

O CRIME DE ESTUPRO E A *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 12.015/2009

JADER MÁXIMO DE ARAÚJO
Graduando em Direito pela PUC/MG
Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Neste trabalho realizamos um estudo sobre as recentes modificações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, particularmente no que concerne ao crime de estupro. Seu objetivo principal foi analisar a mudança legislativa benéfica ao reunir no mesmo tipo legal os antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor. Assim, chegamos à conclusão de que o novo tipo de estupro deve ser entendido como tipo misto alternativo ao fundamento de que passou a ser um crime de ação múltipla, ou de conteúdo variado. Defendemos, por fim, a possibilidade de ser proferida decisão pelo juiz de execução penal, no sentido de aplicar a nova lei aos casos julgados definitivamente, bem como a possibilidade de ser aplicada a *novatio legis in mellius* pelos tribunais, em grau de recurso.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; crime de estupro; Lei nº 12.015/2009; *novatio legis in mellius*.

ABSTRACT: In this work one conducted a study on the recent changes introduced by the Law nº 12.015/2009, particularly with respect to rape. Its main objective was to analyze the beneficial legislative change that gathered rape and indecent assault as one legal offense type. Thus, one concludes that the new type concerning rape must be understood as an alternative mixed type, based on the fact that it became a crime of multiple action or diverse content. One finally suggests the possibility of a decision made by the judge and the possibility of application of *Novatio Mellius* by the courts in the appeal decision.

KEY WORDS: Criminal Law; rape; Law nº 12.015/2009; *novatio legis in mellius*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de crime. 2.1. Termos e etimologia. 2.2. Conceito formal ou nominal. 2.3. Conceito material ou substancial. 2.4. Conceito

analítico ou dogmático. 3. Antecedentes e evolução normativa do crime de estupro. 3.1. Definição. 3.2. Elementos descritivos (ou objetivos) e subjetivos do tipo. 4. A *novatio legis in melius* no novo tipo penal de estupro. 4.1. O novo crime de estupro entendido como “tipo misto alternativo”. 4.2. Da *novatio legis in melius*. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os crimes contra a dignidade sexual foram alterados após a entrada em vigor da Lei nº 12.015, publicada em 7 de agosto de 2009, que alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro (CPB) bem como o art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos, revogando, ainda, a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que tratava da corrupção de menores relacionada com a prática de crimes, inserindo-se o conteúdo deste delito no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, a Lei nº 12.015/2009, ao tratar do Título VI da Parte Especial do CPB, alterou a nomenclatura “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a dignidade sexual”, introduzindo novos tipos penais incriminadores, promovendo a unificação de tipos penais antigos e modificando normas em geral.

Sentimo-nos motivados a fazer um estudo sobre as recentes modificações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, certos de que não se sanaram todas as questões jurídicas amplamente debatidas na doutrina e na jurisprudência. Em particular, propusemo-nos a contribuir para a discussão acerca das modificações promovidas no crime de estupro e a *novatio legis in melius*.

É de se notar, ainda, a oportunidade deste estudo, uma vez que percebemos uma questão amplamente estudada na doutrina e discutida em nossos tribunais pátrios sobre os requisitos necessários para efeito do reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Portanto, o tema ora tratado tem-se mostrado pertinente nos dias atuais, o que nos demonstra a sua relevância para os operadores do Direito e os legisladores.

Assim, em um primeiro momento, buscaremos traçar o conceito de crime, fazendo uma regressão à sua gênese e buscando delinear seus conceitos: formal, material e analítico. No item seguinte será alvo de nosso trabalho o crime de estupro, com suas especificidades, seus elementos descritivos e subjetivos, mas não sem antes, contudo, fazermos um breve relato sobre seus antecedentes e sua evolução normativa. E, finalmente, no último item pontuaremos alguns aspectos sobre o novo tipo de estupro entendido como tipo misto alternativo para analisarmos a *novatio legis in melius*, que é o objetivo principal de nosso estudo.

No presente trabalho, não buscamos esgotar o assunto sobre o qual nos propusemos discorrer, tendo a clara noção de que o tema ainda encontra-se incipiente na doutrina pátria e sua total aplicação está condicionada às decisões de nossos órgãos judiciais, de forma ainda a consolidar a jurisprudência e o entendimento em torno dele.

2. Conceito de crime

O conceito de crime (ou delito) é uma construção fundamentalmente jurídico-penal, embora possa ser objeto de exame das mais variadas ciências, tais como criminologia, política criminal, sociologia, medicina legal dentre outras (PRADO, 2005). “É assim através do crime que podemos lançar um olhar sobre este mundo, já que a lei penal é o espelho do grau de moralidade de um povo e dos critérios éticos nos quais o legislador se inspirou”. (BETTIOL, 2000, p. 172).

Não podemos esquecer, entretanto, que é o princípio da legalidade dos crimes e das penas que impede que existam ações ou comportamentos humanos, relevantes para o Direito Penal, sem prévia descrição legal. O crime, portanto, é, antes de tudo, um fato que vem previsto em lei e do qual pode resultar a pena cominada na regra sancionadora da norma penal. Assim, o princípio da legalidade limita o *imperium* estatal. (NORONHA, 1995).

Ainda dentro deste prisma, necessitaremos abraçar a orientação dada pela doutrina para analisarmos o conceito de crime, o que não é tarefa das mais simples, pois tanto doutrinadores nacionais quanto estrangeiros não são uniformes quanto à extensão e ao âmbito do conceito de crime.

2.1. Termos e etimologia

A palavra “crime” provém do latim *crimen* e provém do grego *cerno*, indicando os mais graves delitos. Não obstante, paralelamente, outra denominação aceita para crime no Direito Penal brasileiro é o vocábulo “delito”. A palavra “delito” deriva de *delinquere*, abandonar, resvalar, desviar-se, significando ignorar a disposição expressa de um texto legal.

É importante ressaltar que o Código Penal do Império de 1830 e o Código Penal Republicano de 1890 já tentavam conceituar crime, *in verbis*:

Código Penal do Império de 1830

Art. 2º. Julgar-se-ha crime ou delicto:

§ 1º Toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes. (PIERANGELLI, 1980, p. 167).

Código Penal Republicano de 1890

Art. 2º A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção. (PIERANGELLI, 1980, p. 269).

Modernamente, utiliza-se o termo genérico “infração” para abranger tanto crime ou delito, uma vez que, usualmente, ambos os termos têm o mesmo sentido. As expressões crime, delito e infração, portanto, enunciam o mesmo significado. Não obstante, ressalte-se que o atual CPB apresenta em seus termos as expressões “infração” ou “crime”. (FRAGOSO, 2003).

Sublinhe-se, ainda, que não há diferença ontológica, de essência, entre crime (ou delito) e contravenção. A diferença entre eles é meramente quantitativa, pois a contravenção constitui a infração penal de menor gravidade, caracterizando-se pela pena de prisão simples e multa, enquanto que o crime (ou delito) é punido com pena privativa de liberdade, restritiva de direito e de multa (PRADO, 2005). Portanto, atentando exclusivamente à pena cominada, saberemos se um ilícito penal constitui crime ou contravenção.

É justamente o que dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao CPB e a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.914/41), ainda em vigor, que traz a definição legal de crime no Brasil:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 2009, p. 215).

Essa lei de introdução ao CPB se limitou apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, sem um cunho científico-doutrinário, pois se restringiu somente à natureza da pena de prisão aplicável (BITENCOURT, 2006).

No entanto, o atual CPB (1940, com a reforma penal de 1984) não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional. Sobre esse aspecto, Fragoso (2003, p. 175), com objetividade, enuncia que as definições legais de crime foram abandonadas por serem puramente formais e incompletas ou defeituosas, podendo trazer dificuldades à aplicação da lei.

A literatura sobre a matéria é vasta. Não é nossa tarefa expor todas as opiniões manifestadas porque isso nos levaria a ultrapassar as fronteiras deste trabalho. Fixaremos apenas aquelas questões que tenham desempenhado uma influência decisiva na história das doutrinas gerais do crime.

Sendo assim, passemos à análise do conceito de crime na doutrina, que se debate entre si, abordando o conceito sob três aspectos: formal, material ou substancial e analítico.

2.2. Conceito formal ou nominal

A formulação de um conceito formal de crime não apresenta grandes divergências na nossa doutrina, que o apresenta, em regra, como “Toda a ação ou omissão proibida pela lei, sob a ameaça de pena”. (FRAGOSO, 2003, p. 175).

Tal definição, contudo, é insuficiente, pois abrange somente um dos aspectos do crime: a contradição do fato a uma norma de direito penal, sob ameaça de sanção, não abordando, portanto, sua essência. Percebemos, ainda, que o conceito formal oferecido pela doutrina é comparável às definições legais a que já aludimos. Nesse sentido é a lição de Magalhães Noronha (1995, p. 93):

Todavia a definição formal não esgota o assunto. Há nela sempre uma petição de princípio. Por que essa conduta transgredir a lei? Qual a razão que levou o legislador a puni-la? Qual o critério que adotou para distingui-la de outras ações também lesivas? Diversas outras questões podem ainda ser formuladas.

Ora, a simples adequação do fato aos conceitos formais apresentados pela lei não leva à lógica consequência de ele constituir crime, pois, para tanto, deverão ser observados aspectos materiais e sequenciais analíticos, apresentados a seguir.

2.3. Conceito material ou substancial

O conceito material do crime diz respeito ao conteúdo do ilícito penal (caráter danoso da ação ou seu desvalor social), colocando em destaque a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção, quer dizer, “[...] o que determinada sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal”. (PRADO, 2005, p. 253). É certo que, sem descrição legal, nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, procura-se estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso “[...] dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o *jus libertatis* dos cidadãos”. (JESUS, 2005, p. 151).

Assim, para o conceito material ou substancial, crime é toda a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena. Nesse sentido, citamos o doutrinador italiano Giuseppe Bettiol (2000, p. 172), que aduz:

Há, antes, mais nada, numerosos crimes que não comprometem de forma alguma as condições de existência da sociedade; se alguns indivíduos se injuriam entre si, se outros blasfemam, se dois cavalheiros se desafiam e se batem duelo, a sociedade continua a manter-se nas suas condições de equilíbrio físico e tanto é verdade que há ordenamentos jurídico-penais que não consideram crime a injúria, a blasfêmia, o duelo. Se se afirma que as condições de existência da sociedade são correlatas ao grau de civilização que uma sociedade atingiu, estão superados aqueles limites de caráter naturalístico que se atribuíram à expressão em foco. E é precisamente a isto que queremos chegar: concluir que o conteúdo substancial do crime deva ser investigado na ofensa a uma condição

de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade, privando-se, porém esta expressão de todo conteúdo que recorde uma concepção positivista da realidade social. Para existir e para conservar-se a sociedade não necessita apenas de um 'equilíbrio físico', que constitui a expressão de uma concepção utilitarista-materialista da vida social, mas sobretudo de um 'equilíbrio moral' que é rompido quando as supremas exigências éticas do indivíduo, da família e do Estado não se espelham na legislação. Quando todavia numa legislação estas exigências éticas tenham encontrado a sua tradução em termos de lei, é sobre esta que o crime deve apoiar-se na sua noção substancial. É a ética social que fornece conteúdo à noção formal do crime, que de outro modo termina um esquema árido, sem vida e sem finalidade.

É oportuno ressaltar aqui o entendimento de Bettiol (2000), quando afirma que a noção formal do crime na legislação se apresenta como um esquema árido, sem vida e sem finalidade quando não tutela bem jurídico que atende a um equilíbrio moral que se espelha nas exigências éticas do indivíduo, da família e do Estado. No entanto, essa definição, embora importante, também é insuficiente para a dogmática penal, pois não permite uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.

Conforme os conceitos formal e material, preleciona Rogério Greco (2009, p. 142-143) que, na verdade,

[...] os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade.

2.4. Conceito analítico ou dogmático

Sendo a conceituação formal e a material insuficientes por não mostrarem os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do crime, faz-se necessária a adoção de uma concepção analítica. Não obstante o crime constituir um todo unitário, por razões práticas, é decomposto em suas partes com o fim de criar um caminho mais racional e seguro para averiguar a ocorrência ou não de um crime no caso concreto (PRADO, 2005). Na realidade, não se estratifica o delito, mas o seu conceito. Conforme a lição de José Frederico Marques (2002, p. 13), não resta dúvida de que o crime é,

[...] em si, fato jurídico uno, como proclamam os sequazes do unitarismo. Isso, todavia, não significa que, para uma tarefa eficiente de pesquisa, e para melhor aplicação dos cânones legais, a análise não se torne necessária, e dela resulte a decomposição do conceito nos seus elementos essenciais e fundamentais. Só o irracionalismo de concepções intucionistas pode prescindir desse trabalho analítico, no qual os elementos estruturais do instituto jurídico sejam separadamente estudados, para que se realize uma decomposição do todo, que possibilite um conhecimento mais perfeito dos fenômenos jurídico-penais, e uma aplicação mais segura, justa e acertada das normas que disciplinam o crime.

A respeito das controvérsias existentes na doutrina sobre o conceito analítico de crime, citamos, inicialmente, a ideia – defendida por Basileu Garcia e Francisco Muñoz Conde, dentre outros – de considerar o crime como um fato típico, ilícito, culpável e punível (concepção quadripartida). Essa teoria sofre crítica no sentido de que a punibilidade é consequência do crime, e não parte dele. Com efeito, Francisco de Assis Toledo (1999, p. 81) lembra que “A pena criminal, como sanção específica do direito penal, ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser *elemento constitutivo*, isto é, estar dentro do conceito do crime. Ao contrário, pressupõe a existência de um crime já aperfeiçoado”.

Ora, se a punibilidade fosse elemento do crime, este deixaria de existir em razão da exclusão daquela. Isso tanto é verdade que, em algumas situações, como a de escusa obrigatória (como exemplos, temos o artigo 181, incisos I e II, e o artigo 348, § 2º, ambos do CPB) ou de extinção da punibilidade (artigo 107, incisos I a IX, do CPB), o crime persiste, mas sua punibilidade é que deixa de existir. Assim, entendemos que a punibilidade não deve ser tratada como elemento do crime, mas sim como sua consequência.

Citamos, ainda, os defensores da concepção bipartida, que conceituam crime como sendo um fato típico e ilícito, ou seja, há crime, porém não está presente a condição indispensável para a imposição de pena, que é a culpabilidade. Essa teoria foi sustentada no Brasil, pela primeira vez, por René Ariel Dotti, mas a ideia foi logo abraçada pelos penalistas Damásio Evangelista de Jesus, Celso Delmanto, Júlio Fabbrini Mirabete, Flávio Augusto Monteiro de Barros, dentre outros.

O fundamento desse raciocínio deve-se ao fato de nosso CPB utilizar, em muitas passagens, expressões ligadas à aplicação da pena, quando está referindo-se à culpabilidade (como exemplo, citamos os arts. 21 e 26, que contêm a expressão “isento de pena”). Assim, segundo esse entendimento, crime, sob o aspecto analítico, é o fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade pressuposto de aplicação da pena e não um elemento do delito (GRECO, 2009). Porém, a maior parte da doutrina critica esse posicionamento. Nucci (1999, p. 71) acentua:

Sendo um fenômeno complexo, não se pode retirar do conceito de crime o fator *culpabilidade*, que vem a ser essencial para a exata compreensão da ação humana de praticar um fato típico e antijurídico. Seria razoável dizer que um homem constrangido terrivelmente por uma coação moral grave e inafastável cometa um crime, somente porque praticou uma conduta típica e ilícita? Parece-nos que não. A melhor e mais ampla compreensão do delito exige a participação, na sua estrutura, do elemento *culpabilidade*.

Ainda, se considerarmos que nosso CPB utiliza a expressão “isento de pena” quando quer referir-se às causas dirimentes da culpabilidade, tal opção legislativa não nos permite concluir que o crime é, tão somente, um fato típico e antijurídico. Ademais, não podemos concordar com esta afirmação de Barros (2001, p. 106):

[...] dentro de uma visão tripartida, os inimputáveis não seriam vítimas do delito de calúnia, porque caluniar é imputar falsamente um fato definido como crime. Dizer que um rapaz de 17 anos furtou o carro de Beltrano configura delito de calúnia para a teoria bipartida, ao passo que os adeptos da teoria tripartida encontram dificuldades para enquadrar o fato como calúnia.

Ora, se aceitarmos que a culpabilidade não se inclui no conceito analítico de crime, teríamos de admitir que um rapaz de dezessete anos estaria cometendo o crime de furto como assinalado por Barros, ou até mesmo admitir que uma criança poderia cometê-lo e estaria sujeita a uma ação penal, o que não é possível em nosso ordenamento jurídico.

Dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, adotamos aquela, defendida pela maior parte dos doutrinadores, como Cezar Roberto Bitencourt, E. Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Heleno Cláudio Fragoso, Luiz Regis Prado, Guilherme de Souza Nucci, Rogério Greco e Jair Leonardo Lopes, de que o crime, sob o aspecto analítico, é um fato típico, ilícito e culpável (concepção tripartida). Esses são os elementos essenciais da concepção do fenômeno crime, ou seja, aqueles sem os quais o conceito se desfaz ou não se aperfeiçoa. Portanto, para concluirmos se houve um delito, devemos passar por essa tríplice ordem de valoração.

3. Antecedentes e evolução normativa do crime de estupro

Os povos antigos reprimiam com grande severidade o estupro. Na legislação hebraica, aplicava-se a execução capital (pena de morte) ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento. Se se tratasse de mulher virgem, porém não desposada, devia pagar dote ao pai da vítima e casar com ela. Nesse sentido, é o livro de Deuteronômio da Bíblia, *in verbis*:

Porém, se algum homem no campo achar moça desposada, e a forçar, e se deitar com ela, então, morrerá só o homem que se deitou com ela. (Dt 22, 25).

Se um homem achar moça virgem, que não está desposada, e a pegar, e se deitar com ela, e forem apanhados, então, o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinquenta siclos de prata; e, uma vez que a humilhou, lhe será por mulher; não poderá mandá-la embora durante a sua vida. (Dt 22, 28-29).

Enquanto no Egito a pena era a mutilação, na velha Atenas, primeiramente era imposta simples multa e, posteriormente, passou-se a aplicar a pena de morte. Da mesma forma, na antiga Roma, sob a égide da *Lex Julia de vi publica*, punia-se a violência carnal com a pena de morte. Nesse caso, considerava-se *crimen vis*, porque se tinha mais em vista a violência empregada do que o fim do agente. (NORONHA, 2002).

O estupro é, invariavelmente, considerado crime por todas as legislações dos povos civilizados. Em quase todas as leis, os elementos do delito são os mesmos: as relações carnavais e a violência física ou moral. Assim é nos Códigos da Suíça (art. 187), da Itália (art. 519, *caput*), da Polônia (art. 204), do Uruguai (art. 272), da Argentina (art. 119), do Peru (art. 196), da Espanha (art. 431), de Portugal (art. 393) e da Alemanha (§ 177), dentre outros. (NORONHA, 2002).

No Brasil, as primeiras normas e reprimendas presentes no ordenamento nacional incriminando o estupro foram contempladas a partir do Livro V das Ordenações do Reino (Código Filipino), que aplicava a pena capital. Nesse sentido, é o título XVIII, sob a rubrica “[...] do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade” do Código Filipino, *in verbis*:

Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, se seja scrava, morra por ello. Porém, quando fôr com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até nolo fazerem saber, e per nosso mandado. E essa mesma pena haverá qualquer pessoa, que para a dita força dêr ajuda, favor ou conselho. (PIERANGELLI, 1980, p. 29).

Lado outro, o Código Criminal do Império de 1830, em seu bojo, consagrou a denominação “estupro” na Seção I do Capítulo II “dos crimes contra a segurança da honra”, excluindo a pena de morte e enunciando sanção de prisão de três a doze anos, e de dotar a ofendida. Mantendo a pena diferenciada se a vítima fosse prostituta. Nesse sentido, é o artigo 222, que dispunha, *in verbis*:

Ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por três a doze annos, e de dotar a offendida [...]

Se a violentada fôr prostituta. Penas – de prisão por um mez a dous annos. (PIERANGELLI, 1980, p. 243).

Posteriormente, o Código Penal Republicano de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890) manteve a pena diferenciada nos estupro cometidos contra mulher honesta e prostituta, previstos no Título VIII “dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, Capítulo I “da violência carnal”. Nesses termos são os artigos 268 e 269, *in verbis*:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta.

Pena – de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1º Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta.

Pena – de prisão cellular por seis meses a dois annos.

Art. 269 Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anestesicos e narcóticos. (PIERANGELLI, 1980, p. 299).

É importante pontuar que a Consolidação das Leis Penais, de autoria do Desembargador Vicente Piragibe, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, não alterou a redação dos artigos 268 e 269 do Código Penal de 1890.

Assim é que, vislumbrando o tratamento jurídico dado ao estupro em nossa evolução normativa, finalmente, em 1940, instituiu-se no Brasil o atual CPB com a promulgação do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que tipificou o estupro, no artigo 213, com pena de reclusão de três a oito anos. Com o surgimento da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, o estupro foi caracterizado como crime hediondo, elevando a pena para reclusão de seis a dez anos.

Percebemos nitidamente que o atual CPB, diferentemente dos Códigos anteriores, deixou de abordar a questão acerca da posição social ou das virtudes morais da vítima de estupro, focando apenas o fato de a vítima ter o direito de dispor livremente de seu próprio corpo nas relações sexuais. Assim, tanto faz se a vítima é prostituta, honesta ou virgem, pois a pena-base fixada é a mesma. Claro que compete ao magistrado, no caso concreto, verificar a gravidade e as consequências do crime para aplicar penas diferentes.

Observamos, ainda, que o Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969), que não chegou a entrar em vigor, manteve inalterada a redação e a pena-base do tipo penal de estupro, apesar de transferi-lo para o artigo 238.

Por fim, com a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, houve alteração do artigo 213 do CPB, reunindo no mesmo tipo penal estupro e atentado violento ao pudor.

3.1. Definição

O estupro, do latim *stuprum*, tinha conceito muito amplo, “[...] abrangendo todas as relações carnavais ilícitas. Mais tarde, os práticos ainda adotaram esse conceito, apenas com a modificação de que à conjunção carnal violenta denominaram *stuprum violentum*”. (NORONHA, 2002, p. 67).

No atual CPB, nos moldes dos códigos anteriores, o legislador apontou várias modalidades de crimes contra a liberdade sexual restringindo o crime de estupro a um tipo penal específico. Com a nova redação do artigo 213 do CPB, promovida pela Lei nº 12.015/2009, o estupro passou a ser definido como o ato de constranger alguém a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça. Assim, a descrição típica prevista no artigo 214 foi reunida no novo tipo previsto no artigo 213, sendo revogado o artigo 214. Segundo Nucci (2009, p. 16), “O legislador foi além, unificando os crimes similares estupro e atentado violento ao pudor sob uma única denominação e com descrição da conduta típica em único artigo”.

Por outro lado, não houve *abolitio criminis*, pois o gênero de tipo, que é o ato libidinoso, manteve a conjunção carnal e passou a envolver outro ato libidinoso qualquer, conforme descrito a seguir:

Estupro (redação anterior à Lei 12.015/2009)

Artigo 213: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASIL, 2009, p. 298).

Atentado violento ao pudor (redação anterior à Lei 12.015/2009)

Artigo 214: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASIL, 2009, p. 298).

Estupro (redação dada pela Lei 12.015/2009)

Artigo 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 06 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASILIA, Presidência da República, Lei nº 12.015, 2009).

3.2. Elementos descritivos (ou objetivos) e subjetivos do tipo

No que diz respeito ao bem jurídico protegido, assinala Nucci (2009) que a Lei nº 12.015/2009 não trouxe inovação, pois o novo tipo de estupro tutela penalmente a dignidade sexual do ofendido, especificamente a proteção da liberdade nas relações sexuais, ou seja, o direito de dispor do próprio corpo, da mesma maneira que os antigos tipos de estupro e atentado violento ao pudor.

Ademais, mantiveram-se os conceitos anteriores de violência (coação física) e grave ameaça (violência moral, com intimidação séria), mas a modificação trazida no tipo penal do estupro eliminou a exigência do contato físico para a sua configuração, salvo para a prática de conjunção carnal.

Ora, menciona-se a conjunção carnal (esta, sim, física) ou outro ato libidinoso. Assim, segundo Gonçalves (2003), para a prática do ato libidinoso, é desnecessário o contato físico entre a vítima e o sujeito ativo, como, por exemplo, quando o sujeito obriga a vítima a se masturbar ou a realizar o ato sexual com animais. Nesses casos há o envolvimento corpóreo da vítima no ato de libidinagem, diferentemente do caso da vítima simplesmente ser obrigada a assistir a um ato sexual envolvendo outras pessoas, pois este fato caracterizará constrangimento ilegal (art. 146 do CPB). Nesse sentido já era o entendimento de Magalhães Noronha (2002, p. 93) sobre o antigo crime de atentado violento ao pudor:

[...] perante nosso Código, não cometeria crime o indivíduo que violentamente obrigasse a vítima a assistir o ato de libidinagem executado por terceiros, pois, então, ela não estaria praticando o ato, nem tampouco permitindo que com ela se praticasse; ou melhor, não estaria suportando, sofrendo esse ato, o qual sem ela não deixaria de existir em sua materialidade.

Segundo Nucci (2009), o delito de estupro passa a ser crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa) e de forma livre (pode ser cometido tanto por conjunção carnal como por qualquer outro ato libidinoso). Continua a ser material (demanda resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento à liberdade sexual); comissivo (os verbos do tipo indicam ação); instantâneo (o resultado se dá de maneira definida no tempo); danoso (a consumação demanda lesão ao bem tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa) e plurissubsistente (é praticado em vários atos).

Quanto à consumação, afirma, ainda, Guilherme de Souza Nucci que depende da forma eleita pelo sujeito ativo. Tratando-se de conjunção carnal, será com a introdução, ainda que parcial, do pênis na vagina, sendo desnecessária a ejaculação. No tocante a outro ato libidinoso, a forma consumativa é mais ampla, pois as maneiras de cometimento do crime são diversificadas. Basta o toque físico eficiente para gerar o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação. Porém, somente o caso concreto poderá delimitar,

com eficiência, a consumação do crime. Nessa mesma diretriz, Noronha (2002), comentando a respeito do antigo delito de atentado violento ao pudor, aduziu que há atos imorais e indecentes que não encerram um potencial de libidinagem suficiente para caracterizá-los como integrantes do crime; dentre eles, cita o autor: palavras, discursos e escritos, ou seja, nem todo ato atentatório ao pudor é libidinoso. Assim, a unificação do atentado violento ao pudor e do estupro continuará propiciando o confronto com a contravenção do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais (LEP). Portanto, atos de pouca importância, ainda que ofensivos ao pudor, não devem ser classificados como estupro, comportando tipificação no cenário da contravenção. (NUCCI, 2009).

A tentativa para o novo tipo de estupro é possível, desde que o agente não consiga realizá-lo por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse caso, ainda que não se identifique a real intenção do agente (praticar conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso), haverá tentativa de estupro, pois se trata de um tipo penal misto alternativo (que explicaremos no tópico 4.2), ou seja, o agente responde por crime único.

Atualmente, como a nova descrição do delito de estupro exige a realização de ato libidinoso ou conjunção carnal, podemos concluir que o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher.

Sublinhe-se que a mulher já podia responder pelo antigo crime de estupro, mas somente em concurso de pessoas. Nesse caso o outro sujeito ativo deveria ser um homem. Assim, a mulher poderia ser: i) autora mediata, situação em que induzia um doente mental ou menor a forçar outra mulher à conjunção carnal; ii) partícipe, quando realizava atividade secundária que contribuía, estimulava ou favorecia a execução do crime; iii) coautora, quando ajudava diretamente no estupro cometido por um homem, seja apontando uma arma de fogo ou segurando a vítima. Nesse sentido, afirma Bitencourt (2006, p. 521-522):

A co-autoria fundamenta-se no princípio da 'divisão de trabalho' em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente autor. É o que pode ocorrer especialmente naqueles crimes que Beling chamou de crimes de 'ação dupla', como, por exemplo, no crime de estupro: enquanto um dos agentes segura a vítima, o outro a possui sexualmente.

Assim, com o novo tipo de estupro, a mulher pode ser sujeito ativo independente do concurso de pessoas. Dessa maneira “[...] é possível sustentar a viabilidade de haver estupro cometido por agente *homem* contra vítima *mulher*, por agente *homem* contra vítima *homem*, por agente *mulher* contra vítima *homem* e por agente *mulher* contra vítima *mulher*”. (NUCCI, 2009, p.16).

Mantém-se a possibilidade de o marido praticar o crime de estupro contra a esposa. Magalhães Noronha (2002, p. 70) acrescenta que:

O marido, como tem deveres, também tem direitos no matrimônio, e entre estes se alinha o de relações sexuais com a esposa. Mas esse direito, como qualquer outro, tem limite, o qual transpondo fará com que ele se degenere em desmando e abuso. O coito normal, lícito entre esposos, pode, assim, tornar-se ilícito, quando a ele se opuser a mulher, fundada em poderosas razões morais ou em um direito relevante.

Aliás, hoje, podemos admitir a esposa como sujeito ativo do delito de estupro, tendo por vítima o marido (NUCCI, 2009). Ora, somente a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, que tinha o homem como seu sujeito ativo. Após a alteração implementada, não há mais restrições de gêneros quanto aos sujeitos passivos do crime, ou seja, homem ou mulher podem ser vítimas. Todavia, devemos observar que o homem somente poderá ser vítima da figura prevista na segunda parte do referido artigo. Assim, o gênero é o ato de libidinagem, que envolve a conjunção carnal, mas para efeito de tipificação de estupro, há que se respeitar a separação dos atos libidinosos: conjunção carnal ou outro ato libidinoso qualquer. (NUCCI, 2009).

Acerca do elemento subjetivo do novo tipo penal do estupro, entendemos que é o dolo genérico (vontade, representação do resultado e consciência da antijuridicidade), não havendo que se falar em dolo específico e não se punindo a culpa, pois a lei não criminalizou o estupro culposo e omitiu o fim do agente.

Para demonstrarmos que a essência do dolo no novo tipo de estupro é sempre a mesma, qual seja, praticar um ato que lesa a liberdade sexual da vítima, faz-se necessário abordarmos alguns conceitos da doutrina, da qual destacamos o doutrinador alemão Hans Welzel (2003), que sobre a essência do dolo afirma que toda ação consciente:

[...] é levada pela decisão de ação, ou seja, pela consciência do que se quer – o elemento intelectual –, e a decisão de querer realizá-lo – o elemento volitivo. Ambos elementos juntos, como fatores criadores de uma ação real, constituem o dolo. A ação objetiva é a execução finalista do dolo. Esta execução pode ficar detida em seu estado inicial: na tentativa; aqui o dolo vai além do alcançado. Quando a decisão do fato é executada de maneira completa, até seu final, estamos diante do fato consumado. Aqui, todo o fato não é somente desejado com dolo, mas também realizado com dolo. O dolo é em toda sua extensão, um elemento finalista da ação. (WELZEL, 2003, p. 119).

Ao lado do dolo, como elemento genérico pessoal-subjetivo, que leva e forma a ação como um acontecer dirigido até um fim, aparecem no tipo, freqüentemente, elementos especiais-subjetivos que colorem o conteúdo ético-social da ação em um sentido determinado. (WELZEL, 2003, p. 131).

Destacamos, ainda, o entendimento de Barros (2001) sobre dolo genérico e dolo específico:

A noção de dolo genérico e específico gera em torno do conceito de fato material, que, por sua vez, compreende os elementos objetivos do crime.

Verifica-se o dolo genérico nos tipos penais em que a vontade do agente se esgota com a prática da conduta objetivamente criminosa. Exemplo: 'matar alguém' (CP, art. 121).

Já o dolo específico projeta-se nos tipos penais que exigem do agente uma finalidade particular, que ultrapassa os limites do fato material. Exemplo: "raptar mulher honesta para fim libidinoso" (CP, art. 219). Outros exemplos: 'com o fim de transmitir' (CP, art. 131); 'para satisfazer interesse ou sentimento pessoal' (art. 319).

Na verdade, o dolo específico não passa de elemento subjetivo do tipo. Por isso diversos autores repudiam essa classificação, acoimando-a de inócua. (BARROS, 2001, p. 195-196).

De mais a mais, o legislador já havia abandonado no nosso atual código o elemento subjetivo específico previsto no crime de violência carnal do artigo 266 do Código Penal Republicano de 1890, *in verbis*:

Art. 266. Attentar 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.

Pena – de prisão cellualar por um a seis annos.

Paragrapho único. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem. (PIERANGELLI, 1980, p. 299).

Como pudemos perceber, o Código de 1890 empregava a sequencia "[...] com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral", indicando o elemento subjetivo específico do tipo penal. Por outro lado, o antigo delito de atentado violento ao pudor previsto no artigo 214 omitiu o fim do agente. (NORONHA, 2002).

Ademais, consideramos que a ação lasciva é "[...] somente a lesão objetiva contra o sentimento do pudor, levada por uma tendência voluptuosa-subjetiva" (WELZEL, 2003, p. 133). No entanto, não podemos esquecer que sobre o antigo delito de atentado violento ao pudor divergia a doutrina acerca da necessidade do agente visar com o ato a satisfação de sua lascívia, de seu apetite sexual. Nélson Hungria entendia que, não havendo intenção lasciva, o crime seria o de constrangimento ilegal. Por sua vez, Damásio Evangelista de Jesus, Magalhães Noronha e Júlio Fabbrini Mirabete, dentre outros, entendiam que a lei não exigia esse requisito, bastando a intenção de praticar o ato e a consciência de sua libidinosidade. Para esses autores, portanto, não seria necessário que o agente quisesse satisfazer seus

instintos sexuais e, assim, mesmo que o ato tivesse sido praticado por vingança ou para envergonhar a vítima, estaria constituído crime de atentado violento ao pudor. (GONÇALVES, 2003).

Por conseguinte, o antigo crime de estupro comportava o dolo específico constituído pelo fim do agente de manter conjunção carnal com a ofendida. No entanto, esse elemento servia para diferenciar a tentativa deste delito do atentado violento ao pudor, cuja ação física podia ser a mesma. Barros (2001) já afirmava que o dolo específico auxilia a distinguir um delito do outro.

Fato é que o novo tipo de estupro é um crime contra a liberdade sexual da vítima, e, sob o prisma desta, pouco importa que o ato sexual tenha tido como origem intenção lasciva ou qualquer outra por parte do agente. Assim, basta que o ato seja de caráter sexual e que tenha sido imposto à vítima. Portanto, elogios merece a lei em não se referir ao fim do agente, pois o elemento psíquico do delito está em querer o agente ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso que atente contra o pudor sexual da vítima.

O elemento subjetivo do tipo permanece o mesmo, vale dizer, é o dolo, não se punindo a forma culposa. Em nosso entendimento, exige-se o elemento subjetivo específico, consistente em obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, satisfazendo a lascívia. Pouco importa se o prazer sexual é mórbido, como, por exemplo, valer-se do crime para vingança ou outro propósito similar. Na realidade, existente a violência sexual, para a configuração do tipo penal do art. 213, diferenciando-o do mero constrangimento ilegal (art. 146, CP), demanda-se o elemento subjetivo específico, calcado na satisfação da libido. (NUCCI, 2009, p. 16).

Apesar de discordar da exigência da satisfação da lascívia comentado pelo eminente professor Nucci, concordamos com a sua afirmação sobre a violência sexual diferenciari o crime do artigo 213 do mero constrangimento ilegal. Há atos, afirma Noronha (2002, p. 99), que,

[...] para se identificarem como libidinosos exigem o exame das circunstâncias e dos outros fatos que os rodeiam: assim, por exemplo, o beijo na boca pode não traduzir o impulso da volúpia, tal a maneira por que seja dado. Mas há atos libidinosos em si, não exigindo para a sua caracterização a pesquisa do objetivo do agente. Um indivíduo que, tendo ódio acirrado a um inimigo e sua família, obriga, de revólver em punho, a esposa desse à *fellatio in ore*, ou tem com o filho menor coito *inter femora*, ainda que nenhum prazer ou volúpia sinta, mas antes seja impulsionado pelo ódio cego destituído de qualquer prazer sexual, e só tenha em mira vingar-se do adversário, não terá praticado atos caracteristicamente libidinosos? Não nos parece possível a negativa.

Sendo assim, entendemos que, ainda que o motivo do agente seja outro, como o desprezo, a ridicularização da vítima ou o desejo de vingança, a essência do dolo é sempre a mesma, qual seja, praticar um ato que lesa a liberdade sexual da vítima, sendo que esta não é menos agravada porque o agente não obteve satisfação de sua lascívia.

4. A *novatio legis in melius* no novo tipo penal de estupro

Percebemos que há diversos precedentes pacificados do STF no sentido da impossibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, previstos até então nos artigos 213 e 214 do CPB, ao fundamento de que tais crimes não poderiam ser considerados da mesma espécie. De acordo com o entendimento da Suprema Corte, crimes da mesma espécie são aqueles que apresentam a mesma tipificação normativa, ou seja, encontram-se previstos no mesmo dispositivo legal. Essa matéria já foi objeto de amplo debate no STF.

Para entendermos os efeitos práticos gerados pela Lei nº 12.015/2009 com relação ao entendimento da Suprema Corte, devemos, primeiramente, atentar para o nosso vigente CPB, que descreve critérios especiais para a aplicação da pena no concurso de crimes.

O *caput* do artigo 69 e o do artigo 71 do CPB, com a redação dada pela Lei nº 7.209/84, prescrevem duas modalidades do concurso de crimes: o concurso material e o crime continuado, *in verbis*:

Concurso material

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (BRASIL, 2009, p. 266).

Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). (BRASIL, 2009, p. 266-267).

Diante de tais considerações, constatamos que os requisitos para a caracterização do concurso material são objetivos, indispensáveis e simultâneos, a saber: pluralidade de condutas e pluralidade de crimes, idênticos ou não. Já para o reconhecimento do

crime continuado, será necessária a coexistência dos seguintes requisitos, também objetivos, indispensáveis e simultâneos: pluralidade de condutas, pluralidade de crimes da mesma espécie e conexão de continuação temporal, espacial e modal que indiquem homogeneidade das ações ou omissões. Diverge a doutrina sobre a existência de um quarto requisito, qual seja, a unidade de desígnio, este subjetivo. (BARROS, 2001).

A respeito da pluralidade de crimes da mesma espécie, há certa controvérsia doutrinária. As duas principais correntes da doutrina podem ser assim resumidas: a) crimes da mesma espécie são aqueles que ofendem o mesmo bem juridicamente tutelado, apresentando caracteres comuns; b) crimes da mesma espécie são aqueles que apresentam a mesma tipificação normativa, ou seja, encontram-se no mesmo dispositivo legal.

Tal controvérsia se coloca exatamente no cerne para efeito de reconhecer juridicamente o crime continuado entre as ações relacionadas às práticas de estupro e de atentado violento ao pudor, pois, se adotarmos a primeira corrente, será possível esse reconhecimento. Caso contrário, será adotado o concurso material.

Ora, o concurso material “[...] se diz homogêneo quando os crimes são idênticos (p. ex.: dois homicídios) e heterogêneos quando o agente viola diferentes normas penais (p. ex.: homicídio e estupro).” (BARROS, 2001, p. 473). Resumidamente, podemos afirmar que ocorre o concurso material se o agente praticar o mesmo crime, mais de uma vez, em circunstâncias diversas daquelas previstas no *caput* do art. 71 ou se praticar dois crimes distintos, sendo que as penas serão acumuladas.

O concurso de crimes é antes um concurso de penas, visto que o que se focaliza e indaga é qual a sanção penal a ser imposta a quem pratica diversos crimes. Nesse sentido, o instituto do concurso de crimes serve para resolver o problema da multiplicidade de crimes em face da pena.

Com efeito, Fragoso (2003) lembra que a regra do cúmulo material poderia, no caso concreto, conduzir à pena injusta, inteiramente desproporcional à gravidade dos crimes praticados, por isso há a regra da continuidade delitiva para beneficiar o agente. Com efeito, Barros (2001) afirma que o crime continuado é uma espécie do gênero concurso de crimes, consistindo exceção à regra do concurso material, pois este depende da existência de dois ou mais crimes, e não apenas da sucessão de atos integrantes de uma única conduta criminosa. Conforme a lição de José Frederico Marques (2002, p. 418), o crime continuado não é de criação recente,

[...] suas origens políticas encontram indubitavelmente um favor rei, que levou os juristas medievais a considerar como um furto único uma pluralidade de furtos, para assim evitarem as consequências draconianas que de outra forma adviriam, uma vez que se aplicava a pena de morte contra quem cometesse três furtos, ainda que de pequeno valor.

Também de grande valia são os ensinamentos de Barros (2001, p. 478) que afirma,

No estudo do crime continuado, a primeira questão com que nos defrontamos é a relativa à sua natureza jurídica [...] A teoria da ficção jurídica, também chamada de unidade fictícia limitada, idealizada por Camarra, vislumbra no crime continuado uma pluralidade de crimes, considerando a unidade apenas para efeito de aplicação da pena. Na verdade, há vários crimes, e não crime único.

Por conseguinte, Barros (2001) continua sua lição afirmando que o vigente CPB aplica a teoria da ficção jurídica para justificar a natureza do crime continuado. Assim, por força da ficção criada por lei, justificada em virtude de razões de política criminal, a norma legal permite a atenuação da pena criminal, ao considerar que as várias ações praticadas pelo agente são reunidas e consideradas fictivamente como delito único, tão somente para o efeito da aplicação da pena. Tanto é assim que a prescrição punitiva e a decadência são analisadas separadamente em relação a cada crime.

Eliminou-se do direito vigente a regra segundo a qual a prescrição, no crime continuado, começa a correr do dia em que cessa a continuação. Essa regra constava do CP de 1940, em sua redação original (art. 111, c). No direito vigente, a prescrição se regula por cada fato isolado e começa a correr do momento em que cada um desses fatos puníveis se consuma. Para o cálculo da prescrição não se considera o acréscimo decorrente da continuação, pois se assim fosse, o agente estaria em situação menos favorável do que estaria se houvesse cometido crimes em concurso material (art. 119, CP) [...] Para os efeitos da *decadência* (perda do direito de agir em razão do tempo), não prevalece a ficção do crime continuado. Conta-se o prazo de decadência para cada fato isolado da série. (FRAGOSO, 2003, p. 445).

Com relação ao requisito subjetivo – unidade de desígnio – para a caracterização do crime continuado, devemos atentar para o seguinte: a unidade de desígnio se dará quando os diversos delitos são oriundos de um plano único previamente engendrado pelo agente. Assim, o agente, antes de atuar, deverá ter em mente os diversos delitos a serem executados. Percebemos que a teoria objetiva, à qual nos filiamos, afasta esse requisito subjetivo, defendendo, primordialmente, que na identificação do crime continuado há somente elementos objetivos, ou seja, caracteriza-se pela homogeneidade dos elementos exteriores à conduta, sem nenhum questionamento acerca do propósito do agente. Por outro lado, a teoria objetivo-subjetiva exige para a caracterização do crime continuado, além dos elementos objetivos, a unidade de desígnio. (BARROS, 2001).

Assim, novamente, trazemos os termos de José Frederico Marques, que, por sua precisão, merecem transcrição literal:

O Código pátrio abraçou decididamente a teoria objetiva do crime continuado, razão pela qual a conexão de continuidade se realiza através do processo executivo do crime e de elementos circunstanciais das infrações em continuação. (MARQUES, 2002, p. 422).

Silenciou o Código sobre qualquer dado ou elemento subjetivo, porquanto a homogeneização das condutas deve mesmo assentar-se num plano todo objetivo [...] E, além disso, a unidade de plano nem sempre seria motivo para redução da pena, e sim, ao contrário, para exasperá-la ou aumentar. (MARQUES, 2002, p. 424-425).

Também trazemos os ensinamentos de Fragoso (2003, p. 443) que complementa nosso entendimento:

Nosso CP adotou a chamada teoria puramente objetiva, que exclui do conceito elementos subjetivos (v. item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral). Assim, é continuado o crime quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Não se requer que haja qualquer dolo de conjunto ou propósito deliberado de praticar sucessivamente fatos delituosos. É intolerável a jurisprudência firmada pelo STJ, que exige unidade de desígnio para a caracterização do crime continuado.

Ainda dentro desse prisma, certo é que o item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral do CPB assim dispõe:

59. O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O Projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição

da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade. (BRASIL, 2009, p. 227, grifo nosso).

Ficou claro, portanto, o reconhecimento de que não haveria crime continuado quando a reiteração delituosa indicasse a ocorrência de profissionalização criminosa, ou seja, quando o agente adotasse o crime como meio de vida. Lado outro, para os criminosos ocasionais, a prova da unidade de desígnio seria muito difícil, o que tornaria o crime continuado, na prática, uma figura meramente decorativa do direito penal. Além do mais, poder-se-ia prestigiar criminosos audaciosos, que realizam um plano antes de atuar, deixando de fora do benefício os delinquentes que atuam sem prévia deliberação, mas que, diante das oportunidades surgidas, não resistem à tentação de delinquir. (BARROS, 2001). O mencionado autor (2001, p. 480) continua sua lição, afirmando:

O nosso Código não faz qualquer menção à unidade ou pluralidade de desígnio, suprimindo, assim, qualquer indagação acerca do elemento psíquico do agente. Foi adotada a teoria objetiva pura, visto que, para a caracterização do crime continuado, basta a presença dos requisitos externos da conduta.

Além da conexão de continuação temporal, espacial e modal, podemos considerar, também, a conexão ocasional, pois é por meio dela que se forma o verdadeiro elo entre os delitos antecedentes e os subsequentes, de modo que o agente deve praticar o delito subsequente aproveitando-se das mesmas oportunidades ou relações nascidas com o delito antecedente.

Segundo entendimento majoritário do STF, os crimes então previstos no art. 213 e 214 do Código Penal não foram considerados da mesma espécie, pois, apesar de serem delitos do mesmo gênero (ato libidinoso), constituíam espécies diferentes, sendo, portanto, aplicado pela Suprema Corte o concurso material de crimes.

Fato é que tanto o estupro como o atentado violento ao pudor são crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência ou grave ameaça, visando o constrangimento da vítima à prática de um ato sexual, sendo a conjunção carnal espécie do gênero ato libidinoso.

Com efeito, o CPB não define o que são “crimes da mesma espécie”, mas a interpretação do STF foi no sentido de que o legislador quis referir-se a crimes idênticos, porque, como tais, segundo a Suprema Corte, só podem ser entendidos os que têm a mesma descrição legal, para o que teriam de ser objeto do mesmo tipo. Assim, só haveria continuidade delitiva entre estupro e estupro, atentado violento ao pudor e atentado violento ao pudor etc. Nesse sentido, o STF procurou estabelecer uma distinção que o legislador não fez, e que ao intérprete não seria lícito fazer. Ademais, interpretar restritivamente o artigo 71 do CPB é o que de maneira alguma se justifica. (MARQUES, 2002).

Há entendimento contrário de autores renomados, dentre os quais citamos mais uma vez Fragoso (2003, p. 444), em termos que não permitem melhor exposição, por isso os reproduzidos:

Crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns [...] A continuidade resulta de um conjunto de elementos exteriores comuns. Assim, é preciso que ocorram as mesmas condições de tempo e lugar ou de maneira de execução e outras semelhantes.

Ora, o art. 71 do Código Penal, ao mencionar que os delitos devem ser da mesma espécie, não quis dizer que devem ser idênticos, pois, quando pretendeu essa significação, o legislador penal usou a terminologia específica, como na redação dos arts. 69 e 70 do diploma penal – concurso material e formal de delitos. Delitos da mesma espécie não podem ser somente os previstos no mesmo tipo legal, pois, nesse caso, seriam crimes idênticos, acepção não pretendida pelo legislador ao dispor sobre a continuidade delitiva, significando aqueles que, pertencendo a um mesmo gênero, ou seja, bem jurídico tutelado, apresentam características objetivas e subjetivas semelhantes. (MARQUES, 2002).

No dizer de Noronha (1995), os crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo, tanto que o artigo 71 do CPB se refere a penas diversas, mas também os integrados pelos mesmos elementos subjetivos e objetivos.

Grosso modo, o entendimento adotado pelo STF restringia bastante a aplicação do crime continuado, enquanto se ampliariam as hipóteses de concurso material. Tal colocação fugiria à finalidade de política criminal pela qual fora introduzido nas legislações o crime continuado, qual seja a de evitar penas extremamente exarcebadas que, eventualmente, comparadas com outras, evidenciavam sua injustiça. Complementando esse assunto, o doutrinador alemão Franz Von Liszt (2003, p. 72) nos ensina:

O reconhecimento de que a pena é um dos *meios à disposição do Estado na luta contra o crime* nos leva além dos limites do direito vigente e suscita a questão do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir que o Estado pertence, bem como a da origem da natureza do crime. A solução científica de tais questões é objeto da Política Criminal. A esta ciência incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o Direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-lo em casos singulares de conformidade com esses fins. (grifo do autor).

Retornando à alteração prevista pela Lei nº 12.015/2009, que colocou no mesmo tipo penal o estupro, o atentado violento ao pudor ou outro ato libidinoso qualquer (art. 213), revogando-se, por consequência, o art. 214, podemos considerar que não há mais possibilidade de controvérsia acerca do conceito de “crimes da mesma espécie”, previsto no *caput* do artigo 71 do CPB, em se tratando de estupro e atentado violento ao pudor. Ao se integrarem ambas as figuras típicas do gênero (ato libidinoso) no mesmo tipo penal, estaria sendo aceito o entendimento defendido pelo STF que, como acima dito, trata-se de um conceito mais restritivo, bem como por parte da doutrina que defendia entendimento diverso, dentre os quais, lembramos novamente o de Heleno Cláudio Fragoso e para corroborar, citamos, também, os ensinamentos do doutrinador Nucci (2009, p. 18-19), que observa que o concurso de crime no novo tipo de estupro

[...] altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro.

Assim é que o crime continuado constitui uma ficção jurídica concebida por razões de política criminal. Em verdade, não se trata de um só crime; porém, considerou-se que os subsequentes deveriam ser considerados como continuação do primeiro e instituiu-se uma forma especial de punir o autor do crime cometido nas circunstâncias descritas no art. 71 do CPB. Entendemos nós que, quando os crimes da série são previstos no mesmo tipo penal, sejam consumados ou tentados, não há dúvida de que deverão ser todos havidos como crimes da mesma espécie; entretanto, casos podem ocorrer de crimes não previstos no mesmo tipo penal, mas praticados pela mesma pessoa contra o mesmo bem jurídico e unidos pelo laço da continuidade, ou seja, há uma conexão continuativa entre essas infrações que se assemelham pelas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, as quais deveriam ser tidas como da mesma espécie, para aplicação da regra do crime continuado. Enfim, a regra do crime continuado deve ser aplicada tendo em vista o caso concreto e sob a inspiração das mesmas razões de política criminal que lhe deram origem.

4.2. O novo crime de estupro entendido como “tipo misto alternativo”

A expressão “tipo” não é empregada pela lei. Ela corresponde à figura puramente conceitual elaborada pela doutrina do Direito Penal que vem trabalhando em seu conceito ao longo dos tempos. Tipo não é o fato delituoso em sua realidade fenomênica, mas sim a construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. (FRAGOSO, 2003).

O tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. Na lição de César Roberto Bitencourt “O tipo exerce uma função *limitadora e individualizadora* das condutas humanas penalmente relevantes [...] Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido”. (BITENCOURT, 2006, p. 322).

Por natureza, o tipo legal “[...] contém o atributo da síntese, pois lhe é impossível abarcar todas as particularidades do crime, como ocorre na vida real”. (BARROS, 2001, p. 170). Assim, busca o legislador concentrar no tipo apenas a essência comum de cada espécie punível. É no verbo ou no núcleo do tipo que está consubstanciada a ação, pelo que é em torno dele que se fundem os elementos da conduta humana.

Interessa-nos, no presente trabalho, tecer algumas considerações acerca do “tipo misto alternativo” presente na redação dada pela Lei nº 12.015/2009 ao artigo 213 do CPB.

Ora, tipos simples contêm uma única espécie de conduta criminosa, isto é, um único núcleo. Exemplificadamente, os verbos “matar” no homicídio (art. 121 do CPB), “ameaçar” no crime de ameaça (art. 147 do CPB) e “subtrair” no furto (art. 155 do CPB) constituem os núcleos de seus respectivos tipos penais. Por outro lado, os tipos mistos são os que descrevem mais de uma espécie de conduta, ou seja, possuem dois ou mais núcleos. No entanto, há que se distinguir duas espécies de tipo misto: o alternativo e o cumulativo. (BARROS, 2001).

No tipo misto cumulativo, “A consumação do crime depende da realização das múltiplas condutas”. (BARROS, 2001, p. 176). Sendo assim, dá-se a presença de dois verbos cumulativos. Portanto, o agente deve realizar as múltiplas condutas previstas no tipo para consumir o crime, senão haverá somente tentativa. Como exemplo, podemos citar: “[...] ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil” (terceira figura típica do art. 242 do CPB). Há, como se vê, mais de um núcleo: “ocultar” “suprimindo” ou “alterando”. Assim, para que o delito se consume, não basta apenas a ocultação; é necessário que o agente, depois de ocultar o recém-nascido, realize ainda a alteração ou supressão de direito inerente ao estado civil; caso contrário, o delito permanecerá apenas na forma tentada.

Não devemos, porém, confundir o tipo misto cumulativo com os denominados tipos acumulados. Nos tipos acumulados não há fungibilidade entre as condutas, “[...] há disposições legais que contêm, independentemente, mais de uma figura típica de delito, ou seja, nas quais há *tipos acumulados*” (FRAGOSO, 2003, p. 194). Nesse sentido, observamos que há autonomia das ações delitivas, que ocorre quando o legislador reúne dentro do mesmo tipo mais de um crime. Nesse caso, haverá sempre a aplicação da regra cumulativa (concurso material) se mais de uma conduta for praticada. Notamos que nos tipos mistos cumulativos não há a soma de penas. Como exemplos, citamos os arts. 208, 242, 244 do CPB, além de outros. Ademais, o art. 242 do CPB, na terceira figura típica, é um tipo cumulativo, mas também é um tipo acumulado, porque contém a definição de mais de uma figura criminosa. (BARROS, 2001).

No que diz respeito aos tipos mistos alternativos, podemos afirmar que “Correspondem a casos em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor.” (FRAGOSO, 2003, p. 193).

No caso em tela, no tipo misto alternativo, “[...] o legislador descreve mais de uma conduta como hipótese de realização do mesmo crime, de modo que a prática sucessiva dessas condutas caracteriza crime único”. (BARROS, 2001, p. 176). São os chamados crimes de condutas variáveis ou fungíveis, porque descrevem não uma, mas várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso. Portanto, a realização de mais de uma modalidade prevista no tipo não altera a unidade do delito – exemplos: “induzir”, “instigar” ou “auxiliar” (art. 122 do CPB). Assim, o agente que, de maneira sucessiva, induz, instiga e depois auxilia a mesma vítima a suicidar-se, responde uma única vez pelo delito do art. 122 do CPB. (BARROS, 2001).

Parece mais que natural que o dolo no novo tipo penal de estupro seja constituído pela vontade do agente de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso. Portanto, o agente que, no mesmo contexto fático, mediante violência ou grave ameaça, constrange uma mulher a ter conjunção carnal com ele (conduta ativa da vítima) e a praticar outro ato libidinoso qualquer (conduta ativa da vítima) e a permitir que seja praticado ato libidinoso nela (conduta passiva da vítima), responde por crime único de estupro. Assim é que todos os atos praticados no novo tipo de estupro se aglutinam nos núcleos do tipo: “constranger”, “praticar” e “permitir que com ele se pratique” (artigo 213 do CPB). Aliás, como bem assinalou Victor Eduardo Rios Gonçalves (2003, p. 7), no antigo crime de atentado violento ao pudor, já estavam previstas duas condutas típicas. Na primeira delas,

[...] a vítima é obrigada a praticar ato libidinoso, ou seja, o sujeito exige uma conduta ativa da vítima no ato sexual. Ex.: vítima obrigada a acariciar o pênis do agente ou nele realizar sexo oral etc. Na segunda, a vítima é coagida a permitir que nela seja praticado o ato de libidinagem, isto é, que tenha uma conduta passiva no ato. É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima é obrigada a suportar que o agente nela pratique sexo oral ou que introduza o pênis em seu ânus.

É possível que, em um mesmo contexto fático, o agente obrigue a vítima a praticar e também a permitir que nela se pratiquem atos libidinosos. Nesse caso, haverá crime único, mas a maior gravidade da conduta deverá ser sopesada por ocasião da fixação da pena.

Situação diversa seriam os seguintes casos hipotéticos: a) o agente, em momentos diversos, mediante violência ou grave ameaça, mantém conjunção carnal e outro ato libidinoso qualquer com a mesma mulher (crime continuado, desde que presentes os requisitos); b) o agente que, mediante violência ou grave ameaça, mantém conjunção

carnal e outro ato libidinoso qualquer, durante vários meses ou até durante anos (concurso material, desde que ausentes os requisitos do crime continuado).

Restou claro que o tipo previsto no artigo 213 passou a ser classificado como “misto alternativo”, pois passou a ser um crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado), ou seja, descreve várias hipóteses ou condutas de realização do mesmo fato criminoso. Também pode ser chamado de plurinuclear (porque conta com vários verbos como núcleos do tipo). Exemplo marcante é o art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (nova Lei das Drogas), que contém dezoito verbos (dezoito condutas típicas); assim, o agente pode cometer uma, algumas ou todas as ações previstas nesse artigo, mas responderá por um único crime de tráfico de drogas.

4.3. Da *novatio legis in melius*

No que diz respeito à lei penal no tempo, é sabido que a sua eficácia subordina-se a uma regra geral e a várias exceções, como se infere dos preceitos contidos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República e nos artigos 2º e 3º do CPB. A regra geral é a da prevalência da lei do tempo do fato: *tempus regit actum*, isto é, os fatos são regulados pela lei do tempo em que se verificam. Com isso preservamos o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal, garantindo a estabilidade da ordem jurídica, sem o qual faltaria a condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos do indivíduo. (BITENCOURT, 2006).

Ora, “[...] as leis não são eternas nem imutáveis. Elas se sucedem e se modificam para melhor corresponderem aos imperativos de sua época”. (LOPES, 2005, p. 98). Fato é que, em relação ao direito penal, a irretroatividade de norma incriminadora é consequência do princípio da legalidade, que é garantia constitucional.

Todavia, no campo do direito punitivo, o princípio da irretroatividade sofre a exceção contida no artigo 5º, XL, da Constituição da República de 1988: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Ademais, desde a Constituição da República de 1946, a retroatividade da lei mais benigna é assegurada em qualquer fase que se encontre a ação ou a execução penal, sem nenhuma ressalva. Essa exceção também está prevista no artigo 2º do CPB: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. É o caso da *abolitio criminis* quando a nova lei torna atípico o fato incriminado. De grande valia são os ensinamentos de Barros (2001, p. 54), que afirma que a ocorrência da *abolitio criminis*

[...] atinge apenas a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Exclui, aliás, todos os efeitos penais, de modo que a sentença condenatória é considerada inexistente, não podendo prevalecer para efeito de reincidência, de maus antecedentes ou de qualquer outro efeito penal.

Perduram, entretanto, os efeitos de natureza civil da sentença penal condenatória, de tal modo que o réu continua obrigado a reparar o dano causado pelo delito (CP, art. 91, I). Assim, a

sentença condenatória transitada em julgado continua valendo como título executivo na esfera cível. (art. 584, II, do CPC).

Lado outro, estatui o parágrafo único do artigo 2º do CPB: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. É o caso da *novatio legis in melius* quando a lei posterior, mantendo a incriminação do fato, torna menos grave a situação do réu. Em outros termos, a lei penal nova que gerar qualquer situação ou hipótese de benefício ao acusado deve retroagir.

Com as terminologias *novatio legis* incriminadora e *novatio legis in pejus*, refere-se a doutrina às duas categorias de leis penais severas. “Ocorre a *novatio legis* incriminadora quando uma nova lei considera crime fato até então atípico. Já na *novatio legis in pejus*, a nova lei agrava as consequências jurídico-penais do fato criminoso existente, sem criar um novo tipo penal incriminador”. (BARROS, 2001, p. 58).

O princípio, portanto, é da irretroatividade da *lex gravior* (lei menos favorável) e da retroatividade da *lex mitior* (lei mais favorável), isto é, irretroatividade *in pejus* e retroatividade *in melius*. Assim, a lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria figura penal até então inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato, isto é, a pena ou a medida de segurança. Portanto, o conflito de leis penais que se sucedem resolve-se sempre pela aplicação de um princípio básico, que é o da retroatividade ou ultratividade da lei mais benigna. Em outras palavras, quando a lei posterior for a mais favorável, poderá retroagir para aplicar-se aos fatos ocorridos antes de sua vigência. Quando mais favorável for a lei anterior, mesmo sendo revogada pela posterior, continuará produzindo efeitos em relação aos fatos verificados durante a sua vigência, nisso consistindo a ultratividade da lei penal segundo a qual, embora decorrido o período de sua vigência, ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, é mantida a eficácia da lei em relação aos fatos praticados no período em que estava em vigor. O princípio da irretroatividade vige, com efeito, somente em relação à lei mais severa. (BITENCOURT, 2006).

Sobre a lei penal no tempo, Noronha (1995, p. 76) nos ensina que se afere a benignidade, no caso concreto,

confrontando as leis concorrentes. Mais benéfica será a que cominar pena de menor duração, de natureza menos grave, de efeitos mais aceitáveis etc., como também a que der ao delito configuração que favoreça o réu, tanto pela não-incriminação do fato como por ver nele forma menos grave, outorgar-lhe circunstâncias minorativas da pena e dispuser processo mais favorável.

Ponto em que a doutrina não se concilia é a de saber se, na determinação da lei mais benigna aplicável, pode o juiz combinar leis para aplicação ao caso concreto,

tomando os preceitos ou os critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei posterior, de modo a extrair o máximo benefício resultante da aplicação conjunta só dos aspectos mais favoráveis das duas leis. A nosso ver, pode o juiz combinar as partes benéficas de cada uma das leis para delas extrair um conteúdo mais favorável ao acusado, pois só assim é cumprido, mais retamente, o mandamento constitucional que determina a aplicação da lei penal benigna.

Comungam da mesma opinião Basileu Garcia e José Frederico Marques, o primeiro invocando a equidade e o segundo observando que o juiz, em tal caso, obedece a princípio constitucional e joga com elementos fornecidos pelo próprio legislador. Se lhe é dado, na aplicação do mandamento constitucional, escolher entre duas leis a que é mais benigna, não se vê por que não se admitir que as combine para assim melhor obedecer à Lei Magna. Se pode escolher o 'todo' para favorecer o réu, poderá também tirar parte de um todo para combinar com a parte de outro todo, em obediência ainda ao preceito constitucional. (NORONHA, 1995, p. 78).

Em outras palavras, “Nossa opinião é a de que, em matéria de direito transitório, não se pode estabelecer dogmas rígidos como esse da proibição da combinação de leis. Nessa área, a realidade é muito mais rica do que pode imaginar a nossa ‘vã filosofia’.” (TOLEDO, 1999, p. 38). Portanto, entendemos que o juiz que conjuga as leis para beneficiar o acusado não está legislando, mas apenas aplicando ao caso concreto texto legal fornecido pelo próprio legislador. Faz-se oportuno, ainda, o exemplo citado por Barros (2001, p. 57):

Suponha que a lei ‘A’ comine pena de um a quatro anos de reclusão e multa de dez a trezentos e sessenta vezes o salário mínimo, e a lei ‘B’ imponha pena de três a dez anos de reclusão e multa de dez a vinte salários mínimos. No tocante aos crimes cometidos na vigência da lei anterior, o juiz deverá efetuar a combinação das partes benignas das leis. Quanto à reclusão, incide a lei antiga (1 a 4 anos); quanto à multa, incide a lei nova (10 a 20 salários mínimos).

A respeito da situação em que se discute na doutrina se a lei mais benigna deve retroagir ou não no período de *vacatio legis*, colacionamos os ensinamentos de Bitencourt (2006, p. 210), que afirma que no momento:

[...] em que é publicado um novo texto legal, este passa a existir no mundo jurídico, representa o novo pensamento do legislador sobre o tema de que se ocupa, produto, evidentemente, de novas valorações sociais. Assim, não sendo possível ignorar a existência do novo diploma legal, bem como as transformações que ele representa no ordenamento jurídico-penal, a sua imediata eficácia é inegável, e não pode ser obstaculizada a sua aplicação retroativa quando configurar lei penal mais benéfica, mesmo que ainda se encontre em *vacatio legis*.

Insta salientar que o mandamento constitucional que determina a aplicação da lei penal benigna tem aplicação imediata e não pode ser obstaculizada por nenhum outro motivo. Portanto, adotamos o entendimento de que a lei em período de *vacatio legis* deve ser aplicada, desde logo, se mais favorável ao réu, pois já foi publicada e porque já é existente no mundo jurídico.

Em suma, “Toda a casuística da aplicação da lei penal no tempo se resolve segundo o critério da não retroatividade, salvo quando a aplicação da lei posterior possa beneficiar o agente, seja descriminalizando a conduta, seja por qualquer outro modo”. (LOPES, 2005, p. 99).

Enfim, a interpretação do novo tipo penal do estupro como a que está sendo desenhada neste trabalho constata situação mais benigna ao condenado em virtude da mudança legislativa benéfica apesar de manter intacta a pena de seis a dez anos. No caso em tela, houve a absorção do outro ato libidinoso pela conjunção carnal violenta, tornando crime único o estupro e o atentado violento ao pudor (coito anal, por exemplo). Assim, entendemos que deve ser aplicada a pena cominada no art. 213 do CPB, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes, cabendo ao juiz, no caso de multiplicidade de atos, fazer a adequada dosagem da pena.

5. Conclusão

Ante todos os fundamentos expostos nos tópicos anteriores, partimos do pressuposto de que a Lei nº 12.015/2009, em geral, houve-se com acerto, pois, de modo incontestado, modernizou-se o cenário dos delitos sexuais. Poderá apresentar, por certo, imprecisões, lacunas e deficiências, como qualquer outra lei. Porém não se há de negar justiça ao legislador, que, ao unir os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo tipo penal, reconheceu que ambos constituíam delitos da mesma espécie, fazendo cair por terra o entendimento majoritário do STF, que não interpretava dessa forma.

Buscamos, com este trabalho, contribuir para a discussão sobre as modificações promovidas no crime de estupro e a *novatio legis in melius*. Utilizamos, para tanto, a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, os artigos jurídicos publicados sobre o tema bem como as legislações penais e a Constituição da República.

Nesse sentido, concluímos que, com a nova redação do crime de estupro dada pela Lei nº 12.015/2009, houve mudança legislativa benéfica com a absorção do outro ato libidinoso pela conjunção carnal violenta tornando crime único o estupro e o atentado violento ao pudor.

Ora, conforme os fundamentos percorridos no presente trabalho, o novo tipo de estupro deve ser entendido como tipo misto alternativo ao fundamento de que passou a ser um crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado), ou seja, o legislador

descreveu mais de uma conduta como hipótese de realização do mesmo crime, de modo que a prática sucessiva dessas condutas caracteriza crime único, quando praticados no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima.

Ademais, com a *novatio legis in melius* no novo tipo penal do estupro, defendemos a possibilidade de ser proferida decisão pelo juiz de execução penal, no sentido de aplicar a nova lei aos casos julgados definitivamente; bem como a possibilidade de ser aplicada a *novatio legis in melius* pelos tribunais, em grau de recurso.

Lado outro, temos a clara noção de que não se sanaram todas as questões jurídicas amplamente debatidas na doutrina e na jurisprudência acerca dessa mudança legislativa benéfica a qual defendemos. Aliás, como já dissemos, esse tema ainda encontra-se incipiente na doutrina pátria, e sua total aplicação está condicionada às decisões de nossos órgãos judiciais, como resultado de uma ampla discussão estabelecida entre as partes nos casos concretos.

6. Referências bibliográficas

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 1 v.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução Edméia Gregório dos Santos. Campinas: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Código Penal – Código de Processo Penal – Legislação Penal e Processual Penal – Constituição Federal*. GOMES, Luiz Flávio (Org.). 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Presidência da República. *Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 18 ago. 2009.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DEUTERONÔMIO. Português. In: *A Bíblia Sagrada*: Antigo e o Novo Testamento. Tradução João Ferreira de Almeida. 2. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993. p.127-154.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. 1 v.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a administração*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 10 v.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. 1 v.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 5 v.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2.v. Campinas: Millennium, 2002.

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

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 1 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal: Parte Geral, 1ª Parte*. São Paulo: CPC, 1999.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.