

DIREITO PENAL

Material e Processual

Artigos

A unificação dos delitos de atentado violento ao pudor e estupro

Igor Serrano Silva

Igor Serrano Silva

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Titular da 2ª Promotoria de Justiça

da Comarca de Três Pontas

Introdução

Com o advento da Lei n.º 12.015/2009, ocorreu a unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo artigo, ao qual foi designado o nome de estupro. Agora, prevê a lei, portanto, que o crime de estupro restará configurado com a prática da conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso diverso dessa.

Assim, com a nova descrição típica do artigo 213 do Código Penal – “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” – passa a ser o homem sujeito passivo do delito de estupro, seja em virtude de ter sido submetido à conjunção carnal ou a outro ato libidinoso. Agora, portanto, solucionada a hipotética e curiosa situação em que é o homem constrangido à conjunção carnal. Antes da alteração, era impossível a configuração do crime de estupro, eis que a lei se referia apenas à vítima mulher. Restaria configurado, no máximo, o delito de constrangimento ilegal. Agora, não há dúvida de que ocorre a subsunção do fato à norma. Ademais, passa a ser correta a antiga e popular assertiva de que é o homem vítima de estupro quando constrangido à prática de atos libidinosos. Antes, como é cediço, conforme a boa técnica, era vítima de atentado violento ao pudor.

A questão atinente ao concurso de crimes

Interessa-nos, no presente trabalho, enfrentar, ainda que de modo sucinto, a problemática surgida no tocante à prática da conjunção carnal e de outro ato libidinoso no mesmo contex-

to fático, em concurso.

Antes da alteração, tendo em vista que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor eram previstos em tipos penais distintos, a questão era solucionada, conforme orientação majoritária, por intermédio do emprego da regra do concurso material. Tendo em vista a previsão das condutas em artigos diferentes, eram considerados crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie, o que afastava a aplicação da ficção jurídica relativa ao crime continuado.

Agora, surgiram posicionamentos diametralmente opostos. Um primeiro posicionamento considera que, em razão da previsão das condutas em um mesmo tipo penal, estaríamos em face de uma figura típica mista alternativa, respondendo o agente que praticasse a conjunção carnal e outro ato libidinoso, portanto, por crime único, sem a possibilidade de configuração do concurso material ou da continuidade delitiva. A prática das duas condutas seria considerada apenas na análise das circunstâncias judiciais, aplicando-se a pena, destarte, acima do mínimo legal. São esses os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

O concurso de crimes 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. [...] (NUCCI, 2009, p. 18).

Um segundo posicionamento sobre o tema afasta a regra do concurso material, entretanto, aplica o regramento da continuidade delitiva, considerando que as condutas diversas (referentes à conjunção carnal e aos atos libidinosos) descritas em um mesmo tipo penal conduzem ao reconhecimento de que, ainda que não ocorra um único crime, estamos em face de crimes da mesma espécie, atraindo a aplicação do artigo 71 do Diploma Penal. Segundo orientação jurisprudencial, aliás, não há dúvida de que crimes previstos no mesmo tipo penal são da mesma espécie, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas. Nesse sentido, recente julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei n.º 12.015/2009. Retroatividade da lei penal benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão da ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei n.º 12.015/2009 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima.¹

O terceiro posicionamento sobre o assunto também se assenta no fato de que o tipo em estudo é misto cumulativo, porém, considera que a conjunção carnal e os atos libidinosos são condutas distintas, sem similaridade, o que impede, inclusive, o reconhecimento da continuidade delitiva. É o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Trata-se, entre outras questões, de saber se, com o advento da Lei n.º 12.012/2009, 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 código), 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 configurado um tipo misto cumulativo quanto aos atos de penetração, ou seja, dois tipos legais estão contidos em uma mesma 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 (características 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 a vítima a mais de uma penetração (por exemplo, sexo oral duas vezes), de igual modo, poderá ser beneficiado com a pena do crime continuado. Contudo, se praticar uma penetração vaginal e outra anal, nesse caso, jamais será possível a caracterização de continuidade, assim como sucedia no 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.²

Considerações finais

Alterada a legislação, surgem, como de costume, diversas interpretações, cabendo aos aplicadores do direito a sedimentação da mais adequada.

Não nos parece que, no caso, a prática das condutas distintas previstas no mesmo tipo penal (prática de conjunção carnal e de atos libidinosos) possam configurar crime único. São condutas absolutamente distintas, que conduzem a distintos crimes. Não destoam do senso jurídico comum que o agente que guarda e transporta a mesma droga, por exemplo, pratica crime único. Isso porque, como é cediço, o artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 é verdadeiro tipo misto alternativo. Lado outro, não é razoável a configuração de crime único quando o agente, ainda que no mesmo contexto fático, constrange a vítima à conjunção carnal e, na sequência, à prática de outro ato libidinoso, como o sexo anal ou oral, por exemplo. Significaria dar, agora, tratamento extremamente brando a autores de gravíssimos crimes sexuais, contrariando a atual postura legislativa de efetivação da proteção da dignidade sexual do ser humano. Ademais, desaconselhável deixar ao julgador a tarefa de exasperar a pena quando da sua individualização em razão da ocorrência dos dois atos sexuais diversos, eis que, como é notório, temos, infelizmente, a cultura judicial da pena mínima, o que conduziria à aplicação de sanções insuficientes para a prevenção e repressão dos delitos.

O reconhecimento do tipo como misto cumulativo, portanto, parece-nos mais acertado.

Nesse contexto, em que pese a efetiva necessidade de punições severas, tendentes à proteção da dignidade sexual, o que se alcança mais eficazmente, naturalmente, com o reconhecimento do concurso material, como fez a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, parece-nos mais consentânea com a legislação em vigor a tese do crime con-

1 STF, 2ª Turma, HC 86110/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/03/2010, Dje 23/04/2010.

2 STJ, 5ª Turma, HC 104.724/MS, Rel. originário Min. Jorge Mussi, Rel. para acórdão Min. Félix Fischer, j. 22/06/2010.

tinuado, uma vez que, previstas as condutas no mesmo tipo penal, imperioso o reconhecimento dos crimes respectivos como sendo da mesma espécie, ainda que guardem suas peculiaridades. Assim, preenchidos os demais requisitos, aplicável a regra contida no artigo 71 do Código Penal, nos termos do posicionamento exposto pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer forma, a discussão apenas se inicia. ■

Referências bibliográficas:

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.