



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

FERNANDA SCHEINER DE BRITO BALDISSARA LEITE

***ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O ESTUDO DE CASO DO HABEAS CORPUS Nº 105.533
E A APLICAÇÃO DA PENA APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/2009 SOB O ENFOQUE
DA PSICOLOGIA CRIMINAL***

Brasília

2015

FERNANDA SCHEINER DE BRITO BALDISSARA LEITE

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O ESTUDO DE CASO DO HABEAS CORPUS Nº 105.533
E A APLICAÇÃO DA PENA APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/2009 SOB O ENFOQUE
DA PSICOLOGIA CRIMINAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Veloso Filho.

Brasília

2015

FERNANDA SCHEINER DE BRITO BALDISSARA LEITE

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O ESTUDO DE CASO DO HABEAS CORPUS Nº 105.533
E A APLICAÇÃO DA PENA APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/2009 SOB O ENFOQUE
DA PSICOLOGIA CRIMINAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Veloso Filho.

Brasília, ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador José Carlos Veloso Filho

Professor Examinador

Professor Examinador

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo por sua imensa benignidade e infinito amor, por ser meu refúgio e meu melhor amigo em todos os momentos de minha vida. Dedico aos meus pais e familiares pelo carinho, compreensão, apoio, educação e incentivo sempre. Aos meus professores por terem me ensinado a lutar pela justiça. Aos meus colegas de curso pela mútua cooperação. Aos meus amigos por terem participado de todo o meu processo de crescimento no curso de Direito. Agradeço, por fim, ao meu professor orientador, José Carlos Veloso Filho pela contribuição, pelo acompanhamento exercido durante a execução do trabalho e por ter me acolhido desde o início.

“Mas os que esperam no Senhor
renovarão as suas forças; subirão com
asas como águias; correrão, e não se
cansarão; andarão, e não se fatigarão.”
(Isaías 40:31)

RESUMO

Trata-se de trabalho sobre a questão que surgiu após o advento da Lei 12.015/09, a qual unificou os antigos crimes de atentado violento ao pudor e estupro em um único tipo penal. Eis que, com a vigência da nova norma, sobrevieram distintas posições doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tema, uma vez que, para alguns, a unificação se configura uma lei favorável ao réu enquanto para outros não se trata de norma benéfica, apenas mantendo a antiga denominação dos crimes em um único tipo. A análise da antiga e da nova redação do texto penal é de mera importância para o entendimento da mudança, bem como os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. No segundo ponto, há a abordagem da teoria psicológica do criminoso, quais as causas e motivos que o levam a cometer reiteradamente o crime de estupro de vulnerável, bem como os danos psíquicos deixados em suas vítimas e também as outras formas de prisão diferenciada aos indivíduos afetados. Por último, para o fechamento dos estudos anteriormente verificados, são analisados dois casos contrapostos, conforme o julgamento dos recursos de cada ação.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Aplicação da pena. Psicologia criminal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 PONTOS RELEVANTES SOBRE O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E TEMAS CORRELATOS.....	10
<i>1.1 Antes e depois da Lei 12.015/09.....</i>	<i>10</i>
<i>1.2 Tipos penais pertinentes.....</i>	<i>12</i>
<i>1.3 Crime continuado.....</i>	<i>13</i>
<i>1.4 Concurso material.....</i>	<i>15</i>
<i>1.5 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relevantes</i>	<i>16</i>
2 PONTOS PSICOLÓGICOS RELEVANTES SOBRE O ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	22
<i>2.1 Justificativa do abuso</i>	<i>22</i>
<i>2.2 Consequências do abuso sexual na infância</i>	<i>27</i>
<i>2.3 A importância da prevenção primária e a possibilidade da prisão diferenciada aos indivíduos afetados</i>	<i>31</i>
3 ESTUDO DE CASO DO HABEAS CORPUS Nº 105.533.....	39
<i>3.1 Relato do estudo de caso do Habeas Corpus nº 105.533.....</i>	<i>39</i>
<i>3.2 Contraposição do Agravo em Execução nº 2011.015495-0.....</i>	<i>42</i>
<i>3.3 Do enfoque da psicologia criminal sobre os estudos técnicos e posicionamentos jurisprudenciais.....</i>	<i>44</i>
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51
ANEXO A – JULGADOS PERTINENTES EM RELAÇÃO AO NÃO CABIMENTO DO CRIME ÚNICO	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico trata da discussão acerca da aplicação da pena do novo crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, trazido pela lei 12.015/09.

Com a vigência deste novo texto legal, observou-se que o legislador unificou em um único tipo os antigos crimes de atentado violento ao pudor (artigo 214 do Código Penal), estupro (artigo 213 do Código Penal) e a violência presumida (artigo 224 do Código Penal).

Sendo assim, pelo fato de os crimes acima antigamente terem sido aplicados em concurso material, quando cometidos no mesmo momento fático e contra a mesma vítima, discute-se hoje como deve ser a aplicação da mesma, uma vez que tais tipos foram unificados.

Dessa forma, a monografia tem o objetivo de apresentar meios, tais como a doutrina, os posicionamentos jurisprudenciais e parte da psicologia para orientar a melhor aplicação da pena para cada caso específico.

A utilização da psicologia além dos estudos técnicos se justifica pelo motivo de que há a necessidade de se reconhecer que existe inter-relação do Direito com outros ramos da ciência.

Neste caso especificamente, muito tem a acrescentar as causas psicológicas do crime, os sentimentos do agente criminoso, para que melhor se encontre a solução de seu conflito interior. Pois a pena não é unicamente um meio de repreensão, mas também de transformação do indivíduo delinquente, influenciando, ainda, no *quantum* da pena e as formas de tratamento.

Tendo isso em consideração, percebe-se que o tema da "correta aplicação da pena" não se restringe apenas ao *quantum* a ser aplicado.

Sendo assim, para tratar tal assunto será abordado no desenvolvimento a clássica legislação do tipo penal a antes do advento da lei 12.015/2009, bem como o atual texto penal, após a sua vigência. Em seguida, será abordada a principal distinção entre os tipos penais, dentre eles o tipo penal misto (cumulativo e alternativo), o crime único, crime continuado e concurso material de crimes.

Para iniciar a discussão a ser tratada na monografia, será importante coletar dados que demonstrem o real interesse do legislador ao criar a referida lei. A partir

dessas informações, serão analisadas as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, quanto à espécie de tipificação do crime e a sua aplicação em casos diversos.

Após a abordagem doutrinária e jurisprudencial, no segundo momento será esclarecida a posição psicológica acerca das formas de se reconhecer a justificativa do abuso sexual de menores, expondo certos motivos psíquicos que influenciam o comportamento delinquente desde os primórdios da vida do indivíduo, o processo de caminhada até o momento em que há o crime de estupro.

Outro ponto a ser estudado no mesmo capítulo serão as cicatrizes deixadas em suas vítimas, que, possivelmente, abrirão portas a novas condutas delitivas, sejam elas de negligência ou de intensificação de estupro de menores. Por último, serão analisadas, ainda, medidas de prevenção a serem tomadas e a possibilidade de se estabelecer uma prisão diferenciada aos indivíduos delinquentes.

No último capítulo, será analisado, no caso em concreto, o julgamento do HC nº 105.533, relatado pela Ministra Laurita Vaz, em contraposição com o Agravo de Execução nº 2011.015495-0 julgado pela Primeira Câmara Criminal de Florianópolis nos termos do relator desembargador Hilton Cunha Júnior.

O primeiro julgado foi escolhido em razão do trabalho requerido como um dos requisitos para aprovação da matéria Direito Penal Especial II, 5º semestre, lecionado pela docente Eneida Taquary. Em consequência do estudo, foi utilizado como posição contrária o julgado da Primeira Câmara Criminal de Florianópolis.

Por último, no mesmo capítulo, será esclarecida a ligação entre os temas abordados no trabalho acadêmico, quais sejam a atualização de texto legal, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais diversos quanto ao tema, estudos de psicologia criminal e casos em concreto.

Ademais, o Direito Penal sempre foi um ramo que eu elegi como especialização, mais precisamente os crimes de estupro, estupro de vulnerável e homicídio. O motivo de tal aspiração por estes crimes específicos se dá por serem crimes bárbaros e muitas vezes sem causas aparentes, causando-me, no mínimo, curiosidade de entender as razões da conduta criminosa. Por esse motivo, também, se deu o interesse em mesclar o trabalho com estudo da psicologia criminal.

O referido tema traz estudos doutrinários que norteiam a correta aplicação da pena diante do advento da lei inovadora que unificou os tipos penais – atentado

violento ao pudor e estupro -, bem como estudos com base na psicologia criminal que indicam as causas do comportamento do abusador e, também, suas consequências. As posições doutrinárias e jurisprudenciais são bem diversas, inexistindo entendimentos pacíficos que facilitem a correta aplicação da pena, cabendo, todavia, à melhor tese – defesa ou acusação – minorar ou majorar a pena do agente criminoso.

Importante ressaltar que o presente trabalho acadêmico também tem o intuito de mostrar que, infelizmente, existe uma falta de compreensão de parcela dos atores do Poder Judiciário sobre questões psicológicas envolvidas no estupro de vulnerável, a qual torna as decisões meramente técnicas e dogmáticas.

Por conseguinte, há o objetivo de conduzir os estudos para a correta aplicação do dispositivo legal, sendo que a “correta” aplicação também deve reconhecer a influência da psicologia criminal, uma vez que o delinquente é um ser humano, que, por sua vez, clama por ajuda. Assim como se mostra necessário reconhecer que o cárcere não é e nunca foi um remédio que soluciona o pensamento criminoso.

1 PONTOS RELEVANTES SOBRE O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E TEMAS CORRELATOS

1.1 Antes e depois da Lei 12.015/09

O Código Penal de 1940 previa em sua redação original os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, em forma de tipos legais autônomos, quais sejam os artigos 213 e 214, respectivamente (PRADO, 2010, p. 598).

O delito de estupro, antigo artigo 213 do Código Penal, possuía o seguinte texto legal (BRASIL, 1940):

“Estupro

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

Pena – reclusão, de três a oito anos.

Parágrafo único. Se a ofendida é menos de 14 anos: (Incluído pela Lei n. 8.069, de 1990)

Pena – reclusão de quatro a dez anos. (Redação dada pela Lei n. 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n. 9.281, de 4.6.1996)

Pena – reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei n. 8.072, de 25.7.1990)”

Enquanto o crime de atentado violento ao pudor, antigo artigo 214, consistia em, *verbis* (BRASIL, 1940):

“Atentado violento ao pudor

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: (Vide Lei n. 8.072, de 25.7.90)

Pena – reclusão de dois a sete anos.

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei n.8.069, de 1990)

Pena – reclusão de três a nove anos. (Redação dada pela Lei n. 8.069, de 1990)

Pena – reclusão de seis a dez anos. (Redação dada pela Li n. 8.072, de 25.7.1990)”

Como se pode observar no texto da antiga Lei, o estupro contra menor de 14 (catorze) anos configurava aumento de pena, previsto no mesmo tipo penal, subsidiado pelo antigo artigo 224 do Código Penal, o qual presumia a utilização da violência ou grave ameaça contra essas vítimas vulneráveis, *verbis* (BRASIL,1940):

“Presunção de violência

Art. 224 – Presume-se a violência, se a vítima: (Vide Lei n. 8.072, de 25.7.90)

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

Então, a aplicação da pena para o agente criminoso contra vítima menor de 14 anos, quando da prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso diverso desta, se dava a partir do aumento das penas para os referidos crimes combinado com a presunção de violência do artigo 224, em concurso material de crimes por configurarem delitos autônomos (JESUS, 2013, p. 133).

A reforma penal instituída pela Lei 12.015/09 operou profundas transformações em relação aos delitos sexuais, as quais vem sendo discussões entre renomados doutrinadores em relação à aplicação da pena ao novo tipo penal. Conforme leciona Luiz Régis Prado, o legislador de 2009 soube modernizar o texto legal, trazendo a interpretação da lei italiana para afastar aplicações arcaicas não mais apropriadas à ideia de moral e bons costumes dos tempos modernos (PRADO, 2010, p. 598).

Dessa forma, os crimes anteriormente tipificados como Estupro (artigo 213), Atentado violento ao pudor (artigo 214) e Presunção de violência (artigo 224), foram unificados em dois tipos penais, quais sejam Estupro (atual artigo 213) e Estupro de vulnerável (artigo 217-A), *ipssis litteris*:

“Estupro

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

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

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

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

[...]

Estupro de Vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 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.

§ 2º (VETADO)

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

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:
Pena – reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

A junção dos delitos em dois dispositivos teve como consequência a organização da norma, bem como a proteção às vítimas menores de 14 (catorze) anos (artigo 217-A, do Código Penal), que anteriormente estavam sob a guarda do antigo artigo 224, do Código Penal de 1940 (BRASIL,1940).

Conclui-se que o novo tipo penal, Estupro de vulnerável, revogou o conceito de violência presumida e aumentou a pena em relação ao atual artigo 213, *caput* - 6 (seis) a 10 (dez) anos - e seu respectivo §1º - 8(oito) a 12 (doze) anos, tendo como pena mínima reclusão de 8 (oito) anos e máxima 15 (quinze) anos (BRASIL, 1940).

1.2 Tipos penais pertinentes

Para entendermos melhor as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais quanto à aplicação da pena nos crimes de estupro e estupro de vulnerável, é importante esclarecer a diferença entre os tipos penais mistos e únicos.

O crime único é aquele em que o tipo penal prevê um ou mais núcleos do tipo, separadas pela conjunção alternativa “ou”, bastando uma ou outra ação para que o crime seja praticado. Segundo o jurista criminal Luiz Flávio Gomes, aquele agente que realiza mais de um verbo previsto no tipo, no mesmo contexto fático, comete crime único em obediência ao princípio da alternatividade. Dessa forma, mesmo que o indivíduo realize todas as ações previstas no tipo, na mesma ocasião, não configura outro crime, mas tão somente crime único (SANTOS, 2012).

Neste sentido, configura-se como tipo misto alternativo ou delito de ação múltipla o texto penal que prevê vários núcleos no mesmo tipo, e, quando praticadas em um mesmo contexto fático, configuram um só crime, não havendo o que se falar em concurso de crimes. Há uma fungibilidade entre diversos núcleos, sendo indiferente a realização de qualquer um deles, pois o delito continua único. Aqui o legislador tem a intenção de assemelhar as condutas, por esse motivo, tanto faz uma conduta ou outra para configurar o crime (MISAKA, 2010).

Por outro lado, o tipo misto cumulativo caracteriza-se pela não fungibilidade dos núcleos, configurando-se figuras autônomas. Não obstante, como no tipo misto

alternativo, a prática de apenas uma das condutas previstas no tipo configurará o crime. Dessa forma, o tipo misto cumulativo demonstra o interesse do legislador em valorar uma ação em relação à outra, inexistindo semelhanças entre as mesmas (MISAKA, 2010).

Dado esse esclarecimento, há quem defenda que o estupro de vulnerável, quando praticadas no mesmo contexto fático, as duas ações previstas no tipo – conjunção carnal e ato libidinoso diverso desta – deve ser calculada a pena como crime único, ou crime continuado. De outro modo, existem doutrinadores e acórdãos que optam pelo cálculo em concurso material de crimes, dada a execução distinta dos atos. Para isso, cumpre-se esclarecer as diferenças básicas entre um e outro.

1.3 Crime continuado

O crime continuado, previsto no artigo 71 do Código Penal, é conceituado por mais de uma ação ou omissão de dois ou mais crimes da mesma espécie, praticados pelo agente e pelas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, devendo os atos subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Quanto à aplicação da pena nos crimes, objeto de estudo no presente trabalho acadêmico, são diversos os entendimentos do que realmente seria “crimes da mesma espécie.” (NUCCI, 2006, p. 400-401).

Para Nucci, existem duas posições a esse respeito. A primeira define que “são delitos da mesma espécie os que estiverem previstos no mesmo tipo penal” e a segunda que “são crimes da mesma espécie os que protegem o mesmo bem jurídico, embora previstos em tipos diferentes”. Conforme citou o autor, o entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 1999 era de que não basta que os crimes atinjam um mesmo bem jurídico, carecendo, necessariamente, de semelhança entre os elementos objetivos e subjetivos das condutas delituosas (NUCCI, 2006, p. 400-401).

Conforme conceitua Rogério Greco, os elementos objetivos do crime continuado, tais quais as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, são respectivamente: a) a persistência de um certo liame psíquico que surge em sequência dos fatos; b) necessidade de relação de contexto entre as

ações praticadas nos lugares diversos; c) e padrão de comportamento (GRECO, 2014, p.208-216).

Em relação ao elemento subjetivo, qual seja, o dever dos atos subsequentes ser havidos em continuação do primeiro, conceitua que “as infrações penais posteriores devem ser entendidas como continuação da primeira”. Para tal esclarecimento, cita a Teoria Objetivo-Subjetiva, a qual exige para configuração do crime continuado, a existência dos elementos objetivos e subjetivos. Também colecionou a jurisprudência seguinte que corrobora tal esclarecimento: (GRECO, 2014, p.208-216)

“HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO MÍNIMA. EXCLUSÃO DE UMA DAS MAJORANTES. FALTA DE INTERESSE. CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. DECISÃO FUNDAMENTADA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES E DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA REEXAME DE PROVAS. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. 1. Se as instâncias ordinárias reconheceram a existência de mais de uma causa de aumento de pena no delito de roubo, mas efetivaram o incremento da reprimenda na fração mínima de 1/3 (um terço), não há interesse na discussão acerca da configuração de apenas uma das majorantes - no caso, a relativa ao emprego de arma de fogo -, uma vez que sua eventual exclusão não produzirá nenhum reflexo no quantum da pena ou no regime inicial de cumprimento. Precedentes da Quinta Turma desta Corte. 2. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, exige-se, além da comprovação dos requisitos objetivos, a unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados. Ou seja, a conduta posterior deve constituir um desdobramento da anterior. 3. Quanto ao pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, o Juízo a quo e a Corte estadual concluíram que o longo período que entremeou um delito e outro obsta o reconhecimento do crime continuado, configurando-se, assim, o concurso material delineado no art. 69, do Código Penal. Entender diversamente, outrossim, ocasionaria acurada avaliação probatória, o que, na angusta via do habeas corpus, não se admite. 4. Habeas Corpus parcialmente conhecido e nessa parte denegado.” (BRASIL, 2012, grifo nosso)

No mesmo sentido trilhou a jurisprudência da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2005, nos termos seguintes:

“CRIMINAL.HC.EXECUÇÃO. ESTELIONATOS. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIFICAÇÃO DE PENAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS

OBJETIVOS E SUBJETIVOS. MATÉRIA PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE. HABITUALIDADE CRIMINOSA. INCOMPATIBILIDADE COM O CRIME CONTINUADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. I. Não se conhece do pedido de unificação das penas referentes aos processos 690/95 e 04/96, da Comarca de São João de Boa Vista-SP, sob pena de indevida supressão de instância, já que não foi objeto de debate e decisão por parte do Tribunal a quo. II. Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi) e subjetivo (unidade de desígnios). Precedentes. III. A prática de reiterados crimes da mesma espécie, em datas próximas, não significa que os delitos subseqüentes serão tidos como continuação do primeiro, para os fins do art. 71 do Código Penal, configurando a habitualidade criminosa, que agrava o tratamento penal dado ao infrator, mostrando-se incompatível com a continuidade delitiva. Precedente. IV. Ordem parcialmente conhecida e denegada.”(BRASIL, 2005, grifo nosso)

No mais, cumpre-se ressaltar a primordial distinção entre continuidade e habitualidade. Conforme elucidou a autora Mothé Glioche Béze, “o fundamento da exasperação da pena não visa com certeza, beneficiar o agente que, reiteradamente, pratica crimes parecidos entre si, como o estelionatário, que vive da prática de “golpes” (BÉZE, 2001, p.155).

Dessa forma, pelo motivo do instituto de exasperação abranger os requisitos de menor periculosidade, benignidade ou da utilidade prática, não haveria coerência aplicá-lo a quem mantém o crime com habitualidade, que por sua vez é mais intensa do que a continuação (BÉZE, 2001, p.155).

1.4 Concurso material

Analisando os diversos posicionamentos doutrinários, cumpre-se, em primeiro lugar, esclarecer o que vem a ser o concurso material de crimes.

Prevê o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 69, o seguinte:

“Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.” (BRASIL, 1940)

Capez leciona a diferença primordial do crime continuado em relação ao concurso material de crimes. Estabelece que, diferentemente do crime continuado,

no concurso material, o agente pratica diversas ações em locais diversos, com maneiras de execução distintas e com longo intervalo de tempo (CAPEZ, 2014, p.166).

Da mesma maneira conceitua Nucci, afirmando que o agente que pratica dois ou mais crimes deve ser punido pela soma das penas, em razão da adoção do sistema da acumulação material, podendo este ser homogêneo (prática de crimes iguais) ou heterogêneo (prática de crimes diversos) (NUCCI, 2012, p. 489).

Neste sentido, tem-se que é possível o agente cometer o mesmo crime por diversas vezes, respondendo pelos mesmos crimes em concurso material. Bem pontuou Capez ao dizer que responde em concurso de crimes quem “pratica vários crimes” (idênticos ou não), do mesmo modo de que quem responde em crime continuado. Ou seja, quem pratica o mesmo crime por diversas vezes em situações fáticas diversas, desde que os atos subsequentes não tenham ocorrido em continuação do primeiro, responderá pelo crime em concurso material (NUCCI, 2012, p. 489).

1.5 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relevantes

Segundo dito anteriormente, a fusão dos artigos 213 e 214 tem provocado polêmica doutrinária a respeito da existência de crime único ou concurso de crimes quando o agente, no mesmo contexto fático, constrange a vítima a realizar com ele a conjunção carnal e outro ato libidinoso, diverso daquela (JESUS, 2013, p. 133).

Guilherme de Souza Nucci defende que o estupro configura crime único quando praticado na mesma cena, ainda que o objeto final seja tanto a conjunção carnal quanto outro ato libidinoso ou ambos, uma vez que só há um bem jurídico lesado, qual seja a liberdade sexual da vítima (NUCCI, 2012, p. 967-968).

Por outro lado, leciona que o estupro, quando praticado em cenas distintas, caberá a aplicação do crime continuado, desde que haja sucessividade das ações no tempo, uma vez que não mais se trata de conclusão da prática sexual num mesmo ato, mas em duas ou mais vezes distintas (NUCCI, 2012, p.968).

Neste sentido, expõe que não há possibilidade de existir crime único em contextos fáticos distintos, dado que a prática sexual prevista no tipo conclui-se em dois momentos diversos (NUCCI, 2012, p.968).

Ainda ao entendimento do doutrinador, todavia seria possível aplicar-se o concurso material de crimes quando ausentes os requisitos impostos pelo crime continuado, ou seja, vários crimes cometidos reiteradamente (NUCCI, 2012, p.968).

Em sentido semelhante, Fernando Capez orienta que quando praticadas as condutas previstas no tipo legal, e na mesma ocasião, configurará apenas um crime. Porém, se praticadas em ocasiões diversas, por diversas vezes, o crime será aplicado em combinação com o crime continuado (CAPEZ, 2014, p.463).

Damásio de Jesus igualmente ensina que a Lei 12.015/90 não veio para agravar a situação do réu, tratando-se de norma mais favorável em benefício do agente. Nessa linha de raciocínio, argumenta que a lei vigente não ampara semelhante interpretação à aplicação da pena em concurso de crimes como era anteriormente, visto que a conjunção carnal e os outros atos libidinosos realizados sem o consentimento passaram a integrar a mesma figura atípica (JESUS, 2013, p. 133).

Assim, a prática de dois atos previstos no tipo penal, como a conjunção carnal e o coito anal, cometidos no mesmo contexto fático e em face do mesmo sujeito passivo, irão caracterizar crime único, não mais concurso material. Em contraposição a quem argumenta que se deve ter em consideração o acréscimo do *quantum* valorativo da conduta, Damásio de Jesus afirma que este será reconhecido nas circunstâncias judiciais ao agente na dosagem da pena pelo juiz (JESUS, 2013, p. 133-134).

Na mesma linha, o autor André Estefam, citado por Damásio de Jesus, ensina que uma das consequências do novo texto legal foi o abandono do concurso material de crimes, tornando-se crime único quando as condutas previstas ocorrerem no mesmo momento (JESUS, 2012, p.863).

Ademais, Estefam adiciona o comentário de que a despeito de se tratar de delitos de espécies distintas, se praticadas em conjunto deveriam ser obrigatoriamente cumuladas, a reforma é benéfica merecendo retroatividade aos

fatos anteriores à vigência da lei, em respeito ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 2º do Código Penal (JESUS, 2012, p.863).

Rogério Greco trilha o mesmo posicionamento doutrinário dos autores elencados acima, defendendo que o delito em questão, quando praticado contra a mesma vítima no mesmo contexto fático e praticados as duas condutas previstas no tipo, configura-se crime único, “mesmo para quem defende que o tipo seja misto cumulativo, neste caso, o máximo que poderia agravar era em relação ao crime continuado.” (GRECO, 2014, p. 723-727).

Assim também trilharam os acórdãos da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2010, *verbis*:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. CONDUITAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO. CRIME ÚNICO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 144.870/DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro. 2. Tendo em vista que o paciente foi condenado por ter praticado, mediante grave ameaça, conjunção carnal e coito anal contra a mesma vítima e no mesmo contexto, é de rigor, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o afastamento da condenação pelo atentado violento ao pudor. 3. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei nº 12.015/2009, destacando que deverá ser refeita a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. (BRASIL, 2010, grifo nosso)

HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE INTEGRAM O TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INFRAÇÕES COMETIDAS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 12.015/09. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Verificado que a pena-base no tocante ao crime de roubo agravado foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em circunstâncias que integram o tipo penal incriminador, de rigor a redução ao mínimo legal. 2. Com o advento da Lei nº 12.015/09, unificaram-se as condutas dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, do que resulta ser essa lei "plus douce", em relação ao Código Penal, a exigir retroatividade, para alcançar fatos passados, pondo fim ao dissídio doutrinário e jurisprudencial que se lavrava a respeito da possibilidade de continuação entre os delitos de

estupro e atentado violento ao pudor. 3. Diante dessa nova situação jurídica, mais favorável ao paciente, e unificadas as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor, cabe redimensionar a pena privativa de liberdade imposta. 4. Ordem concedida para reduzir as penas ao total de catorze anos e oito meses de reclusão, no regime inicial fechado, e vinte diárias, no unitário mínimo. (BRASIL, 2010, grifo nosso)

Seguindo adiante, tem-se que, conforme colhidos os ensinamentos acima, há a possibilidade de se aplicar o crime continuado quando forem praticadas as duas condutas previstas no tipo na mesma situação fática em desfavor à mesma vítima, em uma sequência de tempo. Assim reconhece Fernando Capez, dizendo que é viável o crime continuado quando houver objetivo único pelo agente, devidamente provado nos autos, como por exemplo o autor que objetiva o congresso carnal com o(a) ofendido(a) durante um ano, não tendo sido interrompida a cadeia delitiva (CAPEZ, 2014, p.463).

Por outro lado, para Vicente Greco Filho, posição colecionada por Damásio de Jesus, o tipo permite tanto a alternatividade quanto a cumulatividade, a depender da análise dos princípios da especialidade, subsidiariedade, da consunção e o da progressão. Sendo assim, se houver várias ações, haverá somente um crime se uma conduta absorver outra ou se for fase de execução da seguinte. Caso contrário, estaremos diante de delitos autônomos (JESUS, 2012, p.864).

Neste sentido, também foram os acórdãos da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 2010, *ipssis litteris*:

Habeas corpus. [...] 2. Estupro e atentado violento ao pudor. Superveniência da Lei n. 12.015/2009. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade. 3. Ordem concedida de ofício. (BRASIL, 2010, grifo nosso)

HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALTERAÇÃO DOS ARTS. 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL, NOS TERMOS DA LEI 12.015/2009. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ DENEGADO PELA PRIMEIRA TURMA DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. SÚMULA 611/STF. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A decisão impugnada deu pela ocorrência de concurso material entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos termos da reiterada jurisprudência do STJ e do STF. 2. Na concreta situação dos autos, o impetrante reitera o pedido de reconhecimento da continuidade entre os delitos pelos quais se acha definitivamente condenado. Pedido já

rechaçado pela Primeira Turma deste STF, no julgamento do HC 93.981, também de minha relatoria. 3. Sucede que, após o julgamento, a Lei 12.015/2009, editada em 07 de agosto de 2009, alterou substancialmente a disciplina dos crimes pelos quais o acionante foi condenado (arts. 213 e 214 do Código Penal). Alteração que fez cessar o óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, cometidos antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido, mas deferido de ofício para determinar ao Juiz das Execuções Penais que proceda, nos termos da Súmula 611 deste Supremo Tribunal Federal, à “aplicação de lei mais benigna”. Juízo que há de observar, pena de reformatio in pejus, os limites fixados no Agravo de Execução nº 70006882997/TJ/RS. (BRASIL, 2010)

Da mesma forma se pode citar como exemplo, a posição do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia em 2010:

“Ementa: Crime sexual. Negativa de autoria. Absolvção. Impossibilidade. Palavra da vítima. Art. 213 do Código Penal com redação dada pela Lei n. 12.015/09. Estupro e atentado violento ao pudor praticados num mesmo contexto. Crime único ou crime continuado. Crimes de ação múltipla. Inexistência de atos sucessivos e nexos causal. Continuidade delitiva. Possibilidade. Pena-base. Circunstância Judicial desfavoráveis. Redução. Indeferimento.

Nos crimes de natureza sexual, a palavra da vítima é suficiente para comprovar a autoria delitiva, em especial quando em harmonia com as demais provas colhidas nos autos, não bastando, para o decreto absolutório, a negativa do acusado. A nova redação do art. 213 do Código Penal dada pela Lei n. 12.015/09 transformou este tipo penal em delito de ação múltipla, o que não transforma, necessariamente, o delito de estupro e atentado violento ao pudor em crime único quanto praticado no mesmo contexto. Somente haverá crime único, se for possível ver nexos causal nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos. A conjunção carnal e a prática de sexo oral ou anal não caracterizam crime único, uma vez que esta segunda ação não é fase de execução da primeira, mas, sim, delito autônomo.

Com a unificação do tipo penal, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor passaram a ser delitos da mesma espécie, possibilitando o reconhecimento da continuidade delitiva, quando preenchidos os requisitos do art. 71 do Código Penal.

Não é possível a redução da pena-base quando as circunstâncias judiciais são, em sua maioria, desfavoráveis a acusado.” (Brasil, 2010) (grifo nosso)

Por último, embora minoritária, existe uma corrente que se posiciona a favor da aplicação da pena em concurso material de crimes, mesmo quando da prática das duas condutas previstas no tipo penal no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça por bem entendeu seguir o clássico entendimento de que não se trata de crime único, em razão de haver pluralidade de crimes (concurso material), sendo incabível, também, o crime continuado, uma vez que se tratam de “penetrações sexuais” distintas (BRASIL, 2010).

Esta posição tem o fundamento de que o novo texto penal se trata de tipo misto cumulativo, ou seja, embora reunidas no mesmo artigo e com apenas uma previsão de cominação de pena, ambas condutas serão punidas individualmente, calculadas, portanto, em concurso material de crimes. Por conseguinte, a 5ª Turma também entende que tampouco há a possibilidade de se aplicar a continuidade, em face da distinção entre os modos de execução das condutas (GOMES, 2010).

Neste sentido, coleciono os julgados da 5ª Turma Superior Tribunal de Justiça de 2010 (Anexo) os quais seguem o entendimento de que é incabível a interpretação do estupro como crime único.

2 PONTOS PSICOLÓGICOS RELEVANTES SOBRE O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Os estudos psicológicos do criminoso, bem como as consequências dos seus atos são de mera importância para o estudo acadêmico, no qual é possível delimitar a intervenção estatal na punição do agente, através de possibilidades e chances de ressocialização do abusador, e quais os efeitos causados na vítima. A partir disso, a conduta poderá ser valorada, o que automaticamente auxilia-nos a perceber a melhor reprimenda e interpretação do tipo, proporcionalmente à prática do crime. Porém, como é sabido, o trabalho busca interpretar da melhor forma, isto é, de acordo com os princípios da individualização da pena, com os estudos da psicologia criminal, a aplicação da pena do crime de estupro de vulnerável após o advento da Lei 12.015 de 1990, diante da diversidade de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

2.1 Justificativa do abuso

Se, em algum momento o homem se orienta no sentido do que nos parece uma regressão ou aberração, razões profundas devem existir. Este homem precisa ser analisado, levando-se em consideração todo o seu passado e de que maneira tudo se organizou em sua consciência e em seu inconsciente, a fim de que possamos compreender o motivo que o levou a agir daquela maneira regressiva (DOURADO, 1969, p. 18-19).

Analisando-se a leitura de Luiz Angelo Dourado, médico penitenciário e psiquiatra, resume-se que é impossível julgar um crime sem compreendê-lo, ou seja, julgar um crime pelos seus resultados é como “ver a árvore sem enxergar a floresta”, “é dar ênfase ao sintoma e menosprezar a doença”, “é, finalmente, encarcerar o delinquente, mas jamais recuperá-lo”. Tais condutas criminosas não são moldadas pelo ambiente, por pior que seja, dado que o criminoso já se encontra em condições psicológicas de perpetrar o delito quando frequenta o meio (DOURADO, p. 20-21).

Razões atuantes no período formativo do ser humano, fundamentadas na grandeza do traumatismo psicológico, sofrido ou não na infância, é que se determinarão a futura conduta social ou antissocial do indivíduo (DOURADO, 1969, p. 22).

Diante disso, cabe-se analisar os primórdios da conduta criminosa, as quais nascem juntamente com a concepção do ser humano. Afirma o autor Alvino Augusto de Sá, doutor em psicologia clínica, que o homem atual vivencia dois dilemas, quais sejam a necessidade de vencer e ultrapassar os limites do ser humano e ainda vencer os obstáculos que impedem o indivíduo de se realizar como homem, ainda que seja necessário descumprir uma lei para lograr tais êxitos (SÁ, 2010, p. 26-27).

Considerando-se o que foi dito, o homem estará sempre cego para as necessidades e direitos do próximo, uma vez que representam interdições à sua vontade de conseguir o sucesso infinito (SÁ, 2010, p. 30).

Alvino Augusto de Sá esclarece que o ser humano nasce com um instinto inerente à sua existência, a violência fundamental. Esta, por sua vez, não se caracteriza pela gana de destruição, mas sim pela luta pela sobrevivência e garantia da vida, assim como o pintinho precisa quebrar a casca do ovo ou a semente se dissipar para nascer (SÁ, 2010, p. 30-31).

No entanto, tais interdições que impossibilitam ou dificultam a busca incansável do sucesso se encontram nas outras pessoas, sendo, portanto, os objetos do ataque da violência fundamental. Dessa forma, dispõe Alvino, que a referida relação não se dá por amor, nem por ódio, tratando-se apenas de rivalidade e concorrência (SÁ, 2010, p. 31).

Assim também o diz Luiz Angelo Dourado, quando afirma que o homem não erra deliberadamente, erra com o intuito de acertar. Então, quando o homem comete algum crime, ele está certo de que faz o que deve, o que é correto, o que é melhor pra ele (mais uma vez), para sua felicidade. Ainda sustenta: “se assim não o fosse, a maioria dos crimes não seria perpetrada.” (DOURADO, 1969, p. 18).

Se as outras pessoas oferecem, frequentemente, obstáculo ao homem, então pode-se dizer que a primeira referência da rivalidade para a criança serão os seus pais. O motivo é simples, quando recém-nascidas, as crianças não tem a noção de que o corpo da mãe é um objeto desagregado ao corpo delas, por conseguinte creem que todo o espaço e tudo que conhece pertence unicamente a si próprio. Por isso, diz Alvino, que “tudo o que possa se opor a essa sua “onipotência”, a essa sua expansão vital sem limites será “o outro” para ela, será o objeto de sua violência fundamental, constituindo-se num obstáculo a ser suplantado.” (SÁ, 2010, p. 31)

No entanto, a criança não tem ainda capacidade para controlar seus impulsos e tampouco de se orientar diante das leis da realidade. Assim, tem-se que os responsáveis pela referida administração da vida do menor, serão seus pais, com o auxílio da implantação da libido (SÁ, 2010, p. 32-33).

A libido, para Alvino, não tem relação unicamente com os prazeres sexuais, mas também com a relação amorosa entre pais e filhos. Esta, por sua vez, direcionam as energias da violência fundamental. Conforme preceitua Bergeret, em citação de Alvino, todo homem, primeiramente, nasce com a violência “absoluta e egoísta”, posteriormente, chega à relação amorosa. Contudo, isso se dá à medida que tal estágio se dá à medida que consegue integrar a primeira (violência) à segunda (relação amorosa). Desse modo, se à violência fundamental não for integrado o amor, acabará por se tornar perversa (SÁ, 2010, p. 34-35).

Logo, se os pais não souberem oferecer a confiabilidade, aceitação, apoio e compreensão – talvez por imaturidade dos seus próprios impulsos não resolvidos – nascerá, muito provavelmente, a rivalidade entre pais e filhos. Uma das formas de atuação da violência fundamental primitiva não integrada aos pais estão os ataques sexuais, nos quais a sexualidade é mero pretexto (SÁ, 2010, p. 35-38).

Disso conclui-se que a educação deficiente dentro do lar, e o desenvolvimento precário das inibições, leva a sujeição do homem à delinquência pelo incentivo à agressividade e a revolta, em razão da ausência de padrões éticos e de freios coercitivos incrementados com o amor. Luiz Angelo Dourado afirma que o delinquente “nasce no lar”, “é produto de pais desajustados”, “é a consequência de uma educação defeituosa”. Assim, a falta de carinho, de amor e da integração da libido à violência fundamental de Alvino Augusto de Sá, determinam rancores dos filhos pelos pais, e dentro da dinâmica “para se chegar ao crime, bastará apenas eventual oportunidade, que poderá surgir por motivos irrelevantes.” (DOURADO, 1969, p. 22-23)

A criança deixada de lado na infância, seja por negligência ou pelo abuso, torna-se um ser carregado de ódio, ensimesmada e tímida. Tal ser inseguro dentro do lar será encoberto por uma máscara de coragem quando chegar à idade adulta, sendo fator decisivo da conduta antissocial o medo do delinquente de voltar a ser

quem era antes, escorraçado e humilhado. Assim, o conflito interno do delinquente será contínuo enquanto não for tratado (DOURADO, 1969, p. 33).

O objetivo do criminoso seria vingar-se por ter sido sempre rejeitado, pisado e ferido na infância. O que aprendeu em casa foi o ditado “a força faz o direito”. De um lado, a criança insegura e débil, e de outro, a necessidade permanente de sufocá-la. Assim, “a vitória sobre o outro enaltece o amor-próprio do criminoso”, conforme aduz Luiz Angelo Dourado. O delinquente afirmaria: “eu já não sou aquela criança inerte e inerte esmurrada por meu pai” e “fui cruelmente abandonado, mas serei forte com as armas e me vingarei.” (DOURADO, 1969, p. 34-38 e 41).

Luiz Angelo Dourado sustenta que o indivíduo utiliza sua agressividade sexual e instintos de defesa para sentir-se forte e para se defender ou fugir da situação intolerável a qual lhe foi imposta, em razão do medo de que seu eu adulto pereça. Assim, o crime estará a um passo de distância (DOURADO, 1969, p. 44).

Trazendo à tona a perspectiva transgeracional da violência, Maria Aparecida Penso também reconhece que os autores dos crimes violentos e sexuais contra vulneráveis, assim como os responsáveis negligentes e coniventes, muito, provavelmente, foram vítimas de situações ao menos parecidas, aprendendo essas formas de relacionamento intrafamiliar quando eram menores. Então tais comportamentos modelaram em suas mentes o desempenho de suas atuações maternas e paternas (COSTA; PENSO; ALMEIDA, 2005, p. 134-135).

Ao mesmo tempo, leciona Foucault, que os controles do autoerotismo, instaurado sobre o corpo das crianças, a fim de exercer vigilância e perseguição aos corpos, acaba tendo, por consequência, ao mesmo tempo, a intensificação dos desejos de cada um pelo próprio corpo. Então, pode-se dizer que o poder sobre o corpo dos abusadores ou negligentes, em relação às crianças, levando em consideração a pré-disposição ao crime e a perspectiva transgeracional do abuso, tem por fim a própria conduta criminosa (FOUCAULT, 1979, p. 146-147).

Conforme explanado, o abuso sexual acontece em decorrência de alguns fatores, são eles a história familiar, as relações do abusador com o abusado – que a seu ver, constitui toda a dinâmica familiar –, o segredo, e a transmissão psíquica entre gerações (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 283).

Segundo estudos de Balier, a pré-genitalidade caracteriza o estupro. Isto é, a imaturidade sexual e o contato precoce com o abuso, cumulado com a recusa da angústia e do comportamento perverso, geram onipotência e ódio à realidade. A pré-genitalidade, contrária ao termo genitalidade - expressão da sexualidade madura, isto é, associável ao estado de atenção e consciência – está relacionada com o princípio do prazer, o indivíduo vive em uma dimensão sacra, universo este (sacro e mágico) onde o homem não pode contestar ou criticar. Por causa desse estado de alucinação, o agente busca o poder e o aniquilamento do outro (aquele que contesta) substitui a busca pelo gozo. Por conseguinte, a violência ocupa a cena, ainda que se apresente combinada com a sedução e com excitação (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 283).

No incesto, o abusador mantém a vítima submetida aos seus caprichos em razão de se tratar de uma criança, objeto mais fácil de ser manipulado. Trata-se de se apropriar definitivamente do outro (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 283-284).

Assim leciona o texto:

“Em se tratando de criança, a submissão da vítima à humilhação e ao desrespeito, e o fato de ela ser tratada como coisa, favorecem a erotização do ódio referida por Stoller (1998), e o estabelecimento de um círculo vicioso de situações abusivas e de silenciosa cumplicidade.” (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 284).

Muitas das crianças submetidas ao abuso se veem numa situação imposta pelo agressor na qual restam impossibilitadas de denunciá-la pelas próprias ameaças ou sentimentos de vergonha, de humilhação, e de menosvalia, além de muito ódio do pai que não lhe oferece o menor modelo de respeito à lei (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 282).

A ausência de intervenção do Direito, nessas condutas incestuosas, só fortalecem a conduta do criminoso, e, conseqüentemente, também os efeitos traumáticos no vulnerável, fazendo com que a criança silencie, favorecendo cada vez mais seu isolamento, tanto familiar quanto social, bem como permitirá que as situações de abuso se reproduzam e favoreçam a síndrome da acomodação sexual (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 283).

O abuso sexual, diante da gravidade e repúdio social, é tratado na psicologia como “assassinato psíquico”, o qual consiste num atentado ao vínculo de pertença à

espécie humana, desarticulando todos os vínculos, sejam eles familiares, sociais ou pessoais (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 283).

2.2 Consequências do abuso sexual na infância

A ausência ou a presença de privações emocionais são o que vão determinar a adaptação social do indivíduo, seu ordenamento social, saúde mental, e, por fim, sua capacidade de sintonizar seus desejos com os desejos dos outros, sendo sua privação o fator que mais atinge profundamente o ser humano (SÁ, 2010, p. 65-66).

As experiências da criança com o mundo exterior são diversas nos seus primeiros anos de vida, entre elas a de que seu corpo é um objeto diverso ao da sua mãe. Alvin August de Sá diria que é a descoberta mais dolorosa que a criança faz, e “havendo, nessa experiência, participação deficiente da mãe, as mudanças tornam-se bruscas e imprevisíveis para a criança.” Diante da frustração, a criança pode desencadear um sentimento de angústia e timidez, temendo o fato de ter que lidar com a agressividade do meio. Por conseguinte, para defender-se do meio, pode haver o desenvolvimento da agressão como um sintoma do medo (SÁ, 2010, p. 68-70).

Esclarece Alvin que a criança busca primeiramente o controle externo com o intuito de encontrar parâmetros de referência para, aos poucos, desenvolver um controle interno. A precariedade de confiabilidade da mãe no lar desfavorece a administração dos próprios impulsos da criança, uma vez que esta busca o controle de suas atitudes em seus pais (SÁ, 2010, p. 70).

Nos casos em que a mãe se mostra presente nesse processo de descoberta, os pais, principalmente a mãe, torna-se um mecanismo de reprimenda e controle da agressividade do filho, através de uma relação saudável, confiável e benigna. Assim, a criança tem a oportunidade de manifestar suas impulsões instintivas diante de seus pais, pelo que se sentirá segura e sem medo de ser reprimida ou rejeitada por conta de seus impulsos agressivos. Dessa forma, ela se permitirá ter um sentimento de culpa tolerável e passível de reparação e autorreprimenda (SÁ, 2010, p. 70-72).

Contudo, na ausência de pais protetores, ou, ainda, na privação emocional repentina da mãe, a criança manifestará sua agressividade no ambiente, a fim de

que encontre para si uma autoridade confiante e legítima em que possa manifestar sua agressividade a fim de que receba a reprimenda necessária de seus atos, que não teve em sua infância (SÁ, 2010, p. 70 e 74).

Assim, sustenta Alvino que as privações de atenção que os adultos sofrem em seu passado, bem como a falta de oportunidade para construir e contribuir podem trazer consequências muito gravosas ao desenvolvimento do indivíduo e à sua adaptação social. Logo, a ausência dessas oportunidades justifica o desenvolvimento do sentimento de impotência e inutilidade, ensejando reações de agressão e destrutividade (SÁ, 2010, p. 70 e 74).

No entanto, a criança privada emocionalmente pode encontrar, em geral, três formas de “cicatriz” a “ferida psíquica”. Poderá confortar-se e conquistar satisfatório equilíbrio por meio da posse de outros objetos saudáveis, os quais substituirão, de certa forma, o objeto primordial, a mãe. Também poderá substituir a ausência da presença afetiva por meio de objetos materiais, dinheiro, poder, profissão, entre outros. Ou, ainda, no caso do estudo, pode a criança desenvolver desajustes psicológicos, como o “luto” e a “melancolia”, os quais abrirão portas ao mundo do crime (SÁ, 2010, p. 81).

Após perder seu objeto de confiabilidade e seus parâmetros de controles instintivos, a criança vai tentar, de uma forma ou de outra, reconquistar a posse do objeto que lhe dava confiança para demonstrar seu desejo de contribuir e construir. Para isso, como uma busca ao prazer, surge o caminho das drogas ou até mesmo a prostituição dada à promiscuidade precoce da criança que foi abusada sexualmente. Dessa forma, há a condução à porta do mundo dos crimes. “A delinquência é uma busca de soluções da privação emocional”, afirma Alvino, e, ao mesmo tempo sinal de esperança a voltar a ter posse do objeto, de confiabilidade e de segurança. É por meio do crime que a criança, de certa forma, convida a sociedade a retroceder com ela à época em que sofreu grandes perdas (SÁ, 2010, p. 82-83).

Na medida em que o ser humano é privado, emocionalmente, em sua infância, nasce o sentimento de culpa, na qual a saída é desenvolver mecanismos, geralmente inconscientes, para reprimi-lo (SÁ, 2010, p. 89).

Ratificando os estudos de Alvino, a obra de Luiz Angelo Dourado também afirma que a presença física da mãe, por si só não basta. É necessário que ela

eduque com amor, carinho e afeto, porque a carência afetiva no plano psicológico, iguala-se à ausência total da mãe, “com todas as consequências neuróticas e criminógenas possíveis.” (DOURADO, 1969, p. 114).

Assim como a figura materna é importante nos dois primeiros anos de uma criança, a figura paterna mais tarde será a referência de autoridade e da lei. As mesmas justificativas que o pai oferece para a realização de crimes serão utilizadas pelo filho pela prática dos mesmos crimes, como ocorre na transgeração do abuso sexual infantil (DOURADO, 1969, p. 117-118).

Luiz Angelo Dourado expõe que a herança criminal é apenas uma predisposição geral, suscetível de facilitar a prática de acordo com o meio em que se desenvolve o indivíduo. Afinal, como dito anteriormente, quando o delinquente vive em um ambiente, por pior que seja, se ele já tem uma predisposição ao crime, não será o meio que irá determinar sua conduta criminosa, mas apenas criar oportunidades para que o crime seja concretizado. A predisposição ao crime se dá da mesma maneira em que uma pessoa “subnutrida está mais predisposta a contrair uma tuberculose pulmonar”, apenas predisposta, mas não necessariamente obrigada (DOURADO, 1969, p. 121).

Como, muitas das vezes, não possuíram o amor maternal, ou passaram por uma ruptura brutal da relação emocional com a mãe, as perturbações do comportamento se transformam em condutas antissociais. Tais crianças, que foram privadas de manifestação válida de confiança, segurança, bondade, amor, compreensão e ternura, mais tarde, possivelmente, se tornarão insensíveis, brutais e cruéis, “abominando “amolecimentos” com o próximo, pois acreditam que, se não tiveram amor dos próprios pais, este sentimento não deve existir em ninguém. O amor não é bom, afemina, infantiliza e amolece.” (DOURADO, 1969, p. 124).

Tem-se que a criança que sofreu abuso sexual sofre também um processo traumático profundo, preferindo esconder os acontecimentos, muitas vezes não mais recentes, do que expô-los, uma vez que o tempo entre a denúncia e a decisão judicial costuma ser longo, sem contar com os casos que mal chegam à ciência da Justiça (COSTA; PENSO; ALMEIDA, 2005, p. 123).

Conforme dito pelos autores citados acima, o estudo de psicologia voltada aos abusos sexuais na infância pela USP também corrobora que a prática dos

mesmos é a manifestação de desajustes conjugais preexistentes (COSTA; PENSO; ALMEIDA, 2005, p. 134).

O abuso sexual na infância implica fatores traumáticos, internos e externos, em curto, médio e longo prazo, e dependem de uma série de aspectos tais como a idade da vítima, a recorrência de situações abusivas, a complacência e convivência familiar, a reação familiar após a revelação, permanência da situação abusiva, entre outros fatores (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 279).

A vivência traumática sobrevém em um período de construção psíquica e de grande vulnerabilidade. A imagem que a criança tem de si mesma fica distorcida, assim como sua visão de mundo e a compreensão de suas capacidades afetivas, ainda mais por ela estar em uma família cuja comunicação se apresenta particularmente comprometida (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 279).

Muitas vezes, o trauma sobrevém da negligência familiar cujos membros da família tem ciência da situação e preferem se calar para não causar nenhuma separação da família. Então o incesto recorrente se apresenta, neste caso, como uma defesa extrema e derradeira contra a separação, sendo que a família, por sua própria dinâmica, induz ou estimula inconscientemente as situações incestuosas (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 280).

A criança se vê traída quanto à confiança que podia ter nos adultos cuidadores e invadida por uma série de sensações de mal-estar físico. Entre os fatores traumáticos externos, está a auto estima rebaixada, depressão, agressão, distúrbios de alimentação, pesadelos, crises de choro, violências com outras crianças, inclusive submetê-las a condições a que esteve submetida (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 280).

O texto esclarece que a exposição precoce a situações sexuais pode levar uma criança a atitudes exageradamente sedutoras, masturbação compulsiva, brincadeiras repetidas de conotação sexual e utilização da sexualidade para fins lucrativos (prostituição). Assim foi a história de Elizabeth Thomas, relatado no documentário “A Ira de um Anjo”, uma criança abusada pelo pai durante 7 meses quando tinha apenas 1 ano de idade, e cessada a continuidade da prática quando assistentes sociais a resgataram (TEIXEIRA; LUCENA, 2012).

Além dos fatores traumáticos imediatos, surgem os fatores mediatos, decorrentes dos primeiros. Mostra o estudo que essas vítimas terão maior

suscetibilidade de que filho(s) e filha(s) seja(m) exposto(s) a situações de abuso sexual, repetindo-se o abuso de forma transgeracional (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 280-281).

2.3A importância da prevenção primária e a possibilidade da prisão diferenciada aos indivíduos afetados

A reação primária da sociedade é de que devemos punir imediatamente o criminoso, passar a tratá-lo de maneira diferente e separá-lo do ambiente comum. No entanto, conforme demonstram os estudos, é necessário conhecer o criminoso individualmente, o que não significa absolvê-lo, mas indicá-lo as medidas adequadas para socorrer o seu Eu, e conseqüentemente, a sociedade (DOURADO, 1969, p. 18)

Segundo Alvin Augustus de Sá, as mudanças legislativas do Direito Penal tem a finalidade de atender à demanda de massa filtradas pela mídia, como se estivesse de fato resolvendo o problema da criminalidade. No entanto, afirma que a psicologia das massas é aquela mais primitiva, a qual não pensa, só age. Assim, considero transcrever suas principais passagens: (SÁ, 2010, p. 43-44)

“Um juiz, ao condenar um réu à pena privativa de liberdade, ainda que o faça por meio de uma sentença tecnicamente perfeita, certamente, até mesmo em função da própria rotina, não conhecendo a pessoa de seu réu e suas condições de vida, não pensará sobre as reais conseqüências que tal condenação poderá trazer ao condenado, nem sobre as reais condições em que ele irá cumprir sua pena. O legislador, ao introduzir reformas pontuais no Direito Penal, para atender aos reclamos de massa filtrados pela mídia, como se, por um passo de mágica da lei, estivesse resolvendo graves problemas da criminalidade, não está de fato pensando profundamente sobre todo o significado e alcance de tal procedimento. Se as reformas pontuais constituem respostas imediatas à pressão da opinião pública, exercida pelos meios de comunicação de massa, elas acabam sendo reflexos dos próprios comportamentos de massa e da psicologia das massas. Ora, segundo Freud, a psicologia das massas é psicologia humana mais primitiva. As massas não pensam; elas só agem. Isto leva a concluir que leis projetadas para satisfazer a pressões e resolver fatos emergentes não resultam de “pensamentos”, mas de ações. Os técnicos que fazem o exame criminológico não conhecem a “pessoa total” de seu examinando e não “pensam” sobre ela, o promotor e o juiz não conhecem a “pessoa total” de seu denunciado e seu condenado e não “pensam” sobre ela, o legislador das reformas pontuais não conhece a fundo as conseqüências e os desdobramentos das reformas introduzidas e não pensa sobre elas. Pensa sobre os próprios atos é representa-los psiquicamente, e este

pensamento será tanto mais amplo, quanto maiores forem a amplitude e a abrangência com que o ato é representado. Na medida em que o profissional não pensa sobre o que está fazendo, ele não sabe exatamente o que está fazendo.” (SÁ, 2010, p. 43-44)

Ademais, o autor sustenta que, enquanto a perspectiva da violência forem punições, castigos e novas leis mais severas, o crime não será amenizado e só darão continuidade à prática de novas violências. Pela própria história que foi desenvolvida no trabalho acadêmico, a violência fundamental do ser humano é reduzida quando integrada à libido, ou seja, aos sentimentos relacionados ao amor. Dessa forma, conclui-se que a violência não se resolve com castigos ou repreensões. Pergunta o autor: “por que então na sociedade seria diferente?” (SÁ, 2010, p. 44-45).

Trata-se, então, do reconhecimento de que as punições, ainda que necessárias, destinam-se à contenção momentânea de violências motivadas sempre pelo sentimento de vingança que gerará sempre um ciclo vicioso e perpétuo entre vingança da sociedade versus criminoso e vice versa (SÁ, 2010, p. 46).

No entanto, não devemos descartar ou simplesmente ignorar o conflito, mas sim resolvê-lo através da reconciliação. Pode parecer óbvio, mas a reconciliação do preso à sociedade só será possível se este obtiver uma aproximação com a mesma. Schneider, autor citado por Alvin August de Sá, manifesta a possibilidade de encontros entre as vítimas com os autores dos crimes pelos quais poderiam auxiliar o autor a descobrir emocionalmente as consequências danosas causadas a suas vítimas e assim, possivelmente promover um “luto psíquico” em seu consciente (SÁ, 2010, p. 46).

Alvin August de Sá critica a pena privativa de liberdade como fuga para resolução dos conflitos no sentido de que esta pode acarretar muitos efeitos e muitas consequências, dado que ela jamais promoverá a solução benéfica ao delincente (SÁ, 2010, p. 47 e 50).

O autor é certo ao demonstrar que após o cumprimento da pena, se não houver atenção especial ao ex-carcerário, o conflito continuará em aberto, todavia não solucionado, e, conseqüentemente, não haverá a integração da libido à violência fundamental (SÁ, 2010, p. 47 e 50).

Por outro lado, Alvino sugere não outra solução que não seja a reconciliação da sociedade com o criminoso, configurando, assim, a solidariedade entre os indivíduos como princípio norteador geral (SÁ, 2010, p. 47 e 50).

A prevenção da delinquência infanto-juvenil pode ser: primária, secundária ou terciária, conforme explana o autor. A primária se dá pela orientação de instituições governamentais e privadas, priorizando-se programas que visem à garantia dos direitos fundamentais da criança de forma ampla. A secundária visa a evitar a instalação do problema ou o seu agravamento, destinando-se aos sujeitos mais propícios a instalação e desenvolvimento da conduta delinquente. Por último, a terciária já tem como escopo reduzir os efeitos que acarretam a conduta delinquente. Tais prevenções devem evitar a privação da liberdade, combatendo a “cultura” da prisão, “aquela “cultura” que vê como principal ou quase única saída a punição, a repressão, a prisão.” (SÁ, 2010, p. 85 a 89).

A prisão só relembra os sentimentos da criança maltratada e humilhada na infância, reforçando o sentimento de culpabilidade angustiante e sufocante e possibilitando o retorno ao crime, como uma forma de negar tais sentimentos (SÁ, 2010, p. 90).

O correto seria o interno dispor de profissionais na área clínica e psicológica para darem continuidade ao tratamento para reconciliação com a sociedade. Contudo, apesar da ideia ser instigante e promissora, Soares, autor citado na obra de Alvino, afirma que a disponibilização de todos os recursos cabíveis para cada detendo seria economicamente inviável para o Estado, chegando a R\$ 2.125, 00 por interno, ao mês (SÁ, 2010, p. 90).

Como o segredo da recuperação do delinquente está na sua reintegração com a sociedade, deve haver priorização de medidas preventivas a “serem desenvolvidas no meio livre, no seio da família e da comunidade, que não impliquem qualquer caráter de punição, que tenham finalidade exclusivamente construtiva, jamais repreensiva.” (SÁ, 2010, p. 91).

Da mesma forma, deve-se trabalhar e administrar o momento de reflexão do interno, um momento reservado exclusivamente para amadurecimento. “O processo de institucionalização caminha justamente em sentido oposto ao da capacidade reflexiva”, afirma Alvino Augusto de Sá (2010, p. 96).

É necessária a reeducação psicológica do delinquente, tornar consciente o inconsciente é a primeira medida indispensável ao tratamento do criminoso. Assim, conseguirá a força necessária para livrar-se do que for irracional, bem como tomar responsabilidade de seus atos. A responsabilização se refere à “capacidade de se autodeterminar na vida, de tomar suas próprias decisões e de construir seus próprios caminhos.” (SÁ, 2010, p. 101).

Esclarece Alvino Augusto de Sá, afirmando que o criminoso é alguém que opta quase sempre por caminhos mais fáceis e prontos, em face da sua deficiente formação educacional, o que dificulta buscar e descobrir sua dignidade e capacidade de ser responsável (SÁ, 2010, p. 101).

Portanto, retornando ao princípio norteador geral da reconciliação sugerido pelo próprio autor, se a sociedade ajudar o delinquente a descobrir a sua capacidade de construir novos caminhos e superar seu sentimento de culpa, certamente ele estará pronto a progredir para a sua reintegração social (SÁ, 2010, p. 101).

Apesar de tais medidas serem reconhecidas pela maioria dos estudiosos e profissionais envolvidos no tema, o foco está no desejo da massa primitiva, “a paixão da opinião pública”, que, superficialmente e inicialmente, parece resolver tais problemas (SÁ, 2010, p. 104-105).

Ao delinquir, o indivíduo decreta confronto com a sociedade, e ao penalizá-lo com prisão, é o Estado quem concretiza tal antagonismo entre ele e a sociedade. O tratamento deveria existir não como obrigação, mas como direito do preso. A pena de prisão, não só carece de meios de recuperação, mas também provocam algo ainda pior, a degradação do ser humano (SÁ, 2010, p. 110-111).

Entre os problemas do cárcere está a mínima infraestrutura dos edifícios carcerários, falta de condições materiais e higiênicas, carência de regimes progressivos do cumprimento da pena, superpopulação e falta de pessoal vocacionado. Em segundo lugar está o problema do “isolamento do preso em relação à sua família” e “a convivência forçada no meio delinquente”. (SÁ, 2010, p. 111).

Conforme certificam os estudos realizado por Augusto de Sá, no cárcere, pela própria frustração de serem vigiados e controlados 24 horas por dia, os presos estabelecem uma cultura própria, com poderes informais e totalitários, definindo-se regras, costumes e critérios de sobrevivência. Porém, a despeito disso, necessário é reconhecer que tais indivíduos representam um segmento da sociedade sobre a qual um dia deverão ser reintegrados de alguma forma (SÁ, 2010, p. 113 e 115).

Ao revés do que comumente se pensa, a prisão não tem efeito intimidatório, uma vez que aqueles que fracassaram não tem nada a perder. Por fim, termina a obra, afirmando que se deve fazer valer o que a própria Lei de Execuções Penais dispõe em seu artigo 4º: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade na atividade de execução da pena e da medida de segurança.” (SÁ, 2010, p. 119)

Por outro lado, Luiz Angelo Dourado também ratifica os termos expostos por Alvino Augusto de Sá, ensinando que o delinquente só pode ser recuperado à base de tratamento psiquiátrico-psicológico, caso contrário o criminoso conseguirá sua liberdade mas não sua cura, mantendo suas antigas práticas criminosas (DOURADO, 1969, p. 30 e 31).

A compaixão pela vítima deve ser igual à sentida pelo delinquente, necessitando de tempo adequado e subjetivo a fim de evitar recaídas. Sugere que o tratamento psicológico deve ser obrigatório, tendo como preocupação principal a reeducação para o senso de responsabilidade. Caso contrário, “seria o mesmo que hospitalizar enfermo grave e não tratá-lo”. (DOURADO, 1969, p. 30-31)

O delinquente, ou qualquer pessoa, é incapaz de interessar-se por uma sociedade que “lhe nega a recuperação e não por ele interesse humano”, aumentando o sofrimento e diminuindo o respeito às leis e o temor à pena, “porque a retribuição do ódio gera rancor e eterniza o ódio”. (DOURADO, 1969, p. 31)

Luiz Angelo Dourado afirma que “a única forma de salvar ou modificar uma personalidade tão distorcida é, a nosso ver, procurar que o delinquente supere seu legado mórbido infantil, recriando um eu natural, social e saudável.” (DOURADO, 1969, p. 45).

Os estudos apontam que prender o delinquente por um tempo determinado, sem reforma interior é “desumano, oneroso e inútil no sentido de prevenir a

periculosidade de retorno.” Dado isso, carecendo de transformação, o criminoso será seduzido pelos impulsos criminógenos, obedecendo à necessidade de dominar a situação. Aduz o autor Angelo Dourado que, nesses casos, a reincidência é quase matemática, residindo a dificuldade na organização judiciária, em que não oferece uma minuciosa e prolongada análise da personalidade do criminoso (DOURADO, 1969, p. 102) .

Ingenieros, autor citado por Luiz Angelo Dourado, ensina que é necessário “classificar os delinquentes por suas tendências individuais”, pois as penas aplicadas unicamente em proporção ao delito, de forma genérica, são ineficazes. Diante disso, afirma que “o delinquente é o que interessa à defesa social”, na medida em que a culpabilidade não se deduz do delito cometido, mas de um “estudo psicológico individual.” Por conseguinte, a pena, segundo tais autores, deve ser em proporção à personalidade do agente e de acordo com o tempo necessário para sua reforma interior (DOURADO, 1969, p. 102-103).

Tendo essa premissa, tem-se que “a lei penal, considerando não apenas o ato delitivo, mas também a pessoa que o perpetrou, poderá arbitrar soluções mais razoáveis para a profilaxia e tratamento da criminalidade.” (DOURADO, 1969, p. 127).

Estudos sobre casos parecidos no exterior, conforme mostra a análise de psicologia na USP, mostram que em países de primeiro mundo, o atendimento terapêutico no contexto de abusos sexuais na infância é realizado sob obrigação. E conforme dito anteriormente, a temática já é complicada para os próprios integrantes da família, ainda mais quando se percebe que a trajetória das denúncias e o término de processo de abuso sexual encontra um espaço de tempo muito grande, por volta de 3 a 5 anos e a falta de encaminhamento para atendimento dessa população (COSTA; PENSO; ALMEIDA, 2005, p. 126).

Outro fator que dificulta a continuidade do tratamento é o fato de que o assunto toca a intimidade dos participantes, gerando uma enorme dificuldade em se conhecer e divulgar avanços sobre a resolução desses conflitos. Mais uma vez, ratificando os esclarecimentos dos autores citados acima, o estudo de psicologia da USP afirma que “conhecer o modo como implementar a auto-reflexão do abusador e

a co-participação de outros membros da família, em especial da mãe.” (COSTA; PENSO; ALMEIDA, 2005, p. 134-135).

É necessária a devida atenção para ambas às partes, tanto às vítimas quanto ao abusador. Muitas das vezes, o abuso ocorre no próprio lar, tratando-se de pais abusadores e mães negligentes. Nesse caso, as crianças frequentemente são ameaçadas e não tem apoio familiar, dificultando o acesso da justiça e também da psicologia (COSTA; PENSO; ALMEIDA, 2005, p. 136).

Dado isso, não basta apenas que as autoridades policiais e o Ministério Público ofereçam a denúncia, sendo necessário ainda espaços de proteção física e emocional, “porque há muito constrangimento vivido por parte das vítimas no trato com os abusadores que permanecem inseridos no cotidiano do contexto familiar ou comunitário.” Por outro lado, quando o autor do estupro de vulnerável é alguém da família, a criança acaba por ser afastada do seio familiar, além de lhe causar vergonha e medo. Ademais, muitos dos abusadores são presos devido ao recebimento da denúncia, dificultando qualquer apoio psicológico, reconhecimento da sua realidade e conhecimento de seu possível sofrimento (COSTA; PENSO; ALMEIDA, 2005, p. 138 e 139).

Assim como dispõe Foucault, o poder quando age apenas pela censura, pela exclusão, pelo impedimento e unicamente com a função de reprimir, ele se torna muito frágil (FOUCAULT, 1979, p. 148).

Onde desembocam casos de abuso sexual contra crianças, constata-se que essa chance reparatória se torna praticamente mínima quando se trata de pai e mãe não-protetores. Como relatado, podem ocorrer abusos após a saída da prisão (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 283 e 285).

A negligência por parte da família pode não ser facilmente perceptível, mas suas consequências possivelmente duram a vida toda, e até mesmo transpõem gerações, afetando crianças, famílias e a sociedade (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 285).

Uma das principais causas que fortalecem a conduta abusadora é a convivência familiar, gerando consequências, como custos imediatos e mediatos, tais como a própria conduta incestuosa que é transferida por gerações. (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 285)

Por outro lado, a vítima deve ter cuidados psicológicos, merecendo tratamento para sua saúde psíquica com o intuito de inibir as consequências do abuso, dado que a criança abusada tem a grande possibilidade, como visto, de se tornar um agente causador das mesmas condutas criminosas, o que gera os custos diretos. Estes, por sua vez, estão associados com a manutenção de um sistema de assistência à criança, bem como custos judiciais, sistemas de saúde, e, especificamente, saúde mental (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 285).

Já os custos indiretos, envolvem consequências econômicas a longo termo, dizendo respeito à criança negligenciada e abusada, e incluem atividade criminal juvenil e adulta, doença mental, uso de drogas e violência doméstica (PRADO; PEREIRA, 2008, p. 285).

3 ESTUDO DE CASO DO HABEAS CORPUS Nº 105.533

3.1 Relato do estudo de caso do Habeas Corpus nº 105.533

Trata-se de habeas corpus impetrado contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em favor do réu Laerte Aparecido Rossato (BRASIL, 2010, p. 1).

O réu foi denunciado pelo Ministério Público em razão da suposta prática dos crimes de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) e conjunção carnal (art. 213 do CP), combinado com violência presumida (art. 224, alínea a, do CP) e aumentada pelo fator de parentesco com a vítima (art. 226, inciso II, do CP), na forma do concurso material de crimes (art. 69 do CP) (BRASIL, 2010, p. 1).

Em resumo, o relatório (p. 1) do habeas corpus narra que o impetrante desde o ano de 1992 até o ano de 1995 tenha supostamente constrangido a enteada - à época criança (8 anos de idade até completar 11 anos) - de forma frequente e habitual, a permitir que com ele praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, “consistente em tocar com as mãos suas partes pudendas ou então deixa-la nua e ao contemplá-la, masturbar-se”. A partir de, quando a vítima completou 11 anos, até atingir seus 12 anos de idade, narra o relatório que, por diversas vezes, de forma frequente e habitual, o denunciado a tenha constrangido a com ele manter conjunção carnal (BRASIL, 2010, p. 1).

Na primeira instância, perante o Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da Comarca de Umuarama/PR, o réu foi condenado à pena de 08 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelos crimes que foram tipificados na denúncia como crime continuado, exceto o aumento de pena em relação ao parentesco (BRASIL, 2010, p. 1).

Diante da sentença proferida, o Parquet interpôs recurso de apelação pugnando pela aplicação dos crimes na forma do concurso material, bem como pela incidência do artigo 226, inciso II, do Código Penal, o que restou deferido pelo Tribunal a quo para fixar a pena em 18 anos de reclusão, em regime fechado (BRASIL, 2010, p. 1).

Irresignado, o réu impetrou o presente Habeas Corpus, sustentando constrangimento ilegal diante do reconhecimento do aumento de pena pelo Tribunal *a quo*, bem como pela aplicação do concurso material de crimes (BRASIL, 2010, p. 1).

Como visto no decorrer de todo o trabalho acadêmico, a principal controvérsia discutida no HC se resume que antes da revogação dos crimes de atentado violento ao pudor e violência presumida, o cálculo das penas era feito em concurso material, pois se tratava, evidentemente, de crimes autônomos e com penalidades independentes. Depois da vigência da nova lei de 2009, o artigo 213 do Código Penal passou a inserir em seu tipo a violência real, conjunção carnal e ato libidinoso – tendo como qualificadora se a vítima for menor de 18 ou maior de 14 anos. Além de criar um novo tipo, artigo 217-A, que insere a conjunção carnal e ato libidinoso com menor de 14 anos (chamado “vulnerável”) – não existindo mais o conceito de violência presumida (BRASIL, 2010, p. 3).

Logo, com o advento da lei 12.015 de 2009 e a inserção dos antigos tipos, alguns doutrinadores entendem que o legislador teve a intenção de inviabilizar a condenação em concurso de crimes pelo princípio do *novatio legis in melius*, em concordância com o artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único do Código Penal, *verbis*:

Constituição Federal

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;” (BRASIL, 1988).

Código Penal

“Art. 2º - 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.” (BRASIL, 1940).

Em contraposição, outros doutrinadores entendem que a vigência da nova lei mantém o concurso material de penas, pois passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, autonomia funcional (BRASIL, 2010, p. 5).

Vejam, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que através do habeas corpus em pauta, proferido pela relatora Ministra Laurita Vaz, as condutas inseridas no mesmo tipo – conjunção carnal e ato libidinoso – possuem **modo de execução distinto**, com aumento qualitativo do tipo de injusto, logo não há possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva (BRASIL, 2010, p. 6).

O acórdão que reconheceu a incidência do concurso material de crimes, ora impugnado pelo réu, fundamentou o seguinte:

“Eis que, por tratar-se de crimes de **espécies diferentes**, falta-lhes, pela **diversidade de *modus operandi*** e **longo intervalo de tempo** entre a prática dos delitos, os requisitos objetivos para a aplicação do art. 71, do Código Penal.” (BRASIL, 2010, p. 4, grifo nosso)

A ministra Laurita Vaz, todavia, afirma que, de acordo com o art. 71, deve haver conexões entre os requisitos objetivos para ser aplicado o crime continuado. São eles, crimes da mesma espécie, tempo, lugar e maneira de execução. Ademais desses, há também o requisito subjetivo: demonstração na unidade de intenções, ou seja, demonstrar que as condutas criminosas são dependentes entre si, são semelhantes e têm uma finalidade única, porém que o ato posterior dependa do anterior (BRASIL, 2010, p. 5-6).

Aqui se inclui a fundamentação a qual se refere ao *praeludia coiti*, esta, por sua vez, sendo o ato libidinoso em progressão ao estupro e não ato autônomo. Ou seja, seriam os atos preliminares que daria por fim a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso autônomo, como coito anal e o sexo oral. Segundo a interpretação da relatora, esta progressão é a que se refere o legislador quando criou o novo artigo reformado pela nova lei 12.015 de 2009. Então o ato libidinoso autônomo, no entendimento do STJ, deve ser calculado em concurso material, já que se refere a um tipo de injusto distinto da conjunção carnal (BRASIL, 2010, p. 6).

Em resumo, tem-se que a 5ª Turma do STJ entendeu que o tipo reformado deve ser interpretado como tipo misto cumulativo, sendo, apenas, uma forma de aglutinação dos tipos, antes escritos separadamente. Como se pode ver, *verbis* (BRASIL, 2010, p. 6):

“...o fato de tais condutas não serem equivalentes é o motivo pelo qual entende pela impossibilidade de enxergar homogeneidade quanto ao modo de execução entre conjunção carnal e a consumação do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, para fins de continuidade delitiva. [...] Assim, 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”. (BRASIL, 2010, p. 6)

3.2 Contraposição do Agravo em Execução n° 2011.015495-0

Agora, vejamos o entendimento oposto à jurisprudência do STJ. Trata-se de acórdão da Primeira Câmara Criminal de Florianópolis nos termos do relator desembargador Hilton Cunha Júnior, em que é recorrente o Ministério Público do Estado de Santa Catarina (BRASIL, 2011, p. 4).

No caso, os fatos narrados no Voto do acórdão constam que:

“...o réu, conhecido da vítima (de 8 anos) e seus familiares, levou-a até um eucaliptal e mediante violência real praticou conjunção carnal e diversos outros atos libidinosos (conjunção anal e introdução na vagina e no ânus de um galho de árvore seco). Consta dos laudos periciais várias lesões contra a vítima (ela foi espancada). Após, mediante estrangulamento, o apenado ceifou avida da pequena vítima e ocultou cadáver.” (BRASIL, 2011, p. 2)

Assim, o réu restou condenado à pena privativa de liberdade de 38 (trinta e oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática das condutas previstas no artigo 121, §2º, incisos III, IV e V, no artigo 213 c/c o artigo 224, alínea a, no artigo 214 c/c o artigo 224, alínea a, e no artigo 211, na forma do artigo 69, todos do Código Penal (BRASIL, 2011, p. 3).

Em fase de execução, sobreveio a Lei 12.015/09 que unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal, ensejando recurso do réu para que fosse beneficiado pela suposta lei posterior mais benéfica, o que lhe foi concedido para fixar a pena em 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, afastando o concurso material de crimes (BRASIL, 2011, p. 3).

Dado isso, o Ministério Público interpôs o presente agravo em execução, objetivando a manutenção da reprimenda aplicada ao condenado, contudo, na forma do artigo 69 do Código Penal, qual seja em concurso material de crimes (BRASIL, 2011, p. 3).

O agravo em execução interposto pelo Parquet objetiva a manutenção da reprimenda aplicada ao condenado, contudo, na forma do artigo 69 do Código Penal, qual seja em concurso material de crimes (BRASIL, 2011, p. 2).

O acórdão se sustenta no Princípio do *novatio legis in melius*, o qual é defendido no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e no artigo 2º do Código Penal. As condutas de conjunção carnal e outro ato libidinoso realizadas em um mesmo contexto fático e contra a mesma vítima são características de crime continuado, por também constarem no mesmo tipo (BRASIL, 2011, p. 3-4).

Ao entender do relator, desembargador Hilton Cunha Júnior, o novo Texto legal trazido pela lei 12.015/2009 passou a ser tipo misto alternativo, bastando a prática de uma conduta para que haja a aplicação do crime ao caso concreto. Entretanto, havendo ambas ações previstas, no mesmo contexto e contra a mesma vítima, subsiste apenas uma transgressão, dada a alternatividade do tipo (BRASIL, 2011, p. 3-4).

Também utilizado, e não distinto, segundo o princípio do favor rei, o melhor é de se reconhecer ocorrência de um tipo alternativo misto. Havendo a unificação das duas figuras típicas, cai a existência do concurso material, de modo que fica evidente se tratar a nova redação de lei mais benéfica. Nenhuma conduta antes prevista nesse artigo foi descriminalizada, não se podendo falar em *abolitio criminis*, mas sim em continuidade normativa-típica (BRASIL, 2011, p. 4).

A consequência da modificação legislativa para o entendimento do desembargador Hilton é a impossibilidade de ser reconhecido o concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor quando praticados em um mesmo contexto fático e contra a mesma vítima (BRASIL, 2011, p. 4).

O autor Guilherme de Souza Nucci é citado no acórdão para ilustrar a cognição da Primeira Câmara Criminal. Este orienta o seguinte: (BRASIL, 2011, p. 7)

“O concurso de crimes altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro.” (BRASIL, 2011, p. 7, grifo nosso)

Ou seja, na dúvida da interpretação da finalidade da nova Lei, o que deve ser aplicado é o princípio que beneficia o réu. Dessa forma, a preferência é que o tipo seja misto alternativo, sendo aplicado no mesmo tipo a mesma ação de conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso.

3.3 Enfoque da psicologia criminal sobre os estudos técnicos e posicionamentos jurisprudenciais

Vimos, nos capítulos anteriores, que a maioria dos doutrinadores, tais como Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez, Damásio de Jesus, André Estefam e Rogério Greco, bem como a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, defendem que o estupro configura crime único quando praticado no mesmo contexto fático contra a mesma vítima, ainda que o objeto final seja tanto a conjunção carnal quanto outro ato libidinoso ou ambos, uma vez que só há um bem jurídico lesado (dignidade sexual).

Por outro lado, aceitam que é possível a aplicação de crime continuado quando praticado em cenas distintas contra a mesma vítima, desde que haja comprovação nos autos da sucessividade das ações no tempo.

Ainda assim, Nucci (2012, p. 489) prevê a possibilidade de haver concurso material de crimes quando ausentes os requisitos impostos pelo crime continuado. Em contrapartida, Damásio sugere que o crime só poderá ser classificado como único ou, ainda, em crime continuado, mas jamais em concurso material. Sendo assim, para o autor a pena poderá ser aumentada pelo quantum valorativo da conduta, a saber, nas circunstâncias judiciais analisadas na dosagem da pena pelo juiz.

De outro lado, Vicente Greco Filho afirma que o tipo permite tanto a alternatividade quanto a cumulatividade, ou seja, se houver várias condutas previstas no tipo, haverá somente um crime se uma conduta, mas somente se uma conduta absorver outra ou se for fase de execução da seguinte, como por exemplo o *praeludia coiti*, conhecido informalmente como preliminares.

Sendo, ainda, mais severa, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende não se tratar de crime único, dado a pluralidade de crimes prevista no mesmo tipo. Interpreta, ainda, ser incabível, também, o crime continuado por haver condutas com *modus operandi* diverso; em outras palavras, penetrações sexuais distintas.

Tendo como base todas os confrontos doutrinários e jurisprudenciais, cumpre-se realizar uma ligação destes posicionamentos com o enfoque da psicologia,

mostrando-se indispensável a complementação de ambos para que se possa atingir a correta aplicação da pena. Senão vejamos.

Conforme se depreende do estudo de diversos autores colecionados para o acréscimo do trabalho de conclusão de curso, é de se reconhecer que, ao ramo do Direito, bem como as outras áreas da ciência não é dado o saber completo de todas as coisas. Em outras palavras, o Direito e as outras áreas da ciência não só se relacionam, mas também são dependentes umas das outras.

Assim como não é dado ao magistrado o dever do conhecimento de tudo, também não é dada à ciência do Direito a supremacia do saber, necessitando, por sua vez, de complementação do estudo de outros ramos da ciência, tal como a medicina (legal) e a engenharia (perícia), por exemplo.

Dessa forma, o estudo psíquico do ser humano, as formas de convivência, as condutas desviantes, a motivação destas, vão além das carências e necessidades da sociedade para penalização de práticas criminosas. Seguindo este raciocínio, também os poderes legislativo e judiciário devem se atentar quanto as necessidades primitivas e primárias do ser humano.

Tal esclarecimento se dá em razão de que a psicologia criminal busca encontrar motivações primárias que ensejam o criminoso a praticar um crime. Em razão disso, tem-se que cada agente atua de uma forma distinta e com motivos distintos no momento do crime, merecendo tratamento diferenciado a depender desses fatores.

É sabido que o Direito Penal, em sua legislação, trata em seu texto legal de condutas genéricas, por sua vez, tendo igualmente tratamento genérico com os agentes delinquentes. Em primeiro lugar é de se reconhecer que tais indivíduos merecem tratamento diferenciado, mas não pelo motivo de que em sua maioria são pessoas perversas e que merecem ser punidas ou castigadas, como dito por alguns.

Entretanto, devem ser tratadas com atenção especial, com o objetivo maior de trazê-los de volta a sociedade, por serem parte dela, mostrando-lhes o caminho correto, e ensinando-lhes a olhar seu interior e solucionar seus conflitos mais íntimos, a fim de que tenham plena consciência de seus atos e responsabilidades.

Sabemos que não é uma tarefa fácil, pelo contrário, é um trabalho de longa duração com efeitos mediatos e que geram custos altíssimos. Contudo, sabe-se que a sociedade grita por ajuda, e ela mesma não sabe relacionar seus próprios

conflitos. Sabemos que nenhuma pessoa se transforma para o bem sendo trancafiada com mais uma multidão de pessoas e tendo que compartilhar suas necessidades diante de todos, mas parece que a própria sociedade fecha os olhos para esses resultados.

Autores renomados da psicologia já afirmaram e reafirmam que a pena não é uma medida solucionadora de conflitos, sendo necessária a capacidade de reflexão do indivíduo com ele mesmo, porém em condições dignas de ser humano.

Todos os indivíduos com discernimento completo tem total ciência de seus atos. Porém, há uma diferença, o delinquente sabe que uma conduta é errada, mas pela própria história de vida insiste em agir daquela maneira, como uma forma de se defender, de se rebelar contra os modelos de comportamentos trazidos para sua vida, muitas das vezes pelos próprios pais, figuras distorcidas de autoridade para a criança.

Logo, para se chegar à aplicação correta da pena, se faz necessária a análise abstrata da psicologia, para que a conclusão de como aplicá-la não se dê de forma injusta e incorreta.

Não obstante, há controvérsias. Pelo fato de existirem inúmeros casos de abuso sexual infantil, motivados por incontáveis motivos e personalidades distintas do agente, a aplicação da psicologia aplicada de maneira genérica a todos os casos feriria o princípio da individualização da pena.

Sendo assim, a complementação da psicologia ao Direito se daria num primeiro momento pelo Poder Legislativo, observando-se e analisando-se o quantum da pena, bem como criando legislação que prevejam os meios de se acompanhar, tratar e reintegrar o acusado junto à sociedade.

No segundo momento, a complementação se daria pelo poder Judiciário, especificamente pela figura do magistrado, ao proferir sentença, levando em consideração as circunstâncias do crime, qual seja a ocorrência da(s) conduta(s) no mesmo contexto fático ou não, e obrigatoriamente ordenando o encaminhamento, tanto do autor do crime quanto da vítima, ao tratamento psicológico.

A legislação, embora escamoteada, bem prevê a equipe multidisciplinar (médicos, enfermeiros e psicólogos) destinada a este encaminhamento dos personagens do crime. O que se sugere neste segundo momento é o

desenvolvimento e maior preparação deste grupo de profissionais destinados a socorrer tais vítimas.

A pena, dessa forma, funcionaria como um tratamento árduo, não como um castigo. Afinal, o pensamento arcaico de que o preso é um ser humano perverso deve ser aniquilado, pois o condenado também não deixa de ser uma vítima de todo o sistema, de seus pais que lhe deram um modelo de comportamento deficiente, da sociedade que não o vê como parte dela e do próprio estabelecimento prisional que lhe influencia e incentiva a manter condutas indevidas.

CONCLUSÃO

Muitas das vezes em que há a formulação de um novo texto legal, questiona-se a sua benignidade em favor do réu, ou ainda, a sua malevolência em desfavor dele. No caso da lei 12,015/2009, em que houve a união de tipos legais, observamos uma grande lacuna referente a aplicação da pena e diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais opostos que analisam a melhor forma de preenchê-la.

Nesse sentido, tem-se que a pena aplicada, por sua vez adequada e justa ao agente, se dá também pela observação do princípio da individualização das penas, uma vez que, embora o texto legal e a quantidade de pena prevista seja genérica, o criminoso merece pena individualizada.

Sendo assim, conclui-se que não é apropriado estipular-se uma pena genérica que se encaixe para todos os casos. No entanto, é necessário pensar que o Código Penal estipula expressamente 3 formas de realizar o cálculo da pena, quando da existência de duas ou mais condutas criminosas, quais sejam o concurso material, o crime continuado ou crime único.

Sendo assim, necessário é julgar primeiramente conforme nos ensina o Código Penal, ou seja, se o novo texto legal se trata de crime de tipo misto alternativo ou cumulativo.

Em segundo lugar, será analisado o quantitativo da pena a ser valorado pelo magistrado, bem como as medidas preventivas antes do crime e formas de tratamento pós-crime.

Seria crime único aquele que prevê mais de uma ação em seu texto legal, e que quando praticadas, embora todas em um mesmo contexto, se configura apenas um crime. Contudo, as condutas previstas no tipo misto alternativo são de mesma valoração, ou seja, uma conduta não é mais ou menos pior que outra.

Neste sentido, não há possibilidade de se afirmar que se trata de crime único, pois a prática da conjunção carnal e de outro ato libidinoso, evidentemente são de valorações distintas, apesar de objetivarem um único fim (lascívia).

Por outro lado, o tipo misto cumulativo, apesar de possuir, igualmente, várias condutas descritas no dispositivo legal, são punidas individualmente por se tratar de ações com valorações distintas.

Dessa forma, o crime de estupro de vulnerável, quando praticadas as duas condutas previstas em seu dispositivo, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, deve ser calculado na modalidade de continuidade delitiva, desde que os atos subsequentes sejam em continuação do primeiro.

Contudo, se o caso for de várias condutas, em contextos distintos e contra a mesma vítima, entendo que não há possibilidade de se reconhecer o princípio da exasperação pela continuidade delitiva, pois, neste caso, não se trata mais de continuação, mas sim de habitualidade.

Por conseguinte, seguindo este raciocínio, se compararmos um agente que pratica as duas condutas no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, e outro agente que pratica as duas condutas em contextos distintos, reiteradamente e com habitualidade, resta evidente que não seria adequado penalizá-los da mesma forma. Nesta lógica, como dito anteriormente, caberia o crime continuado ao primeiro agente e, portanto, para o segundo agente o cálculo da pena na modalidade do concurso material.

Por outro lado, é sabido que há uma margem muito extensa entre a pena mínima e a pena máxima do crime (8 (oito) a 15 (quinze) anos), podendo ser as circunstâncias do crime valoradas pelo magistrado na primeira fase da pena. Tais valorações, por sua vez, conforme dispõe o artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime), devem ser também analisadas sob a luz da psicologia criminal.

Contudo, é evidente que o magistrado, muitas vezes, não tem conhecimento da real conduta do agente, muito menos de seu comportamento psicológico, cabendo, apenas, imputar ao acusado as medidas que estão ao seu alcance. Entretanto, ainda, entende-se que a valoração pode-se dar também pela forma em que ocorreu o crime. Pode-se dar como exemplo os casos analisados, em primeiro plano o conhecido da vítima que a estuprou de maneira violenta e logo em seguida a matou, e em segundo plano o caso em que o padrasto estuprou a enteada por diversas vezes, habitualmente, durante 4 (quatro) anos.

Destarte, após a aplicação do *quantum* da pena pela figura do magistrado, obrigatoriamente deve ser ordenando o encaminhamento, tanto do autor do crime

quanto da vítima, ao tratamento psicológico oferecido pela equipe multidisciplinar, os quais tem preparação para socorrê-los.

Por último, entendendo que o sistema necessita de auxílio da psicologia criminal, conseqüentemente se estará reconhecendo que a pena não merece o título de castigo, pois essa repreensão acaba se espelhando nas vítimas que, por muitas vezes, não recebem atendimento médico e tampouco auxílio psicológico.

Nesta lógica, os personagens do crime estariam refletindo sobre o ocorrido, ajudando-os a solucionar o conflito imposto em suas vidas, pois como visto, muitos dos sujeitos ativos do crime passaram alguma vez por situações similares, as quais distorceram seus modelos de vida.

Então, neste ponto, conclui-se que o tratamento das vítimas funcionaria como prevenção primária, ao passo que o tratamento psicológico do autor seria a prevenção secundária, fazendo com que este crie em sua mente responsabilidade por seus atos, escolhendo os caminhos certos a serem tomados de acordo com as leis e costumes da sociedade.

Por último, a pena, dessa forma, assumiria o título de restabelecimento e transformação do preso, estabelecendo, assim, a reconciliação com a sociedade, da qual já fazia parte.

REFERÊNCIAS

BÉZE, Patricia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. São Paulo: Renovar, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *Identificação n.º 37420*. Quinta Turma. Impetrante: Marcos Antônio Oliveira. Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Marcos Antônio de Oliveira. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 14 de março de 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7231946/habeas-corpus-hc-37420-sp-2004-0110112-1/inteiro-teor-12985228>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *Identificação n.º 206.784*. Quinta Turma. Impetrante: Daniele Cristina Barbato. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Luciano Ferreira de Oliveira. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22224616/habeas-corpus-hc-206784-sp-2011-0109981-2-stj/inteiro-teor-22224617>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *Identificação n.º 104.724*. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Advogado: Iran Pereira da Costa Neves. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Paciente: Wanderson Salomão Januário da Silva. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 22 de junho de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15465921/habeas-corpus-hc-104724-ms-2008-0085502-3/inteiro-teor-15465922>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *Identificação n.º 105.533*. Quinta Turma. Impetrante: Ronaldo Camilo e Outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Paciente: Laerte Aparecido Rossato. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19127602/habeas-corpus-hc-105533-pr-2008-0094885-0-stj>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *Identificação n.º 167.517*. Sexta Turma. Impetrante: Maria Teresa Bastia Vichi. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Brasília, 17 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9164064/habeas-corpus-hc-167517>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *Identificação n.º 129.398*. Sexta Turma. Impetrante: Andreia Teixeira Moret Pacheco. Impetrado: Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente A C DA S. Relator: Min. Celso Limongi. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14474688/habeas-corporus-hc-129398-rj-2009-0031777-8/inteiro-teor-14474689>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *Identificação n° 78.667*. Quinta Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 22 de junho de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15464894/habeas-corporus-hc-78667-sp-2007-0053406-5/relatorio-e-voto-15464896>>. Acesso em: 18 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *Identificação n° 170.842*. Quinta Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 21 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17557802/habeas-corporus-hc-170842-sp-2010-0077667-8/relatorio-e-voto-17640395>>. Acesso em: 18 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *Identificação n° 102.199*. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 31 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16085304/habeas-corporus-hc-102199-sp>>. Acesso em: 18 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *Identificação n° 99.544*. Segunda Turma. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 26 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16085304/habeas-corporus-hc-102199-sp>>. Acesso em: 18 set. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Liana Fortunato; PENSO, Maria Aparecida; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. O grupo multifamiliar como um método de intervenção em situações de abuso sexual infantil. *Psicologia USP: A dimensão institucional nas práticas e pesquisas em psicanálise e psicologia*. São Paulo, v. 16, n. 4, p.121-147, jan. 2005.

DOURADO, Luiz Angelo. *Ensaio de psicologia criminal: O teste da árvore e da criminalidade*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1969.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 25. ed. São Paulo: Graal, 1979.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?*, 2010. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2014.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: Parte especial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.3.

LUIZ, Régis Prado. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.2.

MISAKA, Marcelo Yukio. *Tipo misto cumulativo e alternativo: Estupro Lei 12.015/2009*. 2010. Disponível em: <<http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/08/26/tipo-misto-cumulativo-e-alternativo-estupro-lei-12-0152009/>>. Acesso em: 03 set. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Maria do Carmo Cintra de Almeida; PEREIRA, Ana Carolina Covas. Violências sexuais, incesto, estupro e negligência familiar. *Estudos de Psicologia*. Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 276-290, jun. 2008.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Apelação Criminal. Identificação nº1011789-98.2007.8.22.0501. 2ª Vara do Tribunal do Júri. Relator: Juiz Valdeci Castellar Citton. Apelante: Ozéias Rodrigues de Sá Defensor Público: Defensoria Pública do Estado de Rondônia Apelado: Ministério Público do Estado de Rondônia. Porto Velho, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/8263833/pg-39-diario-de-justica-do-estado-de-rondonia-djro-de-22-03-2010>>. Acesso em: 18 out. 2015.

SÁ, Alvinho Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTA CATARINA. Primeira Câmara Criminal de Florianópolis. Recurso de Agravo em Execução. Identificação nº 2011.015495-0. Relator: Desembargador Hilton Cunha Júnior. Florianópolis. 15 de junho de 2011. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20028378/recurso-de-agravo-recagrav-154950-sc-2011015495-0/inteiro-teor-20028379>>. Acesso em: 18 set. 2015.

SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. *O que se entende por crime de ação múltipla ou plurinuclear?* 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/03/02/crime-de-acao-multipla-ou-plurinuclear/>>. Acesso em: 03 set. 2014.

TEIXEIRA, Luiz Ernesto B.; LUCENA, Rebeca Braga. *A ira de um anjo: (Child of rage) - Documentário COMPLETO [Legendado PT-BR]*. 2012. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=8Bp-cgUQpbk>>. Acesso em: 15 out. 2014.

ANEXO A – JULGADOS PERTINENTES EM RELAÇÃO AO NÃO CABIMENTO DO CRIME ÚNICO

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. I - O exame do v. acórdão vergastado evidencia a existência de provas suficientes para amparar o juízo condenatório alcançado em primeiro grau. Ademais, não se admite, na via eleita, que se proceda a nova dilação probatória. II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal. III - Na linha da jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso constituem-se os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (na antiga redação), ainda que perpetrados em sua forma simples em crimes hediondos, submetendo-se os condenados por tais delitos ao disposto na Lei nº 8.072/90. IV - **A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novel tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo.** V - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação. VI - **Sem embargo, remanesce o entendimento de que os atos classificados como praeludia coiti são absorvidos pelas condutas mais graves alcançadas no tipo.** VII - **Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras.** Ordem denegada. (BRASIL, 2010) (grifo nosso).

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

DENEGADA. 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916). 2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei. 3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como praeludia coiti – e não o ato libidinoso autônomo. 4. A denúncia acostada aos autos descreve fato criminoso com todas as circunstâncias, satisfazendo os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, ou seja, ela contém a exposição do fato normativamente descrito como criminoso (em tese, portanto), e a respectiva capitulação. 5. É cediço que eventual erro na capitulação dos fatos narrados na denúncia não tem o condão de eivar de inépcia a peça acusatória, porquanto o réu defende-se dos fatos objetivamente descritos na denúncia e não da qualificação jurídica atribuída pelo Ministério Público ao fato delituoso. 6. Na hipótese, a relação existente entre o ora Paciente e a mãe da pessoa vitimada, e conseqüentemente seu vínculo de parentesco com a vítima restou demonstrada por outros meios de prova: depoimento do vitimado, como é de praxe nos crimes desta natureza, e confissão do acusado. Não há que se exigir, portanto, prova documental. 7. Ordem denegada. (BRASIL, 2010)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.º, § 2.º DA LEI N.º 8.072/90. 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916). 2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do

tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei. 3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro classificável como praeludia coiti e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral. 4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2.º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional. 5. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena. (BRASIL, 2010)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PACIENTE CONDENADO A 11 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. INCIDÊNCIA DA LEI 12.015/09. INADMISSIBILIDADE DA HIPÓTESE DE CRIME ÚNICO. PRECEDENTES DO STJ. PENA FIXADA, NO CASO EM EXAME, COM FUNDAMENTO NA OCORRÊNCIA DE CONCURSO FORMAL, SEM QUE HOUVESSE RECURSO DO ÓRGÃO ACUSADOR. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. 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 (estupro e atentado violento ao pudor). 2. Conforme destacado no parecer ministerial, a pena do paciente já foi fixada com fundamento na ocorrência de concurso formal entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor cometidos, sem que houvesse recurso do órgão acusador, inexistindo, portanto, interesse na impetração do remédio constitucional. 3. Opina o MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada (BRASIL, 2010)