



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

PATRÍCIA MARINHO DA CUNHA

ESTUDO COMPARADO DOS CRIMES SEXUAIS

Assis
2011

PATRÍCIA MARINHO DA CUNHA

ESTUDO COMPARADO DOS CRIMES SEXUAIS

Monografia apresentada ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do curso de graduação.

Orientador: FABIO ALONSO PINHA.

Área de Concentração: CRIMES SEXUAIS.

Assis

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

CUNHA, Patrícia Marinho

Estudo comparado dos crimes sexuais / Patrícia Marinho da Cunha. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2011.

31p.

Orientador: Fabio Alonso Pinha

Monografia – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Estupro. 2. Atentado violento ao pudor.

CDD:340

Biblioteca da FEMA

ESTUDO COMPARADO DOS CRIMES SEXUAIS

PATRÍCIA MARINHO DA CUNHA

Monografia apresentada ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do curso de graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: FABIO ALONSO PINHA

Analisador (1): ALINE SILVÉRIO DE PAIVA

**Assis
2011**

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia aos meus pais, Ferreira e Madalena, por terem me ensinado que sempre vale à pena lutar pelos meus objetivos, me mostrado que a vida não é nada sem Deus, me guiado pelo caminho da felicidade e por terem me dado a melhor educação, me ensinando o valor da honestidade e do caráter, dedico também aos meus irmãos, Rodrigo e Thiago, por estarem sempre ao meu lado me mostrando que com dedicação todos os sonhos podem se tornam realidade.

A eles devo a pessoa que me tornei.

AMO VOCÊS!

***"Não há nada que não se consiga com a
força de vontade, a bondade e,
principalmente, com o amor." (Cícero)***

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a comparação dos crimes de estupro, atentado violento ao pudor e o estupro presumido (atual estupro de vulnerável) diante da mudança advinda da lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, tendo como finalidade mostrar as modificações e as conseqüências resultantes dessa mudança, a questão da diminuição da pena, bem como a possibilidade da retroatividade mais benéfica para aqueles já condenados.

Palavra-chave: Estupro; Atentado violento ao pudor.

ABSTRACT

This study aims to compare the offenses of rape, indecent assault presumed rape (rape of vulnerable now) before the change from the law 12015 of 7 August 2009, with the purpose to show the changes and the consequences arising from this change, the issue of reduction of sentence, and the possibility of retroactivity most beneficial for those convicted.

Keyword: Rape; indecent assault.

SUMÁRIO

Resumo	06
Abstract.....	07
Introdução.....	09
I – Considerações sobre a evolução do Direito Penal no Brasil	10
II – Estupro e atentado violento ao pudor	13
III – Concurso de crimes	20
IV – Da ação penal nos crimes sexuais.....	22
V – Princípio da Retroatividade da lei penal mais benéfica.....	27
Considerações finais	31
Referências	00

INTRODUÇÃO

Visa o presente trabalho analisar as alterações proporcionadas pela lei 12.015/2009, no que diz respeito aos delitos sexuais – anteriormente denominados crimes contra os costumes, e suas implicações, bem como a respeito da natureza jurídica da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual. Tendo como assunto o estupro e o atentado violento ao pudor, situado na área do direito penal, ramo do direito nacional, que tem como função proteger os valores fundamentais para a preservação do corpo natural, bem como a vida, a saúde e a liberdade, ambas denominadas bens jurídicos.

Visando adequar as leis aos avanços sociais, já que cabe ao legislador realizar reformas necessárias na legislação, buscando assim cumprir a proposta acima, foi modificado o título VI do Código Penal, denominado Dos Crimes Contra os Costumes, buscando proteger o convívio harmônico entre os cidadãos.

Quando ocorrem alterações no ordenamento jurídico, é normal que surjam algumas contradições entre os aplicadores da lei. Com a alteração do título VI pela lei 12.015/09 não foi diferente. Uma vez modificado, o crime de estupro passou a caracterizar conduta múltipla, já que adéqua em si o crime de atentado violento ao pudor. Com a mudança da lei, ocorreram algumas modificações na aplicabilidade das normas, as quais acabam por beneficiar o acusado.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar de que forma o Estado, a jurisprudência e os doutrinadores estão se posicionando a respeito de tais mudanças, com a entrada em vigor da lei nº 12.015/09, e quais foram as consequências trazidas para aqueles que praticaram o delito antes da vigência dessa lei. Para isso faz-se necessário relatar as mudanças ocorridas a respeito dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, bem como da sua nova conceituação.

Ocorre ainda a necessidade de readequação das penas para aqueles que cometeram o delito em concurso material, antes da entrada em vigor da lei.

I - CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL:

*“Direito Penal é o ramo do Direito Público dedicado às normas emanadas pelo Poder Legislativo para reprimir os Delitos cominando Penas com a finalidade de preservar a sociedade”
(Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre).*

Antes do período Brasil colônia, quem habitava essas terras era os indígenas. Eles viviam uma realidade muito diversa e eram pouco evoluídos, se comparados aos europeus. O modo de organização da sociedade era baseado na comunicação verbal e sempre cheio de misticismo.

Nessa sociedade primitiva imperava a vingança privada, na qual a punição para condutas ofensivas girava em torno das penas corporais (não caracterizando tortura). Após a colonização por Portugal, as leis que advinham de lá se impuseram totalmente, não influenciando em nada as práticas das tribos indígenas que aqui habitavam.

Quando ocorreu o descobrimento do Brasil, vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas, que foi o primeiro código europeu completo. Aqui não se observava a sanção como forma autônoma e a prisão existia como forma de medida cautelar. Em 1521 elas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, que vigoraram até o surgimento da Compilação de Duarte Nunes Leão, na qual o modo de punir ficou idêntico ao das Ordenações Afonsinas, pois a prisão existia como forma de coerção até a prolação da decisão final e conseqüente coordenação. Porém, pela situação peculiar reinante na colônia, os ordenamentos citados não chegaram a ser eficazes, sendo desde 1500 e por cerca de 30 anos as bulas pontificas, alvarás e cartas-

régias as primeiras manifestações jurídicas dessas terras. Desse ponto começou a surgir uma legislação que necessitava de organização e desenvolvimento.

A legislação Canônica surge a partir do Concílio de Trento. Ela ampliava a jurisdição clerical, aumentando a interferência da igreja nos assuntos civis.

A lei penal que era aplicada no Brasil colônia estava contida nos últimos 143 títulos do livro V das Ordenações Filipinas. No rol das penas aplicadas, a mais comum era a de morte, mas também eram aplicadas penas como açoite, corte de membros, galés, degredo, multas e a pena crime arbitrária, que era uma pena escolhida por um julgador, uma vez que não existia o princípio da legalidade e as Ordenações filipinas se orientavam em uma generalizada criminalização e com severas penas.

Proclamada a independência, já no Brasil império, houve a necessidade de leis mais atualizadas, surgindo o Código Criminal do Império. Para as Ordenações Filipinas, esse código era desconexo, as quais excediam na qualidade obscura dos crimes. Isso fez com que em 1824 fosse determinada pela constituição a criação de uma nova legislação no âmbito punitivo. O Código Imperial reduziu as penas de morte em somente três casos, pois antes as Ordenações Filipinas aplicavam a pena de morte em mais de setenta casos. Os três casos fixados pelo Código Imperial eram insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio. Em 1830 decidiu-se aprisionar como forma de punição, seguindo de trabalho obrigatório no recinto dos presídios.

A Bernardo Pereira de Vasconcelos foi incumbida a missão de elaborar o novo código, que foi aprovado em 23 de outubro de 1830 o novo projeto do código foi aprovado. O referido código sofreu muitas alterações advindas da necessidade de adaptar-se à sociedade à medida que ela evoluía, mas permaneceu durante longo tempo em vigor, até que após a vigência da lei da abolição da escravatura o código de 1830 teve seus dias contados.

Joaquim Nabuco e João Vieira apresentaram projetos para a atualização do código, mas no final foi decidido que melhor seria não a reforma de alguns artigos, mas sim,

a reforma completa do código, surgindo, a partir daí, o novo Código Penal Brasileiro de 1890.

Diante de muitas críticas, o governo sistematizou os vários dispositivos esparsos no código, dando surgimento às consolidações das leis penais. A três anos do início da vigência do código de 1890, já surgia o novo projeto de troca do código penal, que foi vetado em 1913, outra vez no governo de Getulio Vargas.

Somente em 1938 foi entregue ao governo o projeto do novo código criminal completo, o qual seria o ponto de partida para o código penal vigente.

Em 1940, ainda no governo de Getulio Vargas, foi estabelecido o rol de penalidades por práticas delituosas, trazendo como pena máxima 30 anos, a detenção ficou com a gratificação mais severa em 3 anos, enquanto as prisões simples ficaram a cargo das leis das contravenções penais.

Mesmo havendo o abrandamento penal ao decorrer do tempo, a criminalidade não foi facilmente solucionada. A idéia de recuperação e prevenção não funcionou como planejada, pois o problema aumentou em relação àqueles criminosos de menor periculosidade, pois com a superlotação dos presídios, acabavam por se misturar com os criminosos de maior periculosidade, transformando o presídio em uma 'faculdade do crime'. Como exemplo, pode-se citar o criminoso que começa a cumprir sua pena por furto simples, e quando acaba de cumprir sua pena ele sai da prisão como assassino profissional. Por esse motivo, as penas passaram a ser discutidas. A prisão curta, por ter efeitos diversos do pretendido, é vista como inconveniente, além de trazer para o Estado uma carga pesada e inútil.

Foi com essa visão que se abriu o caminho para a liberdade do próprio pensamento dos aplicadores do direito, pela qual ocorreu a reforma penal de 1984 – Lei 7.209, responsável pela instituição de modalidades de penas substitutivas. Em razão dos princípios da oralidade, informalidade, celeridade e economia processual, os juizados especiais, inovando, observavam, quando possível, a aplicação de pena não privativa de liberdade e a reparação de danos sofridos pela vítima.

II - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR:

O crime de estupro estava definido no artigo 213 do Código Penal da seguinte maneira:

“Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.” Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Artigo 213, caput)

Conforme disposto no artigo, a lei tutelava apenas o interesse sexual da mulher, dando a ela a livre iniciativa de dispor de seu corpo e de eleger livremente seu parceiro. A Lei protegia a moral social sobre a sexualidade, ela não interferia na vida sexual dos cidadãos, mas reprimia qualquer ato anormal que pudesse infringir os costumes da sociedade.

Segundo tal artigo, somente o homem poderia ser sujeito ativo do estupro e a mulher sujeito passivo, uma vez que a lei anterior só aceitava o ‘coito’ normal como crime. As doutrinas ensinam que a mulher poderia participar do crime como co-autora ou participe, mas nunca se tornar autora. Sendo assim, a consumação do crime só se daria se houvesse de fato acontecido o ato sexual, uma vez que a tentativa se configuraria com o mero contato do órgão genital masculino com o feminino.

A redação do atentado violento ao pudor vinha disposta no artigo 214 da seguinte maneira:

“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena: de 6 (seis) a 10 (dez) anos (Artigo 214, caput)

No atentado violento ao pudor, ao reverso, previa-se o cometimento de qualquer ato libidinoso que não se enquadrasse na hipótese de conjunção carnal (sexo oral e anal, por exemplo)

Uma das mudanças que a Lei 12015/09 trouxe foi a unificação do crime de estupro com o atentado violento ao pudor; a redação dada ao artigo 213 dessa lei manteve a antiga descrição do crime de estupro, mas acrescentou-lhe a descrição antes usada para tipificar o crime de atentado violento ao pudor. Temos agora, uma figura penal unificada ou ampliada com a seguinte definição:

“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 (art. 213, caput)”

Em princípio, pode-se pensar que a alteração não é relevante. Houve fusão de dois crimes que em muito se assimilavam e tinham as mesmas penas, ampliando-se a presença de incidência da norma do art. 213, de modo que, a partir de agora, homem também pode ser vítima do crime de estupro, que engloba não mais apenas a conjunção carnal, mas “outros” atos libidinosos.

Deste modo, quem constrange alguém à prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, estará cometendo crime de estupro, e não mais atentado violento ao pudor. Diante disso, parece-nos que houve apenas uma mudança de nomes, sem reflexos na prática, já que as condutas típicas restaram mantidas e as penas também, no entanto, se olharmos mais de perto, constata-se que ocorre uma consequência importantíssima na junção dos artigos que inicialmente passa-nos despercebidos, que é a possibilidade da aplicação do crime continuado previsto no artigo 71 do Código Penal.

Ate então, a jurisprudência dominante não aceitava a possibilidade de ocorrer crime continuado entre crime de estupro e crime de atentado violento ao pudor, por não considerá-los da mesma espécie. A partir da mudança trazida pela lei 12.015/2009, havendo previsão de ambas as condutas em um mesmo delito, é inegável que a situação é diferente, porque, tem-se, em tese, o mesmo crime, mesmo que em uma

conduta o agente constranja alguém à conjunção carnal e em outra constranja a praticar outro ato libidinoso.

Podemos afirmar que após a mudança da lei, passou a existir a continuidade delitiva, ou seja, o que antes era considerado como atentado violento ao pudor agora é considerado apenas uma continuação do estupro, o que conseqüentemente trará grandes conseqüências na aplicação da pena.

A Grande conseqüência é que as penas, de acordo com a lei atual, não podem mais ser somadas, pois passaram a caracterizar apenas um crime, ou seja, a pena é aumentada de 1/6 a 2/3 conforme a pena aplicada ao delito, diferente da lei anterior, na qual existia a figura de dois crimes distintos, podendo portando somar as penas. Neste seguimento concluímos que a lei atual, querendo ser mais rígida, acabou por diminuir a pena favorecendo o condenado, neste contexto cita e exemplifica o Dr. Marcelo Bertasso:

“No regime anterior, se o agente constrangia mulher à conjunção carnal, poderia ser condenado à pena de seis a dez anos. Adotemos a pena mínima para melhor exemplificar. Praticando um estupro, o agente seria condenado a seis anos de reclusão. Se, na mesma cena (ou nos dias posteriores), o agente constrangesse a mesma ou outra vítima a com ele praticar outro ato libidinoso (sexo oral, por exemplo), seria condenado também por atentado violento ao pudor, à pena de seis anos.

Como os dois crimes não eram considerados da mesma espécie, aplicava-se a regra do art. 69 do Código Penal e as sanções eram somadas, ou seja, o agente restava condenado a 12 anos de reclusão.

A partir da Lei nº 12.015/2009, passa-se a aplicar a regra do art. 71 do Código Penal. Ou seja, toma-se a pena de um dos crimes (a mais alta) e a ela se soma um percentual que vai de 1/6 a 2/3, de acordo com a variação do número de crimes.

Assim, no exemplo dado, o agente, ao invés de ser condenado a 12 anos de reclusão, seria a 7 anos (6 anos da pena de estupro + 1 ano da continuidade, que equivale a 1/6 da pena de 6 anos).”

Deste modo, o legislador, com a intenção de tornar as penalidades mais rígidas, acabou por diminuí-las quase pela metade. E a novidade que veio junto com a lei é que os efeitos não são apenas aos crimes futuros, mas também as condutas passadas, por força do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Assim,

todos aqueles que foram condenados ao crime de estupro e atentado violento ao pudor em concurso, poderão ter suas penas revistas e sensivelmente reduzidas, desde que atendem aos demais requisitos do artigo 71 Código Penal.

Outra característica que a nova lei trouxe é a denominada “estupro de vulnerável” que vem conceituada no artigo 217-A do Código Penal:

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

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

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

§ 2º (vetado)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Tal artigo surge a partir dos artigos 213, 214 e 224, alínea A, da lei antecedente, que tratava de crime de estupro mediante violência presumida.

No regime anterior, o artigo 224, alínea A, tinha função de norma de extensão ou complementação do tipo penal, uma vez que os artigos 213 e 214 dispunham claramente que para caracterizar crime, o ato deveria ser praticado mediante violência ou grave ameaça, deste modo toda vez que um crime era praticado mediante violência ou grave ameaça subentendia-se violência presumida.

Isso porque, não havendo o emprego de violência ou grave ameaça, não caracterizaria ato delituoso praticar ato sexual com menor de quatorze anos, (analisando apenas a norma do artigo 213). Apenas se concretizava como crime por que havia a complementação do artigo 224 alínea A, que dizia ser presumida a violência na hipótese de conjunção carnal com vítima menor de 14 anos. Neste caso, como surge o emprego de uma regra de extensão, passou a existir adequação entre a conduta e a norma penal, tornando assim, subentendida a conduta delituosa.

Dessa maneira, dispõe Marcelo Bertasso:

“Assim, pela sistemática pretérita, o crime de estupro (e também o de atentado violento ao pudor) contra menores de 14 anos ocorria, mesmo sem violência ou grave ameaça, porque havia norma legal presumindo que sempre que fosse mantida relação sexual com pessoas dessa idade ocorreria violência ou grave ameaça, por considerar a incapacidade de discernimento dessas vítimas para consentir com a prática de ato sexual.”

Nasceu daí uma discussão acerca de ser relativa ou absoluta a presunção do ato delituoso. Entre os advogados era unânime o entendimento de ser natureza absoluta, uma vez que a lei dispunha claramente sobre o assunto; entre os doutrinadores preponderava o entendimento pela natureza relativa, uma vez que era considerada a vontade e conhecimento do fato/ato pela vítima; e nas jurisprudências era firme a presunção absoluta. Vejamos:

“Segunda Turma do STJ

A Seção, por maioria, entendeu que a presunção de violência (art. 224, a, do CP) tem caráter absoluto. Ela é instrumento legal destinado à proteção da liberdade sexual do menor de quatorze anos justamente em razão de sua incapacidade volitiva. Assim, seu consentimento é irrelevante para a formação do tipo penal de estupro ou atentado violento ao pudor, pois o que se coíbe é qualquer prática sexual envolvendo pessoas nessa faixa etária. Porém, diante da constatação de que o crime foi praticado com violência presumida, não há que aplicar, sob pena de bis in idem, a agravante do art. 61, II, h, do CP, porque a menoridade da vítima já é elementar do crime. O Min. Nilson Naves, que capitaneou os votos vencidos, entende aquela presunção como relativa, a admitir prova em contrário, tal como já defendia Nelson Hungria, Heleno Fragoso e Aníbal Bruno, isso também calcado no amadurecimento precoce dos jovens de hoje. Precedentes citados do STF: HC 81.268-DF, DJ 16/11/2002; do STJ: REsp 905.877-PR, DJ 14/5/2007; Pet 5.535-SP, DJ 7/2/2008; HC 77.018-SC, DJ 16/6/2008; REsp 617.315-DF, DJ 5/9/2005; REsp 295.648-RJ, DJ 8/10/2001, e REsp 762.044-SP, DJ 2/5/2006. EResp 688.211-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, julgados em 8/10/2008. “

Porém, a discussão passou a não fazer mais sentido a partir da alteração pela lei 12.015/09, uma vez que ficou explícito que é crime manter conjunção carnal com menor de quatorze anos. O crime ocorrerá independente das circunstâncias, se a vítima consentiu ou se não houve violência ou grave ameaça, a lei presume que o

menor de quatorze anos não tem discernimento para a prática de atos sexuais, punindo severamente todo aquele que concorra para a prática do ato.

A mudança da lei ainda trouxe a possibilidade de ser caracterizado o erro de tipo, pelo qual o agente poderá alegar erro sobre as circunstâncias do fato, argumentando que presumiu não estar cometendo crime por pensar que a vítima tinha idade superior a quatorze anos. O erro de tipo ocorre quando a vítima teve um desenvolvimento físico mais avançado do que o normal, aparentando ser mais velha do que realmente é, levando o agente a se equivocar sobre a idade da mesma.

Por trazer uma punição muito gravosa, a pena foi a característica mais criticada, trazendo em si sanção mínima de 8 (oito) anos e máxima de 15 (quinze) anos de reclusão. Diante disso, verificamos que a punição para o estupro de vulnerável é mais grave do que a do estupro comum (artigo 213), bem como de extorsão mediante seqüestro, roubo e homicídio simples.

Contudo, atualmente, não são raros os casos de menores de quatorze anos com uma vida sexual ativa, e nesses casos é que encontramos a infelicidade do legislador. Deste modo, ainda que não aprovável a conduta do que aceita a vontade da menor praticando com ela o ato sexual, não se adequa a ele a aplicação da pena mais gravosa. É claro que quando se pratica o ato sexual com menor de quatorze anos a conduta é mais acentuada, mas isso quando ocorre o emprego de violência ou grave ameaça. Ao generalizar o enquadramento penal, o legislador peca gravemente ao prescrever pena tão elevada.

Ainda em relação à pena, verificamos que se o autor do delito é condenado à pena mínima, ele terá que iniciar o cumprimento em regime fechado, assim é desprezado pelo legislador todo o rol de possibilidades que podem ocorrer em relação a esse delito. Desta forma, a punição será aplicada igualmente a quem praticou o ato delituoso de forma consentida e o que o praticou mediante violência ou grave ameaça, nesta última, porém, será agravada mediante sopesamento, mas mesmo assim o distanciamento entre as punições será mínimo.

Não incluir o estupro de vulnerável ao rol de crimes hediondos pode nos dar a aparência de tratamento mais benéfico ao criminoso, no entanto aplicar-lhe sanção tão elevada, dará a impressão que tratou desmedidamente as diversas situações que poderiam surgir em relação a esse crime.

Notamos que o Legislador parte de um extremo ao outro, quando de um lado aplica severa pena a quem pratique o ato sexual com menos de quatorze anos, e do outro permite que adolescentes de 16 anos casem-se e tenham filhos, constituindo família, partindo da proibição absoluta a liberdade total.

Nestes casos, quando acontecer de uma menina menor de 14 anos engravidar de seu namorado maior de idade (18,19 anos), o nome do mesmo será escondido a fim de evitar punição exagerada do namorado desprevenido de jovem prematuramente iniciada na vida sexual. Mesmo com o consentimento da vítima, o maior correrá o risco de ser cruelmente penalizado, sendo que não houve a caracterização de violência ou grave ameaça, porque conforme a lei atual, no momento em que a criança é levada para registrar e se confirma a menor idade da mãe, o fato seria comunicado ao Ministério Público, para que se abra o processo contra o “maior agressor”. O que acabará por acontecer é que a criança viverá um bom tempo sem ter vínculo de paternidade reconhecido, tudo porque o propósito da nova lei, que seria agravar o apenamento e prevenir a prostituição infantil, acabou por juntar em um mesmo tipo penal uma série de situações bem distintas entre si, atribuindo a todas uma mesma elevada sanção.

Em suma, concluímos que no propósito de elevar a penalidade e agravando as sanções, o legislador acabou por tornar a tutela penal menos adequada em relação a iniciação sexual consentida, não levando em conta a realidade social e os vários tipos de situações que se enquadram neste contexto.

III - DO CONCURSO DE CRIMES:

Antes da unificação do estupro com o atentado violento ao pudor, podia se dizer que existia o concurso de crimes. Tanto a jurisprudência quanto os doutrinadores admitiam que poderia haver entre os dois crimes o concurso material, mesmo sendo com uma mesma vítima, pois sendo crimes do mesmo gênero, não se classificavam em uma mesma espécie.

Se os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor não fossem praticados de forma autônoma, mesmo sendo contra uma única vítima, a jurisprudência da suprema corte era firme para rejeitar a continuidade delitiva, uma vez que para o STF essa hipótese caracterizaria concurso material entre os dois crimes, sempre que o atentado violento ao pudor não tivesse sido praticado como um meio para a caracterização do crime de estupro.

Com a vigência da lei 12.015/09, já não se pode cogitar mais a hipótese de concurso material, uma vez que houve a unificação do atentado violento ao pudor com o estupro, tornando-se apenas uma única conduta criminosa. Trata-se de uma questão absolutamente resolvida; pelo simples fato de não existirem mais dois crimes, não há mais o concurso material, não podendo mais se somar as penas. Dessa forma, se o agente pratica contra a vítima o ato sexual e outro ato libidinoso, contra ele poderá ser usada, ao invés do concurso material, a continuidade delitiva, e isso também vale quando forem vítimas diferentes.

Se for praticado o crime de estupro duas ou mais vezes contra mesma vítima, desde que a circunstância tempo, local e modo de execução levarem a crer que houve uma ação delitiva continuada, deverá prevalecer a hipótese de continuidade delitiva como dispõe o artigo 71 CP, ou seja, se são praticados atos de conjunção carnal ou outro ato libidinoso contra vítimas diferentes, porém nas mesmas circunstâncias (tempo, local e modo de execução) poderá ser aplicada a regra do artigo 71, parágrafo único, CP, crime continuado especial.

“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, ate o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste código.”

Mesmo o crime sendo apenas um (estupro), a pena deverá ser aumentada por ocorrer à figura do crime continuado. No regime do direito anterior o STJ já decidiu que:

“Se ocorrer a prática de três atos de conjunção carnal ‘em condições idênticas contra uma única vítima’, a ação delituosa deve ser aglutinada para se reconhecer a figura do crime continuado.” (HC 93933 / SP - 2007/0260509-4. Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. (1128). Julgamento 11/11/2008. DJe 01/12/2008.)

Diante da modificação que foi realizada no direito positivo, cremos que haverá de prevalecer entre os entendimentos jurisprudências, a continuidade delitiva entre atos de conjunção carnal e outros atos libidinosos de forma autônoma (atentado violento ao pudor).

Se predominar essa orientação jurisprudencial, é claro que estaremos diante de uma norma penal mais benéfica, tratando se, no entanto, de abolitio criminis. Sendo assim, a eficácia da norma deverá retroagir para chegar aos casos em que foi reconhecida a figura do concurso material e a soma das penas dos dois crimes, estupro e atentado violento ao pudor.

Assim, com a vigência da lei 12.015/09 e a conseqüente revogação do artigo 214 CP, precisam ser revistas as decisões condenatórias que reconheceram a figura do concurso material com base no crime de atentado violento ao pudor, a fim de adaptar a quantidade da pena cumulativamente aplicada a nova situação jurídica. O que vemos agora é a figura penal de crime continuado, o que envolve uma diminuição obrigatória de uma sanção penal já aplicada e ainda não cumprida.

IV - DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS:

Antes da entrada em vigor da lei 12.015/09, que alterou a o capítulo VI do código penal denominado dos Crimes Contra os Costumes, no delito de estupro ou atentado violento ao pudor, quando o resultado fosse lesão grave ou morte, a ação penal era incondicionada, por força do artigo 223, que já foi revogado, o que significa dizer que o Ministério Público poderia e deveria se manifestar sem nenhuma autorização.

Ocorre que com a fusão do artigo 213 e 214 CP, as formas qualificadas do estupro passaram a compor o mesmo artigo, que antes eram encontradas no artigo 223 CP, e por ter a disciplina jurídica autônoma do artigo 223 é que anteriormente a ação era incondicionada.

Por força da união dos artigos 213 e 214 CP, passa a ação penal a ser condicionada à representação, nos casos em que haja o emprego de lesão grave ou morte, como dispõe o já alterado artigo 225 CP.

*“Nos crimes definidos nos capítulos I e II deste título, procede-se mediante ação penal pública condicionada a representação.
Parágrafo Único: Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.” (artigo 225 CP).*

Por sua vez, o Parágrafo Único do mesmo artigo apresenta exceções a essa regra, dispondo que a ação pode ser incondicionada quando o ofendido for menor de 18 anos ou vulnerável. Sobre esse assunto, também dispõe a sumula 608 STF, que tinha como base o artigo 101 CP:

“Sumula 608 STF: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”

Essa sumula era equivocada, uma vez que o crime de estupro não é complexo, sendo o artigo 101 invocado incorretamente. Assim, como regra geral, passou o crime de estupro (que resulte lesão grave ou morte) a ser de ação pública condicionada como disposto no artigo 225 CP supracitado.

Foi impetrada pelo Procurador Geral da Republica uma ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade, que recebeu o número 4.301. Tal ADI previa que o supremo tribunal federal declarasse inconstitucional o artigo 225 CP, modificado pela lei 12.015/09, para excluir do seu âmbito de incidência o crime de estupro qualificado, com resultado morte ou lesão grave, a fim de restaurar a regra geral de ação penal incondicionada.

Dizia o antigo artigo 225 que diante de um crime sexual a ação penal, em regra, seria privada, porém quando houvesse o emprego de lesão grave ou morte ela seria incondicionada, como disposto no antigo artigo 223 CP, de modo que ficaria totalmente a cargo do Ministério Público a promoção da ação. Vejamos o que dispunha o antigo artigo 225 CP:

“Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

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

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

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

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do ministério público depende de representação.” (artigo 225, CP)

No entanto, havia exceções à regra geral, já que a ação penal seria condicionada à representação nos casos em que ele ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis a sua própria manutenção ou se sua família; e também que poderia ser pública incondicionada nos casos de ser praticado o crime mediante abuso de poder familiar, ou condição de padrasto tutor ou curador.

Também na vigência da lei anterior, havia a possibilidade da ação penal ser incondicionada nos seguintes casos: quando de crimes sexuais nos quais o resultado fosse lesão grave ou morte, como dispunha o artigo 223, ou quando houvesse violência real para a prática do crime de estupro, de forma que ficaria o Ministério Público sendo o total responsável pela promoção da ação. Com a vigência da nova lei, a ação penal passou a ser, em regra, condicionada à representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, sendo por outro lado, incondicionada apenas nos casos em que a vítima seja vulnerável ou menor de 18 anos.

Conforme já mencionado, na vigência da lei anterior, quando no crime de estupro, fosse identificada a lesão corporal grave, ou a morte, a ação penal era a incondicionada, por força do artigo 223. Assim, toda vez que do crime resultasse lesão grave ou morte, a ação seria impetrada diretamente pelo Ministério Público, sem a necessidade da autorização por parte de quem quer que seja.

A ADI foi impetrada com o objetivo de tornar inconstitucional o novo artigo 225, uma vez que a ação penal poderá estar sujeita a decadência (artigo 103 CP), por se tratar de condicionada a representação, mesmo mediante lesão grave ou a morte, podendo gerar a extinção de punibilidade do agente.

Isso porque o legislador agiu desproporcionalmente ao modificar a ação penal, deixando desprotegido o bem jurídico superior, que é a integridade física e a liberdade sexual, que normalmente deveriam ser tratados com elevada importância. E a proporcionalidade já foi definida por Willis Santiago Guerra Filho (NUCCI, 2010, p. 310):

“(...) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma concorrência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente o melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (wesengehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana – consagrada explicitamente como fundamento de nosso estado democrático, logo após a cidadania, no primeiro artigo da constituição de 1988 -, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para,

digamos, o interesse das pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.”

Essa modificação na lei, a fim de demonstrar certo desacordo com tudo o que vinha acontecendo nas jurisprudências penais, pode conforme disposto na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4301, ter conseqüências simples, que certamente não estavam nos planos do legislador no momento da edição da lei. Isso porque, quando modificado o tipo da ação, sujeitou-a a uma condição que não realizada, pode extinguir a punibilidade do agente. O legislador acabou criando uma norma de aparência processual com reflexos penais, e sendo benéfica ao réu, deverá retroagir para alcançar fatos realizados anteriormente à vigência da nova lei.

“(...) a existência de representação faz com que o crime, em após seis meses após o ofendido ter conhecimento de quem é o autor da infração, possa ter a extinção da punibilidade ocorrida, em razão da decadência. A falta de representação no prazo decadencial é fato jurídico material, a saber, a decadência, a qual, por sua vez, acarreta a extinção da punibilidade; em outras palavras, a representação tem um ‘reflexo penal’. Diríamos que a norma que institui ou elimina a representação é uma norma mista processual penal com ‘reflexo penal’” (Pacheco, 2009, p. 114)

No Artigo 5º, XL, da CF, está explícito que somente em casos em que a lei for mais benéfica ao réu é que ela deverá retroagir para alcançar fatos anteriores a sua entrada em vigor. Essa retroatividade da lei mais benéfica é algo típico das leis materiais penais, já que segundo o artigo 2º do Código de Processo Penal as leis têm aplicabilidade imediata.

Deste modo, vemos que no plano do direito positivo nacional, sempre que as regras relativas à extinção da punibilidade forem alteradas por lei nova, como por exemplo, passar a exigir representação para a persecução penal, esta exigência reflete lei penal material, que por força disso terá seu caráter retroativo assegurado pela constituição.

Após esse comentário sobre os motivos da impetração da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4301, é fácil reconhecer que a Lei 12.015/09, criada com o

objetivo de tornar mais severa a punibilidade dos que agem contra a liberdade sexual, acabou por agir de forma contrária, modificando a maneira de impetração da ação penal nos crimes de estupro com resultado lesão grave ou a morte. E pelo motivo da modificação, acabou por infringir os princípios da dignidade da pessoa humana, e o princípio constitucional da proporcionalidade na proteção dos bens jurídico-penais, o que acarretaria por deixar quase que descoberto os interesses legalmente tutelados.

V - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENEFICA

O princípio da Irretroatividade prevê que a lei penal não retroagirá como disposto no artigo 5º, inciso XL da Carta Magna. Porém, no mesmo artigo e logo em sua segunda parte, há uma exceção à regra, que dispõe “salvo para beneficiar o réu”, Deste modo, entendemos que quando a lei for mais benéfica ao réu ela deverá retroagir, assim também dispõe o artigo 2º, caput, do Código Penal determinando que:

“Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo Único: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.” (artigo 2º, CP)

O parágrafo único do artigo 2º deixa-nos claro que retroagirá a lei mesmo em sentença condenatória transitada em julgado, se esta beneficiar o réu, neste caso a conduta não deixa de ser crime, porem trará alguns benefícios ao réu.

Prega o princípio da retroatividade da lei penal que quando uma lei nova acaba por abrandar a pena de réu já condenado, ela deve retroagir para beneficiá-lo. Assim dispõe o artigo 5º, parágrafos XXXVI da Constituição Federal:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (Artigo 5º, parágrafo XXXVI, CF).

Desta maneira, não há proibição absoluta à retroatividade das leis, sendo permitida quando a não permissão ocasionar prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Após a leitura dos artigos, podemos observar que a lei 12015/09, por ser mais benéfica ao réu, retroagirá, o que significa dizer que ocorre a aplicação do princípio do novatio legis in melius, que nada mais é que a criação de nova lei melhor ou mais benéfica ao acusado. Assim sendo, ela retroagirá, alcançando fatos praticados anteriormente a sua vigência.

Certamente, sempre que a lei penal for mais benéfica, ela passará a admitir certos benefícios ao réu já acusado, retroagindo para ser aplicada a ele. Quando se diz retroativa, não quer dizer que terá sua aplicação imediata, pois se deve respeitar a fase em que o processo está, bem como a validação dos atos e a renovação de determinados atos processuais. No entanto, em casos de interesse social, deve ter aplicação imediata. Porém, a retroatividade da lei 12015/09 foi objeto de grande discussão entre os doutrinadores e a jurisprudência como cita NUCCI (2010, p. 818):

“a figura do artigo 213, com nova redação dada pela lei 12.015/09, é favorável ao réu e deve retroagir, atingindo todos os que foram condenados, antes pela prática de estupro e atentado violento ao pudor [...] em concurso material de infrações penais”

Assim também dispõe as decisões jurisprudenciais:

“Apelação Criminal. Prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso. Materialidade e autoria delitiva. Conjunto de provas congruente. Manutenção da condenação. Palavra da vítima em consonância com demais provas. Retroatividade da Lei mais benéfica. Aplicação das alterações introduzidas pela nova lei nº 12.015/09. Condenação tipo único. Aplicação da pena. 1 - Sendo o conjunto probatório coerente e harmonioso a indicar condenação, não procede a pretensão absolutória. 2 - A palavra da vítima, nos crimes sexuais, especialmente quando corroborada por outros elementos de convicção, tem grande validade como prova, porque,

na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. 3 - Considerando as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/09 aos crimes sexuais, e tendo em conta que a conduta de prática de ato libidinoso e conjunção carnal se subsumiram no estupro, constituindo crime de conteúdo múltiplo, bem assim a aplicação do princípio da retroatividade da lei para beneficiar o réu, deve ser alterada, de ofício, a sentença para aplicar condenação em tipo único. 4 - Alterando-se a condenação, via de consequência, altera-se também a aplicação da sanção penal, a qual fica fixada, definitivamente, in casu, em 9 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada de ofício para alterar a condenação em aplicação da lei 12.015/09 (novatio legis in mellius), via de consequência, modificando a pena. (TJGO – Des. Rozana Fernandes Camapum – Apelação Criminal 32559-1/213). TJGO – 1ª Câmara.”

Mesmo assim, alguns doutrinadores entendem que em alguns casos os tribunais podem ajustar a pena para que seja a mais justa em determinados casos. Isso ocorre geralmente em casos em que já haja a sentença ou o processo se encontre em fase de recurso. Dispõe a lei 66, I da LEP – Lei de Execuções Penais:

“Compete ao juiz de execução:

I – aplicar aos casos julgados lei posterior de que qualquer modo favorecer o condenado.”

Com isso, ao juiz de execução caberá dosar a punição, se o condenado já estiver cumprindo pena, e para isso não deve haver necessidade de reavaliação das provas, pois existindo a necessidade de revisão de provas a punição caberá ao tribunal, e não mais ao juiz de execução, e será feito através de ação de revisão criminal.

Em casos já julgados, é viável que haja a avaliação de competência. A dúvida a ser abordada é se cabe revisão criminal ou incidente de execução. A partir das decisões proferidas nesse sentido, afirma-se ser a hipótese de revisão criminal.

Dispõe a jurisprudência do Rio Grande do Sul negando a procedência da revisão criminal:

“REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RETRATAÇÃO. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PROVA INSUFICIENTE. RETROATIVIDADE. LEX MITIOR. INVIABILIDADE. 1. A simples retratação da ofendida, em audiência de justificação judicial, não é suficiente para a desconstituição da condenação criminal de seu padrasto, por atentado violento ao pudor. Necessário, outrossim, avaliar as razões dessa nova postura, cotejando-a com as provas carreadas aos autos e às máximas da experiência. 2. Preliminar ministerial rejeitada. A revisão criminal não é a via adequada para a aplicação de lei nova mais benéfica ao condenado. Eventual apreciação acerca da Lei 12.015/2009, (lex mitior) incumbe ao juízo da execução criminal, nos termos do artigo 66, inciso I, da Lei de Execuções Penais e da Súmula 611 do STF. Rejeitaram a preliminar argüida pelo MP envolvendo tese de aplicação imediata da Lei 12.015/2009 e julgaram improcedente a revisão criminal. Unânime. (Revisão Criminal Nº 70031696107, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 16/10/2009).”

Portanto, afirmamos que o princípio da retroatividade diz respeito a uma lei nova que acaba por abrandar pena já fixada. Assim, os benefícios concedidos em legislações passadas e que perante as novas normas permitem ao acusado algum benefício, permitem revisão para que a condenação se adéqüe ao novo modelo legal, o que poderá estabelecer um nível de igualdade entre aquele que está para ser condenado e o que já cumpre pena (que pleiteia os seus direitos na vigência da nova lei).

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O presente trabalho teve como propósito analisar as alterações proporcionadas pela lei 12.015/2009 no crime de estupro, estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor, sua denominação e as características proporcionadas pela vigência desta lei. Procurou-se demonstrar como ficou a conceituação do crime estupro e atentado violento ao pudor, após a união de ambos em um mesmo artigo, bem como as conseqüências advindas disso. Abordou-se também a questão de diminuição das penas, e diante disso a possibilidade de retroatividade da lei penal mais benéfica.

O foco da pesquisa foi relatar as principais alterações advindas dessa lei, a mudança da tipificação do artigo 213 e 214, bem como a mudança do estupro presumido para estupro de vulnerável, e o que trouxe de favorável e desfavorável.

Antes da vigência da lei 12.015/09 existiam os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Com a vigência dessa lei, houve a unificação dos artigos, modificando a tipificação dos crimes. Agora ambos são considerados estupro, o que ocasiona várias consequências na aplicação dessa norma. As principais mudanças estão relacionadas à retroatividade da lei, uma vez que com a união dos artigos, a pena, que antes era somada, configurando o concurso de crimes, passa a ser agravada, configurando crime continuado, o que ocasiona uma considerável diminuição na pena, tendo, portanto, que retroagir, para que seja aplicado o princípio do *novatio legis in melius*. Anterior a vigência da lei 12.015/09, o estupro era presumido quando a vítima era menor de quatorze anos, porque havia uma regra de extensão no artigo 224, alínea A. Com a vigência da nova lei, o artigo 224, alínea A, foi revogado, e foi incluído no artigo 217, A, a figura típica, que é “manter conjunção carnal com menor de 14 anos”. Ou seja, o que antes era discutido a cerca da relatividade do delito, agora não é mais, sendo todo e qualquer ato sexual realizado com menor de quatorze anos de fato crime.

Com isso, as conclusões absorvidas deste trabalho são as de que com a intenção de agravar a pena para que o crime fosse punido mais severamente, modificando a lei e a alterando, o legislador acabou por abrandá-la, beneficiando criminosos já julgados e inclusive aqueles que já cumprem pena. Já no caso do estupro de vulnerável, o legislador ao aumentar a sanção, não pensou que na sociedade atual a maioria dos adolescentes menores de quatorze anos tem vida sexual ativa, e com isso acabou por penalizar brutalmente aqueles que não sofrem violência sexual, mas que têm consciência do ato que está praticando, sendo inclusive, a pena mais elevada do que necessário.

BIBLIOGRAFIA:

BERTASSO, Marcelo. **A revogação do atentado violento ao pudor e a continuidade delitiva no crime de estupro**. Juiz de direito do Paraná – Estado do Paraná. Disponível em: <<http://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/10/a-revogacao-do-atentado-violento-ao-pudor-e-a-continuidade-delitiva-do-crime-de-estupro/>>.

BERTASSO, Marcelo. **O desproporcional “estupro de vulnerável”**. Juiz de direito do Paraná – Estado do Paraná. Disponível em: <<http://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>.

FILHO, Fernando da costa Tourinho. **Processo Penal**. 16º edição; São Paulo, Saraiva, 1994.

GOMES, Luiz Flavio. **Os crimes sexuais e as alterações realizadas pela lei 12.015/09**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/alteracoes_sexuais.pdf>

MIRABETE, Julio Fabbrini – **Código Penal Interpretado** – São Paulo: Atlas, 1999;

NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Direito Penal**: parte geral/ parte especial – 4ª edição – São Paulo: RT, 2008

QUEIROZ, Paulo. **Estupro e atentado violento ao pudor na lei 12.015/09**. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: < <http://jusvi.com/colunas/41406>>