



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Crime de Estupro, controvérsias e alteração legislativa

Rebecca Roquetti Fernandes

Rio de Janeiro
2010

REBECCA ROQUETTI FERNANDES

Crime de Estupro, controvérsias e alteração legislativa

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós-Graduação.
Orientador: Néli Fetzner

Rio de Janeiro
2010

CRIME DE ESTUPRO, CONTROVÉRSIAS E ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Rebecca Roquetti Fernandes

Bacharel em Direito pela Universidade
Cândido Mendes – RJ, Advogada, Pós
Graduanda pela Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

Resumo: o presente trabalho visa verificar se o legislador brasileiro, com a edição da lei 12.015 de 2009, aumentou a proteção ao bem jurídico tutelado pelos artigos 213 e 214 do Código Penal Brasileiro ou a enfraqueceu. Esta lei modificou o dispositivo referente aos crimes sexuais do artigo 213 e 214 do Código Penal Brasileiro, entre outros, pacificando e fazendo surgir novas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, sendo esse delito de estupro objeto de estudo e compreensão no presente.

Palavras-Chave: Crime de Estupro, Controvérsias, Alteração legislativa

Sumário: Introdução; 1. Crime contra os costumes; 1.1 Estupro; 1.2 Atentado violento ao Pudor; 2. Concurso de Crimes; 2.1 Concurso Material; 2.2 Crime Continuado ou Continuidade Delitiva; 3. Controvérsia Jurisprudencial: Concurso Material ou Continuidade Delitiva entre Estupro e Atentado Violento ao Pudor; 4. Lei 12.015 de 2009; 4.1 Fusão das Figuras Típicas de Estupro e Atentado Violento ao Pudor; 4.2 Conjunção Carnal Praticada Conjuntamente com Atos Libidinosos: Controvérsias; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

A legislação penal brasileira tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos mais importantes, aqueles que não são tutelados por nenhum outro ramo do Direito. Com esse pensamento, tutela o direito a liberdade sexual, através da penalização das condutas de estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, assédio sexual, entre outros.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor se enquadram nessa proteção, onde o legislador punirá aquele que praticar condutas que violem a liberdade sexual e trará previsão que coíba a prática desses delitos.

A análise dessas figuras típicas faz surgir inúmeras controvérsias, a serem apresentadas e contextualizadas, de forma que se permita a cada intérprete chegar a sua própria conclusão.

No dia 7 de agosto de 2009 foi editada a lei 12.015 de 2009, que modificou o dispositivo referente aos crimes sexuais do artigo 213 e 214 do Código Penal Brasileiro, entre outros, pacificando e fazendo surgir novas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, sendo esse delito de estupro objeto de estudo e compreensão no presente.

Assim, será possível verificar se o legislador brasileiro aumentou a proteção ao bem jurídico ou enfraqueceu essa tutela com a edição desse diploma legal.

1. CRIMES CONTRA OS COSTUMES

O crime de estupro e atentado violento ao pudor estão dispostos no Título VI do Código Penal Brasileiro, respectivamente nos artigos 213 e 214, seção do Diploma denominada como crimes contra os costumes.

Ao conceituar a palavra costumes, o doutrinador Nelson Hungria, (1958) diz: “o vocábulo costumes é aí empregado para significar os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplinas sociais.” De acordo com o ilustre jurista, a tutela realizada pela lei se dirige a preservar minimamente a ética necessária, determinada pela experiência social diante dos fatos sexuais.

Veja que os crimes previstos neste Título, para estar corroborando com o conceito do referido autor, deveriam proteger os costumes, trazendo como infrações penais condutas que ultrapassassem a ética mínima ligada aos comportamentos sexuais.

Contudo, não é isso que ocorre, pois os crimes enumerados se dirigem a tutelar a liberdade sexual, ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, e não o comportamento humano frente à sociedade.

1.1 ESTUPRO

Presente no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, o crime de estupro é aquele onde o agente constrange uma mulher à conjunção carnal, utilizando-se de violência ou grave ameaça. Trata-se de crime sexual de reprovabilidade máxima pelo Direito Penal, onde o bem jurídico a ser protegido é a liberdade sexual da mulher, ou seja, a liberdade de escolha de parceiro para relações sexuais, a liberdade de praticar os atos sexuais que desejar, além disso, a liberdade de negar-se a agir e compartilhar do desejo do outro.

Para a configuração do crime de estupro, deve haver um constrangimento da vítima, no sentido de forçá-la, obrigá-la, cercear seus movimentos, utilizando-se de violência ou grave ameaça, com a finalidade de praticar conjunção carnal.

A conjunção carnal deve ser interpretada como ato de penetração do pênis na vagina, a fim de afastar qualquer confusão com o crime de atentado violento ao pudor.

Nos ensinamentos de GRECO, (2009), o delito em tese, para ser caracterizado, deve ser praticado com uso de violência ou grave ameaça, sendo a primeira, aquela que em que se emprega força física, impondo à vítima situação que a impossibilite defender-se e a segunda,

de forma que traga temor tão grande e abalo psicológico profundo, intimidação que resulte na certeza que o mal prometido pelo agente, com intuito de relacionar-se sexualmente, vá se cumprir.

Existe uma agressão à mulher, pois além de atingir sua liberdade sexual, o crime de estupro a atinge psicologicamente, pois aquela vê-se humilhada frente a situação ocorrida, onde não pode, em flagrante violação ao princípio constitucional da pessoa humana, dispor de seu corpo, de seus atos e de sua vida.

O sujeito ativo do crime, ou seja, aquele que pode praticá-lo deve ser homem, de acordo com interpretação do dispositivo legal, já que se refere ao ato de conjunção carnal, que como dito anteriormente, deve ser lido como penetração do pênis na vagina, só podendo fazê-lo, portanto, um homem.

O executor do delito deve ser o homem, tratando de crime próprio, pois apenas ele pode manter conjunção carnal com a mulher. Admite-se, contudo, a autoria feminina nas hipóteses de coautoria, como por exemplo, quando uma mulher segura outra para que homem pratique os atos de execução do crime de estupro e de autoria mediata, como no caso de uma mulher convencer um homem, doente mental, a manter o coito, mediante violência, com mulher. Já a participação da mulher estaria configurada quando, como exemplo, se essa instigasse um homem a estuprar a vítima NUCCI, (2009).

No mesmo sentido da interpretação, o sujeito passivo, aquele que sofre a ação, deve ser mulher. Vale ressaltar que qualquer mulher pode ser vítima de estupro, não sendo necessária a virgindade desta para se falar em violência sexual, ou ainda, que seja íntegra, honesta, idosa ou jovem, assim sendo, promíscua ou não, a mulher pode ser vítima do crime.

Isso ocorre, pois o Direito Penal não está a tutelar a pureza daquela mulher ou ainda, sua fragilidade pela idade ou pela experiência de vida, e sim, a liberdade sexual das mulheres

em geral, de poder escolher seu parceiro, e mais, de escolher os atos sexuais que deseja praticar e o momento em que pretende fazê-lo.

A partir disso, não há possibilidade de afastar o marido como sujeito ativo de estupro, pois a escolha dele para o matrimônio não significa a liberdade dele para realizar os atos que quiser e dispor do corpo da esposa sem que esta assim o queira, pois os deveres inerentes ao matrimônio não justificariam tal ação.

Apesar de existir autor como HUNGRIA (1958), que entende que o marido não pode ser sujeito ativo de estupro, pois o ato sexual forçado neste caso se trataria de exercício regular de um direito, tal entendimento releva-se altamente discriminatório e ultrapassado.

A mulher tem direito a sua integridade física e a liberdade sexual, além de dispor de seu corpo e mente, sendo assim, nenhum desejo sexual de seu marido pode se sobrepor a estas garantias, cabendo a este, na negativa da mulher e em conjunto com sua insatisfação por tal, dissolver o vínculo conjugal.

A consumação do crime de estupro ocorre com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, sendo irrelevante se ocorreu total ou parcialmente, sendo desnecessária ainda, a ocorrência da ejaculação GRECO, (2009).

A pena cominada para este delito é de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos, presente no preceito secundário do artigo 213 do Código Penal, sendo a ação penal de natureza privada, contudo, algumas exceções são apresentadas, sendo ação penal pública condicionada a representação do ofendido, no caso de ser a vítima pobre ou se o crime foi cometido com abuso de pátrio poder.

O Supremo Tribunal Federal, em entendimento sumulado de número 608, elucidou que no caso da prática deste delito com emprego violência real, haverá exceção à natureza da ação ser privada, tratando-se de ação penal incondicionada.

A reprovabilidade do crime de estupro e sua gravidade são indiscutíveis, e assim, foi inserido no elenco dos crimes hediondos pela lei 8.072 de 1990 em seu artigo 1º, inciso V, em todas as suas formas, tanto qualificado, como consumado na modalidade fundamental do caput do artigo 213 e ainda, na forma tentada.

1.2 ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Presente no artigo 214 do Código Penal Brasileiro, o crime de atentado violento ao pudor é aquele onde o agente constrange a vítima, com emprego de violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso. Tão quanto o delito de estupro, este crime é de grande reprovabilidade social, e de igual forma, viola a liberdade sexual da vítima, ao cerceá-la de seu direito de disposição do corpo e de livre manifestação da sua vontade.

Tem como objetivo tal dispositivo a tutela do bem jurídico liberdade sexual, no seu amplo sentido, impedindo que haja submissão de uma pessoa ao constrangimento de outra a fim de praticar atos libidinosos, visando, portanto, assegurar direito à inviolabilidade carnal REGIS PRADO, (2008).

A configuração deste delito se dá no uso da violência ou grave ameaça, assim, como no crime de estupro, forçando a vítima ao ato libidinoso, obrigando-a a praticá-lo ou a não freá-lo, subjugando-a aos atos executórios do agente, com a finalidade de satisfação de sua libido.

O ato libidinoso a que se refere o dispositivo deve ser diverso da conjunção carnal, já que esta é elemento normativo que se encontra em tipo autônomo, qual seja, o estupro. Tal ato

é definido pela doutrina de LUNA, (1978) e REGIS PRADO, (2008) como ofensivo ao pudor, ao decoro, a decência sexual, onde o agente ao praticá-lo age impulsionado por sua lascívia, sendo ato sexualmente obsceno.

Como exemplo de tais atos a fim de elucidação, cita-se a felação, o cunnilingus, o pennilingus, o annilingus, coito anal, masturbação, toques genitais, a contemplação lasciva, entre outros NORONHA, (1999); REGIS PRADO, (2008).

O sujeito ativo deste crime é qualquer pessoa, homem ou mulher, não há eleição de qualidades especiais ou específicas do agente para a prática, sendo crime comum. Em razão disso, a coautoria e a participação também são perfeitamente cabíveis BITENCOURT, (2009).

Da mesma forma, o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, tanto homens quanto mulheres podem sofrer o constrangimento ao ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Não há, como no estupro, a limitação da vítima ao sexo feminino, pois não existe a restrição da prática de conjunção carnal para sua configuração, e sim, abrangem-se atos de execução mais amplos, que permitem a ambos os sexos compor o pólo passivo.

Vale ressaltar que o cônjuge também pode ser sujeito ativo ou passivo do delito em questão, pois assim como no estupro, a liberdade sexual deve ser respeitada pelo outro, não sendo o casamento uma porta aberta para a prática de crimes sexuais pela desnecessidade de consentimento. O consentimento é necessário para a prática do ato sexual, não pode o cônjuge subjugar o outro aos seus desejos sem que este assim o queira.

A consumação se dá com a prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, com o emprego da violência ou grave ameaça a fim de causar o constrangimento necessário para que tal ocorra. O exemplo dado por GRECO (2009), elucida a hipótese, onde o agente, utilizando-se da grave ameaça, leva a vítima a tocar em si mesma com a finalidade masturbatória, ou ainda, a fazê-lo no próprio agente, e nesse instante consumado esta o delito.

A ocorrência do delito na forma tentada é possível, já que quando este inicia os atos executórios, pode vir a ser impedido de continuar por motivo alheio a sua vontade, como exemplo a partir do acima descrito, se a vítima já estivesse começando a tirar a roupa e ele ao ouvir a sirene da polícia, cessasse o constrangimento. Apesar da dificuldade apontada pela doutrina, diante da possibilidade de consumação do delito de diversas formas, como no exemplo acima se a vítima estivesse nua, já estaria consumado o delito, prevalece o entendimento de possibilidade de tentativa GRECO, (2009); BITENCOURT, (2009); NUCCI, (2009).

A pena cominada para este delito é de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos, presente no preceito secundário do artigo 214 do Código Penal Brasileiro, sendo a ação penal, em regra, de iniciativa privada. Contudo, sua natureza se modificará no caso de vítima pobre ou se cometido por aquele que possui o poder familiar, passando a ser pública condicionada a representação do ofendido.

A gravidade desta infração penal e o impacto que causa na sociedade são indiscutíveis, assim como no estupro, e foi também inserida pela lei 8.072 de 1990 no rol dos crimes hediondos.

2. CONCURSO DE CRIMES

A prática de mais de um crime por um agente, ou seja, quando há pluralidade de crimes, faz surgir o fenômeno do concurso de crimes GRECO, (2007). Assim, quando o agente pratica duas ou mais condutas que se enquadram em duas ou mais normas penais

incriminadoras há concurso de crimes. Este concurso pode ser material, formal ou crime continuado.

No tocante ao crime de estupro e atentado violento ao pudor, há a possibilidade dessas infrações serem praticadas conjuntamente, havendo concurso de crimes. O agente com intuito de praticar conjunção carnal com a vítima o faz, realizando após, ou anteriormente coito anal com a mesma ou outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal NUCCI, (2009); GRECO, (2009).

A realização do atentado violento ao pudor, pela abrangência de atos sexuais que envolve, não pode ser meio natural para a realização do estupro para que se configure o concurso de crimes (BITENCOURT, 2009) . Pode haver a absorção do atentado pelo estupro no caso de ser ato necessário para a prática do segundo, como no caso do agente que retira a calçinha da vítima a força para realizar a cópula vagínica.

Não há no caso o concurso entre os crimes, pois o que poderia configurar o atentado violento ao pudor foi uma conduta do agente voltada para a prática de estupro, sendo absorvida por esse.

A absorção do crime de atentado violento ao pudor ocorre quando se faz a análise dos atos praticados pelo agente e é possível verificar que eram de ocorrência necessária para o estupro, ou ainda, considerados de pequena monta, pois preparatórios para esse crime GRECO, (2009).

Contudo, não há que se afastar o concurso de crimes quando há independência das condutas, autônomas entre si, que demonstram que o autor do fato agiu com dolo de praticar ambos os crimes.

O ordenamento adota hoje dois sistemas para solucionar questões de concurso de crimes: cúmulo material, consistente no mero somatório das penas cominadas aos crimes cometidos em concurso, presente no concurso material e no concurso formal imperfeito e

sistema da exasperação, que consiste não no somatório das penas, mas sim na escolha de uma das penas cominadas, com a incidência de uma causa de aumento, das previstas nos artigos 70 e 71. Este sistema é aplicado na continuidade delitiva e no concurso formal perfeito.

A partir da presença desta autonomia de condutas, configurado o concurso de crimes, resta análise de qual qualidade ele se enquadra, concurso material ou crime continuado, já ambos dependem de duas ou mais ações do agente, sendo irrelevante o concurso formal, pois neste o agente pratica apenas uma ação, o que não teria como ocorrer entre as figuras em análise.

2.1 CONCURSO MATERIAL

Presente no artigo 69 do Código Penal Brasileiro, o concurso material ou real de crimes ocorre quando o agente pratica dois ou mais crimes mediante mais de uma ação ou omissão, sejam esses crimes idênticos ou não.

A ação a que se refere o dispositivo deve ser vista à luz da teoria finalista, já que existem três concepções possíveis relativas ao conceito de ação: causal, final ou social.

A teoria causal entende a conduta como um movimento corpóreo voluntário que produzia uma modificação no mundo exterior, ou seja, um resultado naturalístico. Já para a teoria social, a conduta seria o movimento corpóreo voluntário, que produz uma modificação no meio externo, dirigida a determinado fim e que seja socialmente relevante.

Prevalece nos estudos, no entanto, a teoria finalista, que prevê que a conduta é o movimento corpóreo voluntário, que produz uma modificação no mundo exterior, e que é dirigido a um determinado fim.

GRECO, (2007), salienta que vários atos podem compor uma ação, pois dela fazem parte. Conclui-se que o número de atos não necessariamente corresponde ao número de ações, pois os atos não são ações e sim, partes de uma ação. Exemplificando, o referido autor demonstra o caso de alguém que deseja a morte de outrem, e com dolo de matá-lo, efetua um ou vários disparos na direção deste.

Vê-se que a ação do agente se dirige finalisticamente para causar a morte da vítima, mas cada disparo realizado não determina o número de ações, a ação é uma só, matar alguém, sendo os tiros apenas elos da cadeia que é conduta, ou seja, componentes da ação.

Para a configuração do concurso material de crimes os requisitos necessários são mais de uma ação ou omissão e a prática de dois ou mais crimes, tendo como consequência de tal enquadramento o cúmulo material das penas. O juiz dosará isoladamente a pena de cada infração penal, motivando-as, e, ao final, somará as penas, encontrando a pena total a ser imputada ao condenado.

2.2 CRIME CONTINUADO OU CONTINUIDADE DELITIVA

Presente no artigo 71 do Código Penal Brasileiro, o crime continuado ou a chamada continuidade delitiva ocorre quando o agente mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, analisando as condições em que o crime foi praticado, como o lugar, tempo, maneira execução, devem os crimes subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

A natureza jurídica do crime continuado é tratada por três teorias, quais sejam: a teoria da unidade real, teoria da ficção jurídica e teoria mista.

Para a primeira, há crime único diante das várias condutas, que consistem em infrações penais por si só. Segundo a unidade real, a continuidade é vista como um dado da realidade, não sendo ficção, e sua menor reprovabilidade vem da própria essência do fato. Há um projeto único, apenas dividido em várias ações isoladas, e por haver este propósito único é que há merecimento de ser reconhecida a benesse da continuidade, já que se fosse considerado concurso material, a pena seria irrazoável.

Exemplo que fundamenta esta tese é o da empregada que, pretendendo dar desfalque de mil reais no patrão, realiza dez condutas de subtração de cem reais cada, por considerar que ninguém vai notar se o fizer dessa forma. Para esta corrente, o fato é o furto de mil reais, e não dez furtos de cem reais, assim, a continuidade é um fato, e não uma ficção

Já a tese fictícia, alega que a unidade é resultante de lei, e como já diz o nome, é fictícia, pois há uma pluralidade de crimes, mas que, devido a razões de política criminal, levando-se em conta as circunstâncias do crime e a alegada menor culpabilidade do sujeito, seria tratado, por ficção jurídica, enquanto crime único.

A partir do exemplo dado à outra teoria, haveria dez furtos, contudo, pela análise do modo de execução, tempo e lugar em que foram praticados os crimes, deve ser reconhecida a continuidade delitiva, por ficção jurídica, já que se aplicasse o concurso material, haveria desproporcionalidade das penas daquele agente que realiza um furto de dez mil reais com relação aquele que pratica dez furtos de cem reais. A desproporcionalidade ocorreria pois, no concurso material, haveria a soma da pena isolada de cada furto, já no crime continuado, há uma exasperação da pena de furto.

A teoria mista prevê que o delito continuado seria uma figura criminosa especial e autônoma, um terceiro crime, não se confundindo com o crime único.

O Código Penal Brasileiro adota a teoria da ficção jurídica, e assim, uma vez que há a continuidade delitiva, a pena do agente é exasperada GRECO, (2007).

Os requisitos para a caracterização desta modalidade de concurso de crimes são a prática de mais de uma ação ou omissão, a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, semelhantes condições de tempo, lugar, maneira de execução e que sejam crimes subseqüentes, realizados como continuação do primeiro GRECO, (2007, p.601).

Primeiramente, analisando o requisito mais de uma ação ou omissão, merece ser ressaltado que não se tratam de vários atos sucessivos, e sim, mais de uma conduta do agente, pois como dito anteriormente, os atos compõe uma ação, uma conduta, devendo portanto, ser mais de uma ação ou omissão.

No tocante a serem crimes de mesma espécie, surge controvérsia na doutrina, já que não existe definição legal sobre o que seriam tais crimes. Destacam-se duas correntes, onde a primeira considera que os crimes de mesma espécie protegem o mesmo bem jurídico, sem necessariamente constar no mesmo artigo da lei. Ou seja, possuem características comuns, seja pelos fatos que constituem ou pelos motivos determinantes FRAGOSO, (2003).

Para esta corrente, furto e roubo, estupro e atentado violento ao pudor seriam da mesma espécie, os primeiros porque tutelam o patrimônio, e estes a liberdade sexual.

A segunda corrente destaca que os crimes seriam de mesma espécie quando presente a mesma tipificação penal, independente se na forma qualificada ou simples, consumado ou tentado GRECO, (2007, p.602). Assim, se os crimes cometidos estiverem no mesmo tipo penal caberá a continuidade delitiva.

A fim de elucidar essa tese, caberia a continuidade entre dois estupros (artigo 213 do Código Penal) ou dois atentados violentos ao pudor (artigo 214 do Código Penal), mas nunca entre eles, não seria cabível a continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor, apenas o concurso material.

A jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores adota esse segundo entendimento, configurando o crime de mesma espécie aquele que tiver a mesma tipificação penal STJ, (2005); STF, (2009).

O terceiro requisito tem relação às circunstâncias em que foram praticados os crimes: a conexão temporal, espacial e modo de execução DELMANTO, (2010).

O período de tempo entre dois ou mais crimes deve ser analisado para que se configure a continuidade delitiva, tempo este não delimitado pela lei, e assim, pela ausência de um critério legal, se tornou um tema controvertido na doutrina e jurisprudência. Isso ocorre, pois o interesse deste instituto não é beneficiar o criminoso contumaz, não é uma benesse para a reiteração criminosa.

Deve haver um contexto entre os fatos criminosos, um liame psíquico que demonstre ligação entre eles, sendo um sequência do outro. Para o Supremo Tribunal Federal (1993), o fator tempo deve ser observado, e haveria um limite de 30 dias entre o primeiro e o segundo crime, justamente para afastar a possibilidade de beneficiar a reiteração criminosa.

A conexão espacial e o modo de execução também dependem de uma relação de contexto entre elas para caracterizar a continuidade delitiva, ou seja, os lugares onde foram praticados os crimes e o modo como eles foram praticados devem ser semelhantes, deve haver a unidade entre eles. O entendimento que prevalece é de que os crimes devem ser praticados na mesma região metropolitana. A unicidade no modo de execução se revela com a adoção, pelo agente criminoso, do mesmo *modus operandi*.

Por fim, a necessidade do crime posterior ser subsequente ao anterior se dá para diferenciar o criminoso habitual daquele que criminoso de ocasião. Assim, as ações ou omissões devem estar entrelaçadas, ligadas, para que demonstre que ambas fazem parte um projeto só do agente, assim sendo, haverá o nexu de causalidade com relação à hora, o lugar e as circunstancias do crime.

O professor GRECO, (2007), elucida essa tese com o seguinte exemplo: um agente descobre que as todas as agencias bancárias de uma pequena cidade não possuem policiamento adequado e pretende roubá-las em um dia. Em sua empreitada criminosa realiza todas essas subtrações, portanto, nessa hipótese, há a relação de contexto necessária para caracterizar o crime continuado, há um projeto único deste agente de subtrair esses valores da agencia.

É de se notar que as infrações cometidas por esse agente estão interligadas, pois o agente queria realizar em um dia esses roubos e assim o fez. Há a conexão temporal, pela prática em um dia de três delitos, a conexão de lugar, pois as ações ocorreram na mesma cidade e o modo de execução do roubo também foi semelhante, já que o agente se sentiu seguro a realizá-lo diante da ausência de policiamento e assim procedeu.

A consequência da presença deste instituto será o aumento da pena em determinado percentual. Reconhecido o crime continuado entre os delitos, haverá o aumento da pena de um sexto a dois terços. Essa matemática será feita da seguinte forma: se os crimes praticados em continuidade delitiva tiverem penas iguais, o juiz aplicará a pena de um crime com o aumento de um sexto a dois terços, já no caso dos crimes cometidos possuírem penas diferentes, determina a lei que seja aplicada a pena mais grave e nela, incida o aumento disposto.

Essa variação do aumento de um sexto a dois terços na pena ocorrerá de acordo com o numero de crimes praticados, ou seja, no caso da pratica de dois crimes, o juiz poderá fazer incidir um sexto sob a pena (STJ, 1999), ou ainda, no caso da prática de cinco crimes, poderá aplicar dois terços sob a pena.

3. CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL: CONCURSO MATERIAL OU CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Existe controvérsia doutrinária e jurisprudência acerca da ocorrência de concurso material ou crime continuado quando o agente pratica o crime de estupro e o crime de atentado violento ao pudor.

Primeiramente, cabe lembrar que quando o ato libidinoso, aquele diverso da cópula vagínica ou também chamada de conjunção carnal, for praticado como ato preparatório do ato sexual em si, pode ser absorvido por esse, caracterizando-se somente o crime de estupro.

Como exemplo dessa situação, o agente que, no mesmo contexto fático, retira a roupa da vítima e passa a mão em sua virilha para realizar a conjunção carnal, ele também estaria praticando atos libidinosos, mas haverá a absorção desses atos, pois foram preparatórios do crime que ele viria a cometer, o de estupro.

Assim, a situação que é controvertida é do agente que pratica atos libidinosos e conjunção carnal com a mesma pessoa no mesmo contexto fático, ou seja, o agente introduz o pênis na vagina da vítima, e em seguida, obriga-a a praticar sexo oral. O atentado violento ao pudor não foi praticado como meio para a consumação do estupro, e sim, de forma autônoma, mesmo sendo a mesma vítima.

Conforme dito anteriormente, optou a doutrina majoritária e os Tribunais Superiores, em relação ao conceito de crimes da mesma espécie, que são aqueles previstos no mesmo tipo penal, sendo portanto impossível configurar o crime continuado entre o delito de estupro, tipificado no artigo 213 do CP e atentado violento ao pudor, previsão do artigo 214 do CP, cabendo, apenas, concurso material de crimes.

A controvérsia se dá, pois há quem adote o segundo conceito de crimes da mesma espécie, considerando-os de acordo com o bem jurídico que violam, e no caso, seria a liberdade sexual que o crime de estupro e atentado violento ao pudor tutela.

Existem decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que concedem a continuidade delitiva entre esses crimes, sob o fundamento deles poderem ser praticados sob o mesmo contexto fático, com conexão temporal, mesmo lugar e modo de execução. Além disso, permitem tal configuração em casos onde ambos os crimes foram praticados na mesma vítima, atingindo sua liberdade sexual.

Essas decisões entendem que esses dois tipos penais tem como bem jurídico tutelado a liberdade sexual, ou seja, protegem o mesmo bem jurídico, e guardam semelhança entre seus elementos objetivos e subjetivos TJRJ, (2009; TJRJ, (2008).

DELMANTO, (2010), adota esse posicionamento em relação aos crimes de mesma espécie, pois de acordo com ele, o instituto do crime continuado visa beneficiar o acusado e dispõe o artigo 71 do Código Penal que há possibilidade de serem penas idênticas ou uma mais grave que a outra, demonstrando que os delitos não precisam ter a mesma tipificação penal.

Há ainda outro argumento que reforça a tese da continuidade delitiva entre esses crimes, qual seja, a violência ou a grave ameaça e o constrangimento presente na prática de ambos, de forma que não são crimes idênticos, mas são da mesma espécie.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal recusa a aplicação deste instituto da continuidade delitiva quando o agente pratica esses delitos, aceitando apenas o reconhecimento do concurso material, e assim, há a soma das penas individualizadas de cada delito.

Esse entendimento pode ser encontrado nos julgamentos proferidos nos Habeas Corpus nº 83.453, figurando como relator o Ministro Carlos Velloso, o nº 71.399, da relatoria

do Ministro Sydney Sanches, nº 68.877, relatoria do Ministro Ilmar Galvão e o nº 88.466 e nº 95.923 do relator Carlos Britto.

4. LEI 12.015 DE 2009

Antes da Lei 12.015/09, de 7 de agosto de 2009, o Título VI, do Código Penal Brasileiro, era chamado de Crimes Contra os Costumes, com o advento da nova lei, O Título VI agora tem como título “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Essa modificação trazida demonstra que o legislador atualizou a redação do Código, pois na década de 40, quando esse surgiu, a preocupação era focada no comportamento sexual das pessoas frente à sociedade na qual viviam, já que falava em “costumes”, o que hoje não pode mais subsistir.

Hoje, a preocupação do legislador esta na proteção da liberdade sexual, melhor dizendo, a tutela da dignidade sexual, e esse é o bem jurídico a ser protegido pelo Estado no século XXI.

O nome de um Título dentro do Código Penal influencia o leitor, o aplicador do Direito, pois este ao analisar o tipo penal será influenciado pelo que lá esta disposto, e com base nisso, fará a interpretação sistêmica ou teleológica, em consonância com a finalidade da lei, com bem o jurídico que ela tutela GRECO, (2010).

4.1 FUSÃO DAS FIGURAS TÍPICAS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Com o advento da Lei 12.015 de 2009, houve a reunião dos artigos na mesma figura típica, o estupro. Assim, hoje, tanto o constrangimento para a prática da conjunção carnal quanto para os atos libidinosos diversos da conjunção carnal são enquadrados no tipo penal do crime de estupro.

Este tipo penal prevê que quando o agente constrange alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, a ter de conjunção carnal ou à prática ou permissão de atos libidinosos, há o crime de estupro.

O constrangimento presente no tipo se dá quando o agente força a vítima a fazer algo, ele obriga, no sentido de compelir ao ato sexual. O papel da vítima no crime pode ser ativo ou passivo, já que pode ser compelida a praticar o ato sexual, assim como forçada a permitir que com ela se pratique o ato.

A partir da alteração feita pela lei, o sujeito passivo do crime não é mais apenas a mulher, pois o legislador colocou o termo “alguém”, indefinindo o sexo daquele que sofre a ação do agente. Portanto, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos passivos do crime de estupro.

Da mesma forma, ambos podem ser sujeitos ativos deste delito, embora o Greco (2010) faça ressalva no caso da conduta do agente com a finalidade da prática de conjunção carnal, entendendo ser crime de mão própria quanto ao sujeito ativo (homem ou mulher), pois existe a necessidade de atuação pessoal do agente e próprio (mulher ou homem) quanto ao passivo, pois a conjunção carnal pressupõe relação heterossexual.

Portanto, dada a nova redação do artigo 213 trata-se de crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, seja homem ou mulher SANCHES, (2010). Contudo, o sujeito passivo, sendo menor de 14 anos ou quem por enfermidade ou doença mental não tenha o necessário discernimento para a prática do ato ou ainda quem por qualquer outra causa não possa oferecer resistência, o crime a ser imputado não é o do artigo 213, e sim, o artigo 217-A, pois trata-se de vítima vulnerável DUPRET, (2010).

A pena cominada para a infração se manteve, reclusão de 6(seis) a 10(dez anos) e a ação penal é condicionada a representação como regra, salvo nos casos em que a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

4.2 CONJUNÇÃO CARNAL PRATICADA CONJUNTAMENTE COM ATOS LIBIDINOSOS: CONTROVÉRSIAS.

É sabido que anteriormente a esta lei 12.015 de 2009, quando o agente praticasse a conjunção carnal e o ato libidinoso no mesmo contexto fático, a corrente majoritária entendia ser hipótese de concurso de crimes na modalidade de concurso material, já que não seriam crimes de mesma espécie (posição majoritária que se trata de crimes previstos no mesmo tipo penal).

Com a vigência da referida lei, essas condutas passaram a ser previstas no mesmo tipo penal, o que veio a beneficiar o agente. Resta saber, se quando praticadas conjuntamente, no mesmo contexto, vão ser hipótese de crime único ou concurso de crimes.

Primeiramente, a análise a ser feita é se o crime de estupro é um tipo misto alternativo ou tipo misto cumulativo, pois hoje, há pluralidade de ações incriminadas, de conteúdo

variado. Isso ocorre, pois com a mudança feita pela lei, o tipo engloba a ação de constranger alguém a prática de conjunção carnal, a prática de atos libidinosos ou ainda, a permissão destes.

O tipo penal misto de conteúdo alternativo é aquele onde as condutas podem ser fungíveis, a prática de uma das condutas previstas ou outra enseja a imputação daquele delito, independentemente do número de ações. Exemplificando, no caso do artigo 33 da Lei de Drogas (lei 11.343/2006) que possui 18 (dezoito) núcleos, temos o tipo misto alternativo, pois se o agente importa, exporta, oferece drogas, enquadra-se neste crime de tráfico, sendo indiferente o número de ações deste agente, já que se ele importar a droga e expuser à venda vai ser imputado o crime de tráfico, unicamente.

Já no tipo misto de conteúdo cumulativo, há da mesma forma, pluralidade de ações incriminadas, contudo, não há fungibilidade entre elas, e incorrendo o agente em mais de uma conduta, há multiplicidade de crimes. Como exemplo deste tipo, temos o delito descrito no artigo 242 do Código Penal, o crime de parto suposto, onde o agente que dá parto alheio como próprio, depois oculta o recém-nascido, ou o registra como seu filho, está praticando dois ou mais crimes, em concurso de crimes.

No tocante ao crime de estupro, existe divergência na doutrina acerca dessa caracterização. Entende GRECO (2010), que o crime é único, pois a lei veio modificar o tipo penal para beneficiar o agente, e este ao praticar a conjunção carnal, vem a também fazer sexo anal, será um crime de estupro, pois ambas ações estão previstas no tipo do artigo 213 do Código Penal, e esta infração é de ação múltipla, um tipo misto alternativo.

Preleciona NUCCI (2010), da mesma forma, que se trata de figura típica mista alternativa, e no caso da prática de conjunção carnal e anal, no mesmo contexto fático, haverá crime único. Atenta para o fato de haver crime continuado no caso da conduta do agente se dar em outro cenário, sem qualquer ligação entre as condutas. Contudo, o juiz na fixação da

pena, de acordo com o artigo 59 do Código Penal, deve atentar ao número de atos sexuais praticados a fim de ponderar a pena a ser aplicada.

Em sentido contrário, AMISY NETO (2009), aduz que a intenção do legislador é o reforço da proteção do bem jurídico, e não seu enfraquecimento, além disso, ao apresentar no tipo penal duas condutas, a da conjunção carnal e a da prática de atos libidinosos, não deseja tornar o crime único, já que se assim pretendesse, teria colocado a conduta única de praticar atos libidinosos, uma vez que a conjunção carnal é efetivamente um ato libidinoso.

Assim sendo, a discussão acerca da possibilidade de concurso material ou continuidade delitiva entre os crimes existente anteriormente a lei, passará a existir apenas para quem adotar o entendimento que não há crime único, pois do contrário, não há como haver concurso de crimes, pois as ações praticadas levarão ao crime de estupro, unicamente.

Adotando o entendimento de haver tipo misto cumulativo, quando o agente pratica a conduta de conjunção carnal e após, o sexo anal, restará ainda, analisar se haverá o concurso de crimes na modalidade material ou continuado.

Isso ocorre, pois anteriormente à lei, os Tribunais Superiores não permitiam a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor por serem crimes de diferentes espécies, já que estavam em figuras típicas distintas.

Com o advento da lei, os tipos se fundiram, encontrando-se no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, afastando portanto, o argumento trazido para afastar a continuidade delitiva, porquanto se esta diante de crimes de mesma espécie.

Assim, se o agente constringe a vítima à prática de conjunção carnal e após, ao sexo anal, no mesmo contexto fático, cabe a aplicação da continuidade delitiva entre dois crimes de estupro, desde que praticados com conexão de lugar, tempo e modo de execução, ou seja, os requisitos do artigo 71 do Código Penal.

Contudo, para os autores que entendem se tratar de crime único, não há mais essa discussão, pois no exemplo acima, o agente responderia por um crime, o de estupro. Para eles, haveria continuidade delitiva, mas desde que não fosse no mesmo contexto fático, fosse praticado de forma independente, em consonância com os requisitos do Código. A título de exemplificação, o agente que pratica o estupro na vítima, tendo-a em cativeiro, e dias depois, volta a praticar o estupro, nesse caso, haveria a continuidade delitiva.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui julgados após a lei 12.015/2009 reconhecendo que o tipo penal do estupro é tipo penal de conteúdo variado, e assim, praticado o crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sob a égide da antiga lei, no mesmo contexto, deve ser reconhecida a ocorrência de crime único, pelo juízo das execuções, procedendo a revisão da pena, uma vez que a lei é mais benéfica e deve retroagir.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo possui julgados após o advento da lei, determinado que mediante a aplicação de lei posterior benéfica, se repute a conjunção carnal e os demais atos libidinosos crime único de estupro, e assim, a dosimetria da pena deve atender ao grau de lesão jurídica à dignidade sexual, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Desta forma, o posicionamento que tem prevalecido na jurisprudência e doutrina é a existência de crime único quando a conjunção carnal for praticada e no mesmo contexto fático, o ato libidinoso também o for.

CONCLUSÃO

A lei 12.015 de 2009 deu nova redação ao artigo 213 do Código Penal Brasileiro ampliando as condutas incriminadoras do crime de estupro, ao unificar o crime de atentado violento ao pudor com o crime de estupro, sendo hoje, ambos crime de estupro.

Outra importante modificação trazida foi a introdução do termo “alguém”, conseqüentemente, não há mais distinção de gênero, tanto no que se relaciona ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo do crime, pacificando a controvérsia acerca da mulher ser sujeito ativo e o homem sujeito passivo do crime de estupro.

Além disso, para a maioria da doutrina e jurisprudência a figura típica inculpada no artigo 213 é um tipo misto alternativo, o que afasta a possibilidade de punir o agente que pratica numa mesma conduta a conjunção carnal e o ato libidinoso diverso por mais de um crime, tratando-se de crime único.

Por fim, pacifica a controvérsia existente acerca da possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre a conjunção carnal e o ato libidinoso, já que hoje ambos são considerados crime de mesma espécie, pois presentes no mesmo tipo penal. Para aqueles que entendem que o crime de mesma espécie é aquele que tutela o mesmo bem jurídico, o crime continuado já era possível de se reconhecer e assim se mantém.

É cediço que os crimes sexuais causam grande impacto social, além da transformação por toda a vida daquela pessoa que é vítima desses crimes, quando esta não comete suicídio, o que é comum nesses casos.

O tratamento dado pela nova lei ao crime de estupro trouxe solução no tocante a muitas controvérsias, porque hoje é possível visualizar as duas condutas presentes no tipo penal como crimes de mesma espécie, e assim, modificar a jurisprudência majoritária que não

permitia o reconhecimento de crime continuado, com a exasperação da pena, de forma a beneficiar o réu, não somando as penas dos crimes.

Com isso, acabou o legislador por abrandar o tratamento dado ao agente que pratica esse crime, mesmo este sendo de tamanha gravidade. Isso ocorreu, pois com a alteração do dispositivo, unificou-se em um tipo penal, os dois crimes sexuais que mais chocam a sociedade, tamanho o desprezo do autor do fato pela sexualidade e pela liberdade da vítima.

Essa unificação ensejou no reconhecimento, pela maioria da doutrina e jurisprudência, de um crime único, mesmo quando o agente dirige sua conduta para violar sexualmente a vítima através de atos libidinosos e conjunção carnal.

Ou seja, além de ser possível ao magistrado enquadrar tais condutas para aplicar a continuidade delitiva e beneficiar o réu, muitas vezes nem será necessário tal análise, já que o crime praticado será um só.

Essa abertura deixada pela lei enfraqueceu o bem jurídico tutelado, ao invés de fortalecer e coibir aqueles que pretendem violá-lo. O caráter retributivo e punitivo da pena ficará a depender da análise concreta de cada magistrado no momento da dosimetria de pena, pois será o único momento em que realmente poderá haver alguma justiça.

Dessa forma, atento as diretrizes do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, o juiz deverá aumentar a pena mínima de acordo com o numero de violações que o agente fizer, caso contrário, a dignidade sexual será um bem jurídico desprotegido.

Situações fáticas que anteriormente seriam punidas somando as penas dos crimes sexuais praticados, hoje, às vezes, sequer serão consideradas múltiplas ou se o forem, terão, por razões de política criminal, tratamento mais benéfico, com o crime continuado.

O princípio da dignidade da pessoa humana, presente na Constituição da República Federativa do Brasil, abrange a dignidade sexual, a liberdade que cada ser humano tem de realizar suas escolhas, de dispor de seu corpo, de sua sexualidade.

A violação do corpo humano não pode ser tratada sem o rigor que merece, já que as conseqüências para a vida, para a continuação da vida da vítima serão traumáticas, quiçá um dia essa voltará a viver com normalidade, e com esse pensamento, com a finalidade de proteger esse bem maior, que o legislador deve elaborar as leis.

REFERÊNCIAS

AMISY NETO, Abrão. *Estupro, estupro de vulnerável e ação penal*. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13404>> Acesso em: 20 jun. 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte 1. 14. ed. Saraiva, 2009.

BRASIL, *Código Penal Brasileiro*. Saraiva, 2009.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 15. ed. Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei 12.015 de 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm> acesso em 04 mai. 2010.

BRASIL. Lei 8.072 de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm> acesso em 04 mai. 2010.

BRASIL. Lei de Drogas (lei 11.343/2006). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> acesso em 06 mai. 2010.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 312-324 e 669- 699.

DUPRET, Cristiane. *Adendo ao Manual de Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2010. p.6.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal – parte geral*. Editora Forense, Rio de Janeiro/RJ, 2003.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Niterói. Impetus, 2010. p.579-604.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial – Vol.II*, Niterói: Impetus, 2009. p.463-507.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal do Equilíbrio 2ª. Ed.*, Niterói: Impetus, 2007.

SÚMULA 608 disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=608.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em 10 jun. 2010.

TJRJ, 2008, (AC 2008.050.00787-DES. RICARDO BUSTAMANTE - Julgamento: 08/07/2008 - TERCEIRA CAMARA CRIMINAL) disponível em: <www.tjrj.jus.br> acesso em 10 jun. 2010.

TJRJ, 2009, (AC 2008.050.00882 - DES. ADILSON VIEIRA MACABU - Julgamento: 26/05/2009 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL) disponível em: <www.tjrj.jus.br> acesso em 10 jun. 2010.

TJRJ, 2010 (HC 0061741-27.2009.8.19.0000 - DES. JOSE AUGUSTO DE ARAUJO NETO - Julgamento: 23/02/2010 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL) disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=CONxWEB&PGM=WEBPCNU88&PORTAL=1&protproc=1&N=200905908800>> acesso em 10 jun. 2010.

TJSP - HC nº 990.09.334042-9 - Rei. Des. ERICSON MARANHO j. 25.03.2010 Disponível em: <www.tj.sp.gov.br/servico/consulta> acesso em 08 mai. 2010.