

**UNIJUI - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

SAMANTA JENIFER BASSO

**OS CRIMES DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA LEI
12.015/2009: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS**

IJUÍ (RS)
2012

SAMANTA JENIFER BASSO

**OS CRIMES DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA LEI
12.015/2009: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS**

Monografia final do Curso de Graduação em
Direito objetivando a aprovação no componente
curricular Monografia.

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul.

DEJ – Departamento de Estudos Jurídicos.

Orientadora: Ester Eliana Heuser

IJUÍ (RS)
2012

SAMANTA JENIFER BASSO

**OS CRIMES DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA LEI N.º 12.015/2009:
CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS.**

Trabalho final do Curso de Graduação em Direito aprovada pela Banca Examinadora abaixo subscrita, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito e a aprovação no componente curricular de Trabalho de Curso.

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

DCJS - Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais

Ijuí, 14 de dezembro de 2012

Ester Eliana Heuser – Mestre - UNIJUÍ

Patrícia Oliveski - Mestre - UNIJUÍ

Dedico este trabalho a todos que de uma forma ou outra me auxiliaram e ampararam-me durante estes anos da minha caminhada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, a Deus, pela vida, força e coragem.

A minha orientadora Ester pela sua dedicação e disponibilidade.

A todos que colaboraram, de uma maneira ou outra, durante a trajetória de construção deste trabalho, principalmente à minha família, sem a qual eu nada seria, meus agradecimentos!

"Se se proibem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos, porque se mudam arbitrariamente as idéias ordinárias de vício e virtude, que antes se proclamam eternas e imutáveis.[...] Quereis prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras; e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las." Cesare Beccaria

RESUMO

A presente pesquisa consiste em avaliar as alterações promovidas pela Lei 12.015/09 em relação aos crimes de estupro e de estupro de vulnerável, analisando o impacto de tais alterações no processo de aplicação da pena, bem como sua adequação aos princípios penais da dignidade da pessoa humana, da lesividade e da proporcionalidade. A partir da vigência da referida lei surgiram inúmeros questionamentos. Alguns relacionados à sua aplicabilidade prática, uma vez que se percebeu uma dissintonia entre as razões político-criminais que embasaram as alterações legais e a aplicação das novas normas aos casos concretos e outros, relacionados à eventual inconstitucionalidade das novas normas, tendo em vista os princípios constitucionais penais consagrados na Constituição brasileira de 1988. O presente trabalho, de maneira concisa e explicativa, terá como fito trazer ao alcance de toda população, não só aos operadores do direito, a aplicabilidade das alterações promovidas em nosso sistema penal, advindas da Lei 12.015/09.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Formulação e aplicação da lei penal. Sociedade contemporânea.

ABSTRACT

The purpose of the present research is to evaluate the changes introduced by Law 12.015/09 in relation to crimes of rape and rape of vulnerable, analyzing the impact of such changes in the process applying the penalty, as well as its suitability to the principles of criminal injury and proportionality. Since the validity of that law many questions emerged. Some related to its practical applicability, since we felt an dissintonia between the criminal political reasons that supported the legal changes and implementation of new norms to concrete cases and, others related to the eventual constitutionality of new standards having in view the constitutional principles of criminal set out in 1988 Brazilian Constitution. The present work concisely and explanatory, will aim to bring within the reach of the whole population, not only to the law applicants, the applicability of the changes introduced in our criminal justice system coming from the Law 12.015/09.

Keywords: Constitutional principle. Formulation and application of criminal law. Contemporary society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A TUTELA PENAL DA LIBERDADE SEXUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	13
1.1 A Liberdade Sexual como Objeto de Proteção Penal: Antecedentes Históricos	13
1.2 Os Delitos de Estupro e de Atentado Violento ao Pudor no Código Penal de 1940	18
1.3 As Inovações Introduzidas pela Lei 12.015/2009: Razões Político Criminais.....	21
1.4 A Proteção da Liberdade Sexual na Lei 12.015: da Proteção aos Costumes à Proteção da Dignidade Sexual	23
2 OS CRIMES DE ESTUPRO E DE ESTURPO DE VULNERÁVEL NA LEI 12.015/2009	26
2.1 O Delito de Estupro na Lei 12.015/09	26
2.1.1 Nova definição legal para o delito de estupro	27
2.1.2 Concurso de crimes e a aplicação de pena no delito de estupro.....	28
2.1.3 Conflito de leis no tempo e incidência da nova lei: aspectos polêmicos.....	31
2.2 A Nova Figura do Estupro de Vulnerável.....	35
2.2.1 O conceito de vulnerabilidade do Art. 217-A.....	36
2.3 Os Crimes de Estupro e de Estupro de Vulnerável Face os Princípios da Lesividade e da Proporcionalidade: Aspectos Polêmicos	40
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem foco, especificamente, nas mudanças advindas da Lei 12.015/2009, a qual alterou a tipificação legal do delito de estupro, trazendo como sujeitos passivos tanto a figura da mulher, quanto a do homem, bem como trouxe a figura do estupro de vulnerável, que estabeleceu fator etário no corpo de texto do tipo penal em estudo.

A partir da vigência da Lei 12.015/09, surgiram numerosos questionamentos. Muitos deles vieram relacionados à sua aplicabilidade prática, uma vez que se percebeu uma dissintonia entre às razões político-criminais que embasaram as alterações legais e a aplicação das novas normas aos casos concretos e; outros, relacionados à eventual inconstitucionalidade das novas normas, tendo em vista os princípios constitucionais penais consagrados na Constituição brasileira de 1988.

Tal realidade permite que se coloquem vários questionamentos, tais como acerca de quais as razões político-criminais ensejaram as alterações promovidas pela lei 12.015/09? Ainda: Tais razões se compatibilizam com o modelo político-criminal inserido no texto constitucional?

Além disso, a interrogação permanece quanto às entraves enfrentadas entre o querer do legislador quando das alterações feitas na Lei 12.015/09 e a efetiva aplicação da lei no caso concreto, sobre os fundamentos que deram ensejo ao conceito de vulnerabilidade, bem como à violência presumida, no elemento constitutivo presente no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro. E por último, mas não menos importante, acerca da violação dos princípios constitucionais decorrentes da imposição do caráter absoluto ao delito de estupro de vulnerável.

O objetivo da presente pesquisa consiste em avaliar as alterações promovidas pela Lei 12.015/09 em relação aos crimes de estupro e de estupro de vulnerável, analisando o impacto de tais alterações no processo de aplicação da pena, bem como sua adequação aos princípios penais da dignidade da pessoa humana, da lesividade e da proporcionalidade.

A intenção ao escolher o presente tema foi a de instruir e esclarecer ao número máximo de pessoas acerca das lacunas que assombram o judiciário com o advento da Lei 12.015/09 e, principalmente, trazer aos operadores do direito o atual posicionamento do Poder Judiciário frente à aplicação desta lei ao caso concreto. Com o advento da Lei 12.015/09, o legislador acabou por não se fazer entender, uma vez que sua intenção foi demasiadamente distorcida na hora da aplicação da lei ao caso concreto.

O presente trabalho foi subdividido em dois capítulos, os quais abrangem, respectivamente, a tutela penal da liberdade sexual na legislação brasileira, bem como acerca dos crimes de estupro e estupro de vulnerável na Lei 12.015/09. Cada capítulo foi dividido em subtítulos, os quais explicitam, de forma mais abrangente, cada problemática ensejada pela nova legislação. Trata-se de um assunto recente, polêmico, o qual instiga, trazendo à baila a necessidade de um estudo aprofundado, não se podendo deixar sua interpretação correr apenas da letra fria da lei.

No primeiro capítulo buscou-se compreender como se deu historicamente, no Brasil, em âmbito normativo, a proteção à liberdade sexual. Restou abordado o desenvolvimento histórico da proteção à liberdade sexual, bem como as razões pelas quais se deram as modificações na parte especial do Código Penal brasileiro, advindas da Lei 12.015/09.

No segundo capítulo, o estudo teve foco sobre a nova definição dos delitos de estupro e estupro de vulnerável, trazidos pela Lei 12.015/09, a qual alterou significativamente os artigos 213 e 217 do Código Penal brasileiro. Foram feitas considerações acerca do concurso de crimes e da aplicação da pena do delito de estupro, assim como do conflito de leis no tempo e a incidência da nova lei, trazendo à baila algumas considerações críticas. Por fim, foi dado enfoque aos crimes de estupro e de estupro de vulnerável face aos princípios da dignidade da pessoa humana, da lesividade e da proporcionalidade, avaliando-se a

compatibilidade das figuras mencionadas com o modelo político criminal consagrado na Constituição brasileira de 1988.

1 A TUTELA PENAL DA LIBERDADE SEXUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A tutela penal da liberdade sexual é tema polêmico que, ao longo dos anos, vem exigindo, cada vez mais, a atenção dos operadores do direito na hora de penalizar, assim como de restituir o sujeito praticante de crimes dessa natureza ao seio da sociedade. Não obstante o fato de que a violência sexual sempre esteve presente na história da humanidade, especialmente, no âmbito das relações familiares, pouco se falava sobre isso, uma vez que raras eram as denúncias efetuadas, havendo, em tempos passados, um pacto de silêncio, o qual impedia a denúncia dos agressores.

Hodiernamente, quer pela mudança nos costumes, quer pela ruptura do antes mencionado pacto de silêncio, o agressor não se encontra mais num lugar tão confortável quanto estava em tempos passados. Percebe-se, hoje, um crescimento significativo de denúncias referente à prática de delitos contra a liberdade sexual, o que vem motivando diversas mudanças na legislação penal. Tais mudanças têm sido produzidas com o fito de estimular cada vez mais as denúncias por parte dos ofendidos, bem como a frear sobremaneira os agressores, na utopia de expurgar por inteiro tais condutas do seio da sociedade.

Diante deste cenário de alterações normativas que, na última década, mostrou-se abrangente, é necessário compreender como tais inovações têm contribuído com o enfrentamento dos casos de violência sexual. Deste modo, buscando compreender como se deu historicamente, no Brasil, em âmbito normativo, a proteção da liberdade sexual, o presente capítulo aborda o desenvolvimento histórico da proteção à liberdade sexual, bem como as razões pelas quais se deram as modificações na parte especial do Código Penal brasileiro, advindas da Lei 12.015/09.

1.1 A Liberdade Sexual como Objeto de Proteção Penal: Antecedentes Históricos

Ao longo da história, foram poucos os textos legais que não trataram da tutela penal da liberdade sexual, tendo como forte motivo para isso a influência de concepções morais e da tentativa de conformação da sexualidade segundo determinados padrões. Tais pontos de vista tornavam-se perceptíveis em significativa parte das leis elaboradas nos séculos XVIII, XIX e XX (ESTEFAM, 2010).

O delito de estupro, por exemplo, foi tipificado desde os primórdios, na legislação pátria. Começando com as Ordenações Afonsinas, donde já se via a figura do estupro com duas definições distintas: a do estupro voluntário, caracterizado sob a epígrafe “Do que dorme com moça virgem, ou viúva por sua vontade” e do estupro violento, intitulado como “Da mulher forçada e como se deve provar a força.” No primeiro caso, pretendia-se castigar os “pecados contra a vontade de Deus.” O fato ilícito era sancionado com o casamento ou, caso assim não desejasse a vítima, com a concessão de um dote. No segundo caso, a pena para quem praticasse o referido delito era a pena capital. Importante salientar que apenas podiam figurar como sujeito passivo do aludido delito as mulheres virgens, religiosas, casadas ou viúvas honestas (ESTEFAM, 2010, p. 142).

Ao tempo das Ordenações Manuelinas, o estupro assim era intitulado “Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade” e “do que dorme com moça virgem, ou viúva honesta por sua vontade, ou entra em casa de outrem para com cada uma delas dormir, ou com escrava branca de guarda. E do que dorme com mulher, que anda no Paço.” Vislumbra-se, aqui, a abrangência significativa no polo passivo do tipo penal, uma vez que alcançava também as mulheres escravas e as prostitutas. O estupro violento permanecia com sua legislação anterior, sendo punido, de mesma sorte, com pena capital (COSTA, 2001, p. 1.410).

As Ordenações Filipinas tratavam o delito de estupro como sendo “do que dorme per força com mulher, ou trava della, ou a lera per sua vontade.” Como penalização permitia a imposição da pena de morte, ao estatuir que “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja, escrava, morra por ello.” (COSTA, 2001, p.1410).

O Código Criminal do Império de 1830, em seu capítulo II, tratava “Dos crimes contra a segurança da honra” e, ao tratar do delito de estupro, conceituava-o, em seu artigo 219, como “Deflorar mulher virgem menor de dezessete anos”. Aqui permanecia a figura do casamento ou pagamento de dote como extinção da punibilidade do agente. Ainda, tal ordenamento jurídico tratava também da figura do atentado violento ao pudor. Tem-se, desta forma, o delito de estupro como sendo o ilícito penal que oferece através da história a maior quantidade e qualidade de variantes em seus elementos e, diante do direito comparado, pode-se notar a configuração típica de variadas índoles (COSTA, 2001, p. 1410).

O Código Penal de 1980, em seu título VIII, cuidava “dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor” e, ao tratar do atentado violento ao pudor, configurou esse em seu capítulo I, como sendo “da violência carnal”, assim, descrevia:

Art. 266: Atentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral. Parágrafo único: Na mesma pena incorrerá aquele que corromper pessoa menor de idade, praticando com ela ou contra ela atos de libidinagem; Art. 267: deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude; Art. 268: Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta. (COSTA, 2001, p. 1.416).

O legislador de 1890 estatuiu norma declarativa no corpo do artigo 269, quando referiu que:

Chama-se estupro, o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades físicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam hypnotismo, o clorofórmio, o ether, e, em geral, os anestésicos e narcóticos. (COSTA, 2001, p. 1.416).

Nas Consolidações das Leis Penais de 1932, foram tratados de forma unificada os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos seguintes termos:

Art. 266, §1.º Exercitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 anos, induzindo-a à prática de actos desonestos, viciando a sua inocência ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral, §2.º Corromper pessoa menor de 21 anos, de um ou de outro sexo, praticando com Ella ou contra Ella, actos de libidinagem. Art. 267. Deflorar mulher menor de idade, empregando sedução, engano ou fraude. (COSTA, 2001, p. 1.417).

Sob tal epígrafe, estavam alinhados os denominados crimes sexuais, passando a contemplar cinco subclasses, tendo sido deslocado o crime de adultério para o elenco dos crimes contra a família. A exposição de motivos assinada por Francisco Campos dizia que “o Direito Penal não pode abdicar de sua função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes.” Introduzia, ainda, a violência presumida e reduzia o limite de idade, atendendo à privacidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no

caso dos adolescentes é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, bem como a capacidade de consentimento (COSTA, 2001, p. 1411).

Já o Código Penal de 1940 tratou, em capítulos separados, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor. Ainda, no Título V, tratou da proteção aos costumes, estabelecendo, para tanto, cinco crimes contra a liberdade sexual, quais sejam: estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude e atentado violento ao pudor mediante fraude. Mais tarde foi inserida a figura do assédio sexual. Verificou-se como sendo o principal objeto jurídico de proteção os costumes sexuais e não, necessariamente, a liberdade de disposição do corpo (ESTEFAM, 2010).

Além das condutas acima citadas, também estavam previstos como crimes contra os costumes as condutas de sedução e de rapto (violento ou consensual). Muito importante se faz citar a discriminação existente com a figura feminina transcrita no Código de 1940. A mulher, àquela época, era sujeito passivo exclusivo dos delitos concernentes ao Título V do aludido código e, não bastasse, em alguns casos, exigia-se sua virgindade ou honestidade para que se desse a configuração do ilícito penal (ESTEFAM, 2010).

Uma rápida análise da legislação pretérita demonstra que, àquela época, a lei penal foi utilizada para impor pautas morais de comportamento, especialmente aqueles relacionados ao campo da sexualidade. Ao proteger prioritariamente os “costumes”, enquanto padrões aceitáveis de comportamentos sexuais, eleger a mulher “honesta” ou “virgem” como vítima prioritária dos delitos desta natureza, a legislação pretérita ocupou-se, essencialmente, em preservar uma determinada concepção moral/sexual baseada no aprisionamento da sexualidade feminina. Deste modo, em um campo reservado às convicções íntimas e à consciência individual, tinha-se, de forma equivocada, a intervenção do Estado, numa área de afetação a qual não incumbia (não incumbe, nem nunca incumbirá) tal intervenção, uma vez que se passou a equiparar o direito e a moral, bem como crime e o pecado (ESTEFAM, 2010).

As tendências criminalizadoras enfocavam a vitimização exclusiva da mulher, indo de encontro com o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres, possuindo uma concepção extremamente moralista. Ainda, vislumbrava-se tal vitimização extremamente moralista principalmente pelo fato de se distinguir o estupro do atentado violento ao pudor.

Nesse sentido, leciona Karam (1995, p.154, grifo nosso):

[...] O destaque da conjunção carnal dita natural ou normal, levando à constituição de um tipo diferenciado daquele integrado pela prática de atos libidinosos outros, como, por exemplo, o coito anal, só se explica pela consideração especial dada à **função reprodutora do ato sexual**, presente naquela e não em outras formas de relação sexual.

Mister se faz lembrar a importância de se compreender e limitar o exato alcance do valor protegido em cada um dos títulos da Parte Especial contida no Código Penal, uma vez que são eles que, como bem ressalta Estefam (2010, p.131) “[...] revelaram a extensão que se pode dar à esfera de proteção de cada norma penal e auxiliaram decisivamente para solucionar eventuais dúvidas interpretativas.” Destarte, a proteção perquirida no Título VI, “Dos Crimes contra os Costumes”, referia-se à tutela do comportamento médio da sociedade concernente à ética sexual. Tem-se, aqui, uma noção impregnada de moralismos, transmitindo a impressão de que se procurava impor aos sujeitos de direito um padrão mediano acerca de sua atividade sexual (KARAM, 1995).

Ao referir-se à liberdade sexual como objeto de proteção penal, Costa (2001, p.1.417, grifo nosso) observava que esta deveria ser entendida:

[...] como **a livre disposição do próprio corpo dentro dos limites fixados pelo direito e pelos costumes sociais**. O denominado pudor médio é constituído pelo conjunto de normas consuetudinárias de convivência social em relação à sexualidade. Encadeadas as observações consignadas, surge o sentimento formado pela massa social com respeito ao exercício da sexualidade diante do costume no cotidiano da vida, questionando-se até o momento em que uma pessoa deve considerar-se merecedora da estima pública ou privada em razão do exercício explícito de sua sexualidade. A liberdade sexual, entendida como a liberdade de dispor de seu próprio corpo para os fins sexuais, dentro dos limites normativos e dos costumes sexuais, respeitado o direito de ser diferente, pode ser objeto de ofensa pela conjunção carnal ou atos libidinosos, violentos, abusivos ou fraudulentos. **Busca-se preservar a dignidade sexual do cidadão, observados os direitos constitucionais à sua intimidade, à sua imagem, à sua liberdade sexual, à sua autodeterminação.**

Percebe-se que o autor, ao mencionar a proteção à liberdade sexual, já se preocupava em relacioná-la a ideia de dignidade humana, mas sem desvinculá-la das expressões costumes e pudor médio. Isso porque o objeto de proteção eleito pelo legislador era, efetivamente, os costumes.

Em março do ano de 2005, deu-se considerável atualização nas disposições inseridas no Título VI, decorrentes da Lei n.º 11.106, a qual veio para corrigir injustificáveis anacronismos presentes no Código Penal, como por exemplo, a retirada da expressão “mulher honesta”, bem como a descriminalização do crime de sedução e do rapto consensual. No entanto, muitos problemas ainda persistiram, como por exemplo, a permanência da denominação do Título como sendo “dos crimes contra os costumes.” (KARAM, 1995).

Por fim, imprescindível se faz trazer à baila a recentíssima alteração trazida com o advento da Lei 12.015/09, a qual alterou o Título VI, do Código Penal de 1940, passando a tutelar a dignidade sexual, e não mais os “costumes”, como acima referido. Veio, ainda, reconhecer que os crimes sexuais, tanto os violentos como os fraudulentos, atingem diretamente a dignidade, liberdade e personalidade do ser humano, tendo como bem jurídico a ser tutelado a liberdade sexual tanto da mulher quanto do homem. Em outros termos, tanto o homem, quanto a mulher têm o direito a negar-se a se submeter à prática de atos lascivos ou voluptuosos que não queiram realizar (BITENCOURT, 2011).

1.2 Os Delitos de Estupro e de Atentado Violento ao Pudor no Código Penal de 1940

Como mencionado no tópico anterior, o delito de estupro, antes do advento da Lei 12.015/2009, encontrava-se situado no Título V (Dos crimes contra os Costumes), Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual), em seu Art. 213, do Código Penal de 1940, o qual possuía a seguinte definição: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena: reclusão de três a oito anos.” (ESTEFAM, 2010, p. 140).

Para discorrer sobre a conceituação do delito de estupro inserido no Código Penal de 1940, vale-se utilizar da linha intelectual de Costa (2001, p. 1.412, grifo do autor) quando mencionava que:

O estupro é configurado em nossa legislação como ato de constranger (compelir, forçar, obrigar) mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Portanto, comete o ilícito de estupro, o homem que, por meio de violência efetiva, física ou moral, ou depois de, para esse fim, ter tornado a mulher inconsciente ou a colocando em condições de não poder resistir, sendo irrelevante a idade, estado civil ou a ética comportamental, constrange-a à conjunção carnal, entendida lícita ou ilícita, com a penetração do pênis na vagina (*introductio penis intra vas*), ainda que parcial, excluindo o coito Vulvar, existindo ou não a *imissio seminis*.

Ainda, o supracitado doutrinador muito bem destaca o fato de que nosso legislador afastou os denominados “atos *contra natura*”, separando a cópula vaginal, em que o sujeito passivo só pode ser a mulher, do coito oral e anal, que tonificam o injusto de atentado violento ao pudor, visto que não são órgãos genitais. Tal ponto considerava-se um dos mais polêmicos, os quais deram ensejo à recente reforma penal (COSTA, 2001).

Segundo a redação anterior, no delito de estupro o sujeito ativo era sempre o homem, que tem por finalidade a conjunção carnal. Admitia-se, no entanto, a mulher na figura de co-autora, partícipe ou cúmplice, jamais autora. Admitia-se, ainda, a coautoria por omissão, quando o ilícito era praticado na presença da mãe da ofendida, pela inércia absoluta, constituindo violação do dever de proteção, a qual se torna omissão penalmente relevante (ESTEFAM, 2010).

Cuidava-se, portanto, de crime próprio, pois somente o homem podia ser sujeito ativo. No pólo passivo, encontrava-se exclusivamente a mulher viva, pois se o ato fosse praticado sobre um cadáver por necrofilia teríamos outro bem jurídico, tipificando o injusto de vilipêndio a cadáver, fugindo, deste modo, da figura do estupro (ESTEFAM, 2010).

Com relação aos elementos normativos do tipo, a violência como meio para obter a conjunção carnal devia guardar uma relação direta de causa e efeito. Ainda, importante destacar que a violência poderia ser empregada por meio de drogas ou álcool e hipnotismo (COSTA, 2001).

O atentado violento ao pudor encontrava-se situado no Título V (Dos crimes contra os Costumes), Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual), no Art. 214, do Código Penal de 1940, possuindo a seguinte definição:

Art. 214: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique, ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena: reclusão de dois a sete anos. (COSTA, 2001, p. 1.421).

Segundo retrata Estefam (2010, p.143, grifo do autor), nestes casos:

[...] o constrangimento deve ser dirigido a obrigar alguém a praticar ou permitir que com este se pratique algum ato libidinoso. As elementares

“praticar” e “permitir que com este se pratique” não se confundem com o núcleo da disposição. Não se trata de verbos nucleares, mas de comportamentos (ativos ou passivos) aos quais a vítima é sujeita *manu militari* pelo agente (este constrange e aquela pratica ou permite a prática).

Nesta seara, o sujeito ativo e/ou passivo poderia ser tanto o homem, quanto a mulher, não se tratando, desta forma, de crime próprio.

As ações nucleares dos tipos penais de estupro e de atentado violento ao pudor consubstanciavam-se no verbo constranger, mediante violência ou grave ameaça. Constranger significa forçar, compelir, coagir. A violência, no entanto, poderia ser tanto real, como presumida (JESUS, 1988).

A violência real, segundo definia Capez (2010, p. 30) “é a material, ou seja, o emprego de força física capaz de tolher a capacidade de agir da vítima, impedindo-a, em suma, de desvencilhar-se do estuprador. Trata-se, desta forma, de violência real.”

Segundo Gonçalves, (2010, p. 517), o delito de estupro pressupõe o emprego de violência ou grave ameaça, conceituando violência como “[...] toda forma de agressão ou emprego de força física para dominar a vítima e viabilizar a conjunção carnal ou outro ato de libidinagem.”

A violência presumida, também chamada de moral, consoante se infere de definição também formulada por Capez (2010, p. 30) “é aquela que age no psíquico da vítima e cuja força intimidatória é capaz de anular sua capacidade de querer.”

Segundo Costa (2001, p. 1.423) “A violência moral (vis compulsiva) é o propósito manifestado através de palavra, ato ou gesto de causar um mal sério, justo ou injusto, considerável, futuro, ou eminente e irreparável.”

No entanto, cabe ressaltar acerca da violência moral o fato de que a lei faz ressalva de que a intimidação deve ser grave, ou seja, o dano prometido deve ser maior que a própria conjunção carnal ou a prática do ato libidinoso, não tendo a vítima, dessa forma, outra alternativa, senão ceder à realização do ato sexual. O mal em questão poderia ser direto, sendo ele praticado contra a própria vítima, ou indireto, quando é acometido a terceiros próximos da

vítima. Ainda, o mal poderia ser justo ou injusto, devendo ser analisado consoante se infere das condições físicas e psíquicas da vítima, devendo levar em conta se se tratava de vítima idosa, enfermo ou criança, por exemplo (COSTA, 2001).

Ainda na esfera da violência presumida, importante citar a antiga redação 224, do Código Penal, a qual presumia a violência nos casos de estupro contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, alienada ou débil mental, ou, ainda, quando ela não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Já a questão da violência presumida suscitou e ainda suscita debates entre os tribunais acerca da natureza da presunção – se absoluta ou relativa – uma vez que o legislador equipara o discernimento psíquico do menor de quatorze anos ao do débil mental. Tal debate influenciou profundamente a alteração promovida pela Lei 12.015/09, quando esta veio a revogar o artigo 224 do Código Penal, vindo a criar a figura do estupro de vulnerável, figura essa que será abordada com mais ênfase no próximo capítulo.

1.3 As Inovações Introduzidas pela Lei 12.015/2009: Razões Político Criminais

Como se viu anteriormente, com a lei 12.015/2009 foram introduzidas importantes alterações no tratamento punitivo dos crimes relacionados à liberdade sexual. Importante mencionar que tais alterações, que serão trabalhadas de forma mais detalhadas no próximo capítulo, derivaram de inúmeras questões, dentre elas uma crítica consistente a legislação anterior, mais preocupada com a proteção aos costumes do que propriamente com a liberdade sexual.

Havia também uma grande preocupação internacional com a exploração sexual de crianças e adolescentes, o que levou o Congresso Nacional a criar uma CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito). Tal comissão foi instalada no âmbito do Congresso Nacional, com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Tal comissão encerrou seu trabalho em agosto de 2004, e dele resultou o Projeto de Lei 253/04, o qual culminou com a promulgação e publicação da Lei n.º 12.015/09 (DELGADO, 2012).

Da exposição de motivos do Projeto de Lei aludido se infere que tais inovações foram introduzidas por consequência de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada, quanto a termos e

enfoques, não atendia a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade em razão do padrão insuficiente de repressão nos crimes sexuais, seja pelos valores sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida.

Por meio do diploma legal, foram fundidas as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, que recebeu o nome de estupro (art. 213), com o fito de proteger a dignidade sexual também do homem. Além disso, foi criado o delito de estupro de vulneráveis (art. 217-A), o que pretendeu encerrar a discussão que havia em nossos Tribunais, principalmente os Superiores, no que dizia respeito à natureza da presunção de violência, quando o delito era praticado contra vítima menor de 14 (catorze) anos (ESTEFAM, 2010).

Além disso, outros artigos tiveram alteradas suas redações, abrangendo hipóteses não previstas anteriormente pelo Código Penal; outro capítulo (VII) foi inserido, prevendo causas de aumento de pena. As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. Ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado está diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças (DELGADO, 2012).

Nesta seara, discorre Nucci (2009, p. 14, grifo nosso):

Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art. 5º, X, da 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 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, da CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual.

Com efeito, com a novel legislação, ao tratar de crimes contra a “dignidade sexual”, deixa claro que se busca garantir a dignidade da pessoa humana (Artigo 1.º, inciso III da Constituição Federal), a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, além do pleno e

sadio desenvolvimento da personalidade do sujeito de direitos, no concernente à sexualidade do indivíduo.

1.4 A Proteção da Liberdade Sexual na Lei 12.015: da Proteção aos Costumes à Proteção da Dignidade Sexual

Desde a promulgação da atual Carta Constitucional, a qual erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, já se vislumbrava a necessidade de uma releitura das disposições do Título VI, do Código Penal, mormente, de sua qualificação, a qual era tida, como “Dos Crimes Contra os Costumes.” A Lei n.º 12.015/09 alterou o Título VI do Código Penal, que passou a tutelar a dignidade sexual, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros, suprimindo, de uma vez por todas, a antiga terminologia ligada aos costumes.

A partir de um conceito jurídico, tem-se o costume caracterizado por dois elementos que o geram e justificam: o *corpus ou consuetudo*, que consiste na prática social reiterada do comportamento (uso objetivo, de acordo com a expressão *longi temporis praescriptio*) e o *animus*, que consiste na convicção subjetiva ou psicológica de obrigatoriedade desses comportamentos enquanto representativos de valores essenciais. Os crimes contra os costumes então foram as condutas que a sociedade, de forma reiterada, rechaçou e que o indivíduo, de modo geral, acreditou não ser corretas, a ponto de o Direito considerá-las ilícitos penais (SANTANA, 2010).

A nova nomenclatura dada ao Título VI não utiliza mais a expressão “costumes”, pois estes remetiam o intérprete à idéia de defesa da forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na sociedade. Mais importante do que a defesa do indivíduo estava o que socialmente se admitia dele e para ele. O foco dos juristas não era deste modo, a proteção da dignidade humana, como preceitua o art. 1º, III, da Constituição de 1988 (ESTEFAM, 2010).

É preciso enfatizar, que a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III) é vetor para a identificação material dos direitos fundamentais. A nossa Carta Magna, em razão de conferir uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por

sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, nos traz a ideia de que tal princípio vem a servir de fundamento ao nosso Estado Democrático de Direito (SARLET, 2012).

Trata-se, dessa forma, de um atributo que todo ser humano possui, independentemente de qualquer requisito ou condição, seja ele de nacionalidade, sexo ou religião. É considerada como valor constitucional supremo, sendo, para tanto, núcleo axiológico da constituição.

Segundo leciona Sarlet (2012, p.73):

[...] dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e coresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Ainda, também vista como tarefa imposta ao Estado, a dignidade humana reclama que esse venha a guiar suas ações. Tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, de modo especial, criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade (SARLET, 2012).

O legislador, ao escolher a expressão “crimes contra a dignidade sexual”, harmonizou a norma penal à Carta Magna e à realidade dos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais elencados no aludido Título do Código Penal. Albergou-se com isso, a tutela da liberdade e do desenvolvimento sexual de cada indivíduo.

Ainda, acerca do tema tratado, bem ilustra Gomes (2009, p. 2, grifo nosso) ao discorrer sobre a mudança na nomenclatura do Título VI, do Código Penal:

Em razão da multiplicidade de tipos penais, parece-nos importante a fixação dos parâmetros mencionados. O risco de se fazer confusão entre o Direito e a Moral é muito grande (sobretudo na esfera dos crimes sexuais). Cada um tem uma visão de mundo. Cada um vê o sexo de uma maneira. Mas a moral de cada um não pode preponderar sobre o bom senso, sobre a razoabilidade. O processo de secularização do Direito penal começou, de forma clara, no século XVIII: Direito e Moral foram separados, delito e pecado foram delimitados. Enquanto de adulto se trate, cada um dá à sua vida sexual o rumo que bem entender. **O plano moral não pode ser confundido com o plano jurídico. O Estado não tem o direito de instrumentalizar as**

peçoas (como dizia Kant) para impor uma determinada orientação moral ou sexual.

Tem-se, portanto, que a denominação, bem como a nova esfera de compreensão da objetividade jurídica, mostrou-se auspiciosa e, segundo uma leitura constitucional, remove o superado paradigma da sexualidade a partir da moral pública, passando-se a proteger de fato, a dignidade sexual sem distinção de gêneros ou quaisquer caracteres subjetivos, expurgando a figura da delimitação antes existente, aproximando-se a tão buscada igualdade que preceitua nossa Carta Magna (GOMES, 2009).

Por fim, após breve análise acerca da tutela penal da liberdade sexual na legislação brasileira, podemos verificar diversos avanços na forma de agir da sociedade, assim como na legislação a ela direcionada. No entanto, tais mudanças legislativas não foram o suficiente para tutelar, de forma efetiva, os referidos bens jurídicos a serem tutelados que permaneciam (e ainda permanecem) a mercê da proteção estatal. Esta referida mudança, que chegou com o advento da Lei 12.015/09, vai ser estudada, de forma crítica no seguinte capítulo, quando serão abordadas tanto as mudanças advindas da novel legislação, quanto a polêmica que circunda sua aplicação frente aos casos concretos.

2 OS CRIMES DE ESTUPRO E DE ESTURPO DE VULNERÁVEL NA LEI 12.015/2009

O presente capítulo versará sobre a nova definição do delito de estupro e do delito de estupro de vulnerável trazido pela Lei 12.015/09, a qual alterou significativamente os artigos 213 e 217 do Código Penal Brasileiro. Será feito um estudo acerca do concurso de crimes e a aplicação da pena do delito de estupro, assim como do conflito de leis no tempo e a incidência da nova lei, trazendo à baila algumas considerações críticas. Por fim, será dado enfoque aos crimes de estupro e de estupro de vulnerável face aos princípios da lesividade e da proporcionalidade, avaliando-se a compatibilidade das figuras mencionadas com o modelo político criminal consagrado na Constituição Brasileira de 1988.

2.1 O Delito de Estupro na Lei 12.015/09

Como se viu anteriormente, uma das principais mudanças contempladas pela Lei n.º 12.015/09 foi a reunião dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, unificando-os em um conceito mais abrangente de estupro. A partir das alterações trazidas pelo diploma legal em estudo, passamos a ter duas espécies distintas de estupro, reunidas em um único artigo, quais sejam: constranger alguém à conjunção carnal; constrangem alguém à prática de outro ato libidinoso (BITENCOURT, 2011).

O intuito do legislador, por meio das alterações realizadas, foi salvaguardar a dignidade das pessoas, não limitando mais a proteção apenas às mulheres, e sim, estendendo a liberdade de autodeterminação em matéria sexual também para os homens. Pune-se o ato de constranger a prática ou permitir que se pratique qualquer ato libidinoso. O dispositivo penal em estudo contém uma única ação nuclear, que significa obrigar alguém a fazer algo contra a sua vontade, pressupondo-se, desse modo, o dissenso da vítima (ESTEFAM, 2011).

Ocorre que, com a nova alteração dada para o crime de estupro, surgiram discussões intensas, notadamente no que se refere às situações em que há concurso de crimes e nos casos em que há conflito de leis penais no tempo. Tais questões, que devem ser orientadas pelos princípios constantes na carta constitucional, notadamente os princípios da irretroatividade da lei penal mais severa e da ultratividade da lei mais benéfica, tem suscitado inúmeras dúvidas e

críticas, que serão enfrentadas mais à frente. Isso porque, em seu conjunto, as alterações trazidas pela Lei 12.015/09, aparentemente buscaram reprimir de forma mais gravosa as condutas lesivas à dignidade sexual e o que se percebe, na prática, é que em muitos casos houve um certo “afrouxamento” do rigor punitivo, especialmente nos casos em que se reconhece o concurso de crimes.

2.1.1 Nova definição legal para o delito de estupro

A Lei n.º 12.015/09 trouxe uma nova redação ao delito de estupro, classificando-o como:

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.

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

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

§2.º Se da conduta resulta morte:

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

Na linguagem do Código Penal de 1940, antes das alterações advindas da Lei 12.015/09, o estupro era tido como o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. No entanto, a nova definição legal atribuída ao delito de estupro tipifica que “[...] qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do estupro, desde a mudança introduzida pela Lei n.12.015/09. É possível, destarte, que se cometa estupro entre dois homens, entre duas mulheres, ou entre pessoas (autor e vítima) de sexos opostos.” (ESTEFAM, 2011, p. 149).

Importante se faz mencionar outra alteração advinda da novel legislação, no tocante às causas de aumento de pena relativas ao delito de estupro. Trata-se da inclusão do artigo 234-A, do Código Penal, o qual traz como causas de aumento de pena: se do crime resultar gravidez, bem como se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. No sentir de Estefam (2011) tal inserção se deu de forma correta, em razão de que, além de promover ofensa à dignidade sexual da vítima, cuida-se de hipótese em que o ato produz uma gravidez indesejada.

Outra alteração que se fez com destaque, refere-se à incorporação, no mesmo dispositivo legal, daquilo que antes era dividido em duas condutas típicas diferentes. Antes das alterações trazidas pela nova legislação, tínhamos a figura do estupro e do atentado violento ao pudor em separado. Com a nova redação do delito de estupro, houve a fusão dos artigos 213 e 214 num só tipo penal, ampliando, assim, abrangência do artigo 213 (ESTEFAM, 2011).

Nas palavras de Gonçalves (2011, p. 516, grifo do autor):

[...] o estupro só se configurava pela prática de conjunção carnal (penetração do pênis na vagina), de modo que só podia ser cometido por homem contra mulher. Já o atentado violento ao pudor se constituía pela prática de qualquer outro ato de libidinagem (sexo anal, oral, introdução do dedo na vagina da vítima etc.) e podia ser cometido por homem ou mulher contra qualquer pessoa. **Pela nova lei haverá estupro, quer tenha havido conjunção carnal, quer tenha sido praticado qualquer outro tipo de ato sexual.**

Ainda, seguindo a mesma linha intelectual, corrobora Capez (2011, p. 25, grifo nosso):

[...] Com a nova epígrafe do delito em estudo, entretanto, passou-se a tipificar a ação de constringer qualquer pessoa (homem ou mulher) a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. Deste modo, ações que antes configuravam crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), atualmente revogado pela Lei n.12.015/2009, agora integram o delito de estupro, **sem importar em abolitio criminis**. Houve uma atipicidade meramente relativa, com a mudança de um tipo para outro (em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena).

Deste modo, ao que se depreende da nova redação dada ao delito de estupro, observa-se duas mudanças extremamente significativas: o homem, agora também participando como sujeito passivo do delito de estupro, bem como a fusão dos dois dispositivos legais relativos ao estupro e o antigo atentado violento ao pudor em um só. Ressalvando-se sempre que, em que pese tenha havido a junção dos dois dispositivos, não há que se falar em *abolitio criminis* do revogado artigo 214 do Código Penal.

2.1.2 Concurso de crimes e a aplicação de pena no delito de estupro

Como se viu, na antiga sistemática do Código Penal, antes do advento da Lei 12.015/09, tínhamos os delitos de estupro e atentado violento ao pudor como crimes distintos.

Deste modo, havia dois tipos penais autônomos, sem a possibilidade de aplicação do benefício do crime continuado, em razão desses não pertencerem à mesma espécie. Sempre que houvesse a prática de conjunção carnal e de outros atos libidinosos reconhecia-se o concurso material de crimes¹. Tal entendimento era majoritário nos Tribunais Superiores:

Embora do mesmo gênero, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor não são da mesma espécie, o que afasta a continuidade e corporifica o concurso material. ‘Habeas Corpus’ conhecido; pedido indeferido (STJ, 5ª Turma, HC 10.162, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 2-9-1999, DJ, 27-9-1999, p. 106). (CAPEZ, 2011, p. 44).

Com a união dos delitos, o crime de estupro passou a abarcar também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, razão essa que dará ensejo à possibilidade de se sustentar a continuidade delitiva de tais condutas². A referida alteração advinda da nova legislação processual penal fez com que tais delitos passassem a pertencer à mesma espécie, indo por terra o antigo argumento utilizado pelos Tribunais Superiores para afastar a possibilidade de aplicação da continuidade delitiva nos referidos casos (CAPEZ, 2011).

¹ Segundo Prado (2000, p.328) “*verifica-se concurso de delitos quando o agente, por meio de uma ou mais ações ou omissões, pratica dois ou mais delitos*”. Dentre os sistemas propostos para a aplicação da pena nas diferentes espécies de concurso de delitos, destacam-se, em nosso sistema penal brasileiro: o concurso material, elencado no artigo 69; o concurso formal imperfeito, o qual é abordado no artigo 70, *caput*, 2ª parte; a exasperação, também chamada de crime continuado, descrita no artigo 71; e o concurso formal perfeito, elencado no artigo 70, *caput*, 1ª parte, estando todos elencados no Código Penal.

No concurso material de penas, o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, podendo estes ser idênticos ou não. Sendo os crimes de mesma natureza, tem-se concurso homogêneo. Sendo os crimes de natureza distinta, verificar-se-á concurso heterogêneo. No que concerne à aplicação da pena privativa de liberdade, tratando-se de concurso material, essas serão aplicadas de forma cumulativa, ou seja, será feita a soma aritmética do *quantum* correspondente a cada uma delas.

² O instituto do crime continuado, consoante define Boschi (2000, p. 338) “[...] pressupõe pluralidade de infrações, de desígnios e de resultados. Além disso, a lei penal condiciona que todas as infrações sejam da mesma espécie e tenham sido praticadas em condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, de modo a poder-se concluir, mesmo por ficção, que todos elas são desdobramentos ou derivações da primeira (art. 71).” O crime continuado admite dois tipos: o comum, o qual está estabelecido no artigo 71, *caput*, do Código Penal, e o específico, o qual está situado no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal. O crime continuado comum requer a presença de alguns requisitos, quais sejam: a pluralidade de condutas, circunstâncias semelhantes e que os crimes praticados sejam da mesma espécie. De outro modo, o crime continuado específico exige além, dos requisitos exigidos aos crimes continuados comuns, outros requisitos específicos, quais sejam: que os crimes cometidos sejam dolosos, que haja pluralidade de vítimas, bem como que haja o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa. (BOSCHI, 2000). Na hipótese de crime continuado comum, aplicar-se-á apenas a pena de um dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. O *quantum* concernente ao aumento da pena terá por influência o número de infrações cometidas, bem como serão analisadas outras circunstâncias vinculadas à realização dos fatos criminosos em série continuada. De outro modo, acerca da fixação da pena nos casos de crime continuado específico, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias, aumentar, de forma motivada, a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, em até o triplo, se diversas. (BOSCHI, 2000).

Para Mirabette (2011, p. 398):

Descrevendo o art. 213 um tipo misto cumulativo, é possível o concurso de crimes no estupro quando o agente constrange a vítima tanto à conjunção carnal como à prática de atos libidinosos. Se os atos libidinosos não passam de meros atos preparatórios para a cópula violenta, esta absorve os primeiros, caracterizando-se crime único. Quando, porém, além da conjunção carnal, o agente pratica atos libidinosos que não sejam simples prelúdio da cópula (cópula anal ou oral, introdução de objetos etc.), responderá por mais de um crime de estupro em concurso ou continuidade delitiva.

A aplicação da pena no crime continuado dá-se pelo sistema da exasperação. Aumenta-se a pena do crime mais grave, de um sexto até dois terços, no caso de crime continuado comum, ou de um sexto até o triplo, no crime continuado específico. Em reflexo disso, o sentenciado acaba por ter a aplicação de sua pena de maneira mais branda (ESTEFAM, 2010).

De outra banda, a aplicação da pena em caso de concurso material, consoante leciona Estefam, 2010, p. 374 “envolve, de regra, simples cálculo aritmético. Se o réu cometeu, por exemplo, dois crimes apenados com detenção, o juiz fará a dosimetria de cada um deles e, ao final, os somará, fixando em definitivo a sanção imposta.”

Muito embora o sistema da exasperação traga, de regra, penas mais brandas ao sentenciado, tal reflexo não é absoluto. Dessa forma, importante frisar que a regra do concurso material benéfico também se aplica ao crime continuado, de modo que, se o juiz verificar que a adoção do sistema da exasperação resultará em sanção superior à do cúmulo material, esse deverá se valer deste método, em detrimento daquele (ESTEFAM, 2010).

Percebe-se que neste aspecto, as inovações legais apresentam-se como benéficas aos acusados, uma vez que poderá ser reconhecida a continuidade delitiva, o que implicará, em geral, aplicação de penas mais tênues, no caso de prática de atos sexuais de natureza diversa contra a mesma vítima.

2.1.3 Conflito de leis no tempo e incidência da nova lei: aspectos polêmicos

O conflito de leis penais no tempo dá-se quando duas ou mais leis penais, que tratam do mesmo assunto de modo distinto, se sucedem. Isto acarreta diversas questões, as quais o Direito Penal denomina de direito intertemporal. Em tais casos, deve-se estabelecer-se qual a lei deverá reger o caso concreto (ESTEFAM, 2010).

O conflito de leis penais no tempo ocorre quando o fato é praticado sob a vigência de uma lei e, posteriormente entra em vigor nova lei, regulando-o de modo distinto. Nestes casos a incidência da lei penal deve ser orientada pelo princípio da irretroatividade da lei mais severa e da ultra-atividade da lei mais benéfica.

De acordo com a Constituição Federal Brasileira, bem como do princípio da irretroatividade da lei mais severa, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A lei penal possui caráter irretroativo, caráter esse advindo do princípio da legalidade. A retroatividade benéfica, contudo, não é vedada. A irretroatividade da lei penal se justifica em razão de que, caso a lei pudesse ser aplicada a um caso mais antigo que ela, restaria abalada gravemente a segurança jurídica inerente ao princípio (ESTEFAM, 2011).

Em se tratando do princípio da ultra-atividade da lei mais benéfica, tem-se que não seria lógico, nem razoável, que alguém cumprisse pena depois de uma lei considerar a conduta pela qual foi condenado com o penalmente irrelevante, sob pena de, em não sendo assim, conviverem, ao mesmo tempo, alguém cumprindo pena pelo fato enquanto outros o praticam sem sofrer qualquer consequência penal. No entanto, cabe ressaltar que tal princípio é aplicado apenas às normas de caráter material, uma vez que no caso das normas de caráter estritamente processual, segue a regra contida no artigo 2.º, do Código de Processo Penal (ESTEFAM, 2011).

Acerca da incidência da Lei 12.015/09, o primeiro ponto a ser abordado trata-se dos efeitos da nova lei para os fatos já julgados ou pendentes de julgamento. Com efeito, insta observar que, em alguns casos, a nova legislação deverá retroagir para beneficiar aqueles incriminados sob a égide da antiga redação. Trata-se da hipótese em que o agente sofreu condenação ou encontra-se denunciado pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (antes tipificado nos artigos 213 e 214 do CP), em concurso material, quando

praticados contra a mesma vítima sob um mesmo contexto fático, eis que, com a unificação dos tipos no artigo 213 do Código Penal, o agente passa a responder por um único crime, intitulado agora de estupro (ROMÃO, 2011).

Conforme lições de Nucci (2009, p.63, grifo do autor):

É inequívoca a unificação das condutas criminosas, referentes aos anteriores *estupro e atentado violento ao pudor*, sob um mesmo tipo penal *alternativo*. Portanto, o agente que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal *ou* a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP). É pacífico o entendimento em relação aos tipos alternativos: a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, *quando expostas as práticas num mesmo cenário*, mormente contra *idêntica vítima*, resulta na concretização de *uma só infração penal*.

No caso de cumprimento de pena, por sentença transitada em julgado, caberá ao juízo da execução penal adequar a reprimenda à nova realidade jurídica, podendo fazê-lo de ofício, ou por provocação das partes, conforme artigo 66, inciso I, da Lei n.º 7.210/84, e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, cominado com o artigo 13, *caput*, do Decreto-Lei n.º 3.931/41 – LICPP, haja vista tratar-se de direito subjetivo do réu, erigido na condição de garantia fundamental pelo artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal (ROMÃO, 2011).

Nos processos que ainda estejam pendentes de julgamento, a questão deverá ser suscitada pelo Promotor de Justiça nas alegações finais. Se em grau de recurso, pelo Órgão Ministerial de 2.º Grau, devendo também ser observada nas ações em que haja representação, ou naquelas de natureza pública incondicionada, no momento do oferecimento da denúncia (ROMÃO, 2011).

Sobre a aplicação retroativa da Lei n.º 12.015/09 Nucci (2011, p. 65), leciona que tal, “[...] deve operar-se imediatamente, abrangendo inquéritos, processos em andamento e processos em fase de execução.”, lembrando que:

[...] o primeiro estágio, cuida-se de desenvolver uma imputação de crime único, embora possa existir a descrição dos fatos de maneira distinta, contendo a denúncia ou queixa somente a figura do art. 213. No segundo estágio, cabe ao magistrado, se for o caso, condenar o réu, provada uma ou duas condutas, a um só delito de estupro, mensurando, naturalmente, a pena de maneira mais apropriada possível. Nesse campo, ingressa o princípio constitucional da individualização da pena, vale dizer, o cometimento de violência sexual consistente em conjunção carnal resulta no mínimo de seis

anos; a prática de violência sexual lastreada em conjunção carnal associada a um ou mais atos libidinosos constitui cenário diferenciado. Portanto, valendo-se do disposto no artigo 59 do Código Penal, pensamos ser incabível a fixação de apenas seis anos. A pena mínima não se justifica diante da multiplicidade de condutas sexuais violentas contra determinada vítima. (NUCCI, 2011, p. 65/66).

Dessa forma, para melhor ilustrar a hipotética situação, transcreve-se abaixo precedente jurisprudencial advindo do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. LEI 12.015/2009. NOVA TIPIFICAÇÃO. ART. 213. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 71, CAPUT, DO CP. PREENCHIMENTO. AUMENTO DA REPRIMENDA. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A Lei n.º 12.015/2009 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Penal, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), ambos do CP.

2. Com as inovações trazidas pela Lei n.º 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero - crimes contra a liberdade sexual - e também da mesma espécie - estupro -, razão pela qual, preenchidos os requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), não haveria qualquer óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71, caput, do CP.

3. **Referido dispositivo legal**, por externar um panorama mais benéfico ao sentenciado, pode, em princípio, incidir **imediate e retroativamente aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor**, independentemente da fase em que se encontrem, **posto que são normas de caráter preponderantemente penal.**

4. Verificado que os delitos foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, de rigor o reconhecimento da continuidade delitiva.

5. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o critério de aumento da pena pela continuidade delitiva se faz em razão do número de infrações praticadas.

6. Tendo o paciente praticado 2 (dois) delitos contra a dignidade sexual, devida a escolha da fração mínima de aumento de pena prevista no art. 71, caput, do CP. Precedentes.

7. Habeas corpus concedido para reconhecer, em favor do paciente, o instituto da continuidade delitiva, tornando a sua reprimenda definitiva em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão objurgados. (Superior Tribunal de Justiça, HC 139.956/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/04/2011, grifo nosso).

Outra consideração a ser feita trata-se da revogação do artigo 224 do Código Penal pela Lei 12.015/09. A aludida revogação não alterou a situação dos réus que já foram processados e/ou condenados pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor mediante o emprego de violência presumida, uma vez que as hipóteses elencadas no aludido dispositivo passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável (art. 217-A), com pena mais severa. Não tendo a conduta sido extirpada do ordenamento jurídico, mas, ao contrário, tendo sido tratada com mais rigor, não podendo retroagir para beneficiar os autores dessa conduta (FERREIRA, 2009).

Com efeito, vislumbra-se, de mesma sorte, a revogação do artigo 9.º, da Lei n.º 8.072/90, uma vez que as hipóteses ali contempladas passaram a ser elementares do estupro de vulnerável e não mais poderão caracterizar, ao mesmo tempo, causas de aumento de pena desse mesmo delito, sob pena de incorrer no indevido "*bis in idem*". O aumento previsto no artigo 9.º da Lei dos Crimes Hediondos também não será aplicável ao artigo 213, pois, para a caracterização deste delito, a vítima não pode estar em nenhuma das hipóteses do revogado art. 224 do Código Penal, uma vez que, se estiver, o crime será o do artigo 217-A. Destarte, aquele que foi condenado por estupro ou atentado violento ao pudor contra criança ou portador de doença mental e teve a pena acrescida por conta do artigo 9.º da Lei dos Crimes Hediondos, não terá direito ao cancelamento puro e simples desse acréscimo (FERREIRA, 2009).

Desse modo, sendo a lei nova mais benéfica, essa deve retroagir para alcançar os fatos anteriores, inclusive os já transitados em julgado, mas não para cancelar o aumento de pena, e sim, fazer a correção da pena nos limites estabelecidos pela nova lei. A título de exemplo, se alguém foi condenado por estupro (art. 213, *caput*) à pena de 09 anos (mínima de 06 anos, acrescida de metade pelo fato de a vítima ser menor de 14 anos), terá direito de ver a pena reduzida para 08 anos, que é o mínimo cominado para o estupro de vulnerável (FERREIRA, 2009).

Corroborando com o acima transcrito, temos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a majorante inserta no art. 9.º da Lei n. 8.072/1990, nos casos de presunção de violência, consistiria em

afronta ao princípio *ne bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, seria aplicável a referida causa de aumento. Com a superveniência da Lei n. 12.015/2009, foi revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP). **Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado**, ex vi do art. 2º, parágrafo único, do CP. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.102.005-SC, Relator. Ministro Felix Fischer, julgado em 29/9/2009, grifo nosso).

Acerca da tipificação de crimes, um aspecto a ser considerado, foi o questionamento acerca de qual figura delitiva incorreria aquele que, na forma do artigo 71 do Código Penal, tivesse praticado o crime de estupro ou atentado violento ao pudor sob a égide da lei anterior, seguindo, reiteradamente, na prática delitiva após a entrada em vigor da Lei n.º 12.015/09. A hipótese, decerto, implica na observância do princípio *tempus regit actum*, devendo-se aplicar a lei vigente ao tempo do primeiro crime, porque, sobretudo, mais benigna, cujo alcance se estenderá a todas as condutas típicas subsequentes, notadamente diante da irretroatividade da *lex gravior* (ROMÃO, 2011).

Com efeito, infere-se que a vigência da nova lei nos trouxe inúmeras polêmicas, especialmente no que concerne ao concurso de crimes, assim como no âmbito de incidência temporal da lei penal. No entanto, em virtude do princípio da irretroatividade da lei mais severa e da ultra-atividade da lei mais benéfica, as mesmas devem ser resolvidas pela aplicação da lei mais benéfica, mesmo que, para tanto, seja preciso combinar as duas leis penais.

2.2 A Nova Figura do Estupro de Vulnerável

O crime de estupro de vulnerável foi introduzido na legislação penal, a partir da vigência da lei 12.015/09 e trouxe, de imediato, inúmeras discussões sobre a sua caracterização.

Segundo leciona Mirabette, (2011, p.407 /408):

Pessoa vulnerável, no sentido que lhe conferiu o Código Penal, é, primeiramente, a pessoa menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e à exploração e sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual. [...] pessoa vulnerável, para o Código Penal, é também a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental que não tem o discernimento necessário em relação às práticas sexuais e que, por essa razão, também se encontra particularmente sujeita aos abusos e à exploração sexual.

Com a nova regra, afastou-se o Código Penal da classificação contida no Estatuto da Criança e do Adolescente que considera criança quem tem 12 anos incompletos e adolescente o que tem idade superior a esta e inferior a 18. Para o legislador penal, vulnerável sexualmente é o adolescente menor de 14 anos, o que implica, em tese, sua incapacidade para consentir validamente com atos que tenham natureza sexual.

Uma das principais preocupações do legislador ao elaborar a Lei n.º 12.015/09, consistiu em conferir aos menores de 18 anos especial proteção contra os crescentes abusos sexuais e a proliferação da prostituição infantil. No caso dos adolescentes menores de 14 anos tal proteção tornou-se, por assim dizer, “absoluta”, uma vez que estes são considerados absolutamente vulneráveis no que se refere ao exercício de atividades de natureza sexual/afetiva. A repressão à exploração sexual do menor tem sido objeto de diversos tratados e convenções internacionais, tanto em razão da relevância do bem jurídico atingido por práticas dessa natureza, como também em face da dimensão internacional que vem assumindo o tráfico de menores com fins sexuais.

2.2.1 O conceito de vulnerabilidade do Art. 217-A

Estupro de vulnerável é o crime definido no art. 217-A, do Código Penal, nos seguintes termos: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.” Tal delito também foi incluído, pela Lei nº 12.015/09, no rol dos crimes hediondos (ESTEFAM, 2011, p. 140).

Com a inclusão do referido dispositivo e a revogação do artigo 224 o legislador buscou, aparentemente, por fim à discussão sobre a natureza absoluta ou relativa da presunção de violência, antes reinante. Parece que sua pretensão foi determinar, em definitivo, que

menores de 14 anos são pessoas vulneráveis e, por isso, serão sempre vitimizados sexualmente, mesmo quando consentirem com eventuais ações desta natureza.

Segundo Estefam (2011), nesse caso a proteção penal volta-se à liberdade sexual e ao pleno e livre desenvolvimento das pessoas vulneráveis, ou seja, aqueles que, em face de alguma condição pessoal, sendo ela tanto transitória quanto perene, não dispõem de forças ou de compreensão para resistir a um ataque contra sua dignidade sexual. No que concerne aos menores de 14 anos, a tutela penal também se dirige à defesa da candura, da inocência e da falta de maturidade mental no que se refere à própria sexualidade.

Bitencourt afirma que (2011, p. 89/90, grifo nosso):

[...] o legislador optou por incluir, nessa classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam, *menor de quatorze anos*, ou 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. Na realidade, o legislador faz uma grande confusão com a *idade vulnerável*, ora refere-se a menor de quatorze anos [...], ora a menor de dezoito [...]. A partir daí pode-se admitir que o legislador, embora não tenha sido expresso, trabalhou com **duas espécies de vulnerabilidade**, uma **absoluta** (menor de quatorze anos) e outra **relativa** (menor de dezoito).

Descrito deste modo, o conceito de vulnerabilidade elencado no artigo 217-A, do Código Penal, não trata de eventual vulnerabilidade, puramente circunstancial. Ao se observar as hipóteses mencionadas como caracterizadoras da condição de vulnerabilidade elencadas no aludido artigo, facilmente se conclui que o legislador optou por incluir, nessa classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam, menor de quatorze anos, ou 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.

Para Bittencourt (2011) o legislador fez uma grande confusão com a idade vulnerável. Ora refere-se à menor de quatorze anos (artigos 217-A, 218 e 128-A), ora a menor de dezoito (218-B; 230, §1.º; 231, §2.º, inciso I; 231-A, §2º, inciso I). Dessa forma, pode-se admitir que o legislador, embora não de forma expressa, trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma tida como absoluta (menores de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito).

Nucci (2011) observa que a nova norma, ao conferir proteção “absoluta” aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, “[...] continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.” (NUCCI, 2011, p. 37).

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello, no HC 73.662/MG:

[...] nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes podem advir.

Em que pese a intenção do legislador, em dar cabo à relatividade da presunção de violência contida no revogado artigo 224 do Código Penal, tem-se que a interpretação mais racional deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando as decisões anteriores à aplicação da nova legislação. Dessa forma, o exame acerca da vulnerabilidade deveria ser dado em cada caso, para se constatar, de forma concreta, as condições pessoais de cada ofendido, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea.

Dessa forma, importante se faz transcrever outro trecho exarado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, no HC 73.662/MG:

[...] a presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente virtiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança.

Importante se faz citar o que nossa Carta Magna declara constituir dever da família, da sociedade e do Estado, quando refere que esses devem assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, entre outros, seu direito à dignidade, colocando-os a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput) e, no §4.º, refere verdadeiro mandato de penalização no que se refere ao abuso, a

violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, determinando que tais atos deverão ser severamente punidos (ESTEFAM, 2011).

Há significativa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a conduta daquele que, de maneira furtiva e surpreendente, por exemplo, apalpa as nádegas ou os seios de alguém. Para muitos, o fato tipificava atentado violento ao pudor, com violência presumida. Isso equivale a dizer, com o advento da nova legislação em estudo, que haveria estupro de vulnerável no presente caso.

No entanto, segundo Estefam (2011, p. 172):

[...] em nosso sentir, a subsunção de um ato surpreendente ao art. 217-A do CP fere o princípio da proporcionalidade. Repise-se que a pena mínima do estupro de vulnerável é superior à do homicídio simples. Significa dizer que, numa interpretação puramente literal dos dispositivos, ou, por outro giro, numa análise estritamente formal da tipicidade das condutas, seria mais censurável para a Lei Penal brasileira apalpar lascivamente as nádegas de alguém (quando este estivesse distraído e não tivesse tempo para reagir) do que matá-lo!

Ainda, ao que se depreende de opinião exaurida por profissional atuante na Defensoria Pública de Belo Horizonte/MG:

[...] a alteração propiciada pela Lei n.º 12.015/2009 acaba por ressuscitar o famigerado espírito do código menorista, negando vexatoriamente, em um flagrante retrocesso histórico, talvez insuflado por orientações religiosas mais conservadoras, autonomia aos adolescentes, subjugando-os mais uma vez a uma tutela imposta pelo mundo adulto que, muito embora bem intencionada, despreza as características pessoais daquele indivíduo, dispondo normativamente que ele não tem querer, que ele não tem desejo, e de que ele, como objeto, e não como sujeito, deve se submeter às designações do mundo adulto. (MARTELETTO, p. 2, 2010).

Em meio ao presente estudo, surge uma “luz no fim do túnel”, o anteprojeto do novo Código Penal. Ao que se vislumbra da nova redação do artigo 217-A, tal questão será resolvida:

Estupro de vulnerável
Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos:

Pena – prisão, de oito a doze anos.

§ 1º Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento. (SENADO FEDERAL).

Dessa forma, cairiam por terra as discussões acerca da gritante incongruência contida no vigente artigo 217-A em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que a idade do sujeito vulnerável passaria de 14 para até 12 anos. Ainda, a aludida redação traz consigo condutas específicas a serem incriminadas como estupro, partindo do pressuposto de que se tratam de hipóteses taxativas, afastando, dessa forma, a incriminação equiparada a crime hediondo de condutas que possuem gravidade significativamente inferior e que hoje aparecem previstas como condutas de estupro.

2.3 Os Crimes de Estupro e de Estupro de Vulnerável Face os Princípios da Lesividade e da Proporcionalidade: Aspectos Polêmicos

Tem-se que o sistema jurídico-normativo brasileiro é composto de princípios e regras. Pode-se dizer que os princípios, ao lado das regras, são espécies, das quais se tem como gênero as normas jurídicas.

No sentir de Estefam (2011, p. 108) os princípios são a “expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas fornecendo-lhes a inspiração para o recheio.”

Os princípios, dado o seu caráter de norma superior às demais normas existentes no ordenamento jurídico, servem de garantia a todos os cidadãos em um Estado Constitucional Democrático. Segundo Greco (2008, p. 53), são os princípios “o escudo protetor de todo o cidadão contra os ataques do Estado.” Todas as normas lhe devem obediência, sob pena de serem declaradas inválidas.

Importante se faz transcrever trecho extraído da obra de Celso Antônio Bandeira de Melo (1996, p. 545/546):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave

forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

O princípio da lesividade constitui um princípio fundamental para legitimar o direito penal no Estado Democrático de Direito. Tal princípio, em suma, determina que o direito penal deverá punir o crime se a conduta lesionar ou expuser a perigo concreto um bem jurídico penalmente tutelado, haja vista, não ser função do direito penal moderno condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro, como ocorria em diversas regiões na Europa medieval que sancionava o homossexualismo e a prática da prostituição, por exemplo (BAMBRILIA, 2010).

Bittencourt (2011, p. 22) salienta que o princípio da lesividade exerce dupla função no Direito Penal, servindo, em primeiro lugar, como “[...] orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos políticos-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes.”

Nesse sentido, corrobora a lição de Gomes (2002, p. 41):

[...] a função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si, etc.

De mesma sorte, leciona Capez (2012, p. 43):

[...] a função do princípio da ofensividade é a de limitar a pretensão punitiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos. O legislador deve se abster de formular descrições incapazes de lesar ou, pelo menos, colocar em real perigo o interesse tutelado pela norma. Caso isso ocorra, o tipo deverá ser excluído do ordenamento jurídico por incompatibilidade vertical com o Texto Constitucional.

Destarte, a intervenção do Direito Penal somente restará justificada quando houver um ataque capaz de colocar em concreto e efetivo perigo um bem jurídico. Sem afetar um bem jurídico, não existirá uma infração penal (CAPEZ, 2012).

De outra banda, tem-se que o Princípio da Proporcionalidade:

[...] integra uma exigência ínsita ao Estado Democrático de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos. [...] o papel a ser desenvolvido pelo princípio da proporcionalidade na esfera penal é de suma importância, vez que ele é imanente à essência dos direitos fundamentais, que, enquanto expressão da pretensão à liberdade do cidadão perante o Estado, podem ser limitados somente na medida em que sejam comprovadamente indispensáveis à defesa dos interesses públicos. (GOMES, 2003, p.60).

Tal princípio refere um limite à intervenção estatal na esfera da liberdade individual dos cidadãos. Esse limite ainda apresenta-se no ordenamento sob a forma de princípio jurídico, de onde se apreende a necessidade de que seja sempre levado em consideração quando se tratar de estabelecer o alcance da intervenção punitiva, tendo o princípio da proporcionalidade o importante papel de orientar as atividades legislativas e judiciais (GOMES, 2003).

Para Capez (2012, p. 38), o princípio da proporcionalidade:

[...] além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade humana, tal princípio aparece inculcado em diversas passagens de nosso Texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I). Baseia-se na relação custo benefício.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, no âmbito do direito penal, o princípio da proporcionalidade implica que este não deve ser utilizado como mero instrumento de poder. Deve ele, dessa forma, estar sempre a serviço dos valores comunitários e individuais. Ademais, significa dizer também que deve ser guardada, em todo e qualquer caso, a proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato, como exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana (ESTEFAM, 2011).

Em consonância, segue o entendimento de Estefam (2011, p. 124):

[...] cuida-se a proporcionalidade de princípio 'imanente' à cláusula do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), ao qual se atribui a missão de servir como uma ferramenta hermenêutica incorporada ao processo decisório

com aptidão bastante a indicar uma determinada medida – de caráter coativo, em nossa hipótese de estudo – assumida para a consecução de um específico fim.

Com a inteligência que se colhe dos transcritos acima mencionados, verifica-se que os crimes de estupro e de estupro de vulnerável modificados pela Lei 12.015/2009 ferem, significativamente, os princípios supracitados. Começa-se, pois, a estabelecer os respectivos contrapontos concernentes ao princípio da lesividade.

Como já dito, a função do direito penal moderno está longe de condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro. No entanto, é esse o elemento principal que se exaure das modificações advindas pela nova legislação, principalmente àquela trazida no artigo 217-A.

Ocorre que, no afã de dar uma resposta estatal à nefasta prática de ofensas sexuais contra crianças e adolescentes, que acomete, sobretudo, aquelas regiões do país com os mais baixos Índices de Desenvolvimento Humano, o legislador pátrio acabou por criar um tipo penal (art. 217-A, do CP) demasiado abrangente, cuja descrição típica da conduta encampa situações que vão muito além daquelas inicialmente vislumbradas como objeto de proteção da norma penal, qual seja o combate à violência e às redes de exploração sexual de crianças e adolescentes, encampando a prática sexual com menor de 14 anos, mesmo quando livremente manifestada e consentida por esse (MARTELETTO, 2010).

Dessa forma, outra polêmica que se infere é acerca do novo conceito de vulnerável no que concerne aos deficientes mentais: com a interpretação literal do texto do artigo 217-A, do Código Penal, pode uma pessoa acometida de uma deficiência mental construir uma família sem que seu cônjuge/companheiro incida no presente tipo penal? Deve-se, dessa forma, atentar para o fato de que a lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da lesividade.

A nova legislação retirou da suposta vítima o direito de manifestar-se quanto à escolha do momento da iniciação sexual, reduzindo-lhe a dignidade humana, como expressão da plenitude do indivíduo enquanto ser humano, sujeito dotado de direitos, inclusive à felicidade e ao prazer, por não poder se relacionar sexualmente antes de completar 14 anos, sob pena de

incriminação do parceiro. Assim, verifica-se que o legislador acabou por ferir o princípio da proporcionalidade, uma vez que tal intervenção estatal se tornou excessiva, a qual pode vir a causar danos aos cidadãos. Danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos (MARTELETTO, 2010).

Na mesma linha intelectual, mostra-se desarrazoado o artigo 217-A, do Código Penal, face à ofensa ao princípio da proporcionalidade, também nominado por princípio da razoabilidade, deduzido da cláusula do devido processo legal, em seu caráter substantivo, segundo o qual, a norma jurídica que exorbita do trinômio adequação – necessidade – proporcionalidade *stricto sensu* -, é desarrazoada, admitindo controle e fiscalização pelo Poder Judiciário (MARTELETTO, 2010).

Segundo Marteletto (2010, p.4):

Pelo *quantum* das penas cominadas nos crimes de estupro e estupro de vulnerável, infere-se que, para o legislador, a violência presumida é mais grave e deve ser tratada com mais rigor que a violência real. Manter relação sexual com pessoa menor de 14 anos, mesmo com seu consentimento, e, em muitos casos, por sua própria iniciativa, é muito mais gravoso do que subjugar a vítima com uso de violência ou grave ameaça para forçá-la ao ato sexual. Seria a hipótese, por absurdo, de um jovem que, entre escolher “transar” com sua namorada de 13 anos, de forma livre e consentida, e violentar sexualmente uma colega de 18 anos, optasse pela segunda conduta, pois a pena nesse caso lhe seria mais benéfica.

Destarte, em que pese louvável a atuação dos nossos legisladores no sentido de combater situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, o art. 217-A, do Código Penal, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 12.015/09, vem a extrapolar seu desiderato, seja ao adotar um conceito de vulnerabilidade pessoal pelo critério etário (menor de 14 anos), com presunção absoluta de violência, deixando de excepcionar circunstâncias fáticas admissíveis e toleradas socialmente, consubstanciadoras da dignidade da pessoa humana, seja pela desproporcionalidade, tanto na incidência da norma penal quanto pela pena cominada.

Ainda, na mesma linha intelectual, sobressalta aos olhos o fato de que o estupro de vulnerável protegido pela Lei 12.015/09 foi deveras desarrazoado, ferindo, dessa forma, o princípio da proporcionalidade, uma vez que a pena mínima estabelecida ao sujeito que comete o estupro de vulnerável é superior à do homicídio simples. Significa dizer, numa

interpretação puramente literal dos referidos dispositivos legais que trata a matéria, que seria mais censurável para a Lei Penal, segundo leciona Estefam (2011, p. 172) “apalpar lascivamente as nádegas de alguém (quando este estivesse distraído e não tivesse tempo para reagir) do que matá-lo.”

O exemplo supramencionado, antes do advento da nova legislação, era tipificado como sendo atentado violento ao pudor, com violência presumida (artigos 214 e 224 do Código Penal). No entanto, com a nova redação trazida pela Lei 12.015/09, passa-se a ter o crime de estupro de vulnerável. O fundamento, para tanto, reside no fato de que, nestas situações, a vítima não teria condições de oferecer resistência (ESTEFAM, 2011).

A nova legislação nos trouxe inovações também acerca do grau de resistência da vítima. Há de se ressaltar que na redação condizente ao estupro de vulnerável, não entra em questão o dissenso da vítima. Pela atual redação do artigo 217-A, do Código Penal, não há qualquer exigência de violência para a caracterização do referido delito (BITENCOURT, 2011).

Desse modo, significaria dizer que, uma vez que não há exigência de emprego de violência para a caracterização do referido ilícito penal, caso o menor de quatorze anos se relacionasse sexualmente com parceiro maior de dezoito anos, estaria, indubitavelmente, o incriminando.

Importante transcrever o entendimento de Marteletto (2010, p.3, grifo nosso):

[...] a alteração propiciada pela Lei n.º 12.015/2009 acaba por ressuscitar o famigerado espírito do código menorista, negando vexatoriamente, em um flagrante **retrocesso histórico**, talvez **insuflado por orientações religiosas** mais conservadoras, autonomia aos adolescentes, subjugando-os mais uma vez a uma tutela imposta pelo mundo adulto que, muito embora bem intencionada, despreza as características pessoais daquele indivíduo, dispondo normativamente que **ele não tem querer**, que ele não tem desejo, e de que ele, como objeto, e não como sujeito, deve se submeter às designações do mundo adulto.

Em suma, verifica-se que as alterações trazidas pela Lei 12.015/09, aparentemente buscaram reprimir de forma mais gravosa as condutas lesivas à dignidade sexual e o que se percebe, na prática, é que em muitos casos houve um desarrazoado rigor punitivo, (estupro de

vulnerável), já noutros, certa leviandade expressiva, especialmente nos casos em que se reconhece a união dos delitos, uma vez que o crime de estupro passou a abarcar também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, razão essa que dará ensejo à possibilidade de se sustentar a continuidade delitiva de tais condutas.

O legislador, mais uma vez, na euforia de dar uma resposta estatal à nefasta prática de ofensas sexuais contra crianças e adolescentes, acabou por não observar os princípios advindos de nossa Carta Magna, trazendo para dentro do ordenamento jurídico mais um “problema” do que uma solução. A Lei 12.015/09 trouxe consigo uma responsabilidade tremenda aos operadores do direito, uma vez que, quando esses vierem a aplicá-la ao caso concreto, terão de fazer malabarismos para não haver injustiças, ou, ainda, beneficiar, injustamente, quando de sua retroatividade aos casos já transitados em julgado.

Por fim, em que pese tenha sido louvável a intenção de nossos legisladores, ao aplicar a nova lei ao caso concreto há significativa distorção, a qual veio a acarretar várias problemáticas, seja por extrapolar seu desiderato, ao adotar um conceito de vulnerabilidade pessoal pelo critério etário (menor de 14 anos), com presunção absoluta de violência, deixando de excepcionar circunstâncias fáticas admissíveis e toleradas socialmente, consubstanciadoras da dignidade da pessoa humana, seja por abarcar, em um único dispositivo tanto o crime de estupro, propriamente dito, com os atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como foco avaliar as alterações promovidas pela Lei 12.015/09 em relação aos crimes de estupro e de estupro de vulnerável, analisando, para tanto, o impacto de tais alterações no processo de aplicação da pena, bem como sua adequação aos princípios penais da lesividade e da proporcionalidade. Para tanto, permitiu-se uma reflexão interessante, não somente em razão das divergências e discussões quanto à aplicabilidade prática das normas, mas, especialmente, em relação à constitucionalidade dos dispositivos legais que guardam relação com o presente estudo, tendo em vista os princípios penais consagrados em nossa Carta Magna.

Da extensiva pesquisa realizada, traçou-se, de forma minuciosa o distanciamento da intenção do legislador quando da criação da norma penal em estudo, em contraponto com sua aplicação no caso concreto. Muito embora a Lei 12.015/09 seja considerada recentíssima em nosso ordenamento jurídico, obteve-se êxito quanto a um posicionamento deveras concreto acerca da aplicabilidade da referida norma.

Abordou-se, de forma significativa, aspectos críticos concernentes à volição do conceituado vulnerável, assim como à alusão feita pelos doutrinadores acerca da desproporcionalidade quanto à cominação da pena para o sujeito que comete o crime de estupro de vulnerável. Por último, mas não menos importante, trabalhou-se com os renomados princípios constitucionais da lesividade e da proporcionalidade, os quais não foram admirados pelo legislador quando da elaboração da legislação em estudo.

Ao longo do presente trabalho concluiu-se que, em que pese tenha sido louvável a intenção de nossos legisladores, ao aplicar a nova lei ao caso concreto há significativa distorção, uma vez que no afã de dar uma resposta estatal à nefasta prática de ofensas sexuais

contra crianças e adolescentes, acabou por não observar os princípios da dignidade da pessoa humana, da lesividade e da proporcionalidade, todos advindos da nossa Constituição Federal.

Verificou-se que o legislador trouxe para o ordenamento jurídico mais uma problemática a ser resolvida pelos operadores do direito. Seja por extrapolar seu entendimento, ao adotar um conceito de vulnerabilidade pessoal pelo critério etário, com presunção absoluta de violência, deixando de excepcionar circunstâncias fáticas admissíveis e toleradas socialmente, consubstanciadoras da dignidade da pessoa humana, seja por abarcar, em um único dispositivo tanto o crime de estupro, propriamente dito, com os atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Acredita-se, para tanto, que o presente trabalho explanou, de forma concisa e explicativa acerca das tão polêmicas alterações penais promovidas pela Lei 12.015/09. Alterações essas que, se deram trabalho para os operadores do direito compreendê-la e pô-la em prática, quem dirá para a sociedade à qual ela foi inserida.

A legislação de um país não pode estar apenas ao alcance de quem opera o direito. Muito pelo contrário. O sujeito de direitos deveria recepcioná-la, de tal sorte, não somente quando vem a cometer o ilícito penal transcrito na norma, mas antes. Infelizmente essa não é a nossa realidade. O direito, por si só, é conhecido pela sua complexidade frente à população em geral.

Espera-se que com a elaboração desse trabalho, possa-se ter, acima de tudo, tornado-o instrumento apto ao acesso dos que buscam pelo esclarecimento acerca das modificações advindas em nosso Código Penal. Estando aqui, reunidos tanto conceitos, quanto considerações críticas acerca do assunto, elucidando, dessa forma, a maioria das dúvidas atinentes ao assunto.

REFERÊNCIAS

BANBILLA, Leandro. **No Que Consiste o Princípio da Lesividade**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2106131/no-que-consiste-o-principio-da-lesividade-leandro-vilela-brambilla>>. Acesso em: 25 de setembro de 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Vol 4. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus nº 139.956/SP*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/04/2011, Disponibilizado em 09/05/2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte geral 1**, 16.ed. Editora Saraiva.

DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. **Jus Navigandi**, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13629/comentarios-a-lei-no-12-015-09>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Penal – parte especial**, 2011.

FERREIRA, Dario Reisinger. **A influência da Lei nº 12.015/2009 sobre as causas de aumento de pena na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2235, 14 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13329>>. Acesso em: 26 de setembro de 2012

GIALBERTE, Bruno. **Conflito intertemporal de normas na Lei nº 12.015: posição do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://brunogilaberte.blogspot.com.br/2009/10/este-superior-tribunal-firmou.htm>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático** – Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Retroatividade da Lei 12.015/09**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4471>. Acesso em 12 de agosto de 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Especial 2**. Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

MARTELLETO, Fernando Campelo. **Inconstitucionalidade parcial do art. 217-A do Código Penal**. Belo Horizonte: 2009, 7. Disponível em: <<http://www.adepmg.org.br/site/objeto/arquivos/526.pdf>. >

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRABETTE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP**, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

ROMÃO, Ivanilce da Cruz. **Crimes Contra a Dignidade Sexual – Lei 12.015/09 – Tipificação – execução penal e a aplicação da lei mais Benéfica**. Disponível em: <http://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/14_21241752342102009_artigo%20-%20crimes%20sexuais.doc>. Acesso em 12 de julho de 2012.

SANTANA, Aline Guimarães Mattos de **Da defesa dos costumes à proteção da dignidade sexual**, acessado em 18/06/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.