

OS EFEITOS DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA IMPLEMENTADA NO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL NA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

ANA OLÍVIA FARIA ROSENBERG

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
anaolivia@mp.mg.gov.br

1. Introdução

O presente estudo tem como objetivo a análise da recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC nº 105.533/PR, que considerou autônomas as condutas previstas no art. 213 do Código Penal, alterado pela Lei nº 12.015/2009, para fins de aplicação da pena.

O paciente, condenado pelos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, cometidos contra a mesma vítima, levou à apreciação do Tribunal Superior, já na vigência da lei reformadora, a pretensão de aplicação da continuidade delitiva entre os delitos, em modificação à regra do cúmulo material imposta nas instâncias ordinárias.

A Lei nº 12.015/2009, dentre outras providências, unificou em um único tipo penal (art. 213 do Código Penal) os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor e revogou expressamente o art. 214 do Código Penal, que dispunha acerca desse último delito.

O novo tipo penal passou a prever, assim, o ato de constranger, mediante violência ou grave ameaça, a prática da conjunção carnal

(estupro) e a de outro ato libidinoso (atentado violento ao pudor), *in verbis*:

Art. 213 Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

A alteração legislativa, ao proceder à unificação dos delitos originariamente autônomos em tipo único, inaugurou divergência no Superior Tribunal de Justiça, diante do posicionamento, propalado por alguns, de que a modificada tipificação encerraria um tipo penal misto alternativo. De acordo com esse entendimento, a prática de ambas as condutas previstas no art. 213 do Código Penal, em concurso, contra a mesma vítima, ensejaria apenação única. Para outros, a realização da conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, na mesma situação, implicaria incidência da regra da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), na esteira do que vinha sendo decidido antes da reforma.

Com efeito, anteriormente à vigência do novo art. 213 do Código Penal, aquele Tribunal, após um período de discussão quanto ao tema, firmou o entendimento de que os crimes de estupro e de

atentado violento ao pudor, quando cometidos em desfavor de um único sujeito passivo, em concurso, deveriam ser punidos isoladamente, incidindo, na fixação da reprimenda, a regra do cúmulo material (art. 69 do Código Penal).

E o fundamento utilizado para embasar essa compreensão advinha da diversidade entre os elementos objetivos dos delitos, ressalvadas as situações em que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, considerado como meramente preparatório (*praeludia coiti*), pudesse ser absorvido pelas condutas típicas relativas ao crime de estupro. Admitia-se, pois, excepcionalmente, a consunção do crime de atentado violento ao pudor pelo crime de estupro.

Com a revogação do art. 214 do Código Penal e a inclusão do seu conteúdo na norma penal que cuida do estupro, mantida, inclusive, a titulação anterior (estupro), reacendeu-se a discussão em relação à possibilidade de aplicação da continuidade delitiva nessas hipóteses, e foi iniciada uma outra, a partir da consideração de que a prática de ambos os crimes acarretaria apenação única, conforme demonstram os seguintes julgados:

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 nº 167.517/SP, Sexta Turma, Relator: Haroldo Rodrigues, DJe 06/09/2010)

HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE INTEGRAM O TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INFRAÇÕES COMETIDAS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 12.015/09. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verificado que a pena-base no tocante ao crime de roubo agravado foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em circunstâncias que integram o tipo penal incriminador, de rigor a redução ao mínimo legal.

2. Com o advento da Lei nº 12.015/09, unificaram-se as condutas dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, do que resulta ser essa lei “plus douce”, em relação ao Código Penal, a exigir retroatividade, para alcançar fatos passados, pon-do fim ao dissídio doutrinário e jurisprudencial que se lavrava a respeito da possibilidade de continuação entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

3. Diante dessa nova situação jurídica, mais favorável ao paciente, e unificadas as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor, cabe redimensionar a pena privativa de liberdade imposta.

4. Ordem concedida para reduzir as penas ao total de catorze anos e oito meses de reclusão, no regime inicial fechado, e vinte diárias, no unitário mínimo. (STJ, HC nº 129.398/RJ, Sexta Turma, Relator: Celso Limongi, DJe 14/06/2010).

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, manifestou-se no sentido de admitir o cúmulo material das penas nesses casos, na trilha da compreensão adotada anteriormente à reforma legislativa, conforme se infere do voto proferido no julgamento do HC nº 105.533/PR, que é objeto do presente estudo.

2. Ementa

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. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE DESCRIÇÃO DOS TIPOS PENAIS NA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPECTIVA CAUSA DE AUMENTO. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. NECESSIDADE DE PROVA DOCUMENTAL. PRESCINDIBILIDADE. VÍNCULO DE PARENTESCO DEMONSTRADO POR MEIO DE OUTRAS PROVAS. ORDEM DENEGADA.

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.

4. A denúncia acostada aos autos descreve fato criminoso com todas as circunstâncias, satisfazendo os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, ou seja, ela contém a exposição do fato normativamente descrito como criminoso (em tese, portanto), e a respectiva capitulação.

5. É cediço que eventual erro na capitulação dos fatos narrados na denúncia não tem o condão de eivar de inépcia a peça acusatória, porquanto o réu defende-se dos fatos objetivamente descritos na denúncia e não da qualificação jurídica atribuída pelo Ministério Público ao fato delituoso.

6. Na hipótese, a relação existente entre o ora Paciente e a mãe da pessoa vitimada, e consequentemente seu vínculo de parentesco com a vítima restou demonstrada por outros meios de prova: depoimento do vitimado, como é de praxe nos crimes desta natureza, e confissão do acusado. Não há que se exigir, portanto, prova documental.

7. Ordem denegada. (STJ, HC nº 105.533/PR, Quinta Turma, Relatora: Laurita Vaz, DJe 07/02/2011).

3. Comentários ao julgado

Segundo se extrai da ementa transcrita, são basicamente três os fundamentos adotados no julgado para determinar a incidência da regra do cúmulo material entre as condutas indicadas no art. 213 do Código Penal, quais sejam: a natureza jurídica da tipificação, a diversidade na maneira de execução e a diversidade na valoração qualitativa dos injustos. Vejamo-los de forma pormenorizada.

Inicialmente, tem-se que o novidadeiro dispositivo legal encerra um tipo penal misto cumulativo cujos atos ilícitos não são fungíveis entre si, ou seja, se o agente realiza o núcleo das condutas descritas no tipo penal, na aplicação da pena deverá ser realizada a soma das sanções, em cúmulo material (art. 69 do Código Penal). Assim, realizada a cópula vaginal e ato libidinoso diverso, diante da impossibilidade de se tomar uma conduta por outra, as penas fixadas isoladamente serão somadas ao final.

Elucidando o tema, para afastar a fungibilidade das condutas nessas hipóteses, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça em outro *decisum*:

CONTINUIDADE DELITIVA. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO. PUDOR. Trata-se, entre outras questões, de saber se, com o advento da Lei n. 12.015/2009, há continuidade delitiva entre os atos previstos antes separadamente nos tipos de estupro (art. 213 do CP) e atentado violento ao pudor (art. 214 do mesmo *codex*), agora reunidos em uma única figura típica (arts. 213 e 217-A daquele código). Assim, entendeu o Min. Relator que primeiramente se deveria distinguir a natureza do novo tipo legal, se ele seria um tipo misto alternativo ou um tipo misto cumulativo. Asseverou que, na espécie, estaria caracterizado um tipo misto cumulativo quanto aos atos de penetração, ou seja, dois tipos legais estão contidos em uma única descrição típica. Logo, constranger alguém à conjunção carnal não será o mesmo que constranger à prática de outro ato libidinoso de penetração (sexo oral ou anal, por exemplo). Seria inadmissível reconhecer a fungibilidade (característica dos tipos mistos alternativos) entre diversas formas de penetração. A fungibilidade poderá ocorrer entre os demais atos libidinosos que não a penetração, a depender do caso concreto. Afirmou ainda que, conforme a nova redação do tipo, o agente poderá praticar a conjunção carnal ou outros atos libidinosos. Dessa forma, se praticar, por mais de uma vez, cópula vaginal, a depender do preenchimento dos requisitos do art. 71 ou do art. 71, parágrafo único, do CP, poderá, eventualmente, configurar-se continuidade. Ou então, se constranger vítima a mais de uma penetração (por exemplo, sexo anal duas vezes), de igual modo, poderá ser beneficiado com a pena do crime continuado. Contudo, se pratica uma penetração

vaginal e outra anal, nesse caso, jamais será possível a caracterização de continuidade, assim como sucedia com o regramento anterior. É que a execução de uma forma nunca será similar à de outra, são condutas distintas. Com esse entendimento, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, afastou a possibilidade de continuidade delitiva entre o delito de estupro em relação ao atentado violento ao pudor. (STJ, HC 104.724/MS, Quinta Turma, Relator: Felix Fischer, DJe 22/6/2010).

Situação diversa é a que ocorre nos tipos penais mistos alternativos, nos quais a realização de todas as condutas previstas no tipo penal é indiferente na fase de fixação da pena, não existindo o concurso de crimes nessas situações. A pena poderia ser agravada por conta das circunstâncias judiciais desfavoráveis, somente. Exemplo de um tipo misto alternativo seria o do crime previsto na Lei nº 11.343/2006, cujo art. 33 prevê as condutas de importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O doutrinador Luiz Régis Prado (2002, p. 300) aponta a diferença entre os tipos penais citados, dando guarida ao entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Tipo simples/composto ou misto – O tipo simples compreende uma só ação e o tipo composto envolve uma pluralidade de ações. Exemplos: arts. 121, *caput*, (homicídio simples) e 122 (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio), CP, respectivamente.

Esse último subdivide-se em:

b.1) tipo misto alternativo – há uma fungibilidade (conteúdo variável) entre as condutas, sendo indiferente que se realizem uma ou mais, pois a unidade delitiva permanece inalterada. Exemplos: arts. 175 (fraude no comércio), 211 (destruição, subtração ou ocultação de cadáver), 233 (ato obsceno), CP.

b.2) tipo misto cumulativo – não há fungibilidade entre as condutas, o que implica, em caso de se realizar mais de uma, a aplicação da regra cumulativa – concurso material. Exemplos: arts. 135 (omissão de socorro), 180 (receptação), 242 (parto suposto), 244 (abandono material) e 326 (violação de sigilo de proposta de concorrência), CP.

No mesmo sentido, discorre Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 184):

Tipo simples e tipo misto: o primeiro é composto de uma única conduta punível – via de regra, há um só verbo no tipo (ex.: art. 184, violar direito autoral); o segundo é constituído de mais de uma conduta punível – como regra, há mais de um verbo no tipo, dividindo-se em tipo misto alternativo, quando a prática de uma ou várias das condutas prevista no tipo levam à punição por um só delito (art. 271, corromper ou poluir água potável). Tanto faz que o agente corrompa (adultere) ou polua (suje) a água potável ou faça as duas condutas, pois haverá um só delito. A outra forma do tipo misto é o cumulativo, quando a prática de mais de uma conduta, prevista no tipo, indica a realização de mais de um crime, punidos em concurso material (ex.: art. 208, escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso). Nesse caso, se o agente escarnecer de alguém, impedir cerimônia religiosa e vilipendiar objeto de culto religioso, deve responder por três delitos.

Associada a esse fundamento está a questão do maior ou menor desvalor da conduta, como mencionado na ementa em estudo, na parte em que se refere ao aumento qualitativo do injusto. Não há como tomar uma conduta por outra, para implementar o tipo penal e a fixação de reprimenda única, diante da gravidade das condutas, que, por si só e isoladamente, já carregam a pecha da alta reprovabilidade.

Insta relevar, nesse ponto, que ambos os comportamentos descritos no art. 213 do Código Penal atentam contra a dignidade da pessoa humana,

no particular aspecto da liberdade sexual, bem jurídico merecedor de tutela especial, ainda mais considerando-se a vulnerabilidade intrínseca das vítimas de crimes sexuais, independentemente de sua idade ou condição, indelevelmente estigmatizadas por conduta criminosa hedionda e merecedora de intensa repressão social. (ANDREUCCI, 2010, p. 2).

Em relação ao caráter quantitativo e qualitativo do injusto, discorre Weinmann:

A ilicitude é uma contradição que se estabelece entre conduta e a norma jurídica; o injusto é a valoração antijurídica que se agrega à conduta ilícita. Assim, o injusto, algo que a sociedade reconhece como aquilo que não se deva fazer, envolve, em seu espaço de existência, toda e qualquer ação típica e ilícita, inclusive aquela que venha a não ser culpável, dada a sua pouca significação para o direito penal. A distinção entre os dois conceitos tão próximos se justifica na medida em que o injusto possui qualidade e quantidade, mas a ilicitude é sempre a mesma. [...]O ato injusto condenado pelo corpo social traz em si uma carga de polaridade variável, quer dizer, alguns atos são mais injustos, outros são menos. (WEINMANN, 2004, p. 141).

No tocante à maneira de execução, antes mesmo da reforma legislativa, o Superior Tribunal de Justiça havia firmado posicionamento no sentido de considerar que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor não são da mesma espécie, afastando a homogeneidade das condutas para fins de incidência da regra da continuidade delitiva. E é o que foi mantido, ressalvados, também como antes, os atos preparatórios à cópula vaginal, que podem ser absorvidos, dependendo da situação. Conforme consta do corpo do *decisum* em análise, “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”.

4. Conclusão

O julgado em estudo pretende demonstrar que a fusão do ato de “ter conjunção carnal” e o de “praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” num tipo único penal (art. 213 do Código Penal) não alterou a autonomia dos delitos, anteriormente previstos, respectivamente, como estupro e atentado violento ao pudor, para fins de aplicação da pena.

Por isso, quando as condutas forem praticadas contra a mesma vítima, as penas deverão ser somadas, nos termos do art. 69 do Código Penal, vedada, ademais, a aplicação da continuidade delitiva, como já vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça, anteriormente ao implemento da reforma legislativa, excetuados os atos meramente preparatórios à cópula, por ela subsumidos, em análise ao caso concreto.

Somente o tempo indicará se a compreensão exposta no *decisum* prevalecerá no Superior Tribunal de Justiça.

5. Referências bibliográficas

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Crime de estupro: tipo misto cumulativo. 2010. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2010/crime_estupro.doc>. Acesso em: 31 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 105.533/PR, Quinta Turma. Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=nullprocesso=105533b=ACORDOC1>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 167.517/SP, Sexta Turma. Relator: Haroldo Rodrigues. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jspDOC1>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 129.398/RJ, Sexta Turma. Relator: Celso Limongi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 104.724/MS, Quinta Turma. Relator: Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora e Livraria do Advogado, 2004.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110007