



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ALEXANDRE RIBEIRO DE ARAÚJO

OS CRIMES DE ESTRUPO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR SOB
A PERSPECTIVA A LEI Nº 12.015/2009: DISCUSSÕES ACERCA DO
CONCURSO DE CRIMES

SOUSA - PB
2011

ALEXANDRE RIBEIRO DE ARAÚJO

OS CRIMES DE ESTRUPO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR SOB
A PERSPECTIVA DA LEI Nº. 12.015/2009: DISCUSSÕES ACERCA
CONCURSO DE CRIMES

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA – PB
2011

ALEXANDRE RIBEIRO DE ARAUJO

**OS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR SOB A
PERSPECTIVA DA LEI N.º 12.015/2009: *DISCUSSÕES ACERCA DO CONCURSO
DE CRIMES***

BANCA EXAMINADORA

Data da Aprovação:02/06/2011



Professor Jardel de Freitas Soares
Orientador

Maria de Lourdes Mesquita
Membro da Banca Examinadora

Guerrison Araujo Pereira de Andrade
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho monográfico a Deus, que me deu a vida e possibilitou a minha chegada até aqui, e aos meus pais, esposa e filho por serem luzes a clarear a minha senda.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu pai, Batuel Palmeira de Araújo (em memória), por ter me ensinado os caminhos da dignidade, honestidade e honradez, pelo pai amigo que sempre foi, pelo homem digno e sincero, por ter me oportunizado estudos de qualidade e apostado na minha vitória.

Agradeço a minha mãe, Magna Celi Ribeiro de Araújo, pela dedicação e zelo com que sempre me tratou, desde a mais tenra idade, me ensinado o caminho da retidão e o gosto pelos estudos, pelas noites passadas em claro zelando pela minha saúde e por ser um norte na minha caminhada.

Agradeço às minhas irmãs, Cláudia Ribeiro de Araújo e Mabel Ribeiro de Araújo, por me incentivarem a seguir nesta estrada do direito.

Agradeço a minha esposa, Iracema Cirilo Costa Ribeiro, pela dedicação, zelo e cuidado que sempre me dedicou, pronta a acolher-me nas agruras e aliviar-me com o bálsamo salutar de suas palavras; agradeço pela sua santa paciência e compreensão; agradeço por constantemente incentivar-me a persistir no caminho dos estudos.

Agradeço a meu filho, Matheus Cirilo Costa Palmeira Ribeiro, pelo carinho e amor que sempre dedicou ao seu pai; seu sorriso, meu filho, é a força mais revigorante que seu pai tem na vida.

Enfim, agradeço a todas as pessoas que direta ou indiretamente me ajudaram a chegar ao fim deste curso.

RESUMO

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009, quando da ocorrência dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor num mesmo contexto fático, os Tribunais Superiores eram assentes em admitir a ocorrência do concurso material de crimes. Após o advento da supracitada lei, novo posicionamento vem sendo adotado pelos Tribunais Superiores. Neste sentido, o presente trabalho monográfico teve como objetivo estudar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor sob a perspectiva da Lei n.º 12.015/2009, traçando um paralelo entre os crimes em comento, antes e após a entrada em vigor da supracitada lei. Com o advento da lei n.º 12.015/2009, houve a revogação do delito de atentado violento ao pudor, e a absorção de sua figura típica pelo art. 213. A partir daí, os Tribunais Superiores reconheceram, majoritariamente, serem os delitos de estupro e atentado violento ao pudor crimes da mesma espécie. Em seguida, aplicaram, retroativamente, às sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado onde havia sido reconhecido o concurso de material de crimes, a continuidade delitiva, por se tratar de lei mais benéfica. Como consequência, todos os apenados que tiveram sentenças penais condenatórias com reconhecimento de concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor adquiriram o direito de serem alcançados pela nova lei e de serem reconhecida a continuidade delitiva. Nosso estudo utilizou a metodologia dedutiva com o emprego dos métodos bibliográfico e jurisprudencial.

Palavras-chave: Estupro e atentado violento ao pudor. Concurso material. Lei n.º 12.015/2009. Continuidade delitiva.

ABSTRACT

Before the entry into force of Law No. 12.015/2009, upon the occurrence of crimes of rape and indecent assault in the same factual context, the High Courts were laid to admit the occurrence of the tender material crimes. After the advent of the aforementioned law, new positioning is being adopted by the Superior Courts. In this sense, this monograph was designed to investigate the crimes of rape and indecent assault from the perspective of Law No. 12.015/2009, weaving a parallel between the crimes under discussion before and after entry into force of the above law. With the advent of Law No. 12.015/2009, was the repeal of the crime of indecent assault, and the absorption of its typical figure by art. 213. Thereafter, the Superior Courts have recognized, mostly, are the offenses of rape and indecent assault crimes of the same species. Then applied retroactively to criminal judgments sentencing with *res judicata* where the contest had been recognized material crimes, the continued criminal offense, because it is law most beneficial. As a result, all inmates who had sentences criminal sentencing with material recognition contest between rape and indecent assault had the right to be achieved by the new law and the continuity of seeing recognized criminal offense. Our study uses the methodology deductive methods with the use of literature and jurisprudence

Keywords: Rape and indecent assault. Competition material. Law No. 12.015/2009. Continuing criminal offense.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A LEI N.º 12.015/2009 EM LINHAS GERAIS.....	11
3 O ESTUPRO E O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR: DISCUSSÕES ACERCA DO CONCURSO DE CRIMES ANTES E APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009.....	19
3.1 DO CONCURSO DE CRIMES.....	19
3.2 DO ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009.....	24
3.2.1 Doutrina e Jurisprudência.....	27
3.3 DO ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009.....	32
3.3.1 Doutrina e Jurisprudência.....	34
4 DOS EFEITOS DA LEI N.º 12.015/2009 NA EXECUÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	39
4.1 RETROATIVIDADE DA LEI N.º 12.015/2009.	39
4.2 PROGRESSÃO DE REGIME.	43
4.3 DOS EFEITOS DA LEI N.º 12.015/2009 NA EXECUÇÃO PENAL.	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico tem como norte traçar um esboço acerca do concurso de crimes no que se refere aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor com o advento da Lei n.º 12.015/2009, trazendo à baila os posicionamentos adotados pelos Tribunais Superiores antes e após a égide da supracitada lei, bem como os efeitos desses novos entendimentos nas sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado e aquelas proferidas após o advento da supracitada lei.

A Lei n.º 12.015/2009 veio trazer um novo panorama no que concerne a discussão existente no sentido de reconhecer-se a continuidade delitiva ou o concurso material entre os delitos de atentado violento ao pudor e estupro. Nesse sentido, o presente estudo demonstrará as variadas nuances do concurso de crimes no que se refere aos delitos em estudo.

Antes da entrada em vigor da novel lei, as condutas previstas para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor eram definidas nos arts. 213 e 214 do Código Penal.

No que diz respeito ao delito de estupro, verificava-se que sua conduta somente abarcada a conjunção carnal. Antes da novel lei, o crime de atentado violento ao pudor tinha como conduta o cometimento de atos libidinosos, sem tratar de conjunção carnal.

As condutas eram delineadas em artigos diferentes. Por essa razão, quando da ocorrência dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra uma mesma vítima e num mesmo contexto fático, os Tribunais Superiores não reconheciam os crimes em comento como sendo da mesma espécie, e, como consequência, aplicava a regra do concurso material, afastando, em sua maioria, o reconhecimento da continuidade delitiva.

Os Tribunais Superiores somente reconhecem como crimes da mesma espécie aqueles que estiverem tipificados num mesmo artigo. Nesse ponto residia todo impedimento para que a continuidade delitiva fosse reconhecida.

A Lei n.º 12.015/2009 trouxe novas diretrizes para os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, alargando a figura típica do primeiro e revogando o segundo. Fruto disso foi o surgimento de novos entendimentos acerca do concurso de crimes.

A partir da nova definição legal do delito de estupro, abarcando a conduta prevista no revogado delito de atentado violento ao pudor, os Tribunais Superiores passaram a reconhecer os crimes em comento como sendo da mesma espécie, aplicando a regra da continuidade delitiva na maioria dos seus julgados.

Justifica-se o presente estudo monográfico pela necessidade de se abordar os novos entendimentos acerca do concurso de crimes, e por evidenciar os efeitos da nova lei na sentença penal condenatória com trânsito em julgado, e naquelas proferidas após a sua égide.

Com fito de estudar os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, antes e após o advento da Lei n.º 12.015/2009, foi utilizada metodologia dedutiva com o emprego dos métodos bibliográfico e jurisprudencial.

A metodologia dedutiva é uma espécie de raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinada(s) premissa(s). Nesse prisma, parte de uma situação geral e genérica para uma particular. Frise-se que a dedução não tem o condão de trazer à baila situações novas, uma vez que apenas conduz a uma situação particular de uma lei geral e conhecida.

A dedução, então, se limita a organizar e especificar conhecimentos que já se tem, partindo de planos inteligíveis para focos interiores desses planos.

Tem como objetivo geral estudar a Lei n.º 12.015/2009 e as principais alterações trazidas no campo do concurso de crimes. No que se refere aos objetivos específicos o demonstrará os reflexos das novas decisões em relação às sentenças penais com trânsito em julgado que tratam dos crimes de atentado violento ao pudor e de estupro, antes e após o advento da Lei n.º 12.015/2009; bem como quanto às novas decisões proferidas após a égide da novel lei.

O estudo foi abordado em três capítulos:

No primeiro, foram traçadas as linhas gerais da Lei n.º 12.015/2009, especialmente no que diz respeito aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor em concurso. Foi abordada tipificação legal dos delitos em comento, suas qualificadoras, provas, bem como a propositura da ação pena. Ademais, abordaram-se as principais inovações trazidas pela lei em estudo no que diz respeito aos demais delitos inseridos no Título VI do Código Penal.

No segundo, abordou-se o concurso de crimes entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor quando ocorridos contra uma mesma vítima e num mesmo contexto fático, antes e após o advento da Lei n.º 12.015/2009. Procurou-se

demonstrar os vários posicionamentos adotados pelos Tribunais Superiores, bem como pela doutrina, no que diz respeito à adoção do concurso material ou da continuidade delitiva.

Por fim, no terceiro capítulo, o foco do estudo monográfico firmou-se na necessidade de demonstrar os efeitos que os novos posicionamentos adotados pelos Tribunais Superiores provocaram na sentença penal condenatória com trânsito em julgado e naquelas proferidas após o advento da lei.

Destarte, o presente estudo monográfico abordará as várias alterações provocadas pela Lei nº 12.015/2009, no que tange aos delitos insertos como crimes praticados contra a dignidade sexual, discutido especialmente o concurso de crimes relativo aos delitos de estupro e o atentado violento ao pudor.

2 A LEI N.º 12.015/2009 EM LINHAS GERAIS

Neste capítulo abordaremos a Lei n.º 12.015/2009 em suas linhas gerais, fazendo uma análise perfunctória acerca das mudanças que foram empreendidas a partir de sua edição, trançando os principais aspectos dessas mudanças, especialmente no que concerne ao delito de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, uma vez que houve a revogação do crime de atentado violento ao pudor, antes previsto no art. 214 do mesmo diploma legal.

Após a edição da novel lei, alterações importantes foram introduzidas no *codex* repressor alargando a figura do estupro e revogando o atentado violento ao pudor que, desde então, passou a ter sua conduta descrita na figura típica do delito de estupro. Destarte, no presente capítulo abordaremos as principais mudanças introduzidas pela novel lei, a fim de que possamos subsidiar o estudo referente ao concurso de crimes.

A Parte Especial do Código Penal, em seu capítulo VI, trata dos crimes contra a dignidade sexual. A nova redação foi trazida sob a égide da Lei n.º 12.015/2009.

Antes do advento da novel lei, o Título VI do CP intitulava-se Dos Crimes contra os Costumes. Essa redação foi bastante criticada por doutrinadores por tutelar o comportamento sexual da sociedade. Para Estevam¹ (2009, p.16) a denominação Dos Crimes contra os Costumes era repleta de moralismo e dava impressão de que tentava transmitir às pessoas um comportamento quanto a sua atividade sexual.

Segundo Silva Franco e Tadeu Silva (2007, p. 1.033):

[...] qualquer intento de converter 'a moral sexual' como bem jurídico protegido no campo dos delitos sexuais, conduz ao perigo de converter o direito penal nesta matéria em um instrumento ideológico mais próximo da Inquisição de que de um moderno Estado, pluralista e democrático.

¹ Com essa rubrica, o legislador propunha-se à tutela do comportamento médio da sociedade, no que diz respeito a ética sexual (segundo a moral média dos homens). Cuidava-se de noção impregnada de moralismo, e, dado o contorno que possuíam os crimes contidos neste Título, em sua redação original, transmitia a impressão de que procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne a sua atividade sexual.

A celeuma somente foi resolvida com o advento da nova lei que mudou a redação do Título VI do CP para Dos Crimes contra a Dignidade Sexual, acabando de uma vez com os questionamentos doutrinários de que o Estado, através da antiga redação, procurava transmitir as pessoas um comportamento sexual.

Ainda, segundo Silva Franco e Tadeu Silva (2007, p. 1.033), o momento é de tratar a sexualidade levando em conta a pessoa humana:

[...] não se pode falar de sexualidade fora do espaço da pessoa humana, não cabendo a delimitação de sua área de significado segundo parâmetros éticos, de moralidade pública ou de bons costumes. A sexualidade está inserida no ser humano e, como tal, comporta definição multifacetada [...].

Procurando afastar-se de conceitos ultrapassados a Lei n. 12.015/2009, trouxe nova denominação ao Título VI do Código Penal, que a partir de então passou a se chamar Dos Crimes contra a Dignidade Sexual, expressão mais adequada ao Título.

Para André Estefam (2009, p. 19) a expressão foi oportuna e se encontra em sintonia com o Texto Maior. Deveras, o Direito Penal não se volta à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa dos bens jurídicos (concepção dominante).

Todavia, para Celso Delmanto (2011, p. 691) a expressão Dos crimes Contra a Dignidade Sexual não ajudou muito, uma vez que a avaliação da dignidade do ato sexual é repleta de subjetividades e incertezas, vejamos:

Em que pese a intenção do legislador tenha sido das melhores, e representando algum avanço com relação à terminologia anterior, na verdade a colocação da “dignidade sexual” como bem jurídico tutelado não ajuda muito, pois a dignidade ou não de certo ato sexual é algo subjetivo e incerto, de forma que o que não é digno para um pode ser digno para outro, e vice-versa”.

Embora respeitemos a inteligência acima esposada, comungamos do entendimento de que a nova Lei busca tratar os Contra a Dignidade Sexual, garantindo as pessoas o respeito pela sua dignidade sexual, a sua liberdade para escolher seus parceiros e como manter suas relações sexuais, e, ainda, proteger a todos contra a exploração sexual. Enfim, valoriza o desenvolvimento da

personalidade das pessoas no que tange a sua sexualidade, e se distancia de velhos paradigmas de sexualidade visto sob o prisma da moral pública.

No que diz respeito aos crimes previstos nos arts. 213 a 218-B, a nova Lei n.º 12.105/2009, alterou seus regimes jurídicos.

Antes, a regra era que se procediam mediante queixa-crime; agora, com a nova lei, tornaram-se crimes de ação penal pública condicionada à representação (art. 225, *caput*).

Exceção à regra se dá quando o crime é cometido contra vítima menor de 18 (dezoito anos) ou pessoa vulnerável (doente mental ou deficiente mental sem discernimento sexual, ou, ainda, aqueles que tenham, por qualquer motivo, reduzida a sua capacidade de resistência), uma vez que nessas situações a ação será penal pública e incondicionada.

Se o estupro for cometido com lesão grave, a ação penal deverá ser pública e incondicionada, por força do art. 101 do Código Penal e da Súmula n.º 608 do STF. (ESTEFAM, 2009).

Diverso é o pensamento de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 62), para quem a Súmula n.º 608 do STF encontra-se revogada, [...] vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública e condicionada à representação.

Comungamos de pensamento diverso daquele de André Estefam e nos filiamos ao magistério de Guilherme de Souza Nucci por acreditarmos que a ação, no caso do estupro cometido com grave lesão, deva ser pública e condicionada à representação, tendo em conta a natureza gravosa da lesão e o bem jurídico tutelado, mormente pelo fato da Súmula n.º 608 está revogada.

Com o advento da Lei n.º 12.015/2009 o delito de estupro (art. 213 do CP)² sofreu importantes mudanças, seja no que tange aos sujeitos ativo e passivo, seja quanto a natureza do ato libidinoso.

De início, cumpre destacar que as condutas típicas dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor foram cindidas num único artigo o que veio a aumentar a

² Art. 213CP: 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 a 10 anos.

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

Pena – reclusão, de 8 a 12 anos.

§ 2º Se a conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 a 30 anos.

incidência do art. 213 do CP. A partir da Lei n.º 12.015/2009, não somente a conjunção carnal é considerada como conduta típica do artigo em comento, mas também outro ato libidinoso praticado contra a vontade da vítima. A partir da junção dessas duas condutas num único tipo penal, o leque de sujeitos que passaram a ter possibilidades de cometerem o delito de estupro foi bastante ampliado podendo ser agente e vítima do estupro tanto o home como a mulher.

Essa fusão de condutas trouxe conseqüências importantes. A primeira delas, na visão de André Estefam (2009, p. 33), é que os crimes da de estupro e atentado violento ao pudor tornaram-se de mesma espécie. Destarte, o obstáculo que existia para o reconhecimento da continuidade delitiva restou superado. De tal modo, por ser lei mais benéfica retroagiu para alcançar os casos pretéritos em que houve reconhecimento do concurso material.

A segunda consequência importante diz respeito à figura do sujeito passivo. Antes, somente a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, uma vez que o dispositivo do art. 213 do Código Penal, somente se referia à conjunção carnal. Com a nova redação do artigo supracitado, qualquer pessoa pode ser agente e vítima do crime de estupro.

Destaque-se, ainda, que a polêmica que vigorava antes da nova lei, no sentido de ser o não o delito de estupro, na sua forma simples, crime hediondo, restou superada. A nova redação do art. 213 do Código Penal, aliada a alteração do art. 1º, V, da Lei n.º 8.072/90³ veio demonstrar que o crime de estupro, em todas as suas formas, é considerado hediondo.

No mesmo sentido é a jurisprudência dos Tribunais Superiores⁴ reconhecendo o crime e estupro, mesmo na forma simples, como considerado hediondo.

³ Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

⁴ EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. ESTUPRO SIMPLES COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO: CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. I - Não há falar em falta de fundamentação do acórdão impugnado quanto ao regime de cumprimento da pena, se há referência expressa à Lei 8.072/90. II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples Código Penal, arts. 213 e 214 como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos. Leis 8.072/90, redação da Lei 8.930/94, art. 1º, V e VI." HC 81.288/SC, Plenário, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, DJU 25.4.2003. III - Após o julgamento do HC 82.929/SP pelo Plenário do STF, não mais é vedada a progressão de regime prisional aos

Aduz o art. 213 do Código Penal que o agente pratica o delito de estupro quando constringe alguém, ou seja, quando impõe a vítima contra a sua própria vontade, mediante o uso da violência ou grave ameaça, ter conjunção carnal com ela ou a praticar ou permitir que com ela se pratique qualquer ato de natureza libidinoso. O artigo deixa claro às situações em que se caracteriza o delito de estupro: conjunção carnal e atos libidinosos.

No que diz respeito à primeira situação, o dispositivo prevê o uso da violência física ou da grave ameaça como forma de intimidar a vítima ao ponto dela permitir que se pratique o delito de estupro. Atente-se para o fato de que a ameaça poderá recair tanto sobre a vítima como em relação a terceira pessoa que seja próxima da mesma. Como ilustração, o agente pode agredir o pai da vítima, um irmão ou filho, de maneira a forçá-la a ceder aos seus impulsos sexuais. Quanto à resistência, não poder haver dúvida, ou seja, deverá ser certa e inequívoca. Não se faz necessária uma resistência que denote violência, mas tão-somente aquela que implique o dissenso da vítima, um simples não seria suficiente para concretizá-la. Todavia, o dissenso da vítima deverá permanecer durante todo momento em que o ato sexual é perpetrado.

Para a doutrina⁵ se, no início do ato sexual a vítima resistiu, mas após veio a permitir ou mesmo a sentir prazer com a relação sexual deixa de se caracterizar o delito de estupro. O contato físico não é requisito obrigatório para concretização do estupro, uma vez que o agente pode obrigar a vítima a se masturbar a sua frente como forma de ter prazer sexual. Nessa situação restaria, também, concretizado o crime de estupro.

Por outro norte, no que diz respeito aos atos libidinosos, o art. 213 do Código Penal não elenca um rol dos atos que seriam considerados libidinosos. Celso Delmanto (2011, p. 692) critica o fato de não ter sido feita uma distinção entre às diversas modalidades de atos libidinosos e uma graduação que viesse a refletir na aplicação da pena, vejamos:

condenados pela prática de crimes hediondos. IV - Ordem parcialmente concedida (STF - HC 87281 – Ministro Ricardo Lewandowsk. DJU em 15.09.2006).

⁵ Não há crime se o ofendido, de início, resistiu, mas, iniciada a conduta, aquiesceu, tendo prazer no contato sexual. (Estefam, 2009, p. 35).

Mantemos as Críticas de fazíamos nas edições anteriores desta obra à redação do revogado art. 214 (que, incriminava, de forma autônoma, o atentado violento ao pudor), por não ter o legislador inserido, quanto ao conceito de ato libidinoso, uma graduação e conseqüente apenação diferenciada dos diversos tipos de atos, punidos com as mesmas severas penas, por exemplo, um gravíssimo sexo anal e um toque em regiões íntimas[...].

Destarte o princípio da proporcionalidade deve ser prestigiado sob pena de se aplicar a casos com condutas bastante diversas no que tange a gravidade a mesma penalidade.

Nessa mesma esteira de entendimento é a doutrina de André Estefam (2009, p. 36) segundo o qual [...] o beijo na boca (ainda que 'roubado') jamais poderá caracterizar ato libidinoso [...]. No que se refere ao elemento subjetivo do estupro entende ser irrelevante se o agente buscava ou não o prazer sexual, mas se ele tinha a noção do ato que praticava.

O crime se consuma no momento em que o agente obriga a vítima a praticar ato libidinoso. Importante destacar que não somente a introdução do pênis na cavidade vaginal terá o condão de caracterizar o estupro, mas também o ato libidinoso. Por não se referir a resultado finalístico, mas tão-somente a conduta do agente, considera-se delito de mera conduta.

A tentativa é perfeitamente possível, uma vez que por circunstâncias alheias à vontade do agente o mesmo pode ser impedido de cometer o estupro.

O art. 213, §§ 1º e 2º do CP, destaca as formas qualificadas para o crime de estupro: resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 anos ou maior de 14 anos ou morte. A lesão corporal de natureza simples e a contravenção não ensejam a aplicação da qualificadora, uma vez que seus resultados já estão implícitos no próprio dispositivo do art. 213.

O art. 217-A⁶, e parágrafos, trata em seu tipo legal sobre o estupro cometido contra menores de 14 (quatorze) anos e bem como contra aqueles que por deficiência mental ou enfermidade não tiverem discernimento para a prática do ato, ou não puderem oferecer resistência. A nova redação do art. 217-A do Código Penal vem em substituição ao antigo estupro presumido previsto no revogado art. 224 do mesmo diploma legal. Sendo a vítima vulnerável de nada importará ao agente alegar se houve ou não consentimento por parte da mesma para a concretização do ato libidinoso.

A palavra da vítima de força probante de valor considerável, em consonância com as demais provas, desde que sejam abalizadas, coerentes e plausíveis. Contudo, depoimentos repletos de cizânias, contradições ou inverossímeis não autorizam a condenação do agente. É preciso que o depoimento seja consistente e demonstre que a vítima não coadunou com as intenções do agente. Em outras palavras, a vítima deve, a todo instante, demonstrar desacordo com as intenções do agente. Do contrário, não estaremos diante do delito de estupro.

Destarte, embora considerável, a palavra da vítima não tem valor absoluto, mormente quando verificados os vícios acima descritos, uma vez que somente o depoimento consistente tem o condão de incriminar o agente.

Nos termos do art. 234-B⁷ os processos que tratem sobre crimes contra a dignidade sexual deverão correr em segredo de justiça, a fim de que se dê a máxima proteção à dignidade da vítima.

Para André Estefam (2009, p. 27) [...] o sigilo deve se aplicar a fase inquisitiva, sob pena de se esvaziar o sentido da norma. De nada adianta dar publicidade ao fato durante o inquérito e após o oferecimento de denúncia, impedir sua divulgação [...].

⁶ 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.

⁷ Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.

Resta claro, que a lei busca proteger a vítima das desagradáveis consequências da divulgação perante a sociedade do crime em que foi vítima. Contudo, a sigilo deveria vigorar desde a fase inquisitiva, a fim de preservar a vítima de todo o constrangimento que poderá ocorrer com a divulgação dos fatos.

Figurar o sigilo apenas na fase processual de nada adiantará se durante a fase inquisitiva houver vazamentos de informações. Destarte, nos associamos ao entendimento de Estefam e acreditamos que o sigilo deva imperar desde o inquérito.

3 O ESTUPRO E O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR: DISCUSSÕES ACERCA DO CONCURSO DE CRIMES ANTES E APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009

O estudo monográfico, no presente capítulo, abordará discussões acerca do concurso de crimes entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, cometidos contra uma mesma vítima antes e após o advento da Lei n.º 12.015/2009. Avaliará os julgados proferidos pelos Tribunais Superiores e os entendimentos doutrinários.

Nesse sentido, avaliará as consequências da nova lei no que diz respeito aos julgados com trânsito em julgado, bem como aqueles proferidos após a edição da lei, especialmente o concurso de crimes.

3.1 DO CONCURSO DE CRIMES

Grande celeuma se criou acerca do concurso de crimes quando se falava dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor cometido em concurso, mais precisamente se seriam crimes em concurso material ou em continuidade delitiva. Os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários digladiam-se na busca de um caminho uníssono quanto à continuidade delitiva ou o concurso material.

Conquanto a novel lei n.º 12.015/2009 tenha trazido uma nova roupagem para o crime de estupro, e revogado o de atentado violento ao pudor, pequena ainda persiste as variantes quanto ao concurso de crimes, especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores.

O Código de processo penal trata do concurso de crimes em seus artigos 69, 70 e 71, traçando conceitos e requisitos, a fim de que as condutas delituosas cometidas pelos agentes possam se amoldar a tipificação prevista nos artigos supracitados. É elemento de importância ímpar no momento da aplicação da pena.

O texto legal do art. 69 do CP dispõe sobre o concurso material ou real de crimes, trazendo a redação que se segue:

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, executasse primeiro àquela.

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

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

Depreende-se do artigo 69 do CP que, para se caracterizar o concurso material, alguns requisitos deverão ser observados, a saber: inicialmente, mais de uma ação ou omissão deverá ser praticada pelo agente quando do cometimento do delito; segundo, dois ou mais crimes deverão resultar da conduta criminosa. Destarte, se somente um crime derivar da conduta delitativa, não há que se falar em concurso material, mesmo havendo mais de uma ação ou omissão.

O magistrado deverá encontrar isoladamente a pena de cada um dos delitos. Após, somar-se-ão as penas, a fim de que se chegue à pena total aplicada ao réu quando da prolação da sentença.

Rogério Greco (2007, p. 37) entende que caso as infrações tenham sido cometidas em épocas diferentes, investigadas por meio de processos também diferentes, que culminaram em várias condenações, não se fala em concurso material, mas sim em soma ou unificação das penas.

O texto do art. 70 do Código Penal dispõe sobre concurso formal, *in verbis*:

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

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

O concurso formal traz uma série de requisitos a serem observados. De início, os delitos têm que ser cometidos através de uma só ação ou omissão. Aliado a esse fato, a prática criminosa deve envolver dois ou mais crimes. Como consequência da aplicação do concurso formal, se os crimes cometidos forem diversos, aplica-se a mais grave das penas com o aumento de um sexto até metade; se iguais, qualquer uma delas com um aumento de um terço. Ressalte-se que o aumento de um sexto até metade, será influenciado pelo número de delitos cometidos pelo agente. Quanto maior o número de delitos maior será o percentual de aumento.

Por fim, se a ação ou omissão for de natureza dolosa, e os crimes advenham de ações autônomas, há de se aplicar a cumulatividade das penas. Nesse caso o concurso formal muito se assemelha ao material; contudo, a soma das penas não poderá ultrapassar a pena que seria aplicada pela regra estabelecida no concurso material.

O art. 71 do mesmo Código Penal traz à baila as linhas delineadoras do crime continuado, *in verbis*:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.
Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

O crime continuado é aquele que tem em seu objeto a maior discussão, tanto no campo jurisprudencial como no doutrinário.

Antes de adentrarmos aos requisitos do crime continuado, necessário se faz uma rápida passagem pelas três teorias que tratam da natureza jurídica do crime continuado: a teoria da unidade real, da ficção jurídica e a mista.

Segundo a teoria da unidade real, as várias condutas perpetradas pelo agente constituiriam um único crime. Destarte, os vários crimes da mesma espécie

cometidos pelo agente se congregariam no único crime. No que tange à teoria da ficção jurídica, adotada em nosso ordenamento jurídico, entende-se que por uma questão de política criminal, embora diversos os delitos, os mesmos devem ser unificados com fito de evitar a aplicação de penas demasiadas que não possam ser traduzidas numa ressocialização do apenado. Por sua vez, a teoria mista se traduz numa reunião das duas teorias antes aduzidas, sendo o crime autônomo e uma realidade jurídica.

O art. 71 do Código Penal traz em seu bojo os requisitos do crime continuado, a saber: mais de uma ação ou omissão, a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, existência de liame entre os crimes no que diz respeito ao tempo, lugar e maneira de execução, e que os crimes posteriores sejam uma continuação do crime inicial.

Uma breve análise sobre o que seriam crimes de mesma espécie se faz necessária.

Assim como foram reveladas três teorias ao se comentar sobre a natureza jurídica do crime continuado, quando se fala em crimes de mesma espécie, deve-se, obrigatoriamente, levar em conta as duas correntes que se formaram em torno da questão:

Para Heleno Cláudio Fragoso (2006, p. 351) seriam crimes de mesma espécie aqueles que tivessem o mesmo bem juridicamente protegido:

Crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.

Nota-se que o posicionamento de Fragoso somente leva a efeito o bem jurídico protegido. Nesse diapasão, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor seriam da mesma espécie, pois teriam como bem tutelado a dignidade sexual.

Aníbal Bruno (1967, P. 302) comungava de entendimento diverso: Crimes da mesma espécie seriam aqueles que tivessem uma mesma tipificação penal, independente de serem simples, qualificados, privilegiados, tentados ou consumados, vejamos:

Cada ação deve fundamentalmente constituir a realização punível do mesmo tipo legal, isto é, essas ações repetidas devem representar dois ou mais crimes da mesma espécie, podendo reunir-se a forma consumada com a tentativa, a forma simples com a agravada. Os bens jurídicos podem ter o mesmo ou diverso titular.

Destarte, crimes com tipificações diversas não poderiam ser classificados como de mesma espécie, uma vez que, no seu entendimento, somente aqueles que estivessem numa mesma tipificação teriam o condão de serem classificados como de mesma espécie.

Partindo dessa premissa, antes do advento da Lei n.º 12.015/2009, os crimes de estupro, art. 213 do Código Penal, e atentado violento ao pudor, art. 214 do mesmo diploma legal, não seriam de mesma espécie, uma vez que tinham tipificação legal diversa. Essa foi a maior das celeumas, tanto na doutrina como da jurisprudência, no sentido de não recolher a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, antes do advento da lei n.º 12.015/2009.

Atente-se ainda, que o nosso ordenamento jurídico somente admite como crimes da mesma espécie aqueles que tiverem sua conduta inserida num mesmo artigo.

No que tange as condições de tempo, lugar e maneira de execução, a fim de aplicar as regras continuidade delitiva, tanto na doutrina como na jurisprudência não havia unicidade sobre uma regra objetiva a respeito de quanto tempo seria necessário para que a continuidade delitiva ainda pudesse ser configurada, ou se delitos cometidos em locais diversos poderiam ser caracterizados como continuidade delitiva.

Para Rogério Greco (2007, p. 604), o primordial seria aferir a relação de causalidade entre os crimes, tanto no que se refere ao tempo, como ao lugar e maneiras de execução, a fim de ser aplicada a regra da continuidade delitiva. Destarte, deve haver um estreito liame temporal, de lugar ou execução.

No mesmo caminho de entendimento de Rogério Greco, foi o julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. CARACTERIZAÇÃO. 1. A continuidade delitiva (CP, art. 71) não pode prescindir dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução) e subjetivo (unidade de desígnios). 2. Impossibilidade de reexame, na via do habeas corpus, dos elementos de prova que o

acórdão impugnado levou em consideração para não admitir a continuidade. Precedentes. 3. RHC improvido (STF - RHC 85577 – Rel. Ellen Gracie – DJU de 20.09.2005).

Resta claro que a relação de causalidade há de ser registrada para efeito de caracterizar-se a continuidade delitiva. Do contrário, em não se registrando uma estreita relação entre os crimes, há de se afastar a continuidade delitiva e amparar-se no concurso material.

Nesse diapasão, embora os crimes possam ser de mesma espécie, se cometidos pelo mesmo agente sem que haja uma relação de causalidade, ou seja, sem que se tenha um elo entre as condutas, a continuidade deve ser afastada e deve prosperar o concurso material.

Por fim, a adoção da continuidade delitiva traz como conseqüências, no caso de crimes idênticos, a aplicação da pena de um só dos delitos com um aumento de um sexto a dois terços; se os delitos forem diferentes, aplica-se a mais grave das penas, aumentada de um sexto a dois terços. Em se tratando de crimes dolosos contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa, no caso de crimes idênticos, aplica-se a pena de um dos delitos; se diversos, a mais grave, em ambos os casos podendo ser aumentada até o triplo. Aqui aparece a figura do crime continuado qualificado.

É o que cumpre registrar acerca do concurso de crimes existentes entre os delitos em comento.

3.2 DO ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009

O Código Penal Brasileiro, antes da vigência da novel lei n.º 12.015/2009, trazia em seu art. 213 o conceito de estupro, bem como dispunha sobre a aplicação da pena. Cometia estupro todo àquele que constrangesse mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, aplicando ao acusado a pena de reclusão de seis a dez anos.

Inicialmente, numa análise perfunctória, cabe destacar que, anteriormente a novel lei, somente cometia estupro quem praticasse conjunção carnal com mulher mediante violência ou grave ameaça, ou seja, somente a penetração peniana na cavidade vaginal poderia adquirir a conotação de estupro, a depender da anormalidade da conduta do agente. O coito anal, ou a relação oral, não tinham o condão de serem caracterizados como estupro. Os atos libidinosos eram delineados no artigo referente ao atentado violento ao pudor.

Outro ponto a ser destacado é a necessidade do emprego de violência ou grave ameaça, a fim de que o estupro fique caracterizado. O consentimento da vítima permitindo que com ela se pratique conjunção carnal, e que depois venha a se arrepender, retira a possibilidade do agente vir a ser denunciado pela prática do crime de estupro, com exceção daquilo que se tipifica como estupro presumido cometido contra menores de 14 anos. (CAPEZ, 2007, p. 50). Destarte, é imprescindível o uso da violência ou de grave ameaça para que se possa falar em estupro.

No plano da consumação e tentativa, considerava-se consumado o estupro a partir do ato de conjunção carnal, e como tentativa o fato do agente, mesmo sem penetração completa, encostar seu membro no órgão genital feminino. Nesse diapasão o insigne doutrinador Nelson Hungria (1982, p. 71) vai além, veja:

Quando não haja esse contato, desde que as circunstâncias deixem manifesto, por parte do agente, o intuito de conjunção carnal. Assim, deve responder por estupro tentado o indivíduo que, depois de empolgar a vítima, jogando-a no chão ou para cima do leito, levantando-lhes as vestes, arrancando ou rasgando-lhes as calças, e retira o membro em ereção, procurando aproximá-lo do *pudendum* da vítima, mas vindo a ser impedido por circunstâncias independentes de sua vontade (como quando a vítima consegue desvencilhar-se e fugir, ou sobrevém intervenção de terceiros). Desde que haja um inequívoco ensaio da introdução da verga, é identificável o *conatus*.

Depreende-se daí que o campo da tentativa é terreno rico e fértil dos doutrinadores, no sentido de construir idéias sobre a tentativa do crime tipificado no art. 213 do Código Penal.

Por outro giro, o art. 214 do Código Penal Brasileiro trazia a definição do atentado violento ao pudor. Segundo o texto legal do art. 214 do mesmo diploma

legal, cometia atentado violento ao pudor quem constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo ao agente aplicado uma pena de reclusão de quatro a dez anos.

Inicialmente, cumpre destacar que o crime em comento tutelava não só a liberdade sexual da mulher como também a do homem, tendo em conta que o texto legal do revogado art. 214 do Código Penal referia-se a atitude de constranger alguém, e não constranger mulher. Residia aí uma diferença crucial entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tendo em conta que o primeiro somente poderia ser praticado com mulher, através da conjunção carnal, enquanto que o segundo era suscetível de ser praticado por homens e mulheres.

Um ponto importante que merece uma análise acurada é a definição de atos libidinosos.

Para Fernando Capez (2007, p. 31/34), o ato libidinoso tem conceito bastante abrangente na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Arremata dizendo ser irrelevante a compreensão da vítima acerca do caráter libidinoso do ato, bastando que o agente queira saciar um desejo interno de fundo sexual.

O elemento subjetivo do atentado violento ao pudor, conforme se depreendia do texto legal do art. 214 do Código Penal, consistiam em constranger, obrigar, força outra pessoa, utilizando-se do emprego de violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se praticasse atos libidinosos, de forma intencional. Contudo, muito se perguntava se era necessária a existência da lascívia para caracterização do crime em discussão.

Do exposto, resta claro haver uma perfeita distinção entre as condutas caracterizadoras dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor antes do advento da Lei n.º 12.015/2009.

3.2.1 Doutrina e Jurisprudência

Muito se tem discutido acerca do concurso de crimes quando se fala em estupro e atentado violento ao pudor. Acaloradas discussões doutrinárias foram travadas no sentido de se chegar a um consenso quanto à existência de concurso material e continuidade delitiva entre os crimes em comento. Decisões das mais variadas foram proferidas em sede de Tribunais Superiores, deixando bem clara a imensa divergência existente quanto à aplicação das regras do concurso material ou da continuidade delitiva aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, no campo jurisprudencial, ainda persiste a divergência, embora haja acentuada diminuição, mesmo com a novel Lei n.º 12.015/2009, a qual revogou o crime de atentado violento ao pudor e o adicionou na tipificação legal do crime de estupro.

Nesse momento, traçaremos comentários sobre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009, a fim de conhecermos os diferentes entendimentos doutrinários e jurisprudências, antes existentes, e que por vezes ainda persistentes.

No campo do concurso de crimes, merece destaque o entendimento de Fernando Capez (2008, p. 13), uma vez que, em sua tese sobre concurso de crimes, ventilava duas situações a serem apreciadas quando os atos libidinosos são anteriores à com junção carnal. Eis seu comentário:

Entendo que essa hipótese comporta duas situações distintas: (a) se as carícias preliminares estiverem dentro do mesmo desdobramento causal da subsequente conjunção carnal, haverá absorção do atentado violento ao pudor pelo estupro, por força do princípio da consunção, funcionando os atos anteriores como meio necessário e atos preparatórios da relação sexual posterior; (b) os atos libidinosos são bem destacados da conjunção carnal, tratando-se mera renovação de ânimo de um agente já saciado em sua lascívia inicial. Neste último caso, embora em semelhante situação de tempo e lugar, pode-se afirmar a existência de dois contextos distintos.

Aplica-se o princípio da consunção ou absorção, quando se dá uma série de delitos com existência de um nexo de dependência, assim, o mais grave absorve o de menor gravidade. Nesse prisma, segundo o autor, estando às carícias iniciais

numa mesma relação de causa com o ato subsequente de conjunção carnal o princípio da absorção atrairia o crime de menor gravidade, que no caso seria o atentado violento ao pudor, a fim de ser absorvido pelo de estupro, aplicando-se a continuidade delitiva com resultado menos gravoso do que se fosse reconhecido o concurso material.

Do contrário, estando fora do mesmo contexto causal, embora perpetrados em mesmo tempo e lugar, seria caso de aplicar-se o concurso material e sua pena mais gravosa. Embora seja respeitável o entendimento do respeitável doutrinador a de se convir que a linha que separa as carícias preliminares da conjunção carnal, no sentido de considerá-las dentro ou não do mesmo desdobramento causal, é bastante tênue, senão por demais subjetivas.

Merece destaque o entendimento sustentado por Cezar Roberto Bitencourt (2004, p.6) quanto ao concurso de crimes entre os delitos do art. 213 e 214 do Código Penal:

Quando o *atentado violento ao pudor* não for meio natural para a realização do estupro, v. g., coito anal ou oral, entendemos perfeitamente possível a ocorrência de concurso de crimes.

Há a absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo de estupro se os atos de libidinagem praticada na vítima resultar em manchas hematosas no seio, na face ou no pescoço, pois são abrangidos pelo conceito geral de *praeludia coiti*, ou seja, fazem parte da ação física do próprio crime de estupro; por isso, esses atos libidinosos não configuram crime autônomo, distinto do de estupro.

Do exposto conclui-se que se os atos libidinosos praticados contra a vítima não tiverem uma estreita relação com o crime de estupro, a ponto de servir como elo para a ocorrência do outro, o concurso material há de prevalecer, e as penas deverão ser somadas como rege o texto legal do art. 69 do CP. Em havendo uma forte relação entre os crimes a continuidade haverá de prevalecer.

Rogério Greco (2009, p. 485/487), discordando da posição majoritária dos Tribunais Superiores que acreditava não ser possível a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor por serem de espécies diferentes, manteve-se filiado a corrente que atribuía à continuidade delitiva aos crimes em comento por acreditarem serem crimes de mesma espécie, uma vez que protegiam o mesmo bem jurídico, e desde que presentes os requisitos do art. 71 do Código Penal, veja:

[...] acreditamos não ser essa a melhor posição, razão pela qual nos filiamos á corrente doutrinária que entende ser possível o raciocínio relativo ao crime continuado, haja vista que o estupro e o atentado violento ao pudor podem ser considerados crimes da mesma espécie, e, se presentes os requisitos contidos no art. 71 do Código Penal, sua gera deverá ser aplicada.

No âmbito jurisprudencial, as Turmas do Supremo Tribunal Federal proferiram decisões das mais variadas possíveis acerca do concurso de crimes entre estupro e atentado violento ao pudor. Por vezes, pugnaram pelo reconhecimento do concurso material, de outra sorte pela continuidade delitiva.

Conquanto houvesse divergência quanto ao reconhecimento do concurso de crimes em sede de Tribunais Superiores antes da edição da Lei n.º 12.015/2009, a jurisprudência majoritária percorria o caminho da admissão do concurso material. Nesse prisma, é a decisão prolatada pela 2ª Turma do STF, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO MATERIAL. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTEFECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEDIDO DE OFÍCIO. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor configuram concurso material e não crime continuado. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, assegurando aos condenados por crimes hediondos a progressão do regime prisional. Habeas corpus indeferido; ordem concedida, de ofício, para assegurar a progressão do regime de cumprimento da pena. A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de habeas corpus, mas concedeu, de ofício, a ordem, nos termos e para os fins indicados no voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. (STF, HC 89770, Eros Graus, DJE em 10.10.2006).

Segundo o ministro Ricardo Lewandowski aplicar-se-ia a regra da continuidade delitiva aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando, observada a intenção do agente, em crime cometidos contra a mesma vítima, restasse configurado que seu propósito era no sentido de cometer o estupro após a prática do atentado violento ao pudor. Em sendo crimes autônomos o concurso material deveria prevalecer.

No caso em análise, o agente praticou com a vítima coito anal para em seguida realizar a conjunção carnal e, segundo o ministro relator, tratava-se de crimes autônomos por concluir que o agente teve dupla intenção. Eis a decisão do Ministro relator:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DELITOS AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL. ORDEM DENEGADA. I - Para que se verifique a ocorrência da continuidade delitiva ou do concurso material quando se trata dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, cumpre examinar a intenção do agente. II - No caso em espécie, o propósito do réu foi duplo, a saber, o de constranger a vítima a submeter-se, primeiro, ao coito anal e, depois à conjunção carnal. III - A partir dos fatos narrados na sentença a condenatória, é possível concluir que o desígnio do agente foi o de cometer dois crimes autônomos, não deixando dúvidas quanto ao acerto da aplicação da pena correspondente ao concurso material. IV - Ordem denegada (STF, HC 96959, Ricardo Lewandowski, DJU em 17.04.2009).

Tratava-se de decisão repleta de subjetividade tendo em vista que o liame entre os atos libidinosos preparatórios e a efetiva conjunção é bastante tênue.

Numa outra decisão, em sede de recurso extraordinário, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Soares Munoz, julgando o caso de um acusado que estuprou uma vítima, e, em seguida, praticou atentado violento ao pudor contra ela e duas outras menores, reconheceu a continuidade delitiva em face da menor estuprada e o concurso material em relação às outras duas vítimas⁸:

Apesar de observados um vasto leque de decisões, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, admitindo o concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, há de se registrar que tais decisões não são unânimes. Destarte, outras Turmas daquela Corte Máxima comungaram de entendimentos diferentes. A esse respeito veja o julgado proferido pela 1ª Turma do STF, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio:

⁸ ESTUPRO DE UMA MENOR E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NELA E EM MAIS DUAS MENORES. CONCURSO MATERIAL NO QUE SE REFERE AOS CRIMES PRATICADOS CONTRA VITIMAS DIFERENTES E CONTINUIDADE DELITIVA QUANTO AS INFRAÇÕES SOBRE A MESMA OFENDIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO (RE 100562 – Soares Munoz).

EMENTA: HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DO PRAZO RECURSAL PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. FÉRIAS FORENSES. RÉU PRESO. PRECEDENTES DESTA CORTE. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADOS DE FORMA INDEPENDENTE. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90, QUE VEDA A PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO DAS PENAS DOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS. PRECEDENTE PLENÁRIO. RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Esta Corte já assentou o entendimento de que as férias forenses suspendem a contagem dos prazos recursais, a teor do artigo 66 da LOMAN. O fato de o réu encontrar-se preso não altera tal entendimento, pois o aparato judiciário em funcionamento em tais períodos tem como escopo evitar abusos e ilegalidades irreparáveis. 2. A turma entendeu pelo reconhecimento de continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados de forma independente. Vencido, neste ponto, o Relator, que afirmava a configuração de concurso material. 3. Reconhecida a inconstitucionalidade do impedimento da progressão de regime na execução das penas pelo cometimento de crime hediondo, impõe-se a concessão da ordem para afastar a vedação que se impôs ao paciente. Ressalve-se que pretendida progressão dependerá do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos que a lei prevê; tudo a ser aferido pelo Juízo da execução. Writ parcialmente deferido. Por empate na votação, a Turma deferiu o habeas corpus para determinar a unificação das penas pelo reconhecimento de crime continuado; vencidos, no ponto, o Ministro Carlos Britto, Relator, e a Ministra Cármen Lúcia. E, por unanimidade, deferiu o habeas corpus para afastar o óbice legal do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, declarada inconstitucional, de modo a que o juiz das execuções examine os demais requisitos da progressão do regime de execução. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. (STF, HC 89827, Marcos Aurélio, DJU em 27.02.2007).

Importante destacar que no caso em tela foi reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo quando praticados de forma independente.

O julgado foge completamente ao entendimento doutrinário, uma vez que se os crimes foram praticados de forma independente o que deveria prevalecer seria o concurso material, e não a continuidade delitiva, até mesmo por não ter havido uma relação de causalidade entre os delitos em comento. Registre-se que essa relação de causalidade é determinante para o reconhecimento da continuidade delitiva.

No âmbito dos Tribunais Superiores esse entendimento é minoritário, uma vez que, em não havendo um elo entre as condutas elencadas nos artigos 213 e

214 do Código Penal, ou seja, não estando num mesmo contexto fático, a continuidade delitiva deverá ser afastada e prevalecer o concurso material.

Resta claro da exposição de motivos doutrinários e jurisprudenciais que vigoravam antes da Lei n.º 12.015/2009, haver a prevalência da aplicação da regra do concurso material quando se analisava os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em concurso num mesmo contexto fático, embora houvesse alguns entendimentos em sentido diverso, mormente no âmbito doutrinário, reconhecendo a continuidade delitiva.

3.3 DO ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009

A partir da vigência da Lei n.º 12.015/2009, nova redação foi conferida ao art. 213 do Código Penal Brasileiro, seguindo o que outros países, entre eles México, Argentina e Portugal, já haviam adotado. À figura típica do crime de estupro foi adicionado o tipo penal previsto no crime de atentado violento ao pudor, o qual foi revogado quando da edição da referida lei.

Nesse diapasão, veja a nova redação do art. 213 do CP, trazida pela Lei n.º 12.015/2009:

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 da 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.

Com a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor num mesmo tipo penal, o art. 214 do Código Penal deixa de existir de forma autônoma, para ter lugar junto à nova figura típica do crime de estupro previsto no art. 213 do mesmo diploma legal.

Segundo Nucci (2009, p. 902), [...] deve-se deixar bem claro não ter havido a revogação do art. 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor) como forma de

abolitio criminis (extinção de delito). O que houve foi à junção de dois crimes em uma nova lei. Ainda, segundo o doutrinador, o estupro passou a ser um crime único com condutas alternativas. Logo, constranger alguém a ter conjunção carnal, a praticar outro ato libidinoso ou a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso; são as novas vertentes do crime de estupro em que o agente pode ser inserido.

Ainda, segundo eminente doutrinador, a nova redação descrita no artigo 213 do Código Penal, conferiu ao crime de estupro a característica de misto alternativo.

Quanto aos sujeitos ativo e passivo do crime de estupro, com a novel redação do art. 213 do Código Penal, trazida à baila pela Lei n.º 12.015/2009, deixa o delito de ser cometido apenas em relação à mulher, podendo, a partir de então, ser cometido também em relação ao homem.

Numa análise superficial, registre-se que para consumir-se o crime de estupro na forma de conjunção carnal não se faz necessário a introdução completa do pênis na cavidade vaginal, basta tão-somente o encontro dos órgãos genitais, a fim de caracterizar-se o delito. No campo dos atos libidinosos, o toque físico que gere lascívia ou provoque constrangimento à vítima será um norte para concretização do crime.

No que tange a violência ou grave ameaça exercida contra a vítima, devem ser analisados os elementos objetivos e subjetivos, com fito de se apurar serem suficientes ao ponto de constranger a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique o delito descrito no artigo 213 do Código Penal. Não basta um simples temor, se faz necessário que a conduta do agente seja decisiva no sentido de impor a vítima o constrangimento necessário à concretização do crime.

Quanto à resistência da vítima, é preciso verificar se o dissenso esta presente durante todo o processo executivo. O principal requisito da resistência é o de ser autêntica. A intensidade não precisa ser tal monta que se deva nomeá-la de heróica.

A violência exercida contra pessoa diversa da vítima, com intuito de constrangê-la a praticar ou permitir que com ela se pratique o delito de estupro, para substancial parte da doutrina deve ser considerada como elemento do estupro.

Com a edição da novel lei, as condutas referentes aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram unificadas num mesmo dispositivo. Como conseqüência, os delitos passaram a ser de mesma espécie.

A partir dessa junção de condutas num mesmo artigo, foram proferidos novos entendimentos jurisprudenciais quanto ao concurso de crimes entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Majoritariamente foi reconhecida a continuidade delitiva; conquanto novos julgados entendessem se tratar de um crime único. Contudo, admitindo o crime único o magistrado ao aplicar a dosimetria da pena deve levar em consideração o art. 59 do Código Penal, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

3.3.1 Doutrina e Jurisprudência

A nova lei traz ainda a possibilidade da aplicação dos requisitos do concurso formal ao crime de estupro, o que não era possível antes da edição da supracitada lei. Destarte, por exemplo, se duas mulheres constrangerem um homem a praticar, ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, estaremos diante de um caso em que a regra do concurso formal prevalecerá. (NUCCI, 2009).

Após o advento da Lei n.º 12.015/2009, notícia publicada no site do STJ informava que a 6ª Turma daquele Tribunal reconheceu como crime único as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, realizadas contra a mesma vítima, nas mesmas circunstâncias. Destarte, se o agente constrangesse a vítima a praticar com ele conjunção carnal e, após, coito anal, por exemplo, não responderia por dois crimes em concurso material, mas apenas por um único crime.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor passaram a ser misto alternativo, ou seja, dentro da mesma figura típica do art. 213 do Código Penal havia dois verbos. Assim, praticando ambas as condutas, o agente somente seria responsabilizado por um único crime.

Segundo o relator do acórdão, caberia ao julgador elevar a pena aplicando o art. 59 do mesmo diploma legal, quando o agente praticasse com a vítima mais de um ato libidinoso. Nesse sentido foi à decisão proferida no HC 144870, a seguir descrito:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL.

INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

1. A Lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.
2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.
3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis não de alcançar os delitos cometidos antes da Lei nº 12.015/09.
4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima.
5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.
6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções (STJ, HC 144870, OG Fernandes, DJU em 24.05.2010).

Em recente julgamento de Habeas Corpus, o Ministro Aires Brito reconheceu a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor quando praticados contra a mesma vítima. Em sua decisão, admitiu a aplicação da lei mais benéfica, desde que o crime tivesse ocorrido após o advento da Lei 12.015/2009. Nesse sentido é a decisão proferida em sede de Habeas Corpus - HC 99544 - a seguir descrito:

EMENTA: 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 (STF, HC 99544, Aires Brito, DJU em 26.10.2010).

Nesse mesmo diapasão, foi à decisão do Ministro Joaquim Barbosa quando reconheceu a superveniência da Lei n.º 12.015/2009, a qual revogou o crime previsto no art. 214 do Código Penal e o incluiu na figura típica do art. 213 do mesmo diploma legal. Ainda, segundo o Ministro, a reunião dois crimes numa mesma figura típica, fez desaparecer a óbice que impedia o reconhecimento da continuidade delitiva, vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. ABSORÇÃO DO PRIMEIRO PELO SEGUNDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. NÃO CONHECIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/2009, NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. A tese da absorção do atentado violento ao pudor pelo de estupro (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214 do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009) - sob o argumento de que o primeiro teria sido praticado como um meio para a consecução do segundo - está relacionada à conduta do paciente no momento dos delitos pelos quais ele foi condenado e demanda, por esse motivo, o reexame de fatos e provas, inviável no âmbito da via eleita. Embora o acórdão atacado esteja em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário, em 18.06.2009, no julgamento do HC 86.238 (rel. min. Cezar Peluso e rel. p/ o acórdão min. Ricardo Lewandowski), assentou a inadmissibilidade da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, por tratar-se de espécies diversas de crimes, destaco que, após esse julgado, sobreveio a Lei 12.015/2009, que, dentre outras inovações, deu nova redação ao art. 213 do Código Penal, unindo os dois ilícitos acima. Com isso, desapareceu o óbice que impedia o reconhecimento da regra do crime continuado no caso. Em atenção ao direito constitucional à retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), seria o caso de admitir-se a continuidade delitiva pleiteada, porque presentes os seus requisitos (CP, art. 71), já que tanto a sentença, quanto o acórdão do Tribunal de Justiça que a manteve

evidenciam que os fatos atribuídos ao paciente foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Ocorre que tal matéria, até então, não foi apreciada, razão por que o seu exame, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, constituiria supressão de instância. Por outro lado, nada impede a concessão de habeas corpus de ofício, para conferir ao juízo da execução o enquadramento do caso ao novo cenário jurídico trazido pela Lei 12.015/2009, devendo, para tanto, proceder à nova dosimetria da pena, afastando o concurso material e aplicando a regra do crime continuado (CP, art. 71), o que, aliás, encontra respaldo tanto na Súmula 611 do STF, quanto no precedente firmado no julgamento do HC 102.355 (rel. min. Ayres Britto, DJE de 28.05.2010). Não conhecimento do writ e concessão de habeas corpus de ofício. (STF, HC 96818, Ministro Joaquim Barbosa, DJE em 29.09.2010).

Ainda no campo da continuidade delitiva, julgado proferido pelo Ministro Cezar Peluso, reconheceu a continuidade delitiva, com a superveniência da Lei n.º 12.015/2009, determinando, ainda, a progressão de regime para o apenado, vejamos:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima (HC 86110, Cezar Pelus, DJU em 02.03.2010).

Conquanto as novas decisões proferidas no âmbito dos Tribunais Superiores após a edição da supracitada lei, sejam majoritariamente no sentido de reconhecer a continuidade delitiva; quando os crimes de estupro e atentado violento ao pudor forem praticados contra a mesma vítima, ou forem autônomos, ou não praticados como prelúdio do coito anal, ou ainda se não houver uma relação de causalidade, o concurso material deverá prevalecer. Nesse prisma foi o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Britto:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADOS DE FORMA INDEPENDENTE. MESMA VÍTIMA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA.

IMPOSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE CONCURSO MATERIAL. PRECEDENTES. 1. A pensamento majoritário do Supremo Tribunal Federal recusa o reconhecimento da continuidade delitiva se os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são praticados de forma autônoma, ainda que se trate de uma única vítima. 2. No caso, o atentado violento ao pudor não foi praticado como "prelúdio do coito" ou como meio para a consumação do crime de estupro. Ao libidinoso diverso da conjunção carnal, ocorrido de modo independente do crime de estupro. Precedentes. 3. Habeas corpus indeferido (STF, HC 100314, Carlos Britto, DJU em 22.09.2009).

É cediço que após o advento da Lei nº 12.015/2009, houve forte alteração do posicionamento dos Tribunais Superiores quanto ao concurso de crimes entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

O óbice que impedia reconhecimento da continuidade foi afastado tendo em vista que os crimes passaram a ser de mesma espécie. Por consequência os novos entendimentos foram no sentido de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes em estudo. Contudo, observa-se que os entendimentos não são pacíficos. Apesar de agora ser corrente minoritária, ainda persistem decisões no sentido de admitir o concurso material entre os delitos em comento.

Por fim, nova corrente surgiu admitindo tratar-se de crime único, uma vez que o estupro passou a ser crime misto alternativo, ou seja, tanto faz a prática de uma ou outra conduta, ou até mesmo as duas, para essa corrente o crime será único.

Depreende-se do esposado que apesar da edição da Lei n. 12.015/2009, ainda persiste a divergência acerca do concurso de crimes, mormente quando se trata de sentenças com trânsito em julgado.

4 DOS EFEITOS DA LEI N.º 12.015/2009 NA EXECUÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Com o advento da Lei n.º 12.015/2009 que inovou o artigo 213 do Código Penal, novas decisões acerca do concurso de crimes entre atentado violento ao pudor e estupro foram proferidas. Os novos julgados passaram a reconhecer, majoritariamente, a continuidade delitiva entre os crimes em comento.

Com efeito, o reconhecimento da continuidade delitiva abriu a possibilidade para a progressão de regime. Nesse diapasão, uma gama considerável de condenados que se encontravam cumprindo pena pelo crime de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, puderam peticionar junto ao Juízo da Execução Penal, a fim de que a novel lei fosse aplicada em seu benefício.

4.1. RETROATIVIDADE DA LEI N.º 12.015/2009.

As novas leis que venham a vigorar no ordenamento jurídico após a conduta criminosa do agente podem conter dispositivos que venham a prejudicar ou beneficiá-lo.

Aduz a Constituição Federal de 1988, no inciso XL do artigo 5º, que a lei penal somente terá o condão de retroagir se for para beneficiar o réu, ou seja, retroatividade *in mellius*, vedando a retroação que venha a causar prejuízos ao condenado.

Com efeito, o art. 2º do Código Penal também dispõe acerca da retroatividade da lei mais benéfica; eis o texto legal: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer ao agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Depreende-se do texto deste artigo que mesmo as sentenças condenatórias com trânsito em julgado poderão ser alcançadas pela nova lei mais benéfica, a fim de que o benefício contido no seu texto seja assegurado ao condenado.

Nesse sentido é o entendimento de Rogério Greco (2009, p. 110) a seguir descrito:

A *novatio legis in melius* será sempre retroativa, sendo aplicada aos fatos ocorridos anteriormente a sua vigência, ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória já transitada em julgado. Se, por exemplo, surgir uma nova lei reduzindo a pena mínima de determinada infração penal, deve aquela que foi aplicada ao agente ser reduzida a fim de atender aos novos limites, mesmo que a sentença que o condenou já tenha transitado em julgado. Só não terá aplicação a lei nova, no exemplo fornecido, se o agente já tiver cumprido a pena que lhe fora imposta.

A sentença condenatória, em si, não será alterada. Contudo, cabe ao juízo da execução penal garantir ao condenado a aplicação da nova lei mais benéfica. Destarte, o defensor constituído pelo condenado, a partir da entrada em vigor da nova lei, deverá acionar o juízo da execução requerendo a aplicação do conteúdo da *novatio legis in melius*.

No tocante aos crimes de natureza permanente ou continuados, não havendo a cessação da permanência ou da continuidade quando da entrada em vigor de lei penal mais grave, a *novatio legis in pejus* deverá ser aplicada. Nesse sentido é a Súmula n.º 711 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

Com os novos posicionamentos dos Tribunais Superiores reconhecendo a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a pena aplicada ao agente que praticou os crimes em concurso material foi diminuída. Por ser mais benéfica, a Lei n.º 12.015/2009 retroagiu para alcançar os casos anteriores a sua vigência em que foi reconhecido o concurso material.

A 2ª Turma do STF no julgamento do HC 86110 reconheceu a superveniência da Lei n.º 12.015/2009 admitindo a continuidade delitiva entre o delito de estupro e o revogado crime de atentado violento ao pudor, concedendo o regime de progressão a um condenado, vejamos o julgado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da

continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima (STF, HC 86110, Cezar Peluso, DJE em 02.03.2010).

Nesse mesmo caminho manifestou-se o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC 96818 admitindo a retroatividade da Lei n.º 12.015/2011 nos casos onde anteriormente foi reconhecido o concurso material por ser mais benéfica ao condenado, vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. ABSORÇÃO DO PRIMEIRO PELO SEGUNDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. NÃO CONHECIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/2009, NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. A tese da absorção do atentado violento ao pudor pelo de estupro (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214 do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009) - sob o argumento de que o primeiro teria sido praticado como um meio para a consecução do segundo - está relacionada à conduta do paciente no momento dos delitos pelos quais ele foi condenado e demanda, por esse motivo, o reexame de fatos e provas, inviável no âmbito da via eleita. Embora o acórdão atacado esteja em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário, em 18.06.2009, no julgamento do HC 86.238 (rel. min. Cezar Peluso e rel. p/ o acórdão min. Ricardo Lewandowski), assentou a inadmissibilidade da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, por tratar-se de espécies diversas de crimes, destaco que, após esse julgado, sobreveio a Lei 12.015/2009, que, dentre outras inovações, deu nova redação ao art. 213 do Código Penal, unindo os dois ilícitos acima. Com isso, desapareceu o óbice que impedia o reconhecimento da regra do crime continuado no caso. Em atenção ao direito constitucional à retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), seria o caso de admitir-se a continuidade delitiva pleiteada, porque presentes os seus requisitos (CP, art. 71), já que tanto a sentença, quanto o acórdão do Tribunal de Justiça que a manteve evidenciam que os fatos atribuídos ao paciente foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Ocorre que tal matéria, até então, não foi apreciada, razão por que o seu exame, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, constituiria supressão de instância. Por outro lado, nada impede a concessão de habeas corpus de ofício, para conferir ao juízo da execução o enquadramento do caso ao novo cenário jurídico trazido pela Lei 12.015/2009, devendo, para tanto, proceder à nova dosimetria da pena, afastando o concurso material e aplicando a regra do crime continuado (CP, art. 71), o que, aliás, encontra respaldo tanto na Súmula 611 do STF, quanto no precedente firmado no julgamento do HC 102.355 (rel. min. Ayres Britto, DJE de 28.05.2010). Não

conhecimento do writ e concessão de habeas corpus de ofício (STF, HC 96818, Joaquim Barbosa, DJE em 10.08.2010).

Destarte, conclui-se que após a edição da Lei n.º 12.015/2009 a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor vem sendo fortemente reconhecida, e por consequência afastado o concurso material.

Para Dario Reisinger Ferreira (2009, n. 2235) a entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009, que revogou expressamente o art. 224 do Código Penal, provocou a retirada do art. 9º da Lei n.º 8.072/90, lei dos crimes hediondos, trazendo como consequências o desaparecimento da causa de aumento de pena prevista no artigo supracitado.

Aduz o artigo 9º da Lei n.º 8.072/90:

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, §3º, 158, §2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

O referido artigo aduz que somente terá aumentada sua pena quando a vítima se enquadrar em qualquer das hipóteses prevista no artigo 224 do Código Penal. Ocorre que o artigo em comento foi revogado pela Lei n.º 12.015/2009. Nessas circunstâncias, a revogação do artigo 224 do Código Penal provoca a redução da pena para aqueles réus que tiveram na dosimetria da pena a aplicação do referido dispositivo.

Destarte, o artigo 5º, XL, da CF/88, e o art. 2º do Código Penal, que tratam do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, atraem para o condenado o benefício da aplicação da lei mais benéfica. Nesse sentido, caberia ao condenado, pleitear junto ao Juízo da Execução a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica, nos termos da Súmula n.º 611 do Supremo Tribunal Federal.

Segundo de Sandra Cristina Alves (2009, n. 2242), a novel lei é imensamente mais benéfica ao condenado, uma vez que concentra num mesmo tipo penal, artigo 213 do Código Penal, as condutas de praticar conjunção carnal ou ato libidinoso sob violência ou grave ameaça.

Fruto de toda essa mudança é que a lei n.º 12.015/2009 passou a ser mais benéfica, portando, devendo retroagir para alcançaria todas as ações penais em que houve condenação às penas dos artigos 213 e 214 do Código Penal em concurso material.

4.2 PROGRESSÃO DE REGIME

Com o firme entendimento de que a conduta praticada pelo agente é típica, ilícita culpável, o magistrado tratará de aplicar a dosimetria da pena, levando em conta o critério trifásico da pena delineado no art. 68 do Código Penal.

Em consonância com o artigo 59 do Código Penal o juiz aplicará a pena base; após as atenuantes e agravantes, e, em seguida, as causas de aumento e diminuição, é o que se depreende do texto legal do artigo em comento.

Nos termos do inciso III do artigo 59 do Código Penal, o juiz deverá, quando da prolação da sentença, aplicar o regime inicial de cumprimento da pena, se fechado, semi-aberto ou aberto.

Segundo o artigo 33 do Código Penal, a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto; enquanto que a de detenção em regime semi-aberto ou aberto, desde que não seja necessária a regressão para regime mais gravoso. Ainda, devem ser cumpridas de forma progressiva levando em conta o mérito do condenado:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os

seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º - O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

No que tange ao crime de estupro, a Lei n.º 8.072/90 em seu inciso V, o classificou no rol das infrações penais tidas como hediondas. A supracitada lei foi além, determinou no § 1º do artigo 2º que o cumprimento da pena seria integralmente no regime fechado.

Grande celeuma formou-se a respeito da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Por uma banda, admitia-se a inconstitucionalidade do referido parágrafo; de outra sorte pugna-se por sua constitucionalidade.

A celeuma foi desfeita a partir do momento que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela inconstitucionalidade do 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90 quando da prolação do HC 82.959, vejamos:

Apresentado o feito em mesa pelo Relator, o julgamento foi adiado. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 01.07.2003. Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 06.08.2003. Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que a indeferiam; e o do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava ex officio o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Senhores Ministros

Nelson Jobim e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 18.12.2003. Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004. Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentavam o direito do paciente à progressão do regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que indeferiam a ordem; do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava ex officio o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal; e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que declarava a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º, com eficácia ex nunc, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.12.2004. Decisão: Renovado o pedido de vista da Senhora Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 24.02.2005. Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, "incidenter tantum", a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006. (STF, HC 82.95, Marcos Aurélio, DJE em 23.02.2006).

Com o advento da Lei nº 11.464/2007 o cumprimento da pena para o delito de estupro deixou de ser totalmente em regime fechado.

Em seu parágrafo 2º, a supracitada lei delimitou os prazos para a concessão do regime de progressão; sendo o mesmo concedido após o cumprimento de 2/5 (dois terços) da pena, quando primário; e após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando reincidente; é o que se compreende do texto legal a seguir descrito: A progressão de regime, no caso de condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (redação dada pela Lei n.º 11.464, de 2007). Acresceu, ainda, ao artigo 83 do Código Penal o inciso V que ofertou ao condenado o benefício do livramento condicional após o cumprimento de 2/3 (dois

terços da pena) desde que não seja reincidente específico em crime da mesma natureza:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

A Lei n.º 12.015/2009 trouxe enormes benefícios aos agentes condenados pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material; primeiro pelo reconhecimento da continuidade delitiva; segundo, por ser lei mais benigna, e, por conseguinte, ter o condão de retroagir alcançando fatos pretéritos.

Nesse sentido, os pedidos de progressão de regime, em significativo número, aportaram junto ao Juízo da Execução Penal, tendo em conta que, após a adequação das antigas penas à sistemática da Lei n.º 12.15/2009, houve significativa redução das penas possibilitando aos condenados progredir de regime.

Destaque-se, ainda, que as mudanças trazidas pela Lei n.º 12.015/2009 foram alvo de grande repercussão por parte da mídia nacional, em especial pela Folha de São Paulo (p.C1) que dedicou um artigo acerca do tema, edição de 15.06.2010, com a manchete que se segue: Estupradores usam nova lei para reduzir tempo na prisão. Alusão ao fato de que com o advento da novel lei várias pessoas condenadas pelo delito de estupro certamente terão o tempo de cumprimento da pena reduzido.

4.3 DOS EFEITOS DA LEI N.º 12.015/2009 NA EXECUÇÃO PENAL

O art. 1º da Lei de Execuções Penais trata sobre seu objetivo. Segundo o artigo supracitado, a Lei de Execuções Penais busca dar efetividade à sentença condenatória ou a alguma decisão criminal e proporcionar ao apenado ou internado as condições necessárias para sua reinserção harmônica no seio da sociedade. Esse é o sentido da lei.

Segundo Giovanni Leone (1961, p. 472), a função da execução penal alicerça-se num tríplice aspecto, o direito penal substancial, o direito processual penal e o direito administrativo, senão vejamos:

[...] no que respeita a vinculação da sanção e do direito subjetivo estatal de castigar, a execução entra no *direito penal substancial*; no que respeita à vinculação como título, entra no *direito processual penal*; no que toca a atividade executiva verdadeira e própria, entra no *direito administrativo*; deixando sempre a salvo a possibilidade de episódicas fases jurisdicionais correspondentes, como nas providências de vigilância e nos incidentes de execução.

Depreende-se daí que a natureza jurídica da execução penal não está atrelada somente ao direito administrativo, mas é matéria comum no direito penal e processual. Contudo, há de se reconhecer ser impossível sua completa submissão aos direitos penal e processual.

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória surge entre o condenado e o Estado uma intrincada relação jurídica onde se demandam direitos e expectativas de direitos os quais podem levar a ocorrência de conflitos. Nestas circunstâncias, se faz necessária a resolução dos conflitos com a intervenção jurisdicional do Estado. Nesse diapasão, o direito do Estado de restringir a liberdade do condenado já surge sob jurisdição, ou seja, “gravado pelo encargo dos juízes de tribunais.

Observe-se que no processo de execução penal há de ser considerado o contraditório, a presença do juiz natural, o uso dos meios de prova garantidos em geral, a publicidade dos atos, entre outras garantias.

A Lei de Execução Penal, na busca de garantir ao condenado a possibilidade de cumprimento da pena de forma mais digna com fito de inseri-lo na

sociedade de forma mais harmônica, e ainda procurando evitar excessos no cumprimento da pena, assegura aos presos uma gama de direitos de índole constitucional. A seguir descrevermos, a título de exemplo, alguns desses direitos:

- a- o direito a vida (art. 5º, *caput*, da CF);
- b- o direito à integridade física e moral (arts. 5º, III, V, X e XLIII, da CF, e 38 do CP);
- c- o direito à propriedade (material ou imaterial), ainda que o preso não possa temporariamente exercer alguns dos direitos do proprietário (arts. 5º, XXII, XXVII, XXVIII, XXIX e XXX);
- d- o direito à liberdade de consciência e de convicção religiosa (arts. 5º, VI, VII, VIII, da CF, e 24 da LEP);
- e- o direito à instrução (arts. 208, I, e § 1º, da CF, e 17 a 21 da LEP) e o acesso à cultura (art. 215 da CF);
- f- o direito e o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (arts. 5º, XII, da CF, e 41, XV, da LEP);
- g- o direito de representação e de petição aos poderes públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade (arts. 5º, XXXIV, a, da CF, e 41, XIV, da LEP);
- h- o direito a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, b, LXXII, a e b, da CF);
- i- o direito a assistência judiciária (arts. 5º LXXIV, da CF, e 15 e 16 da LEP);
- j- o direito às atividades relativas às ciências, às letras, às artes e à tecnologia (art. 5º, IX, e XXIX, da CF);
- k- a indenização por erro judiciário ou por prisão além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV);
- l- o direito de comunicar-se reservadamente com seu advogado (arts. 7º, III, da Lei n.º 8.906/84, e 41, IX, da LEP).

Observa-se que, tanto a Constituição Federal como a Lei de Execuções Penais procuram garantir aos condenados uma série de direitos que se observados podem ajudá-los no processo de ressocialização e inserção na sociedade.

A pena cumprida de forma humanitária, levando-se em conta os direitos dos condenados, possibilita ao preso uma maior oportunidade de ressocialização, além de ter o condão de diminuir a estatística das reincidências.

Nos termos da Súmula n.º 611 do STF, o condenado deverá pleitear junto ao juízo da execução a progressão de regime, uma vez que a competência do juízo prolator da sentença extingue-se com o início do cumprimento da reprimenda. Eis o teor da refira Súmula: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das Execuções à aplicação da lei mais benigna.

Nessa mesma esteira foi o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o RHC 200601715823:

CRIMINAL. RHC. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA INCIDENTER TANTUM PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ÓBICE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO AFASTADO. PLEITO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. I. Não obstante a jurisprudência deste Tribunal ter se consolidado no sentido na natureza hedionda dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo quando praticados mediante violência presumida, o pleno do STF, por maioria de votos, em sessão realizada em 23/02/2006, deferiu o pedido formulado no habeas corpus n.º 82.959/SP e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, que trata da obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os condenados pela prática de crime hediondo. II. No que tange à progressão para o regime semi-aberto, os autos não noticiam o ajuizamento do pedido perante o Juízo das Execuções, ao qual compete a deliberação acerca dos benefícios postulados em favor dos apenados durante a execução da reprimenda. III. O habeas corpus é meio impróprio para a obtenção de benefício relativo à execução da pena, tendo em vista a incabível dilação probatória que se faria necessária ao exame da presença dos requisitos exigidos para a concessão da benesse legal, mormente, como no caso, os requisitos subjetivos. IV. Análise que, em regra, não pode ser feita nesta Corte, devendo ser procedida pelo Juízo competente, o qual está apto a empreender acurado exame dos fatos embasadores do pleito defensivo. V. Deve ser afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, e reconhecido o direito do paciente ao pleito do benefício da progressão de regime prisional, cabendo ao Juízo das Execuções a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei. VI. Recurso parcialmente conhecido, e, nessa

extensão, provido, nos termos do voto do Relator (STJ, RHC 200601715823, Gilson Dipp, DJE em 04.06.2007).

Do exposto, verifica-se que com o advento da Lei n.º 12.015/2011 um novo entendimento sobre o concurso de crimes referente aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor passou a vigorar. A partir da sua égide a continuidade delitiva firmou-se como entendimento majoritário e, por consequência, garantiu aos apenados sentenciados em concurso material a possibilidade de terem suas penas diminuídas e progredir de regime.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, o trabalho monográfico procurou analisar a Lei n.º 12.015/2009 de uma maneira geral abordando as principais mudanças ocorridas com os delitos que fazem parte do Título VI do Código Penal.

Com o advento da nova lei sua redação alterou-se para Dos Crimes contra a Dignidade Sexual. Redação mais acertada uma vez que a anterior tinha um teor intrínseco no sentido de pretender ditar a conduta sexual das pessoas. Nesse sentido, aquela redação foi bastante combatida pela doutrina.

Outrossim, foi alterado o regime jurídico da ação penal no que concerne aos crimes insertos no Título VI do Código Penal, os quais, antes da égide da lei, procediam-se mediante queixa-crime. A partir da entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009 passaram a se proceder mediante ação pena pública condicionada a representação, com exceção de vítimas menores de 18 anos e vulnerável que se procederão mediante ação penal pública incondicionada.

O art. 234-B do CP decretou o segredo de justiça nos processos referentes aos crimes delineados no Título VI do CP. Todavia, cabe uma observação quanto ao segredo de justiça: acreditamos que seria mais sensato que o doutrinador tivesse decretado o segredo de justiça a partir da fase do inquérito, pois de nada adiantaria o segredo durante a ação penal se na fase inquisitorial prevaleceu o acesso ao conhecimento do fato.

O art. 214 do Código Penal foi revogado, mas teve sua conduta inserida no delito de estupro, art. 213 do mesmo diploma legal, que, em razão disso, aumentou seu tipo penal. Como consequência não somente a conjunção carnal passou a caracterizar o crime de estupro, mas também a conduta libidinosa praticada contra a vítima.

A partir da reunião das condutas delinecedoras do atentado violento ao pudor e do estupro num mesmo tipo penal os crimes passaram a ser considerados como de mesma espécie.

As jurisprudências dos Tribunais Superiores antes da Lei n.º 12.015/2009 eram majoritariamente no sentido de reconhecer o concurso material nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor quando cometidos num mesmo contexto fático. Com a égide da supracitada lei, e pelo fato das condutas estarem inseridas num

mesmo artigo, novos entendimentos se firmaram no que concerne ao concurso de crimes.

Majoritariamente passou-se a reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor quando cometidos num mesmo contexto fático. Minoritariamente, firmou-se o entendimento pelo concurso material. De forma inovadora, alguns julgados foram proferidos reconhecendo o delito como crime único pelo fato do estupro, a partir da nova lei, ser misto alternativo. Frise-se que todos esses entendimentos se firmaram para as sentenças penais com trânsito em julgado. Para as novas sentenças, proferidas após o advento da lei n.º 12.015/2009, o entendimento é de ser crime único.

Destarte, naquelas ações em que o agente foi condenado pelos delitos de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, os Tribunais Superiores passaram, majoritariamente, a reconhecer a continuidade delitiva, possibilitando a revisão das penas, nos termos do art. 66, I, da LEP.

Com efeito, o legislador ao editar a Lei n.º 12.015/2011, no intuito de torná-la mais rígida acabou por torná-la uma *novatio legis in melius* pelo fato de ter unido as condutas previstas para os delitos de estupro e atentado violento ao pudor num mesmo tipo penal. Por consequência, o agente que praticar, num mesmo contexto fático, os crimes em comento somente responderá pelo delito de estupro, tendo em vista o princípio da alternatividade aplicado aos tipos alternativos misto, ou seja, aqueles em que a lei descreve várias formas de executar um mesmo crime.

Por fim, importa gizar que a Lei n.º 12.015/2011, por ser lei mais benéfica, e por força da redução das penas, devolverá às ruas para convívio social uma gama de esturadores, os quais foram agentes de um crime da mais alta repugnância.

Se a intenção do legislador foi recrudescer na aplicação da pena observamos que a novel lei não obteve seu intento, uma vez que, decididamente, privilegiou àqueles agentes que cometeram o delito de estupro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sandra Cristina. A lei n. 12.015/2009 e os reflexos nas anteriores condenações em concurso material dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2242, 21 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13351>>. Acesso em: 15 mar. 2011

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte especial. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRUNO, Aníbal. Direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, v. 3, Parte especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESTEFAM, André. Crimes sexuais. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Dario Reisinger. A influência da Lei nº 12.015/2009 sobre as causas de aumento de pena na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90). Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2235, 14 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13329>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal, v. 3, Parte especial. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao código penal, v. 6. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal. Tradução de Santiago Sentis Melado. Buenos Aires, 1961.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PELLEGRINI, Ada. Liberdades públicas e processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

SILVA FRANCO; TADEU SILVA. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 85577, 2ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 11.01.2011.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 101049, 2ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 11.01.2011.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 89770, 2ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 25.01.2011.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 96959, 1ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 17.02.2011.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 89827, 1ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 17.02.2011.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 99544, 2ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 27.02.2011.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 96818, 2ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 27.02.2011.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 86110, 2ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 10.03.2011.

Supremo Tribunal Federal.Habeas Corpus n.º 100314, 1ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 11.03.2011.

Supremo Tribunal Federal.Habeas Corpus n.º 96818, 2ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 15.03.2011.

Superior Tribunal de Justiça.Habeas Corpus n.º 144870, 6ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 15.03.2011.

Superior Tribunal de Justiça.Habeas Corpus n.º 200601715823, 5ª Turma, Brasília/DF. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 15.03.2011.