

DIREITO PENAL

ARTIGO

O ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 12.015/2009: HÁ CRIME ÚNICO, CONTINUIDADE DELITIVA OU CONCURSO MATERIAL QUANDO SE ESTÁ DIANTE DA PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL E DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO?

RAPE AFTER LAW Nº 12.015/2009: IS THERE A SINGLE CRIME, A CONTINUING DELICT OR A MATERIAL CONCURRENCE WHEN ONE FACES SEXUAL INTERCOURSE AND A DIFFERENT LIBIDINOUS ACT IN A SAME FACTIC CONTEXT?

LUÍS EDUARDO PIMENTEL VIEIRA ARAÚJO

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

luisedupva@yahoo.com.br

RESUMO: Este trabalho trata da alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009 no que concerne ao crime de estupro, que passou a abranger, em um mesmo dispositivo legal, a prática violenta de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, condutas que anteriormente estavam abrangidas em dois artigos do Código Penal. O objetivo do estudo é verificar se, com a reforma legislativa, o agente que pratica as duas condutas em um mesmo contexto fático pratica crime único, delito continuado ou incide no concurso material de infrações penais. Para a elaboração do artigo, foram verificados os conceitos das modalidades de concursos de crimes importantes

para a solução do problema e os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema antes e depois da vigência da nova lei. Por fim, procedeu-se à conclusão do tema proposto, buscando-se evitar tratamento muito divergente entre acusados que cometem condutas semelhantes.

PALAVRAS-CHAVE: estupro; conjunção carnal; ato libidinoso; concurso de crimes.

ABSTRACT: This work deals with the change promoted by the Law nº 12.015/2009 regarding the crime of rape, which now covers, in the same legal mechanism, the violent practice to have carnal intercourse and libidinous acts diverse, conducts these which were previously covered in two articles of the Criminal Code. The objective of the study is to check whether, with the reform of the legislation, the agent who practice the two pipes in the same context factual practice crime single, crime continued or accumulation material of criminal offenses. For the completion of the article, verifying the concepts of the rules for competitions of crimes important for the solution of the problem and the doctrinal understandings and jurisprudential about the theme before and after the beginning of the new law. In the end, making conclusion of the proposed theme, seeking to avoid treatment very divergent between accused, who commits similar conducts.

KEY WORDS: rape; have carnal intercourse; libidinous acts, accumulation of crimes.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definições dos conceitos de concurso material de crimes, continuidade delitiva e crime único. 3. Prática violenta, em sequência e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso antes do advento da Lei nº 12.015/09. 4. Prática violenta, em sequência e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso após a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O trabalho em tela tem como foco as alterações promovidas pela Lei nº 12.015/09, especificamente a que diz respeito à nova descrição do crime de estupro, que passou a englobar duas condutas por parte do agente (conjunção carnal e ato libidinoso diverso), que antes estavam previstas em dois artigos do Código Penal.

No primeiro capítulo, são delimitados os conceitos de concurso material, de continuidade delitiva e de crime único, sendo certo que tais delimitações são de fundamental importância para que, ao final, saiba-se ao certo em que termos se dará a punição daquele que, em um mesmo contexto fático, constrange uma pessoa à conjunção carnal e, logo depois, à prática de um ato libidinoso diverso.

Prosseguindo no trabalho, tem-se, no segundo capítulo, as posições doutrinárias e jurisprudenciais dominantes acerca da prática das já referidas condutas antes do advento da Lei nº 12.015/09. Chega-se à conclusão de que, nesse cenário, a maioria de juristas e doutrinadores inclina-se pela existência de concurso material de delitos, mormente porque as ações ilícitas estavam previstas em dois artigos de lei.

No terceiro capítulo, chega-se à abordagem dos posicionamentos atuais sobre o tema, que emergiram após a já mencionada reforma penal material de 2009. Destaca-se a existência de três correntes de pensamento bem definidas, cada qual com implicações extremamente diversas sobre a pena a ser imposta ao indivíduo condenado pela prática do novo crime de estupro.

Por fim, apresenta-se a conclusão mais afinada com os conceitos fornecidos pelo Direito Penal, buscando-se, assim, o tratamento mais isonômico possível para réus que cometem condutas semelhantes, certamente sem que se ignore as peculiaridades de cada caso e de cada agente, em face do que preconiza o princípio constitucional da individualização da pena.

2. Definições dos conceitos de concurso material de crimes, continuidade delitiva e crime único

É de fundamental importância, no início do desenvolvimento deste trabalho, a análise dos conceitos de concurso material de crimes, continuidade delitiva e crime único fornecidos pela doutrina brasileira, sendo certo que tais esclarecimentos auxiliarão na tarefa de enquadrar juridicamente o novo crime de estupro.

O concurso material (ou real) de crimes está previsto no artigo 69 do Código Penal, que dispõe:

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.

Extrai-se do dispositivo de lei transcrito acima, em resumo, que o concurso material caracteriza-se quando um agente, por meio de mais de uma ação ou mais de uma omissão, pratica dois ou mais crimes que tenham entre si uma relação de contexto, devendo o magistrado encontrar, de modo isolado, a reprimenda de cada um dos delitos para, ao final, proceder à sua soma.

Acerca do tema, transcreve-se a lição de Rogério Greco:

O concurso material surge quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes que tenham entre si uma relação de contexto, ou em que ocorra a conexão ou a continência, cujos fatos criminosos poderão ser analisados em um mesmo processo, quando, a final, se comprovados, farão com que o agente seja condenado pelos diversos delitos que cometeu, ocasião na qual, como veremos a seguir, o juiz cumulará materialmente as penas de cada infração penal por ele levada a efeito. (GRECO, 2009, p. 594).

O jurista Cezar Roberto Bitencourt acrescenta que

[...] quando os crimes praticados forem idênticos ocorre o concurso material *homogêneo* (dois homicídios) e quando os crimes praticados forem diferentes caracterizar-se-á o concurso material *heterogêneo* (estupro e homicídio) [...]. (BITENCOURT, 2009, p. 594)

O crime continuado, por sua vez, está descrito no artigo 71 do Código Penal. Veja-se:

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 um sexto a dois terços.

Como se infere de uma leitura detida do artigo de lei acima, há uma série de requisitos sem os quais não se caracteriza a continuidade delitiva. São eles: mais de uma ação ou omissão; dois ou mais crimes da mesma espécie; condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes que indiquem que os crimes subsequentes são mera perpetuação (continuação) do primeiro.

A primeira indagação que surge, após uma análise dos requisitos listados, diz respeito ao que significaria a expressão “crimes da mesma espécie”.

Para alguns juristas, como Rogério Greco (2009, p. 604), delitos da mesma espécie “[...] são aqueles que possuem o mesmo bem juridicamente protegido [...]”, embora possam estar previstos em tipos penais diferentes. Segundo essa corrente, estupro e atentado violento ao pudor (antes da reforma levada a efeito pela Lei nº 12.015/2009), e roubo e furto, por exemplo, seriam da mesma espécie.

Para outros doutrinadores, como Nélson Hungria, Frederico Marques, Aníbal Bruno e Damásio de Jesus, crimes da mesma espécie são aqueles que possuem a mesma tipificação penal, ou seja, aqueles que estão inseridos no mesmo tipo penal, sendo irrelevante que se esteja diante de figuras simples ou qualificadas, dolosas ou culposas, tentadas ou consumadas. Segundo tal ótica, somente roubo e roubo, e não roubo e furto, por exemplo, seriam da mesma espécie.

Sobre essa segunda corrente de pensamento, transcrevem-se as lições do magistrado Guilherme de Souza Nucci:

[...] são delitos da mesma espécie os que estiverem previstos no mesmo tipo penal. Nesse prisma, tanto faz sejam figuras simples ou qualificadas, dolosas ou culposas, tentadas ou consumadas. Assim estão as posições de Hungria, Frederico Marques – com a ressalva de que não precisam estar no mesmo artigo (ex.: furto e furto de coisa comum, arts. 155 e 156, CP), Damásio, Jair Leonardo Lopes – embora admita, excepcionalmente, casos não previstos no mesmo tipo penal. É a posição predominante na jurisprudência. (NUCCI, 2006, p. 460).

Nos Tribunais Superiores do Brasil, prevalece o segundo entendimento, ou seja, no sentido de se considerar crimes da mesma espécie aqueles que têm a mesma configuração típica (estão inseridos no mesmo tipo penal).

Vejamos, para exemplificar o posicionamento jurisprudencial dominante, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, prolatada quando ainda estavam em vigor os artigos 213 e 214 do Código Penal:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES. IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO MATERIAL.

1. Consoante entendimento assente nesta Corte Superior e no Supremo Tribunal Federal, a prática nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, mas contra vítimas diferentes, de estupro e atentado violento ao pudor, não configura hipótese de continuidade delitiva, mas, sim, de concurso material, dada a diversidade de espécies dos crimes considerados.

2. Ordem denegada.

(BRASIL, 2008).

Volvendo ao disposto no artigo 71 do Código Penal, exige-se que as atuações do agente sejam ligadas por uma relação de tempo para que se conceba a continuidade delitiva. Rogério Greco (2009, p. 605) destaca que:

[...] não há [...] como determinar o número máximo de dias ou mesmo de meses para que se possa entender pela continuidade delitiva. Deverá, isto sim, segundo entendemos, haver uma relação de contexto entre os fatos.

Guilherme de Souza Nucci ressalta:

Não há possibilidade de se fixar, a esse respeito, indicações precisas. Apesar disso, firma a jurisprudência majoritária o entendimento de que, entre as infrações, deve mediar no máximo um mês. O juiz, por seu turno, não deve ficar limitado a esse posicionamento, embora possa tomá-lo como parâmetro. Imagine-se o agente que cometa vários delitos com intervalos regulares de dois meses entre eles. Merece o benefício do crime continuado, mesmo havendo mais de um mês entre os delitos, pois foi observado um ritmo preciso entre todos. (NUCCI, 2006, p. 461).

O Supremo Tribunal Federal, buscando delimitar um patamar temporal razoável dentro do qual ainda pode ser configurada a continuidade de delitos, tem estabelecido o prazo de trinta dias, como se vê no seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. ESPAÇO TEMPORAL SUPERIOR A TRINTA DIAS ENTRE OS DELITOS. MAJORAÇÃO DA PENA PROPORCIONALMENTE AO NÚMERO DE CRIMES. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DE CADA DELITO E DAS DATAS EM QUE TERIAM SIDO PRATICADOS, A DEMANDAR REEXAME DE FATOS E PROVAS. PRÁTICA DELITUOSA QUE PERDUROU POR OITO ANOS. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DE AUMENTO DA REPRIMENDA EM APENAS UM SEXTO. 1. Havendo intervalo de tempo superior a trinta dias entre os crimes não é de ser reconhecida a continuidade delitiva. Precedentes. No caso, a ausência de descrição pormenorizada de cada um dos crimes imputados ao paciente, bem assim da indicação segura das datas em que teriam sido praticados, inviabilizam a aferição dos requisitos exigidos no artigo 71 do Código Penal. [...] (BRASIL, 2009).

O Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo parâmetro, conforme se infere:

PENAL. FURTOS. CRIME CONTINUADO. ARTIGO 71 DO CP. LAPSO TEMPORAL ENTRE AS CONDUTAS SUPERIOR A TRINTA DIAS. DESCARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES.

1. A circunstância de haver transcorrido prazo maior que trinta dias entre os delitos, segundo a jurisprudência firmada por este Superior Tribunal de Justiça, afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos mesmos.

[...]

(BRASIL, 2011).

Embora esses trinta dias devam efetivamente ser utilizados como parâmetro, é prudente seguir as lições de Greco e Nucci, no sentido de não tornar inflexível tal prazo, podendo haver a extrapolação dele em determinado caso concreto.

Prosseguindo na análise do artigo 71 do estatuto repressivo, destaca-se que controvérsias também existem quanto à distância

máxima entre os lugares em que os crimes, para serem tidos como continuados, podem ocorrer.

Uma vez mais, pelo brilhantismo do raciocínio, transcreve-se o entendimento acertado do procurador de Justiça Rogério Greco:

A nosso ver, da mesma forma que o critério temporal, no que diz respeito ao critério espacial deverá haver uma relação de contexto entre as ações praticadas em lugares diversos pelo agente, seja esse lugar um bairro, cidade, comarca ou até Estados diferentes. Nada impede que um grupo especializado em roubo a bancos, por exemplo, resolva, num mesmo dia, praticar vários assaltos em cidades diferentes que, embora vizinhas, não pertençam ao mesmo Estado. (GRECO, 2009, p. 606).

Bitencourt (2007, p. 597) assevera, nesse aspecto, que “deve existir entre os crimes da mesma espécie uma conexão espacial para caracterizar o crime continuado”.

Nucci complementa:

Apregoa a jurisprudência majoritária ser o mais indicado, como condição de espaço, a constatação de cidades próximas, ficando ao critério do magistrado definir o que venha a ser tal proximidade. (NUCCI, 2006, p. 461)

O instituto da continuidade delitiva também reclama, para que reste configurado, a semelhança na maneira de execução dos delitos.

Vejam-se as lições doutrinárias sobre o tema:

A lei exige semelhança e não identidade. A semelhança na ‘maneira de execução’ se traduz no *modus operandi* de realizar a conduta delitiva. Maneira de execução é o modo, a forma, o estilo de praticar o crime, que, na verdade, é apenas mais um dos requisitos objetivos da continuação criminosa. (BITENCOURT, 2007, p. 597).

Apesar de complexo definir o que são formas de execução semelhantes, deve o juiz levar em conta, fundamentalmente, os métodos utilizados pelo agente para o cometimento de seus crimes, que pode levá-lo a estabelecer um padrão. Esse padrão seria a semelhança apontada pela lei. (NUCCI, 2006, p. 461).

Lado outro, ressalte-se que com a expressão “outras semelhantes”, quis o legislador deixar claro que devem ser observadas quaisquer outras peculiaridades e características dos crimes praticados, a indicar que um é mera continuidade do outro, constitui um desdobramento do anterior, hábil a fazer emergir o instituto.

Uma vez mais, invoca-se o pensamento de Bitencourt:

Como outras ‘condições semelhantes’ a doutrina aponta a mesma oportunidade e a mesma situação propícias para a prática do crime. Por essa expressão, a lei faculta a investigação de circunstâncias que se assemelhem às enunciadas e que podem caracterizar o crime continuado. Essa expressão genérica – ‘e outras semelhantes’ – tem a finalidade de abranger quaisquer outras circunstâncias das quais se possa deduzir a idéia de continuidade delitiva. (BITENCOURT, 2007, p. 597).

Finalizando o estudo do crime continuado, afere-se que o artigo 71 do Código Penal informa que os delitos subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro. Ou seja, procura-se, com tal exigência, fazer uma clara distinção entre o instituto em tela, uma ficção jurídica criada para beneficiar o réu, e a reiteração criminosa, a qual merece um tratamento mais rígido do Poder Público.

Ressalte-se, por outro lado, que a definição de crime único não impõe maiores problemas, visto que obtida por exclusão. Ora, o delito uno é a regra. Somente haverá pluralidade de crimes quando o agente se enquadrar em uma das hipóteses previstas nos artigos 69 a 71 do Código Penal (concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva). Fora dessa delimitação específica, o concurso de infrações penais é afastado e se estará diante de um só crime.

3. Prática violenta, em sequência e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso antes do advento da Lei nº 12.015/09

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, que procedeu a modificações significativas no Título VI do Capítulo I da Parte Especial do Código Penal, existiam os crimes de estupro (*constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*) e de atentado violento ao pudor (*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*).

Naquele cenário, a jurisprudência majoritária em nosso País entendia que, caso o agente, em um mesmo contexto fático, constrangesse uma mulher, mediante violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal e, em seguida, ao exercício de um ato libidinoso diverso (como o coito anal ou o sexo oral), estar-se-ia diante de um concurso material de crimes. Ou seja, nessa hipótese, somavam-se as penas abstratas previstas nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

Vejamos julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÕES NOVAS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL E NÃO CRIME CONTINUADO. I. - Por conter questões novas, não apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não pode ser conhecido. II. - *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor praticados contra a mesma vítima caracterizam hipótese de concurso material de delitos e não de crime continuado*. III. - H.C. conhecido em parte e, nessa parte, indeferido.

(HC 83453, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 07/10/2003, DJ 24-10-2003 PP-00028 EMENT VOL-02129-02 PP-00541, destacamos)

HABEAS CORPUS. PENA. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. IMPOSSIBILIDADE DE ABSORÇÃO DE UM DELITO PELO OUTRO. HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL. *E pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material de delitos.* Habeas corpus indeferido.

(BRASIL, 1996).

A Corte Suprema brasileira, como se vê, refutava a possibilidade de configuração da continuidade delitiva, ao argumento de que, embora os delitos de estupro e atentado violento ao pudor estivessem localizados no mesmo título (*Dos crimes contra os costumes*) e no mesmo capítulo (*Dos crimes contra a liberdade sexual*), estavam em artigos de lei distintos e, portanto, não eram crimes da mesma espécie, embora ofendessem o mesmo bem jurídico.

Como já foi salientado anteriormente, alguns juristas entendem que crimes da mesma espécie são aqueles que possuem o mesmo bem juridicamente protegido. A seguir-se tal posicionamento, estupro e atentado violento ao pudor seriam da mesma espécie. Noutro vértice, juristas de entendimento diverso sustentam que crimes da mesma espécie são aqueles que estão inseridos no mesmo tipo penal. Para estes, endossados pela Corte Suprema, os referidos crimes – estupro e atentado violento ao pudor – não seriam da mesma espécie.

Acerca de tal situação, disserta de modo preciso Luiz Flávio Gomes:

Antes do advento da Lei nº 12.015/2009, os fatos narrados estavam descritos em dois tipos penais: art. 213 (conjunção carnal) e art. 214 do CP (coito anal, ou seja, ato libidinoso diverso da conjunção carnal). A jurisprudência majoritária entendia haver nesse caso concurso material de crimes (JSTF 301/461), isto é, dois crimes autônomos e independentes, com penas somadas. Não se tratava de conduta única (logo, impossível era reconhecer o concurso formal). Mais: considerando-se que os

dois delitos achavam-se em tipos penais distintos, impossível era (também) reconhecer o crime continuado. Assim era antes da Lei 12.015/2009. (GOMES, 2010).

No mesmo diapasão, José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza assinalam que:

[...] mais séria se apresentava a questão quando o agente com uma mesma vítima praticava conjunção carnal e outros atos libidinosos [...] em que havia uma clara opção, capitaneada pelo STF, pelo concurso material de delitos. (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 27)

Fernando Capez, com a precisão e o brilhantismo que lhe são peculiares, sintetiza o assunto em tela ao assinalar que:

[...] na antiga sistemática do Código Penal, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor eram reputados crimes distintos, previstos em tipos autônomos. Assim, havia dois crimes, sem a possibilidade de aplicação do benefício do crime continuado, dada a diversidade de espécies entre os dois delitos. Esse era o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores. (CAPEZ, 2011, p. 44).

A propósito, leciona o jurista Rogério Greco:

Anteriormente à edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do Código Penal, quando o agente, que tinha por finalidade levar a efeito a conjunção carnal com a vítima, viesse, também, a praticar outros atos libidinosos, a exemplo do sexo anal e da felação, deveria responder por ambas as infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes. (GRECO, 2010, p. 475).

Finalizando o presente tópico, é de se ressaltar, portanto, que o entendimento majoritário era no sentido de que o agente que levasse a efeito as condutas previstas nos preceitos primários dos crimes de estupro e atentado violento deveria responder integralmente por ambas, em concurso material.

4. Prática violenta, em sequência e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso após a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09

Destaque-se que a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, provocou significativas mudanças no Título VI do Código Penal brasileiro, a começar pela própria redação do mencionado título, que deixou de ter a rubrica “Dos crimes contra os costumes” e passou a levar o seguinte nome: “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

A supracitada mudança veio em bom momento, tendo em vista que a expressão “crimes contra os costumes” já não traduzia a realidade dos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais ali contidos. O fato é que, neste início de século XXI, o foco da proteção já não é mais a maneira como os indivíduos devem se comportar sexualmente, mas sim a própria dignidade sexual da pessoa humana – espécie do gênero dignidade da pessoa humana, fundamento e princípio reitor do Estado Constitucional e Humanista de Direito do Brasil.

No que tange aos tipos penais incriminadores propriamente ditos, vale destacar que a Lei nº 12.015/09 revogou o crime de atentado violento ao pudor, anteriormente previsto no artigo 214 do Código Penal. Tal mudança não provocou a *abolitio criminis* da conduta descrita no preceito primário do referido dispositivo legal, como uma leitura apressada do conteúdo da reforma poderia fazer crer. Na verdade, ocorreu somente uma modificação do *nomen juris* da aludida infração penal, passando também a se chamar estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente, mediante violência ou grave ameaça, para praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo então também abarcado pelo artigo 213 do estatuto repressivo.

Com o advento da nova lei, a hipótese acima posta intrincou-se, na medida em que as condutas antes previstas em dois dispositivos legais fundiram-se em somente um artigo, o 213. Surgiram, então, três correntes para tentar solucionar, de forma técnica, o *hard case* colocado em discussão: para a primeira corrente, haveria concurso material no caso, por exemplo, de sexo anal e sexo vaginal forçados,

no mesmo contexto; para a segunda, haveria crime único em tal hipótese, devendo-se majorar a pena-base; para a terceira, estaria diante da necessidade de reconhecimento de crime continuado, sendo necessário adotar apenas uma pena, a ser aumentada de um sexto a dois terços.

O primeiro entendimento vem sendo adotado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo pelos Ministros Félix Fischer e Laurita Vaz. Ambos refutam a possibilidade de crime único ou até mesmo de crime continuado, sustentando a necessidade de reconhecimento do concurso material de crimes.

Para Félix Fischer, o novo artigo 213 do Código Penal caracterizaria um tipo misto cumulativo no que se refere aos atos de penetração, ou seja, dois tipos legais estariam contidos em uma única descrição típica, de modo que constranger alguém à conjunção carnal não será o mesmo que constranger alguém à prática de ato libidinoso diverso. Segundo essa ótica, portanto, a realização desses diferentes atos, cada qual esgotando a forma mais reprovável da incriminação, deve conduzir ao reconhecimento de diversas condutas delitivas, afastando a possibilidade de crime único, até mesmo para que se proteja mais eficazmente o bem jurídico “liberdade sexual”. O Ministro também refuta a eventual aplicação do instituto da continuidade delitiva, suscitando a impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, requisito este indispensável nos termos do que dispõe o artigo 71 do Código Penal.

Transcreve-se, por oportuno, trecho da ementa do HC nº 104.724, por meio do qual foi colhido o entendimento do supracitado eminente Ministro:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. [...] 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 *PRÆLUDIA 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.

(BRASIL, 2010b)

Como exemplo da corrente que entende estar-se diante de concurso material de crimes, verifique-se o pensamento do promotor criminal paulista Walter Tebet Filho, citado na obra de José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza:

Não se pode, também, perder de vista, que as ações direcionadas à prática da conjunção carnal constituem uma conduta, e, as ações direcionadas à prática de outros atos libidinosos, especialmente o coito oral e o coito anal, constituem outra conduta, e, nestes casos, não temos uma conduta, mas duas condutas, revelando desígnios autônomos, não se podendo, assim, falar em continuidade delitiva, mas sim em concurso material. (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 28-29).

O segundo posicionamento vem sendo adotado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo os Ministros Og Fernandes e Nilson Naves manifestado o entendimento de que há que se reconhecer, na hipótese em tela, a existência de crime único.

Para o Ministro Og Fernandes, com a nova redação dada ao artigo 213 do Código Penal pela Lei nº 12.015/09, o antigo delito de atentado violento ao pudor não é mais um tipo autônomo; ao contrário, a conduta de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal também passou a constituir estupro, assim como a conjunção carnal. Conforme tal ideia, não há mais crimes de espécies diferentes, e sim delito único, no hipotético caso em que o agente pratica, no mesmo contexto fático, contra a mesma vítima, cópula vaginal e coito anal. O ilustre julgador ressalta que se deve distinguir as situações, certamente punindo mais severamente aquele que pratica mais de uma ação integrante do tipo, contudo, defende que o recrudesimento da sanção deve ocorrer no momento de fixação da pena-base, valorando-se negativamente algumas das vetoriais do artigo 59 do Código Penal.

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.

(BRASIL, 2010c).

No mesmo diapasão, encontram-se as lições de Guilherme de Souza Nucci:

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 supramencionado merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal. (NUCCI, 2009, p. 18-19).

Uma vez mais, transcrevem-se as precisas lições de Luiz Flávio Gomes:

[...] para nós, o tipo penal do art. 213, depois do advento da Lei 12.015/2009, passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado: praticando o agente mais de um núcleo (mais de uma ação), dentro do mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade da análise do art. 59 do CP). O crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado) é regido pelo princípio da alternatividade, ou seja, várias condutas no mesmo contexto fático significam crime único. (GOMES, 2010).

O terceiro posicionamento, obtido em julgamento do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 86.110, de Relatoria do Ministro Cezar Peluzo, é o de que, na hipótese posta em tela, deve-se reconhecer a existência de crime continuado, e não a de concurso material de delitos ou de infração penal única.

Para o supramencionado jurista, a alteração legislativa repercute diretamente na questão, na medida em que, se o impedimento para se reconhecer a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor residia somente no fato de não serem crimes da mesma espécie, entendidos, pela ilustre maioria, como fatos descritos pelo mesmo tipo penal, tal óbice foi removido pela nova lei. Assim, o novo dispositivo legal, ao integrar todas as espécies de atos libidinosos praticados em um mesmo contexto fático, sob mesmas circunstâncias e contra a mesma vítima, tornou possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

A propósito:

AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima. (BRASIL, 2010a).

Como se vê, após o advento da Lei nº 12.015/09, as controvérsias permaneceram, encontrando-se decisões e dissertações nos três sentidos acima referidos. Dessarte, trata-se de aspecto causador de extrema insegurança jurídica e de notória afronta ao princípio da

isonomia, diante da tendência de que indivíduos que cometem condutas cuja reprovabilidade é semelhante venham a ser penalizados de forma consideravelmente desigual.

5. Considerações finais

Destaque-se que o posicionamento mais acertado, mormente tendo em vista os conceitos das modalidades de concurso de crimes, é o da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos juristas Guilherme de Souza Nucci e Luiz Flávio Gomes, entre outros, que sustentam a possibilidade de reconhecimento de crime único no caso em tela.

Isso porque, com o advento da Lei nº 12.015/09, a conjunção carnal e todos os demais atos libidinosos encontram-se previstos na mesma figura típica – o artigo 213 do Código Penal –, devendo ser entendida a nova infração penal de estupro como de ação múltipla ou de conteúdo variado (tipo penal misto alternativo), ou seja, basta que o agente pratique uma das ações ali previstas para que reste caracterizado o delito, não havendo que se falar em multiplicidade de crimes.

Ou seja, praticando o agente mais de um ato – como, por exemplo, a conjunção carnal e o coito anal –, continuará havendo somente um delito, como também ocorre no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, que prevê dezoito verbos nucleares, mantendo-se a unidade do crime, independentemente de um agente incidir em dez condutas de traficância, enquanto outro só pratique uma ação.

Exemplificando: suponha-se que o agente adquira, tenha em depósito, transporte e venda a droga, praticando, assim, quatro das dezoito condutas previstas no preceito primário do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Nessa hipótese, será o agente punido pela prática de um único crime, afastando-se a possibilidade de cúmulo material, em tutela ao princípio da alternatividade, utilizado especificamente para a solução do mencionado conflito aparente de normas.

É importante registrar que, não obstante deva ser mantida a unidade do crime de estupro quando se está diante da prática, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, o magistrado deve valorar tal circunstância no momento de fixação da pena-base, ou seja, no momento de análise das circunstâncias do artigo 59 do estatuto repressivo.

Com efeito, indivíduos com condutas mais reprováveis do que outros devem ser apenados de forma mais rigorosa do que aqueles cujas condutas são menos graves, para que se preserve a isonomia. Não é o caso, como já se destacou, de recrudescimento excessivo e divorciado dos conceitos jurídicos, como ocorreria no caso de incidência do concurso material ou da continuidade delitiva.

Todavia, impõe-se um efetivo aumento da pena-base daquele que, ao invés de se limitar à prática violenta de somente um ato de libidinagem, como a conjunção carnal, extrapola o ato contrário ao direito e ultima, também, um ato como o sexo oral ou o coito anal.

Certamente não há que se falar, em tal caso, na aplicação do princípio da consunção, visto que, conforme entendimento sedimentado dos Tribunais Superiores, somente haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito mais amplo, o que não se concebe na prática de atos libidinosos diversos.

Por fim, para reforçar a necessidade de recrudescimento da pena-base, destaque-se que é necessário, nesse contexto, afastar o nefasto hábito de muitos juízes em nosso País, qual seja, o de cultivar a pena-base mínima, em total afronta ao princípio da individualização das penas. Afinal, deve-se distinguir condutas de agentes cuja reprovabilidade é diversa, punindo de forma diferente aquele que, como na hipótese em exame, pratica mais de um ato de violência sexual.

6. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Agravo Regimental no Recurso Especial 1198355/RS proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ministro Relator: Jorge Mussi. Data do julgado: 12 abr. 2011. Data da publicação: 29 abr. 2011. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 5 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Habeas Corpus 104.724/MS proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ministro Relator: Jorge Mussi. Relator para o acórdão: Félix Fischer. Data do julgado: 22 jun. 2010. Data da publicação: 2 ago. 2010b. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 19 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Habeas Corpus nº 107.245/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 28 de agosto de 2008. DJ, 22 set. 2008. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Habeas Corpus nº 167.517/SP proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ministro Relator: Haroldo Rodrigues. Data do julgado: 17 ago. 2010. Data da publicação: 6 set. 2010c. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 86110 proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ministro Relator: Cezar Peluso. Data do julgado: 2 mar. 2010. Data da publicação: 23 abr. 2010a. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 21 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 95415 proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ministro Relator: Eros Grau. Data do julgado: 25 nov. 2008. Data da publicação: 20 mar. 2009. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 83453 proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ministro Relator: Carlos Velloso. Data do julgado: 7 out. 2003. Data da publicação: 24 out. 2003. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 71802 proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ministro Relator: Ilmar Galvão. Data do julgado: 12 mar. 1996. Data da publicação: 26 abr. 1996. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 18 mai. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, v. 3.

GOMES, Luiz Flávio. *Estupro e atentado violento ao pudor*: crime único ou concurso de crimes? Disponível em: 01 de julho de 2010. <<http://www.lfg.com.br/publichtml/article.php?story=20100630213144106>>. Acesso em 1º de julho de 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, v. 1.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Artigo recebido em: 13/11/2011

Artigo aprovado em: 14/03/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120025