consinta no ato, portanto, presume a

<sup>36</sup> ESTEFAM, André. **Crimes sexuais** – Comentários à Lei n. 12.015/2009. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57- 58.

lei que o fez sem aquiescência válida. Ora, se não podia consentir, logo o ato foi violento (contra a vontade válida da vítima). (grifo próprio).<sup>37</sup>

Destarte, fato de importante destaque é que, diferente do estupro previsto no art. 213/CPB, que tem como requisitos indispensáveis o emprego de violência ou grave ameaça e o não consentimento da vítima à prática sexual, a configuração do crime de estupro contra vulnerável ocorre mesmo com a anuência da vítima para o ato.

Nota-se que a proteção penal no contexto sexual se estende aos incapazes de exteriorizar seu consentimento racional e seguro de forma plena. Para tais situações, não se apropria uma tipificação com base no modelo comum, isto é, a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso diverso obtido com violência ou grave ameaça. Necessário se fez um tipo penal diferenciado, com vista à proteção daqueles que possuem discernimento limitado e natural incompreensão da prática de seus atos.<sup>38</sup>

Assim sendo, independe da ação “constranger alguém” com violência ou grave ameaça a fim de que com esta realize prática sexual, para restar comprovado o novo crime previsto no art. 217-A do Código Penal.

No que tange à ação penal, sendo a vítima vulnerável, a ação será pública e incondicionada.

Segundo Francisco Afonso Jawsnicker:

Antes da Lei nº. 12.015/09, a regra era a ação penal privada, exercida mediante queixa, salvo duas exceções, uma de ação pública condicionada à representação (“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”), outra de ação pública incondicionada (“se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”). Hoje, a regra é a ação penal pública condicionada à representação (art. 225, *caput*), salvo uma exceção, pois a ação é pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (art. 225, parágrafo único).<sup>39</sup>

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 838.

<sup>38</sup> Idem. **Crimes contra a dignidade sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

<sup>39</sup> JAWSNICKER, Francisco Afonso. Crimes contra a dignidade sexual: panorama Geral da Reforma. **Juris Way**, ago. 2009. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=2715](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2715)>. Acesso em: 10 mai. 2012.

Sobre o bem jurídico tutelado, buscou o Código Penal resguardar a liberdade sexual e o pleno desenvolvimento do vulnerável, pelo fato deste não possuir força ou entendimento para resistir às ações de violência contra a sua dignidade sexual. Desta feita, é preciso que haja uma proteção especial por parte do Estado a esse grupo de pessoas.<sup>40</sup>

Ney Moura Teles complementa:

A sexualidade é um dos mais importantes atributos do ser humano, que só pode ser exercida segundo a livre vontade da pessoa, qualquer pessoa. Se a pessoa não pode exercer sua vontade, por não entender ou por não ter meios para resistir, deve ser protegida.<sup>41</sup>

O sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável é aquele que com este comete conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, independentemente se a prática se dá ante violência ou grave ameaça. Já o sujeito passivo, é o menor de quatorze anos, ou o maior de qualquer idade, desde que não detenha capacidade de discernir ou resistir ao ato.<sup>42</sup>

Sobre a conduta do agente, André Estefam adiciona o seguinte comentário:

A conduta típica consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso contra pessoa vulnerável. No caput, o objeto material é a pessoa menor de 14 anos. Cuida-se de crime de forma livre, que admite, portanto, qualquer meio executório (inclusive a fraude). Não importa, ademais, se houve ou não consentimento para a prática do ato sexual. Se o agente se utilizar de violência ou grave ameaça contra a vítima, deverá tal circunstância ser considerada na dosagem da pena.<sup>43</sup>

Guilherme Nucci explica que em todos os casos, seja menor de quatorze anos, enfermo ou deficiente mental, existirá o dolo do agente, pois esse deverá ter ciência do ato cometido contra pessoas que estão descritas no artigo 217-A/CP.<sup>44</sup>

Para o autor:

<sup>40</sup> ESTEFAM, André. **Crimes sexuais** – Comentários à Lei n. 12.015/2009. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

<sup>41</sup> TELES, Ney Moura. Estupro de vulnerável. **Blogspot**, abr. 2010. Disponível em: <<http://neymourateles.blogspot.com.br/2010/04/estupro-de-vulneravel.html>>. Acesso em: 11 mai. 2012.

<sup>42</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>43</sup> ESTEFAM, André. op. cit., p. 64.

<sup>44</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

Quanto a enfermidade ou deficiência mental, em verdade, o legislador foi além, inserindo fatores de relativização da incapacidade de consentimento para o ato sexual. Mencionou, em relação ao enfermo ou deficiente mental: “não tem o necessário discernimento para a prática do ato”. Quer-se dizer, ao contrário *sensu*, ser possível a prática da relação sexual, desde que, para tanto, o enfermo ou deficiente mental manifeste consentimento válido.<sup>45</sup>

Importa anotar, que ainda que um deficiente mental seja incapaz para a prática de ato sexual, poderá ser possível que manifeste real consentimento, não enquadrando o agente no artigo 217-A.

Ante casos como este, a pena poderá reforçar a afirmação ou ideia de que a vulnerabilidade, às vezes, poderá ser relativa, pois o agente poderá expor prova em contrário, ou seja, poderá demonstrar que o parceiro, ainda que classificado como vulnerável, poderia ter maturidade sexual e consciência plena durante a propositura do ato.<sup>46</sup>

Sobre a gravidade do crime, o estupro de vulnerável é considerado crime hediondo, conforme artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072/1990, que institui:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994):

[...]

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).<sup>47</sup>

A penalidade para quem comente o crime em comento, é a seguinte:

Art. 217-A. [...].

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (**VETADO**) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

<sup>46</sup> ESTEFAM, André. **Crimes sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

<sup>47</sup> BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 11 mai. 2012.

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Veja-se que as qualificadoras estão previstas nos §§ 2º e 3º do artigo supra. Assim, se da conduta do agente que perpetrou estupro contra vulnerável advir lesão corporal de natureza grave, a penalidade, que poderia ser de 8 a 15 anos de reclusão, passará a ser de 10 a 20 anos, por conta do resultado. Se dela derivar a morte da vítima, a pena será agravada para o mínimo de 12 e máximo de 30 anos de reclusão.

Nesse caso, diante da morte da vítima, o agente do delito será punido exclusivamente na forma dolosa, baseando-se na voluntariedade e na consciência do agente, e na vulnerabilidade do ofendido.

Vale aqui dizer, que o estupro de vulnerável é também admitido nas formas consumada ou tentada. Destarte, o crime restará consumado quando o agente realizar, de forma integral, as condutas descritas no tipo penal. Será tentado, quando o agente iniciar a prática dos atos lascivos, mas não puder concluí-los, por conta de situações alheias à sua vontade.<sup>48</sup>

Em tempo, cumpre dizer que o crime é doloso e não há existência de sua forma culposa, portanto, é um crime comum, de forma livre, admitindo apenas a tentativa.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> ESTEFAM, André. **Crimes sexuais** – Comentários à Lei n. 12.015/2009. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev. e atual. São Pailo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

### 3 O NOVO CRIME DE ESTUPRO E A SITUAÇÃO DO OUTRORA TIPO PENAL ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Na seara do crime de estupro, algumas discussões foram suscitadas, após edição da Lei nº 12.015/2009. Até então, estupro e atentado violento ao pudor eram condutas distintas, tipificadas em dispositivos próprios.

A partir da criação do referido diploma legal, as condutas relativas à conjunção carnal (outrora estupro) e atos libidinosos diversos (atentado violento ao pudor), foram realocadas a um único local, agora previstas na redação do novo art. 213, do Código Penal.

Tal prática abriu precedentes para duas grandes discussões. A primeira, relativa à descriminalização do crime de atentado violento ao pudor. A segunda, diz respeito à aplicação da lei mais benéfica, uma vez que, estando a partir de agora ambas as condutas tipificadas em um único dispositivo, os que foram condenados pela prática dos dois delitos antes da edição da Lei nº 12.015/2009, devem ser beneficiados com aplicação da lei mais benéfica, já que a nova norma penal prevê apenas uma sanção para o agente que perpetra as condutas ali tipificadas.

Destarte, esse capítulo busca explorar o parecer doutrinário-jurisprudencial acerca dessas discussões e o porquê de sua existência.

#### 3.1 DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DE *ABOLITIO CRIMINIS* DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

A primeira discussão proveniente da edição da Lei nº 12.015/2009, é a descriminalização do tipo penal previsto no art. 214 do Código Penal, que tratava do atentado violento ao pudor, revogado pela lei supra. Vide:

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: (Revogado pela L-012.015-2009)  
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Alterado pela L-008.072-1990)

Com a revogação do aludido dispositivo, as condutas nele previstas foram realocadas ao novo art. 213, como se vê:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Alterado pela L-012.015-2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Alterado pela L-008.072-1990) (Alterado pela L-012.015-2009) (grifo próprio).

A chamada descriminalização do atentado violento ao pudor acima mencionada é também denominada *abolitio criminis*, que, de acordo com Danilo Christófarro, vem a ser:

a transformação de um fato típico em atípico, onde determinada conduta antes tipificada como crime, perde a tipicidade em razão de nova lei que a torna fato atípico.<sup>50</sup>

A ocorrência da *abolitio criminis* é assim descrita por Jorge André Jobim:

a “abolitio criminis” ocorre quando uma lei nova descriminaliza um fato anteriormente definido como crime. Teremos então uma lei penal benéfica ao réu e, conseqüentemente, ela deverá ser aplicada desde sua entrada em vigor, inclusive, retroagindo para alcançar os fatos anteriores com o intuito de favorecer o réu, mesmo que já apreciados pelo Poder Judiciário.<sup>51</sup>

A partir da edição da lei em comento, muitos advogados passaram a valer-se da *abolitio criminis* do tipo penal previsto no art. 214/CP, como tese de defesa de seus clientes. Tais defensores sustentam seus pedidos com supedâneo no art. 107, III, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;<sup>52</sup>

<sup>50</sup> CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. O que se entende por *abolitio criminis*? **LFG**, 18 mai. 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1068598/o-que-se-entende-por-abolitio-criminis>>. Acesso em: 5 mai. 2012.

<sup>51</sup> JOBIM, Jorge André Irion. Atentado violento ao pudor e o princípio da continuidade normativo-típica. **Blogspot**, Rio Grande do Sul, 9 jan. 2010. Disponível em: <<http://jobhim.blogspot.com.br/2010/01/atentado-violento-ao-pudor-e-o.html>>. Acesso em: 5 mai. 2012.

<sup>52</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 5 mai. 2012.

Apesar das tentativas de beneficiar os agentes de práticas libidinosas diversas da conjunção carnal, com a arguição da *abolitio criminis* pela revogação do art. 214/CP, tem a doutrina entendido que não houve, com a edição da Lei nº 12.015/2009, a exclusão do tipo penal outrora previsto como atentado violento ao pudor, e sim uma “aglutinação” de tipos, hoje previstos num único artigo, o art. 213 do Código Penal.

Nesse diapasão, lecionam Luiz Flávio Gomes e Antônio Molina que para configuração da *abolitio criminis* existe, sim, a necessidade de revogação de um preceito normativo, mas não somente isso. Na situação em análise, o que houvera fora uma “continuidade normativo-típica”, onde o tipo penal antes previsto no artigo que tratava sobre o atentado violento ao pudor fora realocado para o que trata sobre o estupro. Para os autores:

Além da revogação formal, impõe-se verificar se o conteúdo normativo revogado não foi (ao mesmo tempo) preservado em (ou deslocado para) outro dispositivo legal. [...] Logo, nessa hipótese, não se deu a abolitio criminis, porque houve uma continuidade normativo-típica (o tipo penal não desapareceu, apenas mudou de lugar). Para a abolitio criminis, como se vê, não basta a revogação da lei anterior, impõe-se sempre verificar se presente (ou não) a continuidade normativo típica. (grifo próprio).<sup>53</sup>

Ainda para Luiz Flávio Gomes, a *abolitio criminis* tem como escopo descaracterizar um fato antes tido como criminoso, retirando totalmente a sua figura do rol taxativo de crimes da lei penal. Por ser assim, não há que se falar em descriminalização do tipo penal quando o que existiu foi apenas mera “revogação formal”, textual, do preceito normativo, entretanto mantendo-se vigente o seu conteúdo no diploma legal, contudo em outro local.<sup>54</sup>

Na mesma esteira de entendimento, está Jorge André Jobim, ao declarar:

o que ocorreu foi uma revogação formal do artigo 214 e não uma descriminalização, pois a conduta ali prevista e que antes configurava o crime de atentado violento ao pudor, passou a integrar o tipo penal previsto

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 2, p. 100.

<sup>54</sup> Idem; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009** - e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95.

no art. 213 do Código Penal que leva a denominação de estupro, tendo havido na verdade, apenas uma mera readequação típica.<sup>55</sup>

Paulo Queiroz explicita não existir a descriminalização do tipo penal em comento, simplesmente o que houve foi uma renomeação jurídica do tipo penal. Para este:

Não há cuidar, pois, de *abolitio criminis*, mas de simples mudança do *nomen juris* da infração, como convinha, aliás, visto que realmente não fazia sentido a velha distinção entre estupro e atentado violento ao pudor. No essencial, tudo continua como antes, portanto.<sup>56</sup>

A jurisprudência atualizada adota o posicionamento exposto contrário à *abolitio criminis*, tal qual se extrai da decisão proferida pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que entendeu não constituir descriminalização do atentado violento ao pudor perpetrado antes da vigência da Lei nº 12.015/2009 e, a partir desta, classificado como crime de estupro. Observe:

APELAÇÃO CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.  
1. preliminar. LEI N. 12.015/2009. *ABOLITIO CRIMINIS*. INOCORRÊNCIA. A partir das alterações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, as condutas antes previstas nos arts. 213 e 214 do CP como tipos penais independentes, passaram a integrar um único tipo penal, o de 'estupro', no art. 213 do CP. Incabível, pois, falar em *abolitio criminis*.  
2. [...]. (grifo próprio).<sup>57</sup>

De igual modo, a Terceira Câmara Criminal do mesmo tribunal emitiu juízo semelhante sobre assunto em análise. Veja-se:

LEI 11.343/06 – DROGAS. art. 33 - tráfico. ART. 213 DO CP. ESTUPRO. ART. 329 DO CP. RESISTÊNCIA.

<sup>55</sup> JOBIM, Jorge André Irion. Atentado violento ao pudor e o princípio da continuidade normativo-típica. **Blogspot**, Rio Grande do Sul, 9 jan. 2010. Disponível em: <<http://jobhim.blogspot.com.br/2010/01/atentado-violento-ao-pudor-e-o.html>>. Acesso em: 5 mai. 2012.

<sup>56</sup> QUEIROZ, Paulo. Estupro e atentado violento ao pudor na Lei nº 12.015/2009. **Paulo Queiroz**, [entre 2009 e 2012]. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-na-lei-n%C2%B0-120152009/>>. Acesso em: 5 mai. 2012.

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ACR nº. 70042127175 RS. Oitava Câmara Criminal. Relator(a): Min. Marlene Landvoigt. Porto Alegre, RS, 30 nov. 2012. DJ, 16 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20964810/apelacao-crime-acr-70042127175-rs-tjrs>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

PRELIMINAR. ABOLITIO CRIMINIS DO DELITO CONTRA OS COSTUMES. ESTUPRO. DENÚNCIA POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI N. 12.015/2009.  
AS CONDUTAS PREVISTAS NOS ARTS. 213 E 214 DO CP FORAM AGLUTINADAS EM UM ÚNICO CRIME, A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. LOGO, INVIÁVEL O RECONHECIMENTO DA ABOLITIO CRIMINIS.  
 [...]
 ESTUPRO TENTADO.  
DIZENDO A VÍTIMA QUE O RÉU TENTOU PRATICAR COITO ANAL NÃO CONSENTIDO, NÃO CONSEGUINDO CONSUMAR DIANTE DA CHEGADA DOS POLICIAIS, É DE SE RECONHECER A TENTATIVA. [...].  
 (grifo próprio).<sup>58</sup>

Em seu voto, sustentou o Desembargador Ivan Leomar Bruxel que o delito de atentado violento ao pudor agora se faz parte integrante do art. 213 do Código Penal, sendo atualmente concebido e considerado “crime de ação múltipla”, ou seja, aquele “cuja consumação pode se dar tanto pela prática de uma única conduta dentre as previstas como proibidas, quanto pela prática de todas elas.”<sup>59</sup>

Pelo que se viu até aqui, grande parte da doutrina e jurisprudência é contrária à tese de *abolitio criminis* do outrora atentado violento ao pudor. Para estes, não há que se falar em descriminalização da conduta do art. 214/CPB. Ainda que expressamente revogado, o tipo penal continua a existir, com suas particularidades e penalidades, todavia inserido no novo art. 213/CPB.

No decorrer do estudo serão discriminados quais os doutrinadores e as jurisprudências contrárias ao tipo penal mais benéfico.

### 3.2 O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA

Parte integrante da discussão relativa ao atentado violento ao pudor é também a que se refere à aplicação da pena mais benéfica ao agente que cometeu os crimes de atentado violento ao pudor e de estupro, concomitantemente, antes da edição da Lei nº 12.015/2009.

De acordo com Ademário Gomez:

<sup>58</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ACR nº 70038024717 RS. Terceira Câmara Criminal. Relatora(a): Min. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 7 jul. 2011. DJ, 18 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20084901/apelacao-crime-acr-70038024717-rs-tjrs>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

<sup>59</sup> Ibidem, loc. cit.

Antes da vigência da lei 12015 de 2009, que revogou o crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CPB), o agente que tinha o objetivo de praticar conjunção carnal com a vítima, e que também praticasse outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal dentro do mesmo contexto, quase em sua totalidade respondia pelos dois crimes em concurso material.<sup>60</sup>

Os que sustentam a aplicação da penalidade mais benéfica entendem que, ao serem aglutinadas as ações em um só tipo, ainda que interpretadas como condutas distintas, deverá o acusado sofrer a sanção relativa à prática de apenas uma delas.

Desta forma, os crimes perpetrados de atentado violento ao pudor e estupro simultaneamente, outrora punidos em concurso de crimes, a partir da Lei nº 12.015/2009, são passíveis de revisão criminal, como entendem alguns. Por ser assim, ao invés de responder por dois crimes, o agente pode ter sua punibilidade modificada a corresponder ao gravame de apenas um delito perpetrado.

Nesse sentido, em sede de revisão criminal, entendeu o TJRS que não ocorrera descriminalização do tipo atentado violento ao pudor do diploma penal e sim uma aglutinação deste com o crime de estupro, tal qual já afiançado.

Na concepção do Relator, Des. Claudio Baldino Maciel, ao invés da *abolitio criminis* houvera *novatio legis in melius*, acarretando em benefício para o condenado. A partir da edição da Lei nº 12.015/2009, o agente que antes responderia pelo concurso material dos crimes previstos nos artigos 213 e 214, com somatória de penas, agora responderá apenas por estupro com, no máximo, um agravamento da pena, a depender da conduta praticada.

A seguir, trechos do voto proferido pelo Des. Relator do TJRS:

Após o advento da Lei nº. 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, antes tipificados nos artigos 213 e 214, do Código Penal, foram unificados passando a compor um só tipo penal integrado por diversas condutas [...].

Trata-se de clara novatio legis in melius e não de abolitio criminis, porquanto a conduta que antes tipificava o atentado violento ao pudor não foi descriminalizada, mas sim, passou a integrar o tipo agora denominado estupro, o que inequivocamente favorece o réu ou o condenado, mas não o exonera do cumprimento, ao menos em parte, da pena imposta.

[...]

Desse modo, condenado o réu de forma definitiva pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, é possível

<sup>60</sup> GOMEZ, Ademário. A Revogação do Crime de Atentado Violento ao Pudor. **Nossa Metro**, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.nossametro.dominiotemporario.com/blog-jonathas-gusmao/9517-a-revogacao-do-crime-de-atentado-violento-ao-pudor-.html>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

que a pena correspondente ao segundo delito seja eliminada, passando a referida conduta a ser considerada como circunstância que agrava o grau de reprovabilidade do comportamento do réu ou do condenado, nos termos do artigo 59 do Código Penal. (grifo próprio).<sup>61</sup>

A aplicação da lei mais benéfica nos casos de concursos de crime de estupro e atentado violento ao pudor perpetrados antes da vigência da lei em análise, obedece o princípio da retroatividade da lei penal, assim explicado por Ademário Gomez:

Pelo princípio da retroatividade da lei penal, é sabido que uma lei nova, que de qualquer modo beneficiar o réu ou sentenciado, seus efeitos deverão ser aplicados de imediato aos fatos praticados em momento anterior à sua vigência.<sup>62</sup>

Nesse momento, vale destacar que tal princípio advém do preceito insculpido no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988, onde: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”<sup>63</sup>

Desta forma, entende a corrente em comento que a nova lei, ao aglutinar as condutas num mesmo dispositivo e aplicar-lhes uma única sanção, veio em benefício daqueles que antes foram condenados por dois crimes de forma distinta, em concurso material. Assim, imperiosa a revisão criminal para nova aplicação de penalidade.

O Código Penal estabelece em seu artigo 2º, parágrafo único: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.”

Portanto, se o crime de atentado violento ao pudor ocorreu antes de vigorar a nova lei, tendo sido o agente condenado nos liames estabelecidos anteriormente,

<sup>61</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revisão Criminal nº 70043131291 RS. Terceiro Grupo Criminal. Relator(a): Des. Claudio Baldino Maciel. Porto Alegre, RS, 16 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21036531/revisao-criminal-rvcr-70043131291-rs-tjrs/inteiro-teor>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

<sup>62</sup> GOMEZ, Ademário. A Revogação do Crime de Atentado Violento ao Pudor. **Nossa Metro**, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.nossametro.dominiotemporario.com/blog-jonathas-gusmao/9517-a-revogacao-do-crime-de-atentado-violento-ao-pudor-.html>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

<sup>63</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2012.

terá este o direito de solicitar ao juiz da execução penal a aplicação da nova lei, pelo fato de esta lhe ser mais favorável.<sup>64</sup>

No mesmo sentido, prediz a Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal (STF): “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.”

Quanto aos benefícios oriundos da nova lei, os favorecidos serão aqueles que cometeram o estupro e o ato violento ao pudor concomitantemente numa mesma vítima. Esses receberão nova condenação com base apenas no atual crime de estupro. A nova penalidade imposta não ultrapassará a soma dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor anteriores à Lei nº 12.015/2009.

A ementa do Agravo Criminal nº 3586, do Processo nº 2012.003586-6, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, traz o novo entendimento, no qual o outrora crime de atentado violento ao pudor não mais se sustenta, devendo ser enquadrado como estupro:

**E M E N T A - AGRAVO CRIMINAL -PEDIDO MINISTERIAL PARA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR -IMPOSSIBILIDADE -LEI 12.015/09 QUE EXTINGUIU A FIGURA DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR -IMPOSSIBILIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA VISANDO UMA MAJORAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO EM RAZÃO DA EXCLUSÃO DO CRIME DE ATENTADO -REFORMATIO IN PEJUS - AGRAVO NEGADO.**

Não há falar em continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, pois a lei 12.015/09 extinguiu a figura do crime de atentado, inserindo-o no de estupro.

Se o agente foi condenado por estupro e atentado violento ao pudor antes de 2009, a lei 12.015/09, que é mais benéfica, deve retroagir apenas para beneficiar o agravado, mantendo inalterada a pena de estupro, sob pena de verdadeira *reformatio in pejus*. (grifo próprio).<sup>65</sup>

No mesmo contexto, o voto da Relatora Marilza Lúcia Fortes, traz entendimento sobre a continuidade delitiva, *in verbis*:

<sup>64</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 4 out. 2012.

<sup>65</sup> Idem. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo Criminal nº 3586. Primeira Câmara Criminal. Relator(a): Marilza Lúcia Fortes. Cuiabá, MS, 23 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21533209/agravo-criminal-agv-3586-ms-2012003586-6-tjms/inteiro-teor>>. Acesso em: 15 mai. 2012.

Sobre a continuidade delitiva, é importante registrar que com o advento da lei n.12.015/09, de 07/08/09 ("crimes contra a dignidade sexual"), houve a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, com a descrição da conduta típica em um único artigo, assim, o delito antes tipificado no art.214, do Código Penal restou incluído no art. 213 do mesmo Código.<sup>66</sup>

A Procuradora Ivanilce da Cruz Brandão, traz o entendimento de que atentado violento ao pudor e estupro são condutas relativas a um único crime. Assim, o agente que comete ambas as condutas, deve responder por crime continuado e não concurso de crimes, como ocorria outrora. Tal posicionamento confirma o exposto sobre revisão da condenação para aplicação da lei mais benéfica, já que o novo crime de estupro confere uma única penalidade aos praticantes das condutas ali tipificadas. Vejam-se as palavras da Procuradora:

É inequívoca a unificação das condutas criminosas, referentes aos anteriores estupro e atentado violento ao pudor, sob um mesmo tipo penal alternativo. Portanto, o agente que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP). É pacífico o entendimento em relação aos tipos alternativos: a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, quando expostas as práticas num mesmo cenário, mormente contra idêntica vítima, resulta na concretização de uma só infração penal.<sup>67</sup>

Pelo que se viu, observa-se que a discussão central reside na aplicação da pena aos transgressores das condutas relativas ao estupro e ao atentado violento ao pudor, numa mesma vítima, num mesmo contexto fático.

A partir de tais controvérsias, mantém, ainda, os questionamentos: houvera ou não a descriminalização do atentado violento ao pudor? Deve o agente, a partir da Lei nº 12.015/2009, receber apenas uma sanção à prática de suas condutas?

Ainda que nesse capítulo tenham sido apresentadas opiniões relativas às questões suscitadas, todavia controversas, ver-se-ão nos capítulos adiante que o embate não para aí.

---

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo Criminal nº 3586. Primeira Câmara Criminal. Relator(a): Marilza Lúcia Fortes. Cuiabá, MS, 23 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21533209/agravo-criminal-agv-3586-ms-2012003586-6-tjms/inteiro-teor>>. Acesso em: 15 mai. 2012.

<sup>67</sup> ROMÃO, Ivanilce da Cruz. apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

Contudo, e mais uma vez, tudo diz respeito à penalidade a ser imposta ao novo crime de estupro e a possibilidade de beneficiar o agente por suas ações ou aplicar-lhe sanção condizente com a hediondez de seus atos.

A seguir, perfilhando por fim o objeto de estudo desse trabalho, qual seja a possibilidade de concursos de crimes entre atentado violento ao pudor e estupro. após edição da Lei nº 12.015/2009, e aplicação de penalidade mais justa a quem comente crimes de gravidade tão acentuada, abordados serão os tipos penais existentes no novo art. 213/CP e o parecer doutrinário e jurisprudencial atinentes à matéria.

#### 4 O TIPO PENAL DO NOVO CRIME DE ESTUPRO

O tipo penal é a proibição normatizada de determinada conduta e sua respectiva penalidade. Pode ser constituído de um único núcleo (verbo) ou diversos núcleos. Os tipos compostos por um único núcleo são classificados pela doutrina como tipo penal simples, ou seja, aqueles que descrevem uma única conduta passível de sanção, e os que possuem dois ou mais núcleos, tipo penal misto, composto ou plurinuclear, os que a norma prevê mais de uma conduta do agente para configuração de um determinado delito. O tipo penal misto, quanto ao seu conteúdo, subdivide-se em misto de conteúdo alternativo e misto de conteúdo cumulativo.

Sobre o assunto, leciona Heleno Cláudio Fragoso:

[...] Tipos simples são aqueles que descrevem uma única espécie de conduta punível (ex. art. 215). Tipos mistos são os que descrevem mais de uma espécie de conduta. Fala-se aqui em tipos mistos alternativos e cumulativos. Os tipos mistos alternativos são muito numerosos. Correspondem a casos em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor.<sup>68</sup>

Ainda para o autor supra, o tipo penal misto de conteúdo alternativo apresenta diversas situações para realização de um único crime. Assim, o agente pode valer-se de uma ou outra ação para restar comprovada a transgressão penal. Eis as suas palavras:

O característico destes tipos é que as várias modalidades são fungíveis, e a realização de mais de uma não altera a unidade do delito. Isto não ocorre com os chamados tipos cumulativos. Esta designação é evidentemente imprópria: não há tipos cumulativos. Há disposições legais que contêm, independentemente, mais de uma figura típica de delito, ou seja, nas quais há tipos cumulados. Nestes casos, haverá sempre concurso, em caso de realização de mais de um tipo.<sup>69</sup>

Sobre o tipo misto de conteúdo cumulativo, acontece que em determinados dispositivos legais existem multiplicidade de crimes num mesmo tipo. Em sendo

---

<sup>68</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal** - A Nova Parte Geral. 11. ed. Revisado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 160-162.

<sup>69</sup> *Ibidem*, loc. cit.

assim, praticando as condutas presentes no tipo normatizado, receberá o agente punição por cada uma de suas ações, somando-se as penas ao final. Nesse caso, acontecerá o concurso material de crimes, diferente do que acontece no crime único.

Por ser assim, o tipo misto alternativo se diferencia do misto cumulativo por inexistir fungibilidade na conduta do agente, tal qual preleciona Ana Cláudia Lucas:

[...] porque neles não há fungibilidade entre as ações delitivas, autorizando-se, portanto, o reconhecimento da multiplicidade de crimes e, assim, permitindo a cumulação das penas ou o reconhecimento da continuidade criminosa. Nestes tipos os verbos contidos na descrição penal são múltiplos, de modo que ao agente poderá ser imputada responsabilidade de forma proporcional a tantas quantas forem as ações por ele intentadas.<sup>70</sup>

Régis Prado, citado por Luiz Flávio Gomes, é autor que também concentra sua distinção entre os tipos misto alternativo e misto cumulativo na fungibilidade da conduta do agente. Assim:

Tipo misto alternativo é aquele em que há uma fungibilidade (conteúdo variável) entre as condutas, sendo indiferente que se realizem uma ou mais, pois a unidade delitiva permanece inalterada e tipo misto cumulativo é aquele em que não há fungibilidade entre as condutas, o que implica, em caso de se realizar mais de uma, a aplicação da regra cumulativa - concurso material.<sup>71</sup>

Há quem diga que é possível diferenciar os tipos penais mistos alternativos e mistos cumulativos, também, pela presença de certos sinais na redação do dispositivo. Por exemplo, nos tipos mistos alternativos encontra-se (,) ou (ou) como separadores dos núcleos. Nos mistos cumulativos, as figuras presentes são (;) ou (e).<sup>72</sup>

<sup>70</sup> LUCAS, Ana Cláudia. O “novo” tipo penal de Estupro: tipo misto de conteúdo alternativo ou tipo misto de conteúdo cumulativo ? **Blogspot**, 18 out. [2009?]. Disponível em: <<http://profenaclaudialucas.blogspot.com/2009/10/o-novo-tipo-penal-de-estupro-tipo-misto.html>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

<sup>71</sup> PRADO, Régis. apud GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferras de. Artigo do dia: Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes? **LFG**, 1 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print)>. Acesso em: 5 jun. 2012.

<sup>72</sup> AMISY NETO, Abrão. apud Ibidem, loc. cit.

Seguindo a premissa da simbologia acima, observe que o art. 242 do CPB trata-se de tipo penal misto cumulativo, onde as condutas são separadas pelo sinal (;):

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem[;] ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981). (grifo próprio).

Pelo ventilado até aqui, viu-se que os tipos penais são a norma em si, descrevendo uma conduta reprovável pelo Estado, por buscar este tutelar determinados bens jurídicos. Um dos aspectos diferenciadores do tipo misto alternativo e o misto cumulativo é a visão geral do magistrado sobre o crime e consequente dosagem da pena. Se o crime constituir tipo misto alternativo, responderá o agente por um único crime, independente da quantidade de ações perpetradas, entretanto passível de majoração da pena. Agora, se o caso for de tipo misto cumulativo, receberá o agente sanção relativa ao concurso de crimes, logo, quantas forem suas ações, haverá uma penalidade diferenciada para cada uma delas, havendo ao final somatório de penas.

Adiante, ver-se-á a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do novo crime de estupro e de o mesmo constituir tipo penal misto de conteúdo alternativo ou tipo penal misto de conteúdo cumulativo, haja vista que, a partir de agora, o crime que antes tinha um único núcleo, possui mais de um.

#### 4.1 DOCTRINA FAVORÁVEL AO TIPO PENAL MISTO DE CONTEÚDO ALTERNATIVO

Em relação ao novo crime de estupro estatuído pela Lei nº 12.015/2009, alguns autores asseveram constituir tipo penal misto de conteúdo alternativo, onde a pluralidade das ações descritas no art. 213/CPB corresponde a um único crime.

Ao caso do novo art. 213, que agora reúne mais de um crime no mesmo tipo penal – o estupro e o atentado violento ao pudor -, para que seja configurado crime único, as condutas previstas no tipo devem ser executadas continuamente, dentro de um mesmo contexto fático e com unidade de desígnios do agente. Nesse caso,

trata-se de crime único com continuidade delitiva, prática prevista no art. 71 do Código Penal, sob as circunstâncias a seguir:

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Assim, se a prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso diverso, crimes que afrontam a dignidade sexual da pessoa humana, forem cometidos contra a mesma vítima, no mesmo local, espaço de tempo e modo de execução, deve o crime de prática de atos libidinosos subsequentes à conjunção carnal perpetrada, ser interpretado como continuidade daquele.

*In casu*, conforme se extrai do artigo supra, a penalidade será relativa ao cometimento de um crime apenas, sofrendo o agente majoração da pena de 1 um sexto a dois terços, em consonância à pluralidade de atos praticados.

Nesse diapasão, Luiz Flávio Gomes e Áurea Maria Sousa são autores pertencentes à corrente que classifica o tipo penal do novo art. 213 como misto de conteúdo alternativo, em que o delito continuado num mesmo contexto fático, constitui crime único.

Para eles:

[...] o tipo penal do art. 213, depois do advento da Lei 12.015/2009, passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado: praticando o agente mais de um núcleo (mais de uma ação), dentro do mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade da análise do art. 59 do CP). O crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado) é regido pelo princípio da alternatividade, ou seja, várias condutas no mesmo contexto fático significam crime único. (grifo nosso).<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferras de. Artigo do dia: Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes? **LFG**, 1 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print)>. Acesso em: 5 jun. 2012.

Guilherme Nucci, igualmente, sustenta ser o novo crime de estupro tipo penal misto alternativo, constituindo crime único, devendo o magistrado, ao avaliar o caso, aplicar a pena em conformidade com a quantidade de atos perpetrados:

Se o agente constranger a vítima com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura passa a ser mista alternativa. [...]. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima. (grifo próprio).<sup>74</sup>

Ainda para o autor, faz-se imprescindível a unificação das condutas previstas no art. 213/CPB, haja vista pertencer ao tipo penal misto alternativo. Assim sendo, ainda que diversas sejam as ações descritas no tipo praticadas, se realizadas numa mesma situação fática, deverá o agente responder por uma única infração:

O agente que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP). É pacífico o entendimento em relação aos tipos alternativos: a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, quando expostas num mesmo cenário, mormente contra idêntica vítima, resulta na concretização de uma só infração penal. (grifo próprio).<sup>75</sup>

Idêntico entendimento possui Cunha. O autor leciona ter o crime de estupro deixado de ser tipo penal simples, por existir um único núcleo pertencente a este (o verbo “constranger”), e passou a ser tipo penal misto, já que as condutas descritas proibitivas passaram a ser mais de uma. Logo, se em igualdade de circunstâncias praticar o agente mais de uma ação, estará cometendo um único crime por continuidade delitiva, e não crimes diferenciados em razão da quantidade de núcleos afrontados. Vide:

Com a Lei, o crime de estupro passou a ser considerado de conduta múltipla ou conteúdo variado. Praticando o agente mais de um núcleo do tipo, dentro do mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade da análise do art. 59 do CP). [...] Em todos os casos concretos em que o juiz (ou tribunal) reconheceu qualquer tipo de concurso de crimes (formal, material ou crime continuado) cabe agora a revisão judicial para adequar as

<sup>74</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18-19.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 63.

penas, visto que doravante já não existe distinção tipológica entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Cuida-se doravante de crime único (cabendo ao juiz, no caso de multiplicidade de atos, fazer a adequada dosagem da pena).<sup>76</sup>

Em relação às condenações anteriores à edição da Lei nº 12.015/2009 em que foram declaradas como concurso de crimes, são passíveis estas de revisão, uma vez que os crimes outrora de estupro e de atentado violento ao pudor passaram a constituir um único crime, agora de tipo misto alternativo. Desta feita, é facultado ao condenado recorrer ao magistrado para que tenha revisada a sua condenação e adequada a penalidade outrora lhe imposta.

#### 4.2 DOCTRINA CONTRÁRIA AO TIPO PENAL MISTO DE CONTEÚDO ALTERNATIVO

Em via contrária ao pensamento de que o novo crime de estupro constitui tipo penal misto de conteúdo alternativo, estão os que declaram constituir tipo misto cumulativo, incorrendo em concurso de crimes o agente que praticar mais de uma das condutas tipificadas.

Sobre o tema, arrazoam Luiz Flávio Gomes e Áurea Maria Sousa que os adeptos à corrente supra fundamentam sua posição no fato do legislador ter apresentado na nova redação conjunção carnal “e” outros atos libidinosos. Se fosse caso de crime único, inexistia necessidade da presença de ambas as condutas no tipo penal. Bastaria a prática de atos libidinosos diversos, com ou sem conjunção carnal, para restar configurado o crime de estupro. Veja-se:

[...] a alteração legislativa buscou reforçar a proteção do bem jurídico e não enfraquecê-lo; caso o legislador pretendesse criar um tipo penal de ação única ou misto alternativo não distinguiria a “conjunção carnal” de “outros atos libidinosos”, pois é notório que a primeira se insere no conceito do segundo mais abrangente. Portanto, bastaria que tivesse redigido o tipo penal da seguinte maneira: “art. 213.- constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso.” Visível, portanto, que o legislador, ao continuar distinguindo a

<sup>76</sup> CUNHA, R. S.; GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. **Comentários à Reforma criminal de 2009** - e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36-37.

conjunção carnal dos “outros atos libidinosos”, não pretendeu impor única sanção em caso de condutas distintas. (grifo próprio).<sup>77</sup>

Destarte, ao diferenciar no texto legal a prática de conjunção carnal e de atos libidinosos diversos, pretendeu o legislador cominar sanções diferenciadas, caso o agente praticasse contra a mesma vítima, numa mesma situação fática, a cópula vaginal e o coito anal, por exemplo.

Por ser assim, mesmo pertencentes a um único tipo penal descrito, não se trata de crime único, passível de uma sanção apenas, ainda que agravada pelos atos praticados. Trata-se então, o novo crime de estupro, de tipo penal misto de conteúdo cumulativo, onde:

[...] as condutas de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, embora reunidas em um mesmo artigo de lei, com uma só cominação de pena, serão punidas individualmente se o agente praticar ambas, somando-se as penas.<sup>78</sup>

Para Walter Tebet Filho, acertou o legislador ao mencionar no texto do novo art. 213 a conjunção carnal “e” os atos libidinosos diversos. Ao fazê-lo, conferiu distinção entre o estupro em si, conforme anteriormente tipificado, e o ato libidinoso:

[...] o legislador pátrio continua, fazendo, a nosso ver, acertadamente, distinção entre conjunção carnal e outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal, pois, a despeito da revogação do art. 214, no novo art. 213, do Código penal, nosso legislador destacou conjunção carnal e outros atos libidinosos. Interessante notar que se o legislador pátrio pretendesse não diferenciar, poderia o tipo penal ser reduzido da seguinte forma: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique qualquer ato libidinoso. (grifo próprio).<sup>79</sup>

<sup>77</sup> GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferras de. Artigo do dia: Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes? **LFG**, 1 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

<sup>78</sup> GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferras de. Artigo do dia: Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes? **LFG**, 1 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

<sup>79</sup> TEBET FILHO, Walter. O concurso de crimes no novo artº. 213, do código penal. **APMP**, 16 nov. 2009. Disponível em: <[http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso\\_crimes\\_art213\\_cp.pdf](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso_crimes_art213_cp.pdf)>. Acesso em: 25 7 jun. 2012.

Insta pontuar, que mesmo antes da redação da Lei nº 12.015/2009, a doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, já entendia pela impossibilidade da continuidade delitiva, aos casos de prática de estupro e atentado violento ao pudor, concomitantemente. Mais uma vez, não se trata de crime único, mas de concurso de crimes, embora as condutas hoje pertencerem a um mesmo dispositivo legal.<sup>80</sup>

Assim sendo, a presença num mesmo dispositivo da conjunção carnal e dos atos libidinosos diversos pressupõe pluralidade de crimes, incidindo o agente às penalidades relativas ao concurso material de crimes.

Fernando Barbagalo também adere à corrente que apoia o novo crime de estupro como tipo penal misto cumulativo e não misto alternativo, por inexistir fungibilidade entre as condutas delitivas, abrindo espaço então para o concurso de crimes, conseqüente cumulação das penas. Vide:

Contudo, pensamos que não se trata de tipo penal misto de conteúdo alternativo (como é o tráfico de entorpecentes, art. 33, Lei nº 11.343/06) em que há uma fungibilidade entre as condutas, sendo indiferente a realização de uma ou mais condutas, pois a unidade delitiva permanece inalterada. Para nós, a nova formação normativa é um tipo penal misto de conteúdo cumulativo [...] em que não existe fungibilidade entre as condutas, autorizando a aplicação cumulativa de penas [...]. (grifo próprio).<sup>81</sup>

José Henrique Pierangeli, semelhantemente se posiciona pelo concurso de crimes, as práticas de conjunção carnal e atos libidinosos diversos. Entretanto, para cominação de penalidade cumulativa, é preciso atentar-se às intenções finais do agente, se manter conjunção carnal, apenas, ou, em conjunto, a satisfação de outros desejos lascivos, como o sexo oral ou anal. Eis as palavras do autor:

Se os atos libidinosos se encadeiam como uma atuação normal na busca da cópula (carícias, beijos e afagos), tais atos devem ser próprios do contexto, isto é, para a realização de uma relação sexual. Se, porém, antes, durante ou após a cópula vagínica, o agente pratica coito anal ou oral, seus desígnios são autônomos e não se inserem no encaminhamento natural

<sup>80</sup> TEBET FILHO, Walter. O concurso de crimes no novo artº. 213, do código penal. **APMP**, 16 nov. 2009. Disponível em: <[http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso\\_crimes\\_art213\\_cp.pdf](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso_crimes_art213_cp.pdf)>. Acesso em: 25 7 jun. 2012.

<sup>81</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. A nova figura do estupro. **Correio Braziliense**, Brasília, Caderno Direito e Justiça, 14 set. 2009.

para a realização de uma cópula vaginal. Haverá, então, concurso material de delitos]. (grifo próprio).<sup>82</sup>

Valendo de exemplo prático, tece Greco Filho suas considerações acerca do novo crime de estupro e as correntes suscitadas. Para o autor, os atos libidinosos foram absorvidos pelo novo crime de estupro, somente no que dizem respeito à sua prática para culminar no desejo principal do agente, a conjunção carnal. Logo, ao valer-se o agente de beijos e carícias como atos preparatórios para a cópula vagínica, falar-se-ia em continuidade delitiva. Agora, se além da conjunção carnal, deseja o autor praticar outros tipos de penetrações, tem o agente desígnios autônomos, sendo preciso então, avaliar cada conduta como crime isolado, cumulando-se as penas. Vide:

[...] “A” mantém “B” (no caso mulher) em cativo e a submete, mediante violência ou grave ameaça e a própria condição do sequestro, a conjunção carnal, coito anal, penetração de objetos e outras práticas.

[...] o tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão. [...] Aplicando-se esses conceitos ao exemplo trazido como paradigma em face do atual art. 213 a interpretação, data vênua, única correta é a seguinte: Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos, etc, cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência os artigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido. (grifo próprio).<sup>83</sup>

Ante o exposto pela segunda corrente, vê-se que os doutrinadores a ela pertencentes entendem que a prática de conjunção carnal e atos libidinosos diversos são condutas presentes no tipo de caráter infungível, ou seja, ações autônomas ou

<sup>82</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial – Arts. 121 a 234.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 770.

<sup>83</sup> GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. **Greco Filho**, [2009-2010]. Disponível em: <[http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao\\_lei\\_dignidade\\_sexual.pdf](http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

crimes independentes por sua diferenciada forma de execução, ainda que reunidos num mesmo tipo penal, como descrevem.

Ao cabo, como seu viú, a não fungibilidade das condutas afasta, por si só, a possibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva no novo crime de estupro, dando lugar então ao concurso material de crimes, o que diferencia o crime único, previsto no tipo penal misto alternativo, do tipo penal misto cumulativo, no que concerne à dosimetria da pena.

## 5 O NOVO CRIME DE ESTUPRO – CRIME ÚNICO POR CONTINUIDADE DELITIVA OU CONCURSO DE CRIMES? – POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Assim como se viu na doutrina, este capítulo demonstrará que ainda não é unânime o posicionamento dos tribunais brasileiros quanto ao tipo misto do novo crime de estupro, se misto alternativo, culminando em crime único, ou misto cumulativo, possibilitando o concurso de crimes.

Destarte, apresentado será de início o posicionamento jurisprudencial favorável à tese de crime único, onde, uma ou mais condutas do agente, por pertencerem ao tipo penal misto alternativo, acarreta em sanção única, tendo, no máximo, um aumento de pena, a depender da quantidade de ações perpetradas.

Em sede de apelação criminal, entendeu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), no dia 10 de janeiro do corrente ano, constituir crime único, o novo crime de estupro, haja vista a unificação de crimes proposta pela Lei nº 12.015/2009. Assim sendo, o estupro e o atentado violento ao pudor agora pertencem a um mesmo tipo penal compondo um só crime.

No caso em tela, houve abuso sexual contra menor (Estupro de Vulnerável), previsto na figura do art. 217-A, do Código Penal, atentado violento ao pudor e ameaça com arma de fogo, para que não houvesse a confissão do menor das práticas delitivas contra ele praticadas. Vide:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A). AMEAÇA (CP, ART. 147). CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL IMPORTÂNCIA. AUMENTO DE PENA (CP, ART. 226, II). COMPANHEIRO DA MÃE DA VÍTIMA. APLICABILIDADE. CONJUNÇÃO CARNAL E ATOS LIBIDINOSOS. MESMO CONTEXTO FÁTICO. CRIME ÚNICO. AMEAÇA VELADA. ENTRELINHAS. PORTE OSTENSIVO DE ARMA DE FOGO. CONFIGURAÇÃO. ATENUANTE. CONFISSÃO. STJ, SÚMULA 231. AGRAVANTE (CP, ART. 61, II, B). AUMENTO DE 1/6. OCULTAÇÃO DE CRIME GRAVE. CRIME CONTINUADO. TRÊS EPISÓDIOS. PENA AUMENTADA EM 1/5. PRECEDENTES. RECLUSÃO E DETENÇÃO. NATUREZAS DIVERSAS. CUMULAÇÃO IMPOSSÍVEL. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO.

[...]

Quando praticados num mesmo contexto fático, a prática de conjunção carnal e outros atos libidinosos configura crime único, notadamente após a

unificação do estupro e do atentado violento ao pudor no mesmo tipo penal (Lei n. 12.015/09).

A ameaça velada, dita nas entrelinhas, associada ao porte ostensivo de arma de fogo, é suficiente para a configuração do delito previsto no art. 147 do Código Penal.

[...]

Não é exacerbado o aumento de apenas 1/6 da pena (CP, art. 61, II, b), notadamente quando a ameaça é praticada para tentar assegurar a impunidade de crime extremamente grave (*in casu*, estupro de vulnerável). É entendimento assente na doutrina e na jurisprudência que diante de continuidade delitiva constituída de três eventos aumenta-se em 1/5 a pena do crime mais gravoso.

[...]. (grifo próprio).<sup>84</sup>

Adiante, sustentou o TJSC que o concurso de crimes dos arts. 213 e 214 do Código Penal anteriores à Lei nº 12.015/2009 não deve prevalecer, após a vigência da nova lei. Os crimes que, mesmo perpetrados num mesmo contexto fático, antes eram autônomos e distintos, hoje já não mais o são. Logo, trata-se de tipo penal misto alternativo, que reúne os dois crimes num mesmo tipo penal.

Em seu voto, o Des. Relator Hilton Cunha Júnior, se manifestou no sentido de que pelo fato de o tipo penal misto alternativo, de conteúdo variável, envolver as condutas conjunção carnal mediante grave ameaça “ou” prática de outros atos libidinosos, também ante grave ameaça, o novo crime de estupro impossibilitou o concurso de crimes de estupro e atentado violento ao pudor, cometidos numa mesma situação fática. Contudo, na aplicação da pena, dever-se-á levar em consideração todas as práticas perpetradas.<sup>85</sup>

Vide Ementa da decisão:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ARTIGO 214 DO CÓDIGO PENAL) E TENTATIVA DE ESTUPRO (ARTIGO 213 C/C O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). MÉRITO: MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PALAVRAS DA VÍTIMA CORROBORADAS PELAS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS AOS AUTOS. AGENTE QUE PROCUROU SATISFAZER A SUA LASCÍVIA AO CONSTRANGER A VÍTIMA DE SOMENTE CATORZE ANOS DE IDADE À PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS E À TENTATIVA

<sup>84</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 759994 SC 2011.075999-4. Relator(a): Des. Roberto Lucas Pacheco. Florianópolis, 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21008439/apelacao-criminal-reu-presos-acr-759994-sc-2011075999-4-tjsc/inteiro-teor>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

<sup>85</sup> Idem. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 782759 SC 2008.078275-9. Relator(a): Des. Hilton Cunha Júnior. Florianópolis, 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20103080/apelacao-criminal-acr-782759-sc-2008078275-9-tjsc>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

DE CONJUNÇÃO CARNAL. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS DA CONDUTA ILÍCITA PERPETRADA. ATOS QUE FORAM REALIZADOS NUM LAPSO DE, APROXIMADAMENTE, DEZ MINUTOS, SUFICIENTE PARA O DESENVOLVIMENTO DAS CONDUTAS. ABSOLVIÇÃO QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA PROVA DOS AUTOS. ATOS LIBIDINOSOS E TENTATIVA DE ESTUPRO QUE, EMBORA PRATICADOS EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO, SÃO AUTÔNOMOS E DISTINTOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA PROFERIDA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.015/2009, EM QUE APLICA AOS CRIMES DE ESTUPRO (NA FORMA TENTADA) E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, EM CONCURSO MATERIAL. NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL, QUE ESTABELECEU TIPO PENAL MISTO ALTERNATIVO, ENGLOBANDO AS DUAS CONDUTAS, QUE FORAM REALIZADAS EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO. INVIABILIDADE DE CONDENAÇÃO EM CONCURSO DE CRIMES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. ARTIGOS 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA AO AGENTE APLICADA AOS FATOS ANTERIORES. READEQUAÇÃO DA PENA IMPOSTA AO ACUSADO REALIZADA DE OFÍCIO. (grifo próprio).<sup>86</sup>

Em igualdade de opinião, está a Sexta Câmara Criminal do TJRS, a quem o novo crime de estupro não aboliu o outrora atentado violento ao pudor. Para o Tribunal, as condutas tipificadas no novo art. 213, sempre que praticadas num único momento, ou seja, na mesma situação fática e com a mesma vítima, constitui crime único. Declara o Tribunal que o novo crime de estupro abrange, num mesmo tipo, normas benignas e mais gravosas de sanção ao agente.

Vide Ementa:

ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME ÚNICO x CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES PENAIS. LEI Nº 12.015/2009. DIREITO PENAL INTERTEMPORAL. ART. 5º, XL, DA CRFB, C/C O ART. 2º, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO c.p.b. PANORAMA JUDICIAL. CAMPO DA EXECUÇÃO PENAL. MODIFICAÇÕES ESPECÍFICAS. NORMAS PENAIS MAIS BENÉFICAS. APLICAÇÃO RETROATIVA. VIABILIDADE. CONFIGURAÇÃO DE CRIME CONTINUADO NO CASO.

Diante das inovações da Lei nº. 12.015/2009, impõe-se a conclusão de que as condutas praticadas contra a mesma vítima e nas mesmas circunstâncias de tempo, local e modo de execução caracterizam crime único, em face dos efeitos concretos decorrentes da lei nova, que contempla, ao mesmo tempo, regras mais benignas e mais gravosas ao apenado-agravado.

No contexto normativo da Lei nº. 12.015/2009, a revogação do art. 214 do C.P.B. caracteriza medida penal mais benigna, mas não importa em

<sup>86</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 782759 SC 2008.078275-9. Relator(a): Des. Hilton Cunha Júnior. Florianópolis, 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20103080/apelacao-criminal-acr-782759-sc-2008078275-9-tjsc>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

qualquer espécie de *abolitio criminis*, porque ocorreu a absorção das suas elementares e circunstâncias pelo novo preceito primário do art. 213, *caput*, do C.P.B., cujo respectivo preceito secundário não foi alterado, mantendo os limites da apenação carcerária anteriormente previstos, daí resultando a constituição de um novo tipo penal único, no qual reunidas as elementares e circunstâncias que, antes, constituíam crimes autônomos, distintos e inconfundíveis entre si.

Daí resulta que os crimes pelos quais o agravado foi definitivamente condenado (estupro tentado e atentados violentos ao pudor continuados, em concurso material) caracterizam, em decorrência da aplicação retroativa de *lex mitior* superveniente (Lei nº. 12.015/2009, c/c o art. 5º., inc. XL, da C.R.F.B., e c/o art. 2º., *caput*, e parágrafo único, do C.P.B.), uma única série de crimes continuados, pois, no caso, praticados sucessivamente no tempo, em semelhantes condições de lugar e modo de execução, contra a mesma vítima-infante. Paradigma do S.T.J. (grifo próprio).<sup>87</sup>

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) caminha em sentido contrário à tese de que o novo crime de estupro, nele abarcado o atentado violento ao pudor, constitua tipo penal misto alternativo, cristalizando sua inteligência no sentido de que as novas figuras delitivas previstas no art. 213/CPB classificam o tipo penal como misto cumulativo, onde as condutas possuem autonomia funcional, contribuindo em diferenciadas espécies de valores às ações nele prevista.

A Min. Laurita Vaz, Relatora do caso, afiança que, por se tratar de condutas com distintas formas de execução, não há o que se falar em crime único ou prática delitiva continuada, mesmo que insere num mesmo dispositivo legal.

Para a Min. Relatora, se numa situação fática ocorreu mais de uma vez a conjunção carnal, falar-se-ia, sim, em continuidade do crime. Contudo, se além desta houve a execução de ato libidinoso forçado, este, em concurso de crimes, deverá sofrer a mesma penalidade cabível ao estupro.

Colaciona-se a Ementa do caso:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AOPUDOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO.

1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo

<sup>87</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução nº 70040588295 RS. Sexta Câmara Criminal. Relator(a): Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. Porto Alegre, 9 jun. 2011. DJ, 16 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19816472/agravo-agv-70040588295-rs-tjrs>>. Acesso em: 5 set. 2012.

têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" [...].

2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.

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

4. Recurso provido.<sup>88</sup>

Em pedido relativo à concessão de Habeas Corpus, manteve a Quinta Turma do STJ o entendimento acima exposto. Veja-se:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ARTS. 157, § 2o., I, II E V, 213 E 214, TODOS DO CPB). PACIENTE CONDENADO A 19 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA DO EMPREGO DA ARMA PELO PACIENTE E SEU COMPARSA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INCIDÊNCIA DA LEI 12.015/09. INADMISSIBILIDADE DA HIPÓTESE DE CRIME ÚNICO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. [...]

2. Com relação à incidência da Lei 12.015/09, esta Corte já se posicionou pela não ocorrência de crime único ou em absorção de um tipo pelo outro. [...]. (grifo próprio).<sup>89</sup>

O STJ conserva a mesma inteligência, quando arrazoa ser impossível reconhecer a homogeneidade entre os atos executórios de penetração, o que inviabiliza adotar a tese de continuidade delitiva do fato. Ressalte-se que, para caracterização do crime continuado, necessário que as infrações aconteçam num

<sup>88</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 987124 SP 2007/0216856-0. Quinta Turma. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 9 nov. 2010. DJe, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19126618/recurso-especial-resp-987124-sp-2007-0216856-0-stj>>. Acesso em: 5 set. 2012.

<sup>89</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 157469/SP. Quinta Turma. Relator(a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília 2 set. 2010. DJe, 4 out. 2010.

mesmo contexto fático, incluso nele as mesmas formas de execução das condutas, tal qual descreve o art. 71, do Código Penal.

Em seu voto-vista, O Min. Felix Fischer pondera que as diferentes formas de penetração incorrem em diversas condutas delitivas, descartando o reconhecimento de crime único, as condutas praticadas previstas no novo art. 213.<sup>90</sup>

Ajuíza, ainda, que classificar o tipo penal previsto no art. 213 como misto alternativo, impossibilitando o concurso de crimes, enfraquece o sentido de proteção à dignidade sexual da pessoa humana. O crime de estupro é de natureza hedionda, devendo o Estado punir severamente os agentes de tal prática.<sup>91</sup>

Igualmente em voto-vista, a Min. Laurita Vaz aduz tratar-se de injustiça comparar a conjunção carnal com o atentado violento ao pudor. Para a Ministra, o atentado violento ao pudor é crime de extrema gravidade, tanto pelo fato deste ampliar a possibilidade de contaminação pelo vírus do HIV, quanto pelo estigma social de reprovação do ato, por induzir a vítima à humilhação, submissão e rebaixamento moral, afirma.<sup>92</sup>

Igualmente para a Min. Laurita Vaz, o tipo misto cumulativo presente no novo crime de estupro se evidencia pela ausência de fungibilidade às condutas do agente. Ou seja, as ações previstas no tipo penal não podem ser substituídas por outras de mesma espécie e valor. Eis um trecho de seu voto:

Evidencia-se, assim, que entre a conjunção carnal e o ato libidinoso autônomo **não há** fungibilidade ou equivalência. Assim, verifica-se a inexistência de unidade de conduta, uma vez que a prática cumulativa das condutas descritas no tipo implica **um aumento qualitativo do tipo de injusto**, e não meramente quantitativo. Trata-se de outro modo de dizer que as condutas descritas no *caput* do art. 213 do Código Penal não são fungíveis, ou seja, não são passíveis de serem substituídas por outras de mesma espécie e valor. (grifos do autor).<sup>93</sup>

<sup>90</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104.724 - MS (2008/0085502-3). Quinta Turma. Relator(a): Min. Jorge Mussi e Min. Felix Fischer. Brasília, 22 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15465921/habeas-corpus-hc-104724-ms-2008-0085502-3-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 5 set. 2012.

<sup>91</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104.724 - MS (2008/0085502-3). Quinta Turma. Relator(a): Min. Jorge Mussi e Min. Felix Fischer. Brasília, 22 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15465921/habeas-corpus-hc-104724-ms-2008-0085502-3-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 5 set. 2012.

<sup>92</sup> Ibidem, loc cit.

<sup>93</sup> Ibidem, loc cit.

A Ementa final da decisão ficou assim redigida:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. EXPERIÊNCIA DAS VÍTIMAS. CRIME HEDIONDO. LEI Nº 12.015/2009. ARTS. 213 E 217-A DO CP. TIPO MISTO ACUMULADO. CONJUNÇÃO CARNAL. DEMAIS ATOS DE PENETRAÇÃO. DISTINÇÃO. CRIMES AUTÔNOMOS. SITUAÇÃO DIVERSA DOS ATOS DENOMINADOS DE PRAELUDIA COITI. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

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. Ordem denegada. (grifo próprio).<sup>94</sup>

Valendo-se de tais precedentes e de outros do STJ, a Oitava Câmara Criminal do TJRS cedeu à tese de que o tipo penal presente no novo crime de estupro é de conteúdo misto cumulativo e não alternativo, por reunir tipos independentes e que não se confundem.

Assim, a conduta do constranger alguém para que com ela se pratique conjunção carnal é totalmente diferente da de constranger alguém para realização de ato libidinoso diverso.

Em suas razões, a Des.<sup>a</sup> Fabianne Breton Baisch, Relatora do caso, afiança a inexistência de fungibilidade nas condutas previstas no art. 213, ou seja, existe uma autonomia em cada um das condutas delitivas. Tal fungibilidade é característica principal do tipo penal misto cumulativo, o que descarta a hipótese de crime único.

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104.724 - MS (2008/0085502-3). Quinta Turma. Relator(a): Min. Jorge Mussi e Min. Felix Fischer. Brasília, 22 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15465921/habeas-corpus-hc-104724-ms-2008-0085502-3-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 9 set. 2012.

Sustenta também a Ex. Des.<sup>a</sup>, que as condutas previstas no novo crime de estupro são de natureza gravíssima, motivo pelo qual deve ser afastado o tipo misto alternativo, para que a penalidade aplicada corresponda à gravidade dos crimes praticados. Vide Ementa:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. ESTUPRO (2X) E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (2X). TIPO MISTO CUMULATIVO. A figura típica trazida pela nova redação do art. 213 consiste num tipo misto cumulativo, e não alternativo, reunindo dois tipos independentes e que não se confundem, diferindo o constranger alguém à conjunção carnal (coito vaginal), do constranger alguém a outro ato de penetração diverso – sexo oral ou anal, por exemplo. Como a fungibilidade não se constitui em uma das características dos tipos mistos cumulativos, na medida em que a prática de cada uma das condutas nele previstas constitui crime autônomo, afastam, então, a conclusão pelo crime único, em casos como o presente. Acatar-se o enquadramento do art. 213 do CP, como tipo misto alternativo, seria incompatível com a natureza hedionda desses crimes, que reclama, sem dúvida nenhuma, maior rigor no seu tratamento, pela extremada gravidade das condutas individualmente consideradas. Precedentes do E. STJ. Hipótese na qual o agente, em concurso com outros dois comparsas, praticou conjunção carnal e ato libidinoso diverso, com 2 vítimas diferentes. Impossibilidade de reconhecimento de crime único. Decisão recorrida mantida. agravo improvido. (grifo próprio).<sup>95</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) acompanha o entendimento ora apresentado. Para o TJSP, inexistente possibilidade de reconhecimento de crime único por delito continuado às condutas de conjunção carnal e ato libidinoso diverso, previstas no novo art. 213/CPB.

Para o Tribunal, o novo crime de estupro não constitui tipo penal misto alternativo, onde uma ou várias ações praticadas incorrem em uma única penalidade. Trata-se de tipo penal misto cumulativo, por constituir cada conduta um crime diferenciado, cabível, portanto, o concurso material de crimes. Veja-se:

ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. Aplicação retroativa da Lei nº 12.015/09, que unificou em um só tipo penal os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Pretensão ao reconhecimento de crime único, afastando-se o concurso material de crimes. Impossibilidade. Hipótese de “tipo misto cumulativo”, pois cada conduta corresponde a um delito distinto, e não de “tipo misto alternativo”, quando a realização de uma ou mais condutas descritas implica sempre no cometimento de infração única.

<sup>95</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução nº 70043758036 RS. Oitava Câmara Criminal. Relator(a): Des.<sup>a</sup> Fabianne Breton Baish. Porto Alegre, 10 ago. 2011. DJ, 26 set. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20598537/agravo-agv-70043758036-rs-tjrs>>. Acesso em: 9 set. 2012.

Precedentes. Decisão acertada. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada. (grifo nosso).<sup>96</sup>

Assim como ocorre na doutrina, viu-se que inexistiu consenso dos tribunais brasileiros em relação ao conteúdo do tipo penal misto previsto no novo crime de estupro. O STF, por sua vez, ainda não definiu sua orientação.

Os tribunais que aderem à teoria do tipo penal misto de conteúdo cumulativo buscam em suas decisões agravar, com o concurso material de crimes, a penalidade do agente que cometer conjunção carnal e ato libidinoso diverso, se os seus desígnios são diferenciados. Além do quê, a cópula vagínica e o coito anal implicam em penetrações em diferentes locais, o que ocasiona maneira diferenciada de execução do crime de estupro, inviabilizando o reconhecimento de crime único por delito continuado, ante ausência de um dos pressupostos objetivos do art. 71 do Código Penal, qual seja, **mesmo modo de execução do crime**.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 990104822106 SP. Quinta Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Des. Tristão Ribeiro. São Paulo, 18 nov. 2010. DJ, 18 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17527445/habeas-corpus-hc-990104822106-sp-tjsp>>. Acesso em: 9 set. 2012.

## CONCLUSÃO

Pelo ventilado, evidencia-se que não se faz unânime o posicionamento doutrinário e jurisprudencial relativo ao novo tipo penal do art. 213 do Código Penal, após a edição da Lei nº 12.015/2009.

Se fez nítido apenas, neste ponto convergente, que o tipo penal do outrora art. 213 deixou de ser simples para ser misto ou composto, ao reunir no mesmo dispositivo as práticas de conjunção carnal e de atos libidinosos diversos, mediante violência ou grave ameaça à vítima. Contudo, as controvérsias residem no conteúdo do tipo penal misto, se alternativo ou cumulativo, o que viabiliza ou não o concurso material de crimes.

Pelo que se viu, não houve abolição do tipo penal constante no outrora atentado violento ao pudor, e sim, uma mudança de local deste, passando a integrar o crime de estupro. Todavia equivocada está, a nosso ver, a sustentação de que, por estar presente num mesmo dispositivo legal, as condutas tipificadas no art. 213 constituem crime único com continuidade delitiva, se executadas num mesmo contexto fático, ou seja, mesmo espaço de tempo e de lugar, mesma vítima, igualdade na forma de execução dos crimes e unicidade nos desígnios do agente, tal qual previsto no art. 71 do Código Penal. Por ser assim, deverá responder o autor por apenas um dos crimes previstos no tipo, tendo, no máximo, um aumento de pena, em razão da quantidade de atos cometidos.

Ao nosso entendimento, pensar desta maneira é medida de terrível injusto penal, por beneficiar o agente, ao lhe aplicar sanção relativa apenas a um dos delitos por ele perpetrados e, conferir à vítima o sentido de injustiça pela gravidade dos atos sofridos, pois além de sua exposição à gestação, doenças venéreas, dentre as quais o HIV, humilhação e constrangimento, terá esta, a partir de então, que suportar os traumas oriundos da violência padecida.

De toda a certeza, não foi intenção do legislador beneficiar o agente de práticas delituosas tão severas, ao aglomerar as condutas num mesmo tipo penal. Pelo contrário, a criação da Lei nº 12.015/2009 se deu pela necessidade de responder à realidade social vigente, que clamava pela devida proteção à dignidade

sexual da pessoa humana, principalmente no que se diz respeito aos crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes.

Pela hediondez das condutas tipificadas no novo crime de estupro e a impossibilidade de substituição destas por outras de menor valor, por se tratarem de condutas independentes, adotamos o entendimento de que o conteúdo do novo tipo penal é misto cumulativo, o que possibilita o concurso de crimes na aplicação da pena.

Em sendo assim, ao serem as condutas com desígnios e modos de execução diferenciados, mesmo que reunidas em um único dispositivo legal e perpetradas num mesmo contexto fático, deverá o agente responder por cada ação de forma autônoma. Ao caso, aplicar-se-á a cada uma delas a penalidade relativa ao delito mais gravoso pertencente ao tipo, somando-se as sanções ao final. Somente desta maneira, será possível penalizar adequadamente os atentados contra a dignidade sexual do homem e da mulher, em obediência a preceito de máxima importância para o Estado brasileiro por sua Constituição Federal, o respeito à dignidade da pessoa humana, como, também, por medida de justiça.

## REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. A nova figura do estupro. **Correio Braziliense**, Brasília, Caderno Direito e Justiça, 14 set. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm). Acesso em: 11 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 13 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RS, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 4 out. 2012.

\_\_\_\_\_. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2). Acesso em: 22 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 16 de dezembro de 1830. Manda Executar o Código Criminal. **CLBR**, 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 14 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm). Acesso em: 4 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104.724 - MS (2008/0085502-3). Quinta Turma. Relator(a): Min. Jorge Mussi e Min. Felix Fischer. Brasília, 22 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15465921/habeas-corpus-hc-104724-ms-2008-0085502-3-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 5 set. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 157469/SP. Quinta Turma. Relator(a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília 2 set. 2010. DJe, 4 out. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 78667/SP. Quinta Turma. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 22 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 987124 SP 2007/0216856-0. Quinta Turma. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 9 nov. 2010. DJe, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19126618/recurso-especial-resp-987124-sp-2007-0216856-0-stj>>. Acesso em: 5 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 608**. Brasília, DF, 17 out. 1984. DJ, 29, 30 e 31 out. 1984. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0608.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0608.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 759994 SC 2011.075999-4. Relator(a): Des. Roberto Lucas Pacheco. Florianópolis, 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21008439/apelacao-criminal-reu-presocr-759994-sc-2011075999-4-tjsc/inteiro-teor>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Criminal nº 782759\_SC 2008.078275-9. Relator(a): Des. Hilton Cunha Júnior. Florianópolis, 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20103080/apelacao-criminal-acr-782759-sc-2008078275-9-tjsc>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 990104822106 SP. Quinta Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Des. Tristão Ribeiro. São Paulo, 18 nov. 2010. DJ, 18 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17527445/habeas-corpus-hc-990104822106-sp-tjsp>>. Acesso em: 9 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo Criminal nº 3586. Primeira Câmara Criminal. Relator(a): Marilza Lúcia Fortes. Cuiabá, MS, 23 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21533209/agravo-criminal-agv-3586-ms-2012003586-6-tjms/inteiro-teor>>. Acesso em: 15 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ACR nº 70038024717 RS. Terceira Câmara Criminal. Relatora(a): Min. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 7 jul. 2011. DJ, 18 jul. 2011. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20084901/apelacao-crime-acr-70038024717-rs-tjrs>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ACR nº. 70042127175 RS. Oitava Câmara Criminal. Relator(a): Min. Marlene Landvoigt. Porto Alegre, RS, 30 nov. 2012. DJ, 16 dez. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20964810/apelacao-crime-acr-70042127175-rs-tjrs>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo em Execução nº 70040588295 RS. Sexta Câmara Criminal. Relator(a): Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. Porto Alegre, 9 jun. 2011. DJ, 16 jun. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19816472/agravo-agv-70040588295-rs-tjrs>>. Acesso em: 5 set. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo em Execução nº 70043758036 RS. Oitava Câmara Criminal. Relator(a): Des.<sup>a</sup> Fabianne Breton Baish. Porto Alegre, 10 ago. 2011. DJ, 26 set. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20598537/agravo-agv-70043758036-rs-tjrs>>. Acesso em: 9 set. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Revisão Criminal nº 70043131291 RS. Terceiro Grupo Criminal. Relator(a): Des. Claudio Baldino Maciel. Porto Alegre, RS, 16 dez. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21036531/revisao-criminal-rvcr-70043131291-rs-tjrs/inteiro-teor>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, v. 3.

CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. O que se entende por *abolitio criminis*? **LFG**, 18 mai. 2009. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1068598/o-que-se-entende-por-abolitio-criminis>>. Acesso em: 5 mai. 2012.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal – Curso completo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral**. 11. ed. Revisado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 200** – e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 2.

\_\_\_\_\_; SOUSA, Áurea Maria Ferras de. Artigo do dia: Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes? **LFG**, 1 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print)>. Acesso em: 5 jun. 2012.

GOMEZ, Ademário. A Revogação do Crime de Atentado Violento ao Pudor. **Nossa Metro**, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.nossametro.dominiotemporario.com/blog-jonathas-gusmao/9517-a-revogacao-do-crime-de-atentado-violento-ao-pudor-.html>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. **Greco Filho**, [2009-2010]. Disponível em: <[http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao\\_lei\\_dignidade\\_sexual.pdf](http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual... Brasília: UNIDF, 2011, p. 17. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032321.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. Crimes contra a dignidade sexual: panorama Geral da Reforma. **Juris Way**, ago. 2009. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=2715](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2715)>. Acesso em: 10 mai. 2012.

JOBIM, Jorge André Irion. Atentado violento ao pudor e o princípio da continuidade normativo-típica. **Blogspot**, Rio Grande do Sul, 9 jan. 2010. Disponível em: <<http://jobhim.blogspot.com.br/2010/01/atentado-violento-ao-pudor-e-o.html>>. Acesso em: 5 mai. 2012.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo Tipo Penal de Estupro: Formas Típicas Qualificadas e Concurso de Crimes. **UFSC**, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/novo-tipo-penal-de-estupro-formas-t%C3%ADpicas-qualificadas-e-concurso-de-crimes>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

LUCAS, Ana Cláudia. O “novo” tipo penal de Estupro: tipo misto de conteúdo alternativo ou tipo misto de conteúdo cumulativo? **Blogspot**, 18 out. [2009?]. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com/2009/10/o-novo-tipo-penal-de-estupro-tipo-misto.html>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

MARTINS, Cinara Marques. Crime de Estupro – Breves considerações acerca do crime de estupro... **Blogspot**, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://adrianoDireito.blogspot.com.br/2010/11/breves-consideracoes-acerca-do-crime-de.html>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávaro de. A Mulher como sujeito ativo no crime de estupro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 4 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.24881&seo=1>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial – Arts. 121 a 234**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

PORTINHO, João Pedro Carvalho. História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos. **História e-história**, Rio Grande do Sul, 3 out. 2005 (atual.). Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. Ação penal no atual crime de estupro. **Jus Vigilantibus**, set. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41870>>. Acesso em 10 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Estupro e atentado violento ao pudor na Lei nº 12.015/2009. **Paulo Queiroz**, [entre 2009 e 2012]. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-na-lei-n%C2%B0-120152009/>>. Acesso em: 5 mai. 2012.

TEBET FILHO, Walter. O concurso de crimes no novo artº. 213, do código penal. **APMP**, 16 nov. 2009. Disponível em: <[http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso\\_crimes\\_art213\\_cp.pdf](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso_crimes_art213_cp.pdf)>. Acesso em: 25 7 jun. 2012.

TELES, Ney Moura. Estupro de vulnerável. **Blogspot**, abr. 2010. Disponível em: <<http://neymourateles.blogspot.com.br/2010/04/estupro-de-vulneravel.html>>. Acesso em: 11 mai. 2012.