

## **Estupro e o concurso de crimes**

### **Rape crime and contest crimes**

Lígia Maria de Oliveira Nazar<sup>1</sup>

**RESUMO:** A exemplo dos demais bens jurídicos tutelados em nosso ordenamento penal, a dignidade sexual, quando violada, reclama do Estado a perfeita aplicação da norma jurídica, valendo-se, para tanto, do que contempla o Código Penal no Título VI. Recentemente, o mencionado Título foi significativamente alterado pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Foi feita, pois, uma verdadeira reforma na disciplina legislativa dos crimes sexuais no Brasil. Houve, entre outras mudanças, a fusão dos conceitos de atentado violento ao pudor e de estupro em apenas um dispositivo penal. Tal alteração proporcionou muita discussão em relação ao tópico concurso de crimes. Partindo da análise de como o tema era tratado na doutrina e jurisprudência antes da reforma legislativa, o escopo do presente artigo é tecer alguns comentários sobre a possibilidade ou não do reconhecimento de mais de um crime de estupro, quando cometido em um mesmo contexto.

**Palavras-chave:** Estupro; concurso de crimes; Lei nº 12.015/09.

**ABSTRACT:** Sexual dignity, when violated, demands the perfect application of the existing law, using the provisions which can be found in the Criminal Code, Title VI. Recently, the above mentioned Title has been significantly modified by the Law nº 12.015, published on the August 7, 2009. There has been a substantial change in the legislative discipline concerning the sexual felonies in Brazil: the concepts of violent attempt against modesty and rape crime have been fused in one criminal device. This change provided a lot of discussion regarding the topic contest crimes. Based on the analysis of how the issue was treated in the doctrine and jurisprudence before the legislative reform, the scope of this article is to make some comments about the possibility or not to recognize more than one rape crime, when committed in the same context.

**Key words:** rape crime; contest crimes; Law 12.015/09.

**Sumário:** Introdução. 1. Histórico do concurso de crimes sexuais. 2. Classificação dos crimes sexuais no panorama atual. 3. Tratamento conferido ao concurso de crimes sexuais hoje no Poder Judiciário. 4. Existência do concurso de crimes. 5 Considerações finais.

**Referências bibliográficas.**

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela FADISP. Docente no Centro Universitário Estácio e Universidade Paulista - UNIP. Advogada.

## Introdução

A Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009 promoveu uma verdadeira reforma na disciplina legislativa dos crimes sexuais no Brasil. Houve, dentre outras mudanças, a modificação da denominação do Título VI, que passou de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”; a revogação do artigo 214, do Código Penal; a modificação do conceito de estupro.

Previo o extinto dispositivo 214 o chamado crime de atentado violento ao pudor, que consistia na prática não consentida de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com qualquer pessoa. De outra forma, configurava o crime de estupro constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Assim, antes das alterações realizadas no Código Penal, apenas a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, que apenas ocorria caso o constrangimento visasse a conjunção carnal, ou seja, o coito vaginal. O constrangimento a atos libidinosos diversos como o coito oral, anal ou qualquer outro, configurava o que se denominava atentado violento ao pudor, que podia ter qualquer pessoa como vítima.

Apesar da revogação do artigo 214, *mister* destacar que não ocorreu o fenômeno denominado *abolitio criminis* (supressão da incriminação que gera a extinção da punibilidade), porquanto o comportamento definido anteriormente nesta norma penal sob a rubrica de atentado violento ao pudor fora incorporado ao conceito de estupro. Houve, pois, a fusão de dois dispositivos penais em apenas um.

Com efeito, operou-se o que alguns autores denominam de continuidade normativo-típica, ou, para outros, continuidade típico-normativa da conduta, uma vez que a nova descrição dos elementos do atual artigo 213 do Código Penal mantém a antiga conduta prevista no revogado artigo 214. Portanto, não há dúvida de que o tipo legal do estupro hoje engloba as duas condutas anteriormente previstas em dois dispositivos autônomos.

Referida ressalva é de extrema relevância, pois se tivesse ocorrido a extinção da figura penal pela superveniência da Lei nº 12.015/09, tal alteração retroagiria (artigo 2º do Código Penal e artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal), fazendo desaparecer todos os efeitos penais, principais e secundários, bem como a presente discussão acerca do concurso de crimes.

Ao que parece, o legislador rendeu-se ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, não distinguia as condutas e denominava o constrangimento à prática de qualquer ato sexual como estupro. Houve, destarte, a equiparação terminologia entre as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor.

Embora tenha sido rompida a tradição brasileira de se incriminar separadamente tais condutas, a integração dos tipos sob um mesmo conceito atende à ideia de facilitação da classificação jurídica do fato, bem como de interpretação das normas pelo destinatário.

Com efeito, uma vítima terá maior capacidade de expressar tecnicamente o nome do crime contra si praticado, bastando-lhe dizer estupro, muito embora ainda seja necessário descrever em que consistiu.

Todavia, ainda que a integração de conceitos tenha facilitado a interpretação das normas pelo destinatário, bem como acabado com a dúvida de pessoas leigas à classificação de uma conduta, a fusão de dispositivos sob a mesma rubrica também gerou muitas controvérsias, sobretudo no que concerne ao tema concurso de crimes.

## **1. Histórico do concurso de crimes sexuais**

O concurso de crimes sexuais, mesmo antes da reforma legislativa, sempre foi questão controvertida na doutrina e jurisprudência.

Helena Cláudio Fragoso acreditava que o estupro não poderia concorrer com o atentado violento ao pudor. Argumentava ser este sempre uma ofensa menor ao mesmo bem jurídico, configurando-se, assim, um crime progressivo<sup>2</sup>.

Todavia, Júlio Fabbrini Mirabete<sup>3</sup> e a maioria da doutrina defendiam que a hipótese de o agente praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal comportaria duas situações: (a) se as carícias preliminares estivessem dentro do mesmo desdobramento causal da subsequente conjunção carnal, haveria absorção do atentado violento ao pudor pelo estupro por força do princípio da consunção, funcionando os atos anteriores como meio necessário e atos preparatórios da relação sexual posterior; (b) se, entretanto, os atos libidinosos fossem bem destacados da conjunção carnal, tratando-se de mais um ato e não simplesmente de prelúdio da cópula vagínica, responderia o agente pelos dois crimes em comento, mesmo em se tratando de

---

<sup>2</sup>FRAGOSO, Helena Cláudio. Lições de Direito Penal – Parte Especial. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 06.

<sup>3</sup>MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal – Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2007 p. 411.

situação de tempo e lugar semelhantes (como o agente que submetesse a vítima à prática de conjunção carnal e, em seguida, à prática de coito anal). Nesta última situação, a prática anormal não se encontraria na linha de desdobramento causal do estupro, tratando-se de ato independente e, dessa forma, comportando o concurso de crimes. Nesse sentido existiam decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*(...) acusados que após estuprarem a vítima com ela praticarem atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Delitos, portanto, autônomos. Quando o ato libidinoso se destaca como perversão, fora do prelúdio para a conjunção carnal, passa a constituir entidade autônoma, a prevista no artigo 214 do CP (TJ/SP. AC. Rel. Des. Camargo Sampaio. RT 513/379).*

*(...) nem se argumente que o delito de atentado violento ao pudor estaria absorvido pelo estupro, porquanto, em verdade, não se trata de crimes da mesma espécie e a “fellatio in ore” não constitui mero prelúdio da conjunção carnal, até porque foi posterior (TJ/SP. AC. Rel. Des. Jarbas Mazzoni. RJTJSP 126/461 e RT 652/275).*

Reconhecida a existência de dois contextos distintos e, portanto, de crimes autônomos, também havia divergência na doutrina e jurisprudência acerca do concurso a ser reconhecido: formal, material ou crime continuado.

Havia quem entendesse tratar-se de concurso formal, pois o agente, mediante uma só ação, praticava dois ou mais crimes.

Outrossim, existia posicionamento minoritário que entendia que, sendo o estupro e o atentado violento ao pudor crimes contra os costumes e visando, um e outro, a satisfação do instinto sexual mediante violência, tratava-se de continuação delituosa, sobretudo se praticados contra a mesma vítima.

Entretanto, a maioria da doutrina e jurisprudência considerava inaceitável tal continuidade. Defendiam não serem crimes da mesma espécie. Além disso, os desígnios eram diversos: no estupro o fim era a prática da conjunção carnal; já no atentado violento ao pudor, o fim era diferente. Nesse sentido:

*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. HC 10.162. Rel. Min. Edson Vidigal. 5ª Turma. j. 02.09.1999, p. 106. No mesmo sentido: STF. HC 74.630/ MG. Rel. Min. Ilmar Galvão. 1ª Turma. DJU, 7.3.1997).*

Acreditava-se que somente poderia ser reconhecida a continuidade delitiva se houvesse a prática de diversos estupros, na forma simples ou qualificada, tentados ou consumados; ou diversos atentados violentos ao pudor, na forma simples ou qualificada, tentados ou consumados.

Assim, a doutrina e jurisprudência majoritárias defendiam o entendimento de que o agente que, ainda que em um mesmo contexto, mas mediante mais de uma ação, praticava mais de uma infração, enquadrava-se no concurso material de crimes. Neste sentido:

*Estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra a mesma vítima. Crimes de espécies diferentes. Configuração do concurso material de crimes e não do crime continuado. (...) Se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal não configura elemento constitutivo, conduta inicial ou meio para a realização do crime de estupro, deve o agente responder por este e pelo crime de atentado violento ao pudor. Nesse caso, por se tratarem de crimes de espécies diferentes, aplica-se a regra do concurso material (CP, artigo 69), ainda que cometidos contra a mesma vítima. Recurso conhecido e provido (STJ. REsp. 303.246/RS. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. 5ª Turma. j. 23.04.2002. DJ, 10.6.2002. p. 244).*

*Penal e processual penal. Recurso especial. Estupro e atentado violento ao pudor contra a mesma vítima. Concurso material. Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de **praeludia coiti**, é de se reconhecer o*

*concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da mesma espécie e homogeneidade de execução (STJ. Resp. 297.581/SP. Rel. Min. Félix Fischer. 5ª Turma. j. 01.10.2002. DJ, 04.11.2002. p. 227).*

*(...) é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prática, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de estupro e atentado violento ao pudor, não configura hipótese de continuidade delitiva, mas, sim, de concurso material, dada a desarmonia de espécie dos crimes considerados. Recurso conhecido e parcialmente provido (STJ. Resp. 227.437/SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ, 23.6.2003. p. 451).*

## **2. Classificação dos crimes sexuais no panorama atual.**

Hoje, após da reforma do Código Penal no tocante aos crimes sexuais, discute-se se o novo artigo 213 é um tipo misto alternativo ou um tipo misto cumulativo para saber se existe ou não a possibilidade de concurso de infrações.

Preliminarmente, faz-se oportuno transcrever, quanto à natureza do novel tipo legal, a lição de Heleno Cláudio Fragoso<sup>4</sup>:

Classificam-se também os tipos em simples e mistos. Tipos simples são aqueles que descrevem uma única espécie de conduta punível (ex. art. 215). Tipos mistos são os que descrevem mais de uma espécie de conduta. Fala-se aqui em tipos mistos alternativos e cumulativos. Os tipos mistos alternativos são muito numerosos. 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. A alternativa pode dar-se em relação à conduta (ex. art. 211: "destruir, subtrair ou ocultar"); em relação ao modo de execução (ex. art. 121, § 2º, nº IV: "à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou tome impossível a defesa da vítima"); em relação ao objeto material (ex. art. 234: "escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno"); em relação aos meios de execução (ex. art. 136: "quer privando-a de alimentação, ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho

---

<sup>4</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal – Parte Geral. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 158/159

excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina"); em relação ao resultado material da ação (ex. 129, § 2º, nº III: "perda ou inutilização"); em relação à circunstância de tempo (ex. art. 123: "durante o parto ou logo após"); em relação a circunstâncias de lugar (ex. art. 233: "lugar público, ou aberto ou exposto ao público"); em relação à condição do agente (ex. art. 177, § 1º, nº I: "o diretor, o gerente ou o fiscal"); em relação à condição do sujeito passivo (ex. art. 175: "adquirente ou consumidor"); em relação a quaisquer outras circunstâncias do fato (ex. art. 168: "posse ou detenção"; art. 160: "contra a vítima ou contra terceiros" etc.). Apresenta o tipo misto alternativo, realmente, um conteúdo variável, porque descreve não uma, mas várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso. O característico destes tipos é que as várias modalidades são fungíveis, e a realização de mais de uma não altera a unidade do delito. Isto não ocorre com os chamados tipos cumulativos. Esta designação é evidentemente imprópria: não há tipos cumulativos. Há disposições legais que contêm, independentemente, mais de uma figura típica de delito, ou seja, nas quais há tipos acumulados. Nestes casos, haverá sempre concurso, em caso de realização de mais de um tipo. São exemplos de leis mistas cumulativas os arts. 135, 180, 208, 242, 244, 21-8, 326. (grifos nossos)

Outrossim, vale destacar a diferenciação feita por James Tubenchlak acerca dos tipos alternativo e cumulativo<sup>5</sup>:

No tipo misto alternativo, o agente responderá por um só crime tanto se perfizer uma conduta dentre as enunciadas alternativamente quanto na hipótese de vulnerar mais de um núcleo. Exemplos: os tipos dos arts. 122 CP ("induzir", "instigar" ou "auxiliar"), 150 CP ("entrar" ou "permanecer"), 160 CP ("exigir" ou "receber"), 161 CP ("suprimir" ou "deslocar"), 163 e 165 CP ("destruir", "inutilizar" ou "deteriorar") e ainda o tipo do art. 12 da Lei n.º 6.368/76 ("importar", "exportar", "remeter", "preparar", "produzir", "fabricar", "adquirir", "vender", "trazer consigo" etc.).

(...)

No tipo misto cumulativo, onde igualmente existe mais de um núcleo, torna-se obrigatória a multiplicidade de condutas por parte do agente para que o delito se tenha por consumado. Exemplos: art. 242 CP ("ocultar... suprimindo ou alterando") e art. 243 CP ("deixar... ocultando-lhe... ou atribuindo-lhe").(...)

Em alguns dispositivos legais, constata-se um agrupamento de tipos que, à primeira vista, se supõe tratar-se de um tipo misto cumulativo, quando, na verdade, não passam de "tipos acumulados" (Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., pág. 174). Exemplos: arts. 135, 171, § 2.º, 175, 177, § 1.º, 187, 208 e 248 CP; art. 4.º da Lei n.º 4.898/65, que revogou parcialmente o art. 350 CP. Aqui, obviamente, haverá somatório de penas se mais de uma conduta for praticada.

---

<sup>5</sup>TUBENCHLAK, James. Teoria do crime – o estudo do crime através de suas divisões. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 34/35.

Guilherme de Souza Nucci, posicionou-se, em recente obra, a favor da alteração da interpretação anterior, considerando o atual dispositivo penal de estupro como um tipo misto alternativo e, conseqüentemente, entendendo tratar-se de um crime único caso o autor do delito pratique, na mesma vítima, ambas as condutas descritas no tipo penal. Nas palavras do autor<sup>6</sup>:

O concurso de crime 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. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima. No caso supra mencionado, merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal.

Para os que assim entendem, a Lei nº 12.015/09 é norma penal benéfica, pois, sob essa orientação, quem comete a conjunção carnal e outro ato libidinoso qualquer contra a mesma vítima no mesmo cenário pratica um único delito, cuja pena mínima é de seis anos e máxima de dez anos de reclusão. Antes, como já mencionado, os Tribunais pátrios, em sua maioria, inclinavam-se pela posição segundo a qual a prática de estupro e atentado violento ao pudor implicava o concurso material, por serem crimes de espécies diferentes, e, dessa forma, aplicava-se o mínimo de 12 anos de reclusão quando ambos eram cometidos.

Assim, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, em se adotando esse entendimento, a Lei nova deve retroagir para atingir fatos anteriores, mesmo que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Em sentido contrário, Vicente Greco Filho, em artigo veiculado, intitulado “Uma interpretação de duvidosa dignidade”, defende ser o artigo 213 um tipo misto cumulativo, e, conseqüentemente, possível o concurso material de crimes na hipótese do agente praticar a conjunção carnal e outros atos libidinosos contra a vítima. Explica o autor<sup>7</sup>:

---

<sup>6</sup> 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, p. 18.

<sup>7</sup>GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. Artigo disponível em vários sítios da internet, dentre os quais: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>. Último acesso em 04/02/2011.



Assim, o tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos.

(...)

A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.

Não houve, pois, *abolitio criminis*, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos.

Acerca da discussão sobre a classificação do novo crime sexual configurar um tipo misto alternativo ou cumulativo, Cleber Masson destaca<sup>8</sup>:

Doutrina e jurisprudência discutem se o art. 213 do Código Penal, após a entrada em vigor da Lei 12.015/2009, é tipo misto alternativo ou cumulativo. Embora o resultado final seja divergente, há consenso sobre o fato de tratar-se de tipo misto.

Nesse ponto, constata-se um equívoco técnico. Os escritores e os julgadores partem de uma falsa premissa, olvidando-se de conceitos elementares do Direito Penal.

Os tipos penais podem ser simples ou mistos. Tipos simples são aqueles dotados de um único núcleo, ou seja, há um só verbo. É o que se dá no homicídio, pois o art. 121 do Código Penal fala "matar alguém". De outro lado, os tipos mistos, que se dividem em alternativos e cumulativos, são os que contemplam mais de um núcleo. Existem vários verbos na descrição da conduta típica (...).

No entanto, no artigo 213, *caput*, do Código Penal há somente um núcleo: "constranger". Este verbo se relaciona aos atos de "ter conjunção carnal" e "praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". Se existe um único núcleo, o tipo penal é simples, e não misto.

---

<sup>8</sup> MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado, vol.3 - parte especial. 4ª edição. São Paulo: método, 2014 pp. 17/18.

Destarte, parece-nos apropriado evitar, no plano terminológico, a dicotomia “tipos mistos alternativos” e “tipos mistos cumulativos”. A discussão, com idênticos fundamentos jurídicos, deve ser centrada no dualismo “crime de condutas alternativas” e “crime de condutas cumulativas”.

### **3. Tratamento conferido ao concurso de crimes sexuais hoje no Poder Judiciário.**

A divergência acerca do concurso de crimes sexuais não é apenas doutrinária. A jurisprudência também é dividida.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o novo crime de estupro constitui tipo misto cumulativo, devendo, destarte, as condutas serem punidas individualmente, somando-se as penas. O entendimento é de que as condutas de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, embora reunidas em um mesmo artigo de lei, com uma só cominação de pena, serão punidas individualmente se o agente praticar ambas, pois se tratam de ações distintas.

Considera também ser impossível reconhecer a continuidade delitiva entre as ações que antes tipificavam o estupro e o atentado violento ao pudor, pois não preenchem os requisitos legais do artigo 71 do Código Penal.

Com efeito, tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, entendem não haver a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o legislador tê-las inserido num só artigo da Lei. Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. EXPERIÊNCIA DAS VÍTIMAS. CRIME HEDIONDO. LEI Nº 12.015/2009. ARTS. 213 E 217-A DO CP. TIPO MISTO ACUMULADO. CONJUNÇÃO CARNAL. DEMAIS ATOS DE PENETRAÇÃO. DISTINÇÃO. CRIMES AUTÔNOMOS. SITUAÇÃO DIVERSA DOS ATOS DENOMINADOS DE PRAELUDIA COITI. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE (...)*

*IV - A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novel tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo.*

*V - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação.*

*VI - Sem embargo, remanesce o entendimento de que os atos classificados como “praeludia coiti” são absorvidos pelas condutas mais graves alcançadas no tipo.*

*VII - Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras. Ordem denegada (STJ. HC 104724/MS. Rel. Min. Jorge Mussi. 5ªTurma. j. 22.06.2010).*

*HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.º, § 2.º DA LEI N.º 8.072/90. 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um **tipo misto cumulativo**, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a*

*distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).*

*2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.*

*3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como “praeludia coiti” – e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.*

*4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2.º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional.*

*5. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena (STJ. HC 78667/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª Turma. j. 22.06.2010).*

A posição adotada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, diverge da posição adotada em casos análogos pela Sexta Turma da mesma Corte, que vem entendendo ser crime único a prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso contra a mesma

vítima em uma mesma oportunidade, sendo permitida, ainda, se praticados dois ou mais crimes mediante mais de uma ação e preenchidos os requisitos legais, a continuidade delitiva.

Com efeito, a Sexta Turma considera o atual artigo 213 tipo misto alternativo. Sustenta a existência de um núcleo comum – caracterizado pelo verbo constringer – a ambas as práticas criminosas – conjunção carnal e ato libidinoso diverso. Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. CONDUTAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO. CRIME ÚNICO. ORDEM CONCEDIDA.*

*1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 144.870/DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro.*

*2. Tendo em vista que o paciente foi condenado por ter praticado, mediante grave ameaça, conjunção carnal e coito anal contra a mesma vítima e no mesmo contexto, é de rigor, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o afastamento da condenação pelo atentado violento ao pudor.*

*3. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei nº 12.015/2009, destacando que deverá ser refeita a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (STJ. HC 167517/SP. Rel. Min. Haroldo Rodrigues. 6ª Turma. j. 17.08.2010).*

#### **4. Existência do concurso de crimes**

Consideramos que a razão está com a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, trata-se de crime hediondo que representa uma das maiores formas de violação de direitos humanos existente na atualidade, deixa marca indelével em suas vítimas, e merece, destarte, a devida atenção e repressão por parte do Estado.

Considerar que várias condutas configuram crime único implica quase um estímulo para os agentes realizarem diversas ações contra a vítima. Viola-se, pois, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, sobretudo, sob o aspecto da proibição da proteção deficiente por parte do Estado.

Com efeito, diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando esta se apresenta manifestamente deficiente.

Aplicar a pena de um único estupro isolado quando o fato implicou a prática de mais de uma conduta fere o princípio da proporcionalidade na medida em que não confere uma resposta penal justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito.

Outrossim, o entendimento da ausência de concurso de crimes fere o princípio da isonomia, uma vez que não segue o brocardo de tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, ou seja, pessoas em igual situação devem receber idêntico tratamento jurídico, e aquelas que se encontram em posições diferentes merecem um enquadramento diverso tanto pelo legislador, como também pelo juiz. Afirmar que a submissão da vítima à realização de conjunção carnal tem o mesmo conteúdo de injusto do constrangimento daquela que além deste também é submetida, por exemplo, ao exercício da cópula anal é ignorar a pluralidade de condutas do agente, bem como o maior agravo à dignidade da vítima.

Verifica-se a inexistência de unidade de conduta, ou seja, há a pluralidade de atos com modos de execução distintos. A prática cumulativa das ações descritas no tipo resulta num aumento qualitativo do injusto, e não meramente quantitativo.

Evidencia-se, assim, que entre a conjunção carnal e o ato libidinoso autônomo não há fungibilidade ou equivalência.

Por conseguinte, estabelecida a natureza do tipo, outra questão não menos polêmica surge do novo quadro normativo: a possibilidade ou não de se permitir, agora, o reconhecimento da continuidade delitiva entre os atos outrora previstos separadamente nos tipos de estupro e atentado violento ao pudor.

Reunidas as condutas em um único tipo, argumentam alguns que agora, por serem referidos atos da mesma espécie, não haveria óbice ao reconhecimento da aludida ficção jurídica.

Contudo, acreditamos que a prática de mais de um ato não pode ensejar o reconhecimento do crime continuado, pois, apesar de após a reforma serem crimes de mesma espécie, não obedecem os demais requisitos legais para o seu reconhecimento.

Com efeito, conforme a disposição do artigo 71 do Código Penal, a continuidade delitiva somente estaria configurada se iguais fossem as "condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes", o que, a toda evidência, não será possível no caso de conjunção carnal e outro ato libidinoso, pois entre eles não se identificará a mesma maneira de execução e outras semelhantes.

Assim, em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e outros atos libidinosos, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras.

Consideramos, pois, estar configurado o concurso material de crimes quando existe a prática de vários atos, que não se demonstrem como desdobramento causal, meio necessário ou ato preparatório - *preludia coiti* - de outro, pois, neste caso, haveria crime único em decorrência do princípio da consunção.

Dessa forma, configurada a pluralidade de condutas, dever-se-ia somar as penas de todos os delitos cometidos, ainda que em um mesmo contexto apenas

## **5. Considerações finais**

Ao tipificar o crime de estupro, o Direito Penal visou não apenas proteger o sujeito passivo, resguardando sua liberdade sexual, integridade física e psíquica, enfim, a sua dignidade sexual (um dos aspectos da dignidade da pessoa humana, pilar de um Estado Democrático de

Direito), mas também visou à prevenção de crimes, bem como à diminuição da violência social, por meio da ameaça da pena e de sua imposição.

A reforma legislativa teve o objetivo, em um momento nacional de violência de todas as formas, de preocupação com o respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia, exploração e violência sexual, de atualizar e conferir tratamento normativo adequado às questões relacionadas aos crimes sexuais.

Conquanto bem intencionada, encerra a Lei nº 12.015/09, pensamos, vários equívocos no que se refere ao crime de estupro.

Ocorreu uma fusão de conteúdos em somente um dispositivo sob a rubrica de estupro, sem muita técnica.

Questionamos a união das condutas atentado violento ao pudor e estupro em apenas um dispositivo penal, pois o benefício de facilitar a classificação jurídica do fato, como mencionado na introdução deste artigo, é pequeno diante de todas as celeumas criadas com referida alteração.

Com efeito, o réu defende-se dos fatos descritos na denúncia ou na queixa-crime, e não da capitulação incorporada à peça (princípio da consubstanciação), pois é a perfeita exposição dos acontecimentos que permite a ampla defesa. Assim, considerando-se que a inicial deve conter a demonstração do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, sob pena de rejeição por inépcia (conforme artigo 395, inciso I, do Código de Processo Penal), a simples capitulação é tema de menor relevância e, se incorreta, pode ser corrigida pelos institutos da *emendatio libelli* (artigo 383 do Código de Processo Penal) ou *mutatio libelli* (artigo 384 do mesmo diploma).

Acreditamos que apesar de algumas alterações confeccionadas pela Lei nº 12.015/09 terem sido muito positivas e representarem um avanço e atualização da legislação brasileira, como a mudança da rubrica do Título VI do Código Penal e a ampliação do polo passivo do crime sexual, poderia realmente o legislador ter reestruturado por inteiro o conjunto dos delitos sexuais em uma versão de sistematização mais moderna e de superior técnica, diferenciando condutas mais graves de menos graves, inclusive com a cominação de penas distintas em dispositivos distintos. Se assim o tivesse feito, não existiria discussão ou polêmica acerca da possibilidade de concurso de crimes.

Pensamos que dúvidas não há acerca da possibilidade de concurso de crimes sexuais, mesmo quando cometidos em um mesmo contexto fático, desde que os atos libidinosos



sejam destacados um dos outros e não configurem desdobramento natural de uma mesma conduta. Desse modo, constranger alguém à conjunção carnal não será o mesmo *que* constranger à prática de outro ato libidinoso (sexo oral ou anal, por exemplo). Assim, não é admissível reconhecer a fungibilidade e, por consequência, um crime único entre as diferentes formas de atos sexuais que podem ocorrer, ainda que em um mesmo contexto fático.

Com efeito, a realização de diversos atos libidinosos distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato esgota, *de per se*, a forma mais reprovável da incriminação.

O entendimento de que se trata de crime único a prática de diversos atos sexuais contra a mesma vítima, enfraquece a proteção que deve ser dispensada ao bem jurídico tutelado, o que se revela inaceitável, posto que a dignidade sexual é um dos atributos do conceito maior de dignidade da pessoa humana.

Tal interpretação fere o estabelecido na própria Constituição Federal, que instituiu como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Ademais, revela-se incompatível com o cenário assustador de violência e exploração sexual no Brasil.

Resta claro que não foi o objetivo do legislador conferir um tratamento mais brando aos crimes sexuais. Este não é o espírito da Lei.

Fato é que a atuação do aplicador do Direito tem fundamental relevância para, por meio de técnicas de Hermenêutica, adaptar e executar as normas jurídicas no plano fático. Às vezes, mais do que a observância estrita da Lei, é necessária a interpretação do Direito e o uso do bom senso com o intuito de realmente alcançar o real significado da palavra Justiça. Deve-se analisar caso a caso, repudiando sempre o uso de fórmulas exatas e soluções massificadas, uma vez que incompatíveis com a Ciência Humana do Direito.

O juiz, nas sendas do Direito, está, sem dúvida, submetido à Lei, entretanto, deve ter como fim também a Justiça.

Aliás, tal pensamento converge com os princípios e normas contidos em nosso Diploma Maior, qual seja, a Constituição Federal de 1988, Lei Fundamental de nosso Estado.

Deve-se buscar soluções por meio de uma interpretação sistemática, orientada por princípios constitucionais. O Direito é um ordenamento e, mais do que isso, um verdadeiro sistema de normas, que deve ser observado como um todo regido pela Constituição Federal.

O hermenêuta também deve levar em consideração a história, as ideologias e as realidades sociais, econômicas e políticas do Estado para definir o verdadeiro significado do texto constitucional e, por conseguinte, das normas infraconstitucionais.

Assim, a Hermenêutica do Direito é um pressuposto com que deve atuar o intérprete, não podendo desempenhar sua atividade sem admiti-la, sob pena de mal desempenhá-la, sendo a interpretação jurídica em sede do novo crime de estupro de extrema importância para sua compreensão e boa aplicação.

### **Referências bibliográficas**

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial*. v. 4. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESTEFAM, André. *Crimes sexuais – comentários à lei 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. v. 3. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*. Artigo disponível em vários sítios da internet, dentre os quais: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>. Último acesso em 04/02/2011.

MASSON, Cleber. *Direito Penal – Parte geral*. São Paulo: Método, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria Globo, 1925.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. v.2. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Crime Contra os Costumes*. São Paulo: Saraiva, 1943.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015/09*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. v. 3. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime – o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.