

CONTINUIDADE DELITIVA NOS CRIMES SEXUAIS

Gabrielle Santiago Gomes¹
Sandresson de Menezes Lopes²

RESUMO

Analisa-se a edição da lei 12.015/2009, a qual unificou os crimes de estupro (art. 213, CP) e atentado violento ao pudor (art. 214, CP), de forma dialética, com base doutrinária e jurisprudencial, bem como os reflexos advindos com a mudança da tipificação, quais sejam: o enfraquecimento da proteção que deve ser dispensada ao bem jurídico tutelado, pois que a liberdade sexual é ameaçada a partir de uma interpretação que prestigia a violência sexual, compromete a dignidade da criança e da mulher e, ainda, afronta o bom senso e o princípio do respeito à proporcionalidade e preventividade do Direito Penal. Reflete-se ainda a cerca do princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce maior dos crimes contra a dignidade sexual. A priori, desenvolve-se um breve histórico acerca do concurso de crime, dando foque a teoria do crime continuado, para, posteriormente, tecer comentários sobre as relevantes jurisprudências e decisões em relação ao tema, destacando a sua aplicabilidade na sociedade brasileira. Conclui-se que de acordo com o posicionamento dos tribunais, estes passam a ter um entendimento unificado sobre o tema, manifestando-se pela possibilidade do crime continuado entre o estupro e o atentado violento ao pudor, resultando assim em reprimendas mais benéficas tanto para pedófilos habituais como criminosos sexuais “profissionais”. Além de produzir efeitos, também, às condutas pretéritas, por força do princípio da ultra-atividade da lei penal mais benéfica.

Palavras-chave: Crimes contra a dignidade sexual. Continuidade delitiva. Estupro. Lei nº 12.015/2009.

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN
E-mail: gabysantiago_g@hotmail.com

² Orientador, Docente do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN
E-mail: sandresson1@hotmail.com

CONTINUITY DELIQUENT IN SEXUAL CRIMES

ABSTRACT

Analyze the issue of law 12.015/2009, which unified the crimes of rape (art. 213, CP) and indecent assault (Article 214, CP), in a dialectical way, based on doctrine and jurisprudence, as well as reflexes arising from the change of classification, namely, the weakening of protection that should be given to the legal interest, because that sexual freedom is threatened from an interpretation that honors sexual violence, undermines the dignity of the child and woman and also insult the good sense and the principle of proportionality and preventability of Criminal Law. Reflected even about the principle of human dignity as the foundation of the greatest crimes against sexual dignity. A priori, it develops a brief history about the contest crime, giving focus to the theory of crime continued to later comment on the relevant case law and decisions in relation to the theme, emphasizing its applicability in Brazilian society. It is concluded that according to the position of courts, these are replaced by a unified understanding on the subject, manifesting itself by the possibility of crime continued between rape and indecent assault, resulting in reprimands more beneficial both for pedophiles usual sex offenders as "professionals." In addition to its effects, too, to pipelines preterit, under the principle of ultra-activity of criminal law more beneficial.

Keywords: Crimes against sexual dignity. Continuing criminal offense. Rape. Law Nº. 12.015/2009.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir da década de 1990, vem ocorrendo, no Brasil, o que RENE ARIEL DOTTI chamou de “inflação legislativa penal”, que, além de estar na contramão da história, visto que a doutrina mundial é quase unânime quanto à necessidade de um Direito Penal Mínimo, está se caracterizando pela péssima técnica e falta de visão do contexto global do Direito Penal e da ordem jurídica. (GRECO e RASSI, 2010)

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou, substancialmente, o título VI do Código Penal, intitulando-o “Dos crimes contra a dignidade sexual”, introduzindo novos tipos penais incriminadores, promovendo a unificação de tipos antigos e modificando normas em geral. (NUCCI, 2009)

Não há dúvida de que o antigo Título do Código Penal “Dos crimes contra os costumes” deveria ser modernizado, mas, se se ler a exposição de motivos que justificou a alteração legislativa, é assustadora a ausência de jurispensalistas ou entidades dedicadas ao estudo do Direito Penal que foram consultados. (GRECO e RASSI, 2010)

Toda reforma, invariavelmente, possui acertos e erros. Algumas delas, infelizmente, carregam muitos equívocos e terminam por prejudicar os trabalhos forenses. Outras, no entanto, têm o mérito de apresentar um número razoável de acertos, com resultados satisfatórios, ao menos em teoria. É o caso da Lei 12.015/2009. (NUCCI, 2009)

Modernizou-se, de modo incontestado, o cenário dos delitos sexuais, mas não se sanaram todos os problemas ainda existentes.

Contudo, *habemus legem* e caberá ao intérprete e aplicador a difícil tarefa, criada pelo no mínimo irresponsabilidade do legislador, de superar as deformações e incongruências que o texto legal sugere. (GRECO e RASSI, 2010)

Tendo em vista as dificuldades trazidas pela nova lei, enfrentamos uma das questões cruciais que apresenta, a do concurso entre o crime de estupro na modalidade conjunção carnal e o na modalidade de “outro ato libidinoso”.

Além desse problema, temos que os bens jurídicos envolvidos ficam totalmente comprometidos, no sentido de que a dignidade sexual não se limita à proteção da liberdade, mas também a moral social, aquele mínimo de pudor e costumes que está ligado à intimidade de cada um e que deve ser respeitado,

inclusive sob a sanção penal, sob pena de sacrifícios de valores da sociedade vigente.

2 TEORIA DO CRIME CONTINUADO

Antes de perquirir acerca do tema, deve-se analisar sobre a teoria do crime continuado, ou continuidade delitiva, que de acordo com o artigo 71 do Código Penal, trata-se de uma modalidade de concurso de crimes que se concretiza quando o agente, por meio de duas ou mais condutas, comete dois ou mais crimes da mesma espécie, os quais pelas condições de tempo, local, modo de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Com isso, aplica-se a pena de um só dos crimes, se semelhantes, ou a mais grave, se diferentes, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

O crime continuado, das três hipóteses de concurso de crimes, é o que apresenta maiores embates doutrinários e jurisprudenciais. Criado também por razões de política criminal, o crime continuado deverá ser aplicado sempre que beneficiar o agente, devendo-se desprezá-lo quando a ele for prejudicial, conforme atesta a última parte do parágrafo único do art. 71 do Código Penal.

Segundo a jurisprudência, haverá semelhança nas condições: a) de tempo, quando os crimes praticados guardarem uma distância máxima de 30 dias um do outro; b) de espaço, quando os crimes tiverem sido praticados na mesma comarca ou em comarcas vizinhas; c) de modo, quando os crimes tiverem sido praticados por meio do mesmo *modus operandi*; d) de ocasião, quando o agente tiver praticado um ou mais crimes aproveitando-se da mesma situação propiciada pela prática de um crime anterior.

O crime continuado como unidade delitiva, surgiu como forma de manifestação às leis penais excessivamente severas. Originou-se como fenômeno de defesa fundado em sentimento de humanidade, por meio dos glosadores italianos, notadamente Bartolo de Sassoferrato e Baldo de Ubaldi, no século XIV.

A idéia por eles concebida foi posteriormente desenvolvida pelos práticos italianos dos séculos XV e XVI, destacando-se Julio Claro e Próspero Farinaccio, que propuseram considerar três ou mais furtos como um crime único, quando

havia sido cometidos em determinadas condições, especialmente de tempo e lugar, pois a legislação penal da época impunha a pena de morte ao autor do terceiro furto.

Àquela época, constava da lei Carolina, como informa Manzini: “Se ficar devidamente provado que o ladrão atual se encontra na prática do seu terceiro furto, ver-se-á considerado como “ladrão famoso”, não menos culpado do que os ladrões violentos, e deverá ser condenado à morte”. (MASSON, 2008)

No crime continuado, mesmo havendo pluralidade de crimes, o Código Penal determina que, para fins de aplicação da pena, somente seja considerada a existência de um só crime. Adotou-se, portanto, a teoria da ficção jurídica (ou da unidade fictícia limitada, ou ficção legal). Para outros efeitos penais como, por exemplo, a prescrição, cada um dos crimes que compõem a continuidade recebe tratamento autônomo, cada um tendo o seu prazo prescricional (art. 119 do CP). (MORAES e CAPOBIANCO, 2011). Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o magistrado sentenciante fixar a pena em limite superior ao mínimo legal, desde que indique, concretamente, as razões justificadoras da exacerbação penal. A ficção jurídica do delito continuado, consagrada pela legislação penal brasileira, vislumbra, nele, uma unidade incindível, de que deriva a impossibilidade legal de dispensar, a cada momento desse fenômeno delituoso, um tratamento penal autônomo.

O crime continuado se divide em duas espécies: crime continuado comum, que é quando os crimes que compõem a continuidade delitiva são praticados sem o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, e crime continuado específico, que é quando os crimes dolosos que compõe a continuidade delitiva são praticados com o emprego de violência ou grave ameaça contra vítimas diferentes.

A aplicação da pena será feita da seguinte forma: no crime continuado comum será aplicada a pena do crime mais grave aumentada de 1/6 até 2/3; no crime continuado específico, será aplicada a pena do crime mais grave aumentada até o triplo. O aumento da pena será determinado de acordo com o número de crimes (quanto mais crimes, maior será o aumento). Se da aplicação dessas regras resultar pena superior à que resultaria da aplicação do concurso material, o

parágrafo único do art. 71 do CP determina a aplicação da regra do concurso material benéfico. (MORAES e CAPOBIANCO, 2011)

3 LEI Nº 12.015/2009

A publicação da Lei nº 12.015/2009, que alterou significativamente a disciplina dos crimes sexuais no Código Penal, passou a vigorar com a denominação “Dos crimes contra a dignidade sexual”, que além de modificar todo o sentido do artigo 213, como consequência ainda revogou os artigos 214 e 224 que se aferiam ao atentado violento ao pudor e a presunção da violência prevista então na antiga denominação “Dos crimes contra os costumes”.

Antes, tínhamos dois crimes distintos no Código Penal: estupro e atentado violento ao pudor. No primeiro, a conduta era a prática da conjunção carnal e a consequência lógica disso é que somente as mulheres poderiam ser vítima desse crime. No segundo, previa-se o cometimento de qualquer ato libidinoso que não se enquadrasse na hipótese de conjunção carnal.

Com a Lei nº 12.015/2009, as duas descrições típicas se fundiram na previsão do art. 213, que manteve o nome estupro.

A tipificação mudou. O sujeito passivo é a pessoa humana, qualquer que seja sua condição ou opção sexual, não tendo mais relevância jurídica penal a conceituação de coito vaginal. Isso não quer dizer que a denúncia não deva descrever o fato específico, cabendo a definição legal, enquadrando o fato na primeira ou segunda parte do artigo, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, ao órgão julgador. A conduta, quer na primeira modalidade, quer na segunda, comporta a continuidade delitiva e a cumulação de crimes. (GRECO e RASSI, 2010)

Com a mudança legislativa, o panorama modificou. Anteriormente não era reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, por não considerá-los da mesma espécie e por estarem em artigos diferentes.

Hoje, com a junção de ambas as condutas em um mesmo delito, não há que se negar que a situação é divergente, pois que agora se tem o mesmo crime,

mesmo que em uma conduta o agente constranja uma mulher à conjunção carnal e em outra constranja o homem a ato libidinoso diferente da conjunção carnal.

Tal modificação não se trata apenas na ordem doutrinária, mas sim de consequências relevantes no apenamento.

4 QUANTO AOS ELEMENTOS E SUJEITOS DO CRIME

Resumidamente, o sujeito ativo será qualquer pessoa; o sujeito passivo será qualquer pessoa maior de 14 anos, apta a discernir. Caso o ofendido seja menor de 14 ou não tiver capacidade de discernimento por enfermidade ou deficiência mental ou outro meio, o crime será o do art. 217-A (estupro de vulnerável).

A ação física é a prática de conjunção carnal, na primeira parte do artigo, ou prática ou submissão à prática de qualquer outro ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça. Violência é a força física à pessoa; grave ameaça é a de causar mal injusto e grave. A gravidade do mal ameaçado deve ser aferida pelo juiz tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, avaliando os aspectos objetivos e subjetivos. A doutrina mais antiga recorria, para essa avaliação, da figura do *homo medius*, personagem hipotético de um padrão, na realidade, inexistente. Acontece que o *homo medius* não existe. Ninguém é médio. Já disse o filósofo: eu sou eu e minhas circunstâncias. Ninguém é médio ou pode ser considerado como tal se as circunstâncias subjetivas e objetivas o conduziram a uma compreensão especial dos fatos. Essa compreensão pode não ser tão especial. Pode ser sociocultural, pode ser de formação educativa e religiosa etc. etc. Pode ser, também, ocasional, decorrente de circunstâncias específicas da situação em que cada pessoa é colocada. Isso é que tem que ser avaliado pelo juiz, ou seja, se o mal injusto era apto a submeter a vontade daquela vítima, naquelas circunstâncias, e suprimir-lhe a resistência. O crime, em sua descrição formal, é comissivo, mas também pode ser praticado por omissão, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, se o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, por exemplo, no caso da mãe que assiste passiva ao estupro da filha pelo padrasto, podendo evitá-lo.

Por ser crime de resultado, o crime comporta tentativa, desde que o agente inicie atos de execução.

É admissível o concurso de pessoas na forma de participação, como, por exemplo, se alguém mantém imobilizada a vítima para que outro a estupe ou em qualquer hipótese de conduta que concorra causalmente para o crime.

O concurso de crimes também é admissível, conforme acima exposto quanto ao mesmo artigo e, dependendo do fato concreto, com a tortura, o seqüestro, o cárcere privado, o homicídio, o roubo e outros. A lesão leve encontra-se absorvida por integrar a figura fundamental da violência física.

O elemento subjetivo é o dolo, vontade livre e consciente de praticar a conduta. É difícil ou quase impossível imaginar hipótese de dolo eventual para o executor, mas pode ocorrer nas hipóteses de participação, como no exemplo acima citado da mãe que consente que a filha “durma” com o padrasto.

Trata-se de crimes qualificados pelo resultado ou crimes preterdolosos. A lesão grave e a morte devem ser decorrência de culpa ou dolo, pelo menos eventual. Não se exclui, porém, a possibilidade de concurso do estupro com o homicídio, quando as condutas sejam separadas e o homicídio seja autônomo porque não resultante da violência integrante do crime do artigo. (GRECO e RASSI, 2010)

5 SOBRE A SÚMULA 608 DO STF

Sob a égide da legislação revogada, o Supremo Tribunal Federal considerava que, “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada” (Súmula 608 do STF, publicada no DJU de 31 de outubro de 1984).

O entendimento sumular colidia com a disposição do art. 225 do CP, em sua redação original, que determinava proceder-se o delito somente por meio de queixa-crime (ação penal privada).

O fundamento dessa posição encampada pelo Pretório Excelso residia no fato de o delito de estupro ter a natureza de crime complexo. Em face disso, incidia a

regra do art. 101 do CP: “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público” (ação penal no crime complexo).

Aplicada a diretriz da Parte Geral ao art. 213, chegava-se ao seguinte raciocínio: o estupro possui como uma de suas elementares o emprego de violência, entendida como a produção de lesões corporais na vítima. Sendo o delito de lesão corporal, capitulado no art. 129 do CP, de ação pública incondicionada, o mesmo se deve concluir do estupro.

Cite-se, a título de ilustração, o seguinte acórdão:

“EMENTA: ‘HABEAS CORPUS’. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL: AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA (SÚMULA 608). RETRATAÇÃO DA REPRESENTANTE LEGAL DA VÍTIMA: INEFICÁCIA. 1. O emprego de violência real para a consumação do delito de estupro, resultando em lesões corporais na vítima, configura crime complexo que atrai para si a aplicação do disposto no art. 101 do Código Penal e afasta a incidência do art. 225 do mesmo Código, porquanto as lesões corporais admitem ação penal pública incondicionada. 2. É irrelevante a discussão acerca da validade ou não da retratação da representante legal da vítima diante de crime de estupro com violência real, cuja iniciativa para promover a ação penal cabe ao Ministério Público. 3. ‘Habeas Corpus’ indeferido” (HC 73.411, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, 3-5-1996, p. 13902; grifo nosso).

Note que a súmula fora editada antes da Lei n. 9.099/95, que transmudou a ação penal da lesão corporal dolosa leve de pública incondicionada para pública condicionada à representação (art. 88 da lei mencionada).

É interessante anotar, nesse sentido, que, mesmo com a superveniência da Lei dos Juizados Especiais, nossa Corte Suprema manteve a Súmula 608.

A rigor, com o advento da Lei n. 9.099/95, duas situações deveriam ser distinguidas: a) estupro com lesão leve (ação penal pública condicionada à representação); b) estupro com lesão grave ou morte (ação penal pública incondicionada).

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, que alterou a natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual definidos nos Capítulos I e II (entre os quais configura o estupro), tornando-a (de regra) pública condicionada à representação, a diferenciação acima exposta deverá prevalecer.

Significa dizer: o estupro cometido com lesão leve se procede por ação penal pública condicionada à representação do ofendido (nos termos do art. 225, *caput*); se houver, contudo, lesão grave ou morte, a ação penal será pública incondicionada, por força do disposto no art. 101 do CP (ação penal no crime complexo) e da Súmula 608 do STF.

Conclui-se do exposto que a súmula citada não foi revogada pela Lei n. 12.015/2009, devendo ser aplicada tão somente nos casos em que o estupro resultar lesão corporal grave ou morte. (ESTEFAM, 2009)

6 CONSEQUÊNCIAS PUNITIVAS DA FUSÃO DOS DISPOSITIVOS

Como toda lei nova suscitará interpretações inusitadas inclusive para o legislador, porque, como dizia o saudoso Ewelson Soares Pinto, “a Lei é como o samba do malandro, veste uma camisa listrada e sai por aí”, libertando-se da vontade do legislador. O que deve ser buscado é a vontade da lei, na sua realidade e seu contexto mediante a aplicação de métodos técnicos mas antes ou mais que tudo mediante o respeito à sua razão de ser no mundo jurídico”.

Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes. Ameaça-se, contudo, uma interpretação que os nega e prestigia a violência sexual, compromete a dignidade da criança e da mulher especialmente e, mais que tudo, afronta o bom senso e o princípio do respeito à proporcionalidade do Direito Penal.

A mais marcante dentre as consequências resultantes da fusão dos arts. 213 e 214 reside em que o ato de constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, no mesmo contexto fático, a se submeter à conjunção carnal e a outro ato libidinoso, deixou de gerar concurso (material) de crimes, tornando-se crime único. É relevante anotar que predominava o entendimento no sentido de que, por se tratar de delitos de espécies distintas, haveria obrigatoriamente concurso material; isto é, o autor do fato ficava sujeito a uma pena mínima de 12 anos (resultado da soma dos

pisos das sanções dos arts. 213 e 214, na redação anterior). Nesse ponto a alteração é benéfica e deverá retroagir, atingindo todos os fatos anteriores à vigência da lei, até mesmo aqueles já alcançados por decisão transitada em julgado (CF, art. 5º, XL, e CP, art. 2º). (ESTEFAM, 2009)

Outra importante consequência da unificação consiste na possibilidade de reconhecer continuidade delitiva onde antes não se admitia. Imagine-se, então, um sentenciado cumprindo pena porque fora condenado, à luz da legislação revogada, por ter estuprado uma mulher e, no dia seguinte, em condições semelhantes, praticado atentado violento ao pudor contra um homem. A orientação dominante era no sentido da inaplicabilidade do art. 71 do CP (crime continuado), em que o juiz pode aplicar a pena de um crime, aumentando-a, em vez de somá-las. O impedimento fundava-se justamente na diversidade de tipos penais (porquanto o instituto da continuidade delitiva requer delitos da mesma espécie). Com a unificação, esse argumento cai por terra, reconhecendo assim a continuidade criminosa. Também se trata de inovação benéfica, cujo alcance é retroativo, inclusive atingindo a coisa julgada. (ESTEFAM, 2009)

Entretanto, há de se deixar claro que apesar da equiparação da pena, há práticas de atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que a vítima pode não ser mulher.

Em síntese, a interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor; a lei é mais branda e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas.

Tal interpretação é absurda, viola o espírito da lei e viola o princípio da juridicidade.

Se houver repetição de condutas em circunstâncias de tempo e lugar semelhantes, poderá configurar-se o delito continuado, mas não haverá delito continuado entre figuras consideradas cumulativas.

Se durante o cativeiro, houve mais de uma vez a conjunção carnal, pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos

etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnavais. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma forma, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido. (GRECO e RASSI, 2010)

7 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que é possível a figura do crime continuado entre estupro e atentado violento ao pudor – tipos penais tratados separadamente pelo Código Penal até 2009, quando foram reunidos num mesmo artigo sob a denominação geral de estupro.

Com a decisão, o STJ passa a ter um entendimento unificado sobre o tema, pois a Sexta Turma já vinha se manifestando pela possibilidade do crime continuado – que significa que o réu é condenado à pena de um dos crimes cometidos em sequencia, aumentada de um sexto a dois terços, em vez de suportar uma pena de cada crime. (INFORMATIVO STJ)

Já em julgado recente do STF, a 1ª Turma concedeu, de ofício, habeas corpus para incumbir ao juízo da execução a tarefa de enquadrar o caso ao cenário jurídico trazido pela Lei 12.015/2009, devendo, para tanto, proceder a nova dosimetria da pena fixada e afastar o concurso material entre os ilícitos contra a dignidade sexual, aplicando a regra da continuidade. Na situação dos autos, pleiteava-se a exclusão de causa de aumento de pena prevista no art. 9º da lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) a condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos. A impetração argumentava que: a) a aplicação da referida causa especial de aumento com a presunção de violência decorrente da menoridade das vítimas, sem a ocorrência do resultado lesão corporal

grave ou morte, implicaria bis in idem, porquanto a violência já teria incidido na espécie como elementar do crime; e b) o art. 9º daquela norma estaria implicitamente revogado após o advento da lei 12.015/2009. (HC 103404/SP, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, 2010)

Após decisão, não fica difícil de imaginar pedido de apenado requerendo a exclusão do crime capitulado no art. 214 do Código Penal, alegando que a Lei 12.015/2009 revogou o referido artigo, passando então o crime de estupro e atentado violento ao pudor ser crime único, razão pela qual pleiteiam a aplicação da retroatividade da lei mais favorável com a exclusão do delito capitulado no art. 214 do Código Penal.

Entretanto, há de se ressaltar, inicialmente, que a Lei 12.015/2009 ao revogar o art. 214 do Código Penal não descriminalizou tal delito, não ocorrendo, portanto, a *abolito criminis*, pois a conduta descrita na norma revogada continuou tipificada em outro diploma legal, sendo condensada do art. 213 do Código Penal, que passou a ter a seguinte redação:

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.”

Na sistemática anterior, a doutrina e a jurisprudência divergiam a cerca da possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Nesse aspecto, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, negava a aplicação da ficção jurídica (continuidade delitiva) em favor de agentes condensados pelos crimes dos arts. 213 e 214 do Código Penal, e acolhiam o concurso material por entenderem que tais crimes não eram da mesma espécie, possuindo elementos subjetivos e objetivos nitidamente distintos.

Entretanto, a reforma procedida permitiu o reconhecimento da continuidade delitiva em favor de agente condenado, na vigência da lei anterior, aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, desde que atendidos os requisitos do art. 71 do Código Penal, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Assim, em caso de apenado que requeira tal benefício, imprescindível verificar se a intenção do agente consistiu na prática independente de dois ou mais crimes ou, mediante mais de uma ação, no cometimento de dois ou mais crimes que, pelas “condições de tempo, lugar, maneira e execução” e outras semelhantes, devem os subsequêntes ser havidos como continuação do primeiro, conforme inteligência do art. 71 do Código Penal.

Se por exemplo, o apenado antes da prática dos estupros, submeteu a vítima por diversas vezes a atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistente em carícias pelo corpo e sexo oral, em inúmeras oportunidades, nota-se que, em tal caso em análise, os atos libidinosos não integraram a conduta preparatória do estupro e sim comportamento autônomo e em contexto fático distintos e nestes casos não se aplica a continuidade delitiva, prevalecendo o concurso material de crime, conforme posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça no habeas corpus nº 160-288 – MS (2010/0012148-2), abaixo transcrito:

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUADOS EM CONCURSO MATERIAL COM ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS CONTRA FILHAS MENORES DE 14 ANOS. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO AOS CRIMES DOS ARTS. 213 E 214 DO CP PRATICADOS CONTRA UMA DAS VÍTIMAS. LEI 12.015/09. CRIME ÚNICO. FICÇÃO JURÍDICA. CRIMES PRATICADOS EM CONTEXTOS FÁTICOS DISTINTOS. ORDEM DENEGADA.

1. A reforma trazida pela Lei 12.015/09 condensou num só tipo penal as condutas anteriormente tipificadas nos arts. 213 e 214 do CP, constituindo, hoje, um só crime o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.
2. Na sistemática anterior, a doutrina e a jurisprudência divergiam acerca da possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.
3. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na esteira do tradicional entendimento do Supremo Tribunal Federal, negava a aplicação da ficção jurídica em favor de agente condenados pelos crimes dos arts. 213 e 214 do CP, tendo em vista que os referidos delitos não eram da mesma espécie, possuindo elementos subjetivos e objetivos nitidamente distintos. (HC 63.601/SP; HC 128.989/SP; REsp 1.080.909/RS).
4. A reforma procedida permitiu reconhecer-se a continuidade delitiva em favor de agente condenado, na vigência da lei anterior, aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor,

desde que atendidos os requisitos do art. 71 do CP, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

5. Não há reconhecer a continuidade delitiva a crimes praticados em contextos fáticos distintos pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ainda que perfaçam crime único de aqodo com novel dispositivo.
6. A Lei 12.015/09 em nada alterou o espectro de pena das condutas praticadas pelo paciente (antigos estupro e atentado violento ao pudor) e atualmente condensadas no art. 213 do CO, mantendo-se reclusão de 6 a 10 anos, de forma que não há repercussão favorável a fundamentar a readequação da reprimenda aplicada.
7. Ordem denegada.

(HC 160.288/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)

Como se vê o caso em questão não comporta a exclusão do delito do art. 214 do Código Penal visto que tal conduta continua sendo considerado crime e ademais não há que se falar em continuidade delitiva pelos motivos alencados.

Convém, ainda, salientar que a Lei nº 12.015/2009 não alterou a pena das condutas praticadas pelo penitente, mantendo-se a reclusão de 6 a 10 anos, de forma que não há repercussão favorável a fundamentar a readequação da reprimenda aplicada.

Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi cita Massimo Punzo (op.cit.,p. 83), o qual resume a solução do problema em três itens, válidos para o nosso estudo:

- 1) a continuação é possível entre tipos conjuntos representando violações da mesma norma, sempre que a realização dos tipos singularmente seja consequência de uma ação distinta e não de um ou mais atos da mesma ação, porque neste caso o delito seria único;
- 2) a continuação não é possível em relação aos tipos conjuntos alternativos, porque a realização das figuras, em tal caso, dá vida a um único delito. Entende-se que é possível um delito continuado composto de vários tipos cumulativos alternativos cometidos em execução de um mesmo desígnio criminoso (note-se que no Direito brasileiro a unidade de desígnio não é requisito do crime continuado, bastando a homogeneidade das circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras);

- 3) a continuação não é possível entre as figuras de um tipo conjunto cumulativo, porque a realização de cada uma delas representa a violação de um diverso preceito primário, ou seja, de uma disposição de lei diferente.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essa sistemática, de separação em dispositivos diferentes, é correta no plano da técnica legislativa, mas dificulta o intérprete, uma vez que apresenta intercalações de consulta inicialmente mais difícil.

Do ponto de vista do vernáculo, denominar de estupro a violência para a prática de outro ato libidinoso não é técnica, mas a lei assim consagrou o termo.

Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela. Não houve, pois, *abolitio criminis*, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo. (GRECO e RASSI, 2010)

Por esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive respeita a proporcionalidade.

Não há objeção a fazer sobre tal interpretação, visto que atende ao espírito da lei e à proteção das vítimas, porque é sabido que o violador sexual tem a tendência a reincidir e, portanto, precisa ser segregado nos termos legais.

É preciso deixar de pensar apenas no binômio ESTADO x RÉU, mas, também, levar em consideração, inclusive no momento da interpretação, da figura da vítima que, parece, ser desconsiderada na interpretação contrária.

Perdeu o legislador a oportunidade de qualificar, na segunda modalidade, o constrangimento para a prática de ato libidinoso, a gravidade desse ato, eis que não respeita a proporcionalidade a pena igual para atos de tão diferente gravidade. Há

atos de conteúdo libidinoso que podem ser avaliados como mais gravosos para a vítima do que a conjunção carnal, mas há outros de muito menor consequência. Nos termos da Lei, essa distinção, como antes já ocorria com o revogado art. 214, ficará restrita à dosagem da pena entre o mínimo e o máximo fixada pelo juiz. (GRECO e RASSI, 2010)

9 CONCLUSÃO

Não é outro o escólio de Nucci, que finca a objetividade jurídica, ademais, na intimidade, na vida privada e na honra: “Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art. 5º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem que qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. Do mesmo modo, volta-se particular atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual”. (NUCCI, 2009)

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira “há de fomentar, por fim a amarra última da criação, e não raramente da aplicação, do Direito Penal sexual. Por ele, pode-se afirmar que a liberdade, em sentido amplo, é o critério geral da ciência penal, enquanto que suas limitações devem ser a exceção. Com o escopo de não transformar o Direito Penal em um Direito Penal de exceção, deve sempre ser respeitada a contenção de se fazerem obrigatórias, a todos, as convicções pessoais de alguns”.

Com isso, percebe-se que a denominação e, reflexamente, a nova esfera de compreensão da objetividade jurídica, sem embargo de eventuais críticas que possam sofrer, mostraram-se auspiciosas e, segundo uma leitura constitucional, removem o superado paradigma da sexualidade vista a partir da moral pública. (SILVEIRA, 2006)

Deveras, o direito penal não se volta à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos. Ao preferir a terminologia “Dos crimes contra a dignidade sexual”, ficou clara a intenção do legislador de garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha de parceiros, a intangibilidade sexual e o pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, notadamente no que se refere à sexualidade. (ESTEFAM, 2009)

Entretanto, em verdade, o legislador, mais uma vez, com o objetivo de tornar a legislação penal mais rígida, produziu alterações que, na prática, abrangeu e muito as penalidades em razão de minúcias legais e doutrinárias esquecidas quando da edição da lei aqui estudada.

REFERÊNCIAS

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**- Comentários à Lei n. 12.015/2009. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual** – comentários à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual**. São Paulo: USP, 2006; tese de livre-docência.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal esquematizado** – Parte Geral / Cleber Rogério Masson. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

MORAES, Geovane. **Como se preparar para o exame de Ordem, 1ª fase: penal** / Geovane Moraes, Rodrigo Julio Capobianco; coordenação Vaudelir Ribeiro Santos. - 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. **Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009**. Lei dos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 20 de fev 2011.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 abril 2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência do STJ.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 abril. 2011.