



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO – CD

FERNANDA LIMA GOMES DE MATOS

**ANÁLISE DO CONCURSO DE CRIMES NO ART. 213 DO CP
(ESTUPRO): A PLURALIDADE DE CONDUTAS CONSTITUI
CRIME ÚNICO?**

Brasília
2011

FERNANDA LIMA GOMES DE MATOS

R.A. 2071232/8

**ANÁLISE DO CONCURSO DE CRIMES NO ART. 213 DO CP
(ESTUPRO): A PLURALIDADE DE CONDUTAS CONSTITUI
CRIME ÚNICO?**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB
Orientador: José Carlos Veloso.

Brasília
2011

Matos, Fernanda Lima Gomes De.

Análise do concurso de crimes no art. 213 do CP (estupro): a pluralidade de condutas constitui crime único?

71 fl.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

1. Aspectos jurídico-penais do crime de estupro. 2. Concurso de crimes. 3. Análise do concurso de crimes no art. 213 do CP (estupro): a pluralidade de condutas constitui crime único ?

FERNANDA LIMA GOMES DE MATOS

**ANÁLISE DO CONCURSO DE CRIMES NO ART. 213 DO CP
(ESTUPRO): A PLURALIDADE DE CONDUTAS CONSTITUI
CRIME ÚNICO?**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. José Carlos Veloso.

Brasília, _____, de 2011.

Banca Examinadora

José Carlos Veloso
Orientador

Examinador

Examinador

Agradeço a Deus por mais essa vitória, a minha mãe e meu pai, Lucilene e Jorge, por sempre acreditar no meu sucesso, ao meu irmão, Danilo, à Demi e à Marisa pela compreensão e apoio em todos os momentos desta jornada, à minha avó querida e ao restante da minha família, pelo carinho e incentivo.

Agradeço ao meu orientador, Prof. José Carlos Veloso, pela incondicional paciência e competência com que orientou esse trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 CAPÍTULO 1 - ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DO CRIME DE ESTUPRO	3
1.1 Estupro Simples	3
1.1.1 Constranger à conjunção carnal.....	7
1.1.2 Constranger à prática de outro ato libidinoso	8
1.2 Estupro Qualificado	17
1.3 Estupro De Vulnerável	19
2 CAPÍTULO 2 – CONCURSO DE CRIMES	25
2.1 Concurso Material	26
2.2 Concurso Formal	30
2.3 Crime Continuado	37
3 CAPÍTULO 3 - ANÁLISE DO CONCURSO DE CRIMES NO ARTIGO 213 DO CP (ESTUPRO): A PLURALIDADE DE CONDUTAS CONSTITUI CRIME ÚNICO?	42
3.1 A conduta prevista no Artigo 213, CP constitui crime único	46
3.2 A conduta prevista no Artigo 213, CP constitui concurso de crimes	51
3.3 Deve ser analisada a conduta no caso concreto para saber se houve crime único ou concurso de crimes	56
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	58

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa os aspectos mais relevantes e controvertidos da Lei 12.015/2009. Será abordado inicialmente as mudanças que o novo diploma legal trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Logo após será feita uma análise geral sobre o instituto do concurso de crimes. E, finalmente, será feita a análise do art. 213, CP, visando entender se a pluralidade de condutas constitui crime único ou concurso de crimes, tendo como enfoque demonstrar os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes à referida matéria, e suas implicações práticas, formando o entendimento por meio de pesquisas em jurisprudência, obras doutrinárias e sítios eletrônicos.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Lei 12.015/2009. Concurso de crimes.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009, tema este muito discutido na sociedade atual, pois, devido às mudanças ocorridas no Código Penal Brasileiro, controvérsias foram suscitadas à respeito das condutas previstas no atual Título VI do CP, que passou a se chamar “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Diante desta situação, a motivação que fez surgir à escolha do tema foi a de averiguar e aperfeiçoar o conhecimento no que se refere às condutas constantes no art. 213 do CP, após o advento da nova Lei.

Para estudar o tema proposto foi necessária a divisão dos assuntos que são de suma importância para a contextualização do trabalho.

O primeiro capítulo tem como pretensão apresentar os aspectos jurídico-penais do crime de estupro, demonstrando as peculiaridades do crime de estupro simples; do crime de estupro qualificado; e do crime de estupro de vulnerável, e de que modo as modificações trazidas pela Lei 12.015/2009 influenciaram nosso ordenamento jurídico.

O segundo capítulo terá por objetivo analisar o instituto do concurso de crimes, que se divide em concurso material; concurso formal; e crime continuado, e será feita uma abordagem geral sobre o instituto, visando a melhor compreensão da questão em discussão no presente trabalho.

Finalmente, no terceiro capítulo, que constitui o núcleo do estudo, será tratada a principal questão do presente trabalho: o agente que, exercendo violência física ou moral, dentro do mesmo contexto fático, constringe a mesma vítima, permitindo ou praticando conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso

(coito anal, por exemplo), responderá por concurso de crimes ou crime único? Serão apresentados e analisados os argumentos de ambas as partes, a fim de formar o melhor entendimento sobre a questão.

O trabalho se desenvolverá a partir de uma pesquisa que se preocupa com a aplicação do Direito, abordando a doutrina e a legislação no decorrer do estudo, conjuntamente com a jurisprudência, que é essencial para demonstrar a precisão e oportunidade da abordagem do tema.

1 CAPITULO 1 - ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DO CRIME DE ESTUPRO

Com o advento da Lei 12.015/2009, houve várias mudanças no Título VI do Código Penal Brasileiro, que agora passa a se chamar “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, e não mais “Dos Crimes Contra os Costumes”. A nova lei alterou diversos artigos do mencionado título da parte especial do Código Penal, além de ter modificado o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei dos Crimes Hediondos. Assim, serão estas mudanças que serão mostradas nesse trabalho, a fim de evidenciar as divergências quanto à análise do concurso de crimes no art. 213 do CP.

1.1 Estupro Simples

Antes da Lei nº 12.015/2009, o *caput* do art. 213, do CP, que trata sobre o estupro de natureza simples, trazia a seguinte redação:

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Após o advento da referida lei, a redação desse dispositivo foi alterada, e ficou da seguinte forma:

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:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 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:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A primeira mudança que podemos notar é a inclusão de outras condutas (praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso), anteriormente previstas no crime de atentado violento ao pudor, crime que estava previsto no art. 214, do CP, e agora foi revogado pela Lei nº 12.015. Lembrando que

não houve *abolitio criminis*, ou seja, a referida conduta, prevista anteriormente no art. 214, continua sendo punida, inclusive com a mesma pena já prevista, entretanto agora com o nome de estupro, e não mais de atentado violento ao pudor, mas não houve a extinção da punibilidade, portanto, houve apenas mudança do *nomen juris* da infração.¹

Nota-se também outra alteração significativa no *caput* do referido artigo, qual seja, a substituição do vocábulo mulher por alguém, ou seja, a partir de agosto de 2009, o homem passa a ser também sujeito passivo do delito de estupro, sendo que antes figurava apenas no pólo ativo, dessa forma, existia nesse crime apenas réus masculinos e vítimas femininas, já agora, com a figura do “alguém”, tanto homens quanto mulheres podem estar em ambos os pólos. Lembrando que já existia a possibilidade de tentativa e co-autoria, o que não foi modificado pela nova lei.²

Antes do advento da nova lei, o crime de estupro tinha a seguinte classificação doutrinária: crime próprio (só pode ser cometido por uma determinada categoria de pessoas, demanda sujeito ativo qualificado ou especial, nesse caso, o homem); material (exige resultado naturalístico, ou seja, tolhimento da liberdade sexual da vítima), havia também que entendesse ser crime de mera conduta; doloso (vontade de concretizar as características objetivas do tipo); delito de forma vinculada (aqueles em que a lei descreve a conduta de modo particular, nesse caso, só pode ser cometido através da conjunção carnal, descrita no tipo); comissivo (crimes praticados mediante ação, *constranger* implica em ação), excepcionalmente é comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2º, do CP); instantâneo (o crime se completa num só momento, sem prolongamento temporal); de dano (só se consuma com a efetiva lesão do bem jurídico, no antigo estupro, é a liberdade sexual da mulher); unissubjetivo (pode ser praticado por um

¹ DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. 09/2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13629/comentarios-a-lei-no-12-015-09/1>> Acesso em: 28/04/2011.

² DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. 09/2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13629/comentarios-a-lei-no-12-015-09/1>> Acesso em: 28/04/2011.

só agente); plurissubsistente (se perfaz com vários atos integrando a conduta). Sendo que a classificação do atentado violento ao pudor era a mesma, com uma única diferença, este crime era um delito de forma livre, pois podia ser cometido através de qualquer meio escolhido pelo agente, diferentemente do estupro.³

Após a Lei 12.015/2009, a classificação doutrinária sofreu algumas modificações, vejamos como é a atual classificação: passou a se tratar de crime comum (não exige qualquer condição especial ou qualidade do sujeito ativo, portanto, agora pode ser o homem ou a mulher); continua sendo material (deixa vestígios); doloso; de forma livre (pode ser cometido pelo sujeito ativo por meio de qualquer comportamento que cause o resultado); comissivo (*constranger* implica em uma ação); instantâneo (a consumação não prolonga no tempo); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubsistente (se perfaz com vários atos integrando a conduta).⁴

Como já dito anteriormente, a Lei nº 12.015/2009 alterou também a Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) em uma questão que antes do advento da referida Lei, era bem controversa, pois a Lei 8.072/90, sempre previu o estupro como crime hediondo, se referindo ao crime como sendo o do art. 213, "caput", c/c art. 223, e parágrafo único, ambos do CP, entretanto, com o advento da Lei nº 8930/94, reformulou-se o rol de crimes hediondos e a palavra "caput" foi omitida do artigo referente ao estupro. Desde então, existia entendimento, apesar de minoritário, que o crime de estupro simples havia deixado de ser hediondo, e somente o estupro na forma qualificada pela lesão grave ou morte da vítima permanecera como tal.⁵

A Lei nº 12.015/2009 veio para por fim a essa divergência, pois deu nova redação ao artigo 1º, V, da Lei de Crimes Hediondos, confirmando o entendimento majoritário de que toda forma de estupro (simples e qualificado) é

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 865-866.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 24.

⁵ RODRIGUES, Décio Luiz José. Direito Penal Comentado. São Paulo: Editora letras & letras, 1998. p. 86-87.

hedionda, além do estupro de vulnerável, também em todas as suas formas, simples e qualificadas.⁶

Antes da lei 12.015/2009, para a consumação do crime de estupro de natureza simples, era necessária introdução do pênis, parcial ou completa, na cavidade vaginal da mulher, se houvesse somente um contato de um órgão com o outro, ficaria configurada a tentativa de estupro. Sendo que para Nelson Hungria, haveria tentativa também “quando não haja esse contato, desde que as circunstâncias deixem manifesto, por parte do agente, o intuito de conjunção carnal [...] mas vindo a ser impedido de prosseguir por circunstâncias independentes de sua vontade [...]”. Entretanto, se não houvesse contato físico do agente com a vítima, porém tiver havido grave ameaça, o acusado responderia por constrangimento ilegal, crime previsto no art. 146, CP, pois houve desistência voluntária, logo, ele responderia somente pelos atos praticados até então.⁷

Após o advento da Lei 12.015/2009, no caso de conjunção carnal, o crime se consumará quando houver introdução do pênis na cavidade vaginal, sendo parcial ou completa e indiferente a ejaculação. Já na segunda parte do art. 213, o crime de estupro irá se consumir com a prática do primeiro ato libidinoso envolvendo a vítima, tornando-se desnecessária a conjunção carnal. Lembrando que, o cometimento de mais de um ato com conotação sexual, no mesmo contexto fático, importará em crime único, entretanto será considerado, pelo juiz, na dosimetria da pena. Apesar de ser de difícil comprovação, admite-se o estupro na forma tentada, que irá ocorrer quando, o sujeito ativo, depois de iniciada a execução, tiver sua ação interrompida pela reação eficaz da vítima ou por qualquer outra circunstância alheia a sua vontade, independente de ter ocorrido qualquer tipo de

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 25.

⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 7.

contato íntimo, bastando que haja grave ameaça à vítima com a finalidade de constrangê-la à conjunção carnal ou outro ato libidinoso.⁸

Antes da Lei 12.015/2009, *estupro* era o ato de *constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*. Conjunção carnal é somente a cópula vagínica, ou seja, introdução do pênis na cavidade vaginal feminina. Portanto, não estava incluída nessa conduta nenhuma outra forma de realização do ato sexual, como por exemplo, o coito anal e a cópula oral, atos que poderiam ser classificados como atentado violento ao pudor, por serem atos libidinosos diversos da conjunção carnal, estando assim previstos no artigo 214 do CP, e não no 213, como está atualmente.⁹

Sendo assim, o significado de conjunção carnal, não foi alterado com a junção dos antigos crimes de *estupro* (art. 213) e *atentado violento ao pudor* (art. 214), continua sendo apenas a cópula vagínica, entretanto o conceito de *estupro* ficou mais abrangente com as mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009, dessa forma, temos agora duas diferentes espécies de *estupro*, que seriam *constranger à conjunção carnal* e *constranger à prática de outro ato libidinoso*, conceitos que não possuem significado único, analisemos cada um separadamente:¹⁰

1.1.1 Constranger à conjunção carnal

A ação é de *constranger*, ou seja, obrigar *alguém*, no caso da conjunção carnal, uma mulher, independente de suas características, *mediante violência* (coaçoão física) ou *grave ameaça* (violência moral), *à conjunção carnal*, ou

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 24.

⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 7.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 13.

seja, a cópula normal – introdução completa ou incompleta do pênis na vagina. Para Cezar Roberto Bittencourt: ¹¹

É questionável, na nossa ótica, pelo menos, que o homem não possa ser coagido ou forçado à conjunção carnal (introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal), no mínimo por razões psicológicas! Esse aspecto, contudo, não impede que o homem possa ser vítima de *constrangimento sexual* praticado por mulher; apenas, quer nos parecer, essa violência feminina caracterizaria a segunda figura, qual seja, *praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*. (BITTENCOURT, 2010, p.14)

O autor lembra ainda outro ponto importante, qual seja, das chamadas preliminares, que, pelo menos nas relações voluntárias, ocorrem antes da conjunção carnal. No estupro, essas preliminares, são absorvidas pela conjunção carnal, fazendo parte assim, da primeira conduta da atual previsão legal de estupro, pois fazem parte da ação física do próprio crime, portanto, não configura crime autônomo. ¹²

1.1.2 Constranger à prática de outro ato libidinoso

Nessa segunda parte do *caput* do artigo 213, a finalidade do constrangimento ao qual é submetida a vítima, é a prática de *outro ato libidinoso*, e não a conjunção carnal, sendo que esta modalidade pode ser praticada de duas formas, quais sejam, *praticar ou permitir*, sendo que na primeira o ofendido é quem vai realizar materialmente o ato libidinoso, agindo assim, de forma ativa, já na segunda, o sujeito ativo do crime, também será ativo na realização dos atos libidinosos contra a vítima, podendo esta até permanecer sem atividade alguma. ¹³ Portanto, segundo Cezar Roberto Bittencourt, temos:

Em outros termos, constata-se que, nesta segunda figura, incrimina-se não só o fato de o autor *constranger sua vítima a praticar o ato libidinoso* (há a efetiva participação da vítima, ainda que forçada),

¹¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 14.

¹² BITTENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 14.

¹³ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 29.

mas também a conduta que faz a *vítima permitir que com ela se pratique tal ato* (nesse caso, a vítima tem uma participação, forçada, exclusivamente passiva). (BITENCOURT, 2010, p. 15)

Entretanto, com a nova redação, verifica-se certa dificuldade de interpretação, pois a forma *permitir*, só foi tipificada na conduta do *ato libidinoso*, portanto, *permitir* a conjunção carnal, ficaria sendo um fato atípico, o que pode gerar certa confusão, até que com o tempo seja resolvida.¹⁴

Além da pequena lacuna acima, nota-se também que o artigo do Código Penal, não incluiu a conduta de *presenciar* ou *assistir*, devendo assim o ofendido fazer parte do ato delituoso, sendo controversa a questão da necessidade de contato físico entre o sujeito ativo e passivo do crime. Alguns doutrinadores como Damásio de Jesus, entendem que o contato corpóreo é necessário para caracterizar o crime, pois o legislador utilizou a expressão *praticar* no artigo, o que faz com que se entenda que é necessária a participação da vítima como protagonista no ato. Parte da jurisprudência também segue esse mesmo raciocínio,¹⁵ vejamos a ementa do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no HC em REsp 63.509/RS, DJU, 3-3-1997:

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO ENTRE O AGENTE E A VÍTIMA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME.

- Para a caracterização do crime de atentado violento ao pudor é imprescindível que o agente, na realização do ato libidinoso, mantenha contato corpóreo com a vítima, pois sem a sua participação física ativa ou passiva, o delito não se configura.

- Não comete o crime tipificado no art. 214, do Código Penal, o ancião que, em face da recusa da vítima, menor de 7 anos, em tocar seu membro viril, masturba-se em sua presença.¹⁶

¹⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 15.

¹⁵CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 29-30.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recorrente: Pedro Garcia de Freitas. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, 24 de junho de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500165767&dt_publicacao=03-03-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 02 maio 2011. 00:46.

O Tribunal se refere ao crime de atentado violento a pudor porque o acórdão é de 1997, ou seja, antes do advento da Lei 12.015, que é de 2009, porém, podemos utilizar esta ementa por analogia, pois o referido crime, antes previsto no art. 214, CP, se incorporou ao atual art. 213, do CP.

Os autores Pedro Franco de Campos, Luis Marcelo Mileo Theodoro, Fábio Ramazzini Bechara e André Estefam, compartilham do mesmo entendimento do STJ, vejamos:

Seja como for, a verdade é uma só: para a ocorrência do crime de estupro é necessário que o corpo da vítima “entre em jogo” para fins de libidinagem (expressão que inclui tudo o que está atrelado à sexualidade – atos libidinosos e a conjunção carnal), devendo ser, sempre um dos protagonistas do fato, de modo especial quando se trata da conjunção carnal. (CAMPOS; THEODORO; BECHARA; ESTEFAM, 2010, p. 30)

Também entende assim o autor Décio Luiz José Rodrigues (RODRIGUES, 1998, p. 88): “**Contato físico.** Este deve existir, pois não se vislumbra a prática deste crime sem ato material de contato físico.”

Por outro lado, alguns sustentam que não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima para que se caracterize o crime atualmente previsto no art. 213, do CP, bastando para tanto que, haja constrangimento violento direcionado à contemplação da lubricidade.¹⁷ Segundo Rogério Sanches Cunha:

De acordo com a maioria da doutrina, não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), somente para contemplação (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime – RT 429/380). (GOMES; CUNHA; MAZZUOLI, 2009, p. 39)

O autor Guilherme de Souza Nucci também entende ser desnecessário o contato físico, vejamos:

¹⁷ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.

Contato físico não é indispensável. Obrigar a vítima, por exemplo, sob ameaça de arma de fogo, a despir-se para satisfazer à lascívia do agente pode configurar o delito. Há, no entanto, posição contrária, exigindo o contato físico.¹⁸

De acordo com o novo art. 213 do CP, a vítima deverá ser constrangida *mediante violência ou grave ameaça*, sendo que esses meios executivos têm significados diferentes.

Vejamos o conceito de Cezar Roberto Bitencourt sobre a grave ameaça, que é a violência psíquica, que intimida a vítima, anulando a sua capacidade de querer:¹⁹

Grave ameaça constitui forma típica da “violência moral”; é a *vis compulsiva*, que exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer da ofendida, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a ameaça também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa, como a violência material. A violência moral pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Caracteriza o tipo somente ameaça grave, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se à sua liberdade de querer e de agir (BITENCOURT, 2010, p. 16).

Segundo Fernando Capez, o mal prometido poderá ser direto ou indireto, contra a própria vítima ou contra terceiros ligados a ela, respectivamente; justo ou injusto, denunciar crimes praticados pela vítima ou ameaçá-la de morte, respectivamente.²⁰ Já na opinião de Cezar Roberto Bittencourt, o mal não precisa ser injusto, bastando que a pretensão seja injusta, e julga irrelevante que a ameaça seja justa ou legal.²¹

Segundo Cezar Roberto Bittencourt, o mal prometido tem alguns requisitos, ou seja, além de *futuro* e *imediato*, deve ser *determinado*, pois se o

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 868.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 2.

²⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 3.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 17.

agente não souber o que quer impor, não terá grande força coatora; *verossímil*, tem que ser possível a realização do mal; *iminente*, não pode ser em um futuro muito longe, pois pode perder seu efeito coativo; *inevitável*, pois se não o for, não tem porque a vítima se intimidar; *dependente*, pois se não depender apenas da vontade do sujeito ativo, perderá boa parte de sua inevitabilidade.²²

Já a violência deve ser material, ou seja, a força física deve ser capaz de impedir a reação da vítima, sendo impossível que ela se desvencilhe do agente, que pode usar somente a força física ou qualquer outro meio que mine a capacidade de defesa vítima. De acordo com Cezar Roberto Bittencourt, a violência poderá ser *imediate*, quando utilizada diretamente contra o próprio ofendido, e *mediata*, quando empregada contra terceiro ou coisa que a vítima esteja diretamente ligada. Ainda, segundo o autor, a força utilizada não precisa ser irresistível, basta que seja idônea para coagir a vítima a permitir que o agente realize o estupro.²³

Vimos, portanto que, a simples relutância não é suficiente para a configuração do crime, tem que haver resistência real e sincera da vítima, é necessário que no crime de estupro a vítima se oponha veementemente a realizar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Caso haja permissão da vítima para a prática do ato sexual, em regra, não será configurado o crime de estupro, com exceção de crime praticado contra vítima menor de 14 anos.²⁴

Temos também toda a jurisprudência nesse sentido, vejamos uma ementa do TJPR:

EMENTA: CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL - ESTUPRO - NECESSIDADE DE DISSENSO EFETIVO DA VÍTIMA - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CONFIRMADA - RECURSO DESPROVIDO.

- "Para a tipificação do estupro exige a lei que a vítima, efetivamente, com vontade incisiva e adversa, oponha-se ao ato sexual. Seu

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 16-17.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 16.

²⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 3.

dissenso ao mesmo há de ser enérgico, resistindo, com toda sua força, ao atentado à sua liberdade sexual. Não se satisfaz, pois, com uma oposição meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia." ²⁵

O elemento subjetivo do estupro é o dolo consubstanciado, na primeira modalidade, pela vontade consciente de constranger a vítima à conjunção carnal; na segunda modalidade, pela vontade constranger a vítima à prática ou permissão de outro libidinoso. ²⁶

O dolo requer sempre a presença de dois elementos constitutivos, quais sejam, o elemento intelectual, ou seja, a consciência e o elemento volitivo, ou seja, a vontade. A consciência deve ser atual, ou seja, quando a ação estiver sendo realizada, esta consciência deve estar presente, para que o sujeito ativo, ao praticar o ato, saiba que está praticando uma ação sexual violenta e indo contra a vontade do sujeito passivo e que, portanto, poderá sofrer as consequências de seu ato, além da consciência dos meios que está utilizando para realizar a ação. A vontade, assim como a consciência, também deverá abranger a ação, o resultado, os meios e o nexo causal. Quando não há simultaneamente esses dois elementos, a consciência e a vontade, não se constitui o dolo, e, portanto, não há crime, pois não existe estupro culposos. ²⁷

Desde antes do advento da Lei 12.015/2009, discutia-se sobre a necessidade da vontade do agente de saciar sua libido, discussão que mesmo com a nova lei não foi resolvida, mantendo-se a divergência entre os autores. ²⁸

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Crime. Apelante: Ministério Público. Apelado: José Pereira Pedroso. Apelado: Valmir da Luz Batista. Relator: Juiz de Direito Substituto em 2º Grau Renato Naves Barcellos. Curitiba, 24 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/DadosProcesso.asp?Codigo=494117&Selecionar.x=3&Selecionar.y=11&orgao=#Movimentacao>>. Acesso em: 04 maio 2011. 00:33.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 22.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 23.

²⁸ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.

Os que defendem que é necessário que o agente pretenda satisfazer sua sexualidade, se fundam no fato de que o crime de estupro tem natureza sexual, e caso não haja vontade de satisfação da lascívia, se caracterizaria a injúria real.²⁹ Vejamos o que dizem os autores favoráveis a esta primeira corrente:

A vontade de constranger, obrigar, forçar a mulher é o dolo do delito de estupro. Exige-se, porém, o elemento subjetivo do injusto (dolo específico), que é o intuito de manter conjunção carnal. (MIRABETE, 2009, p. 409)

Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, da parte do agente, uma expressão da luxúria, deixará de ter cunho libidinoso. Não pode existir ato libidinoso sem libidinosidade. (HUNGRIA, *apud*, CAMPOS; BECHARA; THEODORO; ESTEFAM, 2010, p. 30)

Há, também, a presença do elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade especial de satisfazer a própria lascívia. Esse objetivo é o que diferencia o atentado violento ao pudor do constrangimento ilegal ou da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei de Contravenções Penais). Embora exista a possibilidade de o atentado violento ao pudor dar-se com a finalidade de vingança – ou mesmo para humilhar e constranger moralmente a vítima -, tal situação, em nosso entender, não elimina o elemento subjetivo específico de satisfação da lascívia, até porque, nessas situações, encontramos a satisfação mórbida do prazer sexual, incorporada pelo desejo de vingança ou outro sentimento correlato. Estímulos sexuais pervertidos podem levar alguém a valer-se dessa forma de crime para ferir a vítima, inexistindo incompatibilidade entre tal desiderato e a finalidade lasciva do delito do art. 214. (NUCCI, 2008, p. 868)

Temos também precedentes jurisprudenciais nesse mesmo sentido, vejamos um do TJRJ, no Processo nº 0094836-84.2005.8.19.0001 (2008.054.00096):

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. Crimes contra a dignidade sexual. Estupro de vulnerável. Decisão majoritária que manteve integralmente a sentença condenatória. Divergência relativa ao reconhecimento, de ofício, da forma tentada do delito, com redução da pena. Autoria plenamente evidenciada nos depoimentos da menor e familiares. Laudos técnicos que fornecem indícios seguros acerca da materialidade e corroboram a prova oral. O inequívoco contato físico promovido pelo sujeito em detrimento da dignidade sexual da menor ofendida desprestigia a tese de tentativa,

²⁹ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.

sendo certo que se deve entender o ato libidinoso como sendo aquele que visa a satisfação do instinto sexual e serve de desafio à lascívia ou volúpia do agente, não se restringindo às hipóteses em que efetivamente ocorra penetração oral ou anal. Condutas que se adequarão à figura típica do artigo 217-A do CP, em sua atual redação, sem reflexo na pena final. Exasperação das pena-base que se mantém, por isso que se mostrou até mesmo branda em vista das circunstâncias do caso concreto e consequências do delito. Rejeição dos embargos.³⁰

Por outro lado, a maioria da doutrina e da jurisprudência, como o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, julga não ser necessária a exigência de satisfação da lascívia para se constituir o dolo no crime de estupro, pois alegam que o crime de estupro pode ser movido pela vingança, pelo desprezo, pelo ódio ou até mesmo por motivo de aposta.³¹ Vejamos:

Ementa do STJ, no REsp 81484:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO.

A prática dolosa de indiscutível ato libidinoso diverso da conjunção carnal configura a consumação. A efetiva satisfação da lascívia não é exigência do tipo, bastando que a ação seja perpetrada com este propósito (elemento subjetivo diverso do dolo).

Recurso conhecido e provido.³²

Agora vejamos opiniões de alguns doutrinadores neste mesmo sentido:

Com efeito, a despeito da divergência doutrinário-jurisprudencial, é necessário o *elemento subjetivo especial do injusto*, ou seja, o especial fim de constranger a vítima (homem ou mulher) à prática de ato libidinoso, sob pena de não se configurar esse crime. Contudo, é desnecessária a *finalidade de satisfazer a própria lascívia* para caracterizar o crime, que existe, por exemplo, no crime descrito no art. 218-A. (BITTENCOURT, 2010, p. 23-24.)

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes e de Nulidade. Embargante: Rodrigo Pereira da Silva. Embargado: Ministério Público. Relator: Desembargador Luiz Leite Araújo. Revisor: Antônio Jayme Boente. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000369B5BF96137ADEE5CAB107A90082890151C402364E4F>>. Acesso em: 06 maio 2011. 02:51.

³¹ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Edson Borges de Lima. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 04 de março de 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500640228&dt_publicacao=14-04-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 06 maio 2011. 03:40.

Entendemos que não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais completas. O que pode causar certa dúvida é o fato de que tal crime exige a finalidade de satisfação da lascívia para a sua caracterização. Ocorre que se trata de um delito de tendência, em que tal intenção se encontra ínsita no dolo, ou seja, na vontade de praticar a conjunção carnal. Deste modo, o agente que constrange mulher mediante o emprego de violência ou grave ameaça à prática de cópula vagínica não age com nenhuma finalidade específica, apenas atua com a consciência e vontade de realizar a ação típica e com isso satisfazer sua libido (o até então chamado dolo genérico). (CAPEZ, 2009, p. 6-7)

Mesmo diante da divergência doutrinário-jurisprudencial, na conduta do agente, o que deve ficar demonstrado é que ele tenha consciência de que seu ato tenha caráter libidinoso.³³

Antes da Lei 12.015/2009, o bem jurídico tutelado era a liberdade sexual da mulher. Com a nova lei, passou a ser não somente a liberdade sexual da mulher, como também a do homem, permitindo assim, que ambos escolham livremente seus parceiros sexuais.³⁴

Na verdade, o bem jurídico continua sendo a liberdade individual, ou seja, a intimidade e a privacidade, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge, pois tanto a mulher quanto o homem tem o direito de escolher livremente se querem ou não participar de atos lascivos, sexuais, podendo inclusive escolher o momento, o lugar e, principalmente o parceiro, para compartilhar seus desejos sexuais.³⁵

³³ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 30.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 10.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 10.

Em suma, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual de cada um, tanto do homem quanto da mulher, garantindo a eles a capacidade de definir-se sexualmente, com liberdade de escolha e vontade consciente.³⁶

Em regra, a ação penal nos crimes previstos nos capítulos I, II e III do Título IV, da parte especial, era de iniciativa privada, sendo que havia exceções, no caso de estupro e atentado violento ao pudor, lesão grave ou morte, a ação seria pública incondicionada, por se tratar de crime complexo. Com a edição da Súmula 608, o STF pacificou o entendimento: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”³⁷

Com o advento da Lei 12.015/2009 os crimes sexuais, previstos nos art. 213 a 218-B, tornaram-se delitos de ação penal pública condicionada à representação, conforme consta no art. 225, *caput*, transformando-se em pública incondicionada somente quando a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.³⁸

1.2 Estupro Qualificado

Em que pese o Estupro Qualificado já haver sido tratado no tópico anterior, cabe tecer as seguintes considerações:

Os parágrafos do art. 213, do CP, alterado pela Lei 12.015/2009, dispõem sobre o estupro qualificado, que decorre do resultado do crime e da idade da vítima, antes as formas qualificadas estavam previstas no art. 223:

Art. 223 - Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta a morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 10.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 129-130.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 63.

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:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 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:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Com a nova redação do art. 213, o art. 223 foi abolido do Código Penal, e foi autorizado o aumento quando o resultado qualificador advém de conduta violenta. No caso de haver lesão grave, a pena foi mantida; já no caso de resultado morte, a pena máxima foi aumentada, alteração que pode retroagir para alcançar fatos que já haviam acontecido antes da nova lei.³⁹

O resultado é imputado ao agente do delito a título de preterdolo, ou seja, crime com dolo no antecedente e culpa no consequente. Se houver dolo em relação a esse resultado haverá concurso de delito, a lesão corporal ou a morte da vítima não devem ter sido praticadas de forma intencional quanto ao resultado. Esse resultado tem que ser na pessoa do sujeito passivo, caso atinja uma terceira pessoa, haverá concurso.⁴⁰

No primeiro parágrafo, a expressão “lesão corporal de natureza grave” deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo assim as lesões graves e as gravíssimas, sendo necessária, obviamente, a realização de perícia para que se comprove o resultado. Já no caso de lesão corporal de natureza leve, esta vai ser absorvida pela previsão do *caput* do art. 213, “violência ou grave ameaça”. Já a menoridade da vítima, não decorre da conduta do sujeito ativo, e sim de uma

³⁹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

⁴⁰ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 31.

condição pessoal do sujeito passivo, que leva o legislador a presumir violência mais grave.⁴¹

Já no segundo parágrafo, o legislador tratou da conduta que resulta morte, que é a qualificadora máxima desse crime, e atinge ao máximo da condenação estabelecida no nosso ordenamento jurídico-penal. A nova lei, contudo, foi mais severa, pois a pena, que era de 12 a 25 anos, passou a ser de 12 a 30.⁴²

As qualificadoras do estupro quando do fato resulta lesão grave ou morte, são punidas a título de culpa. Como já dito anteriormente, trata-se de um crime preterdoloso, ou seja, há dolo na conduta antecedente (do estupro) e culpa no conseqüente (lesão grave ou morte). Essa é a posição majoritária. Nesse sentido, Capez, Damásio, dentre outros. Em sentido contrário, Nucci, para quem a qualificadora deveria ser possível também quando o resultado lesão grave ou morte ocorresse a título de dolo. Concordamos com a posição majoritária, de que neste caso, haveria concurso material entre estupro e lesão corporal ou homicídio.⁴³

1.3 Estupro De Vulnerável

O crime de estupro de vulnerável está previsto, após o advento da Lei 12.015/2009, no art. 217- A, do CP:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º ~~A pena é aumentada da metade se há concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância.~~ (vetado)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 21.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 21-22.

⁴³ DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. 09/2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13629/comentarios-a-lei-no-12-015-09/1>. Acesso em: 09/05/2011.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Nesse artigo o legislador atribuiu a condição de vulnerável ao menor de 14 anos ou a quem por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Porém, logo adiante, no art. 218-B, o legislador atribui a condição de vulnerável para o menor de 18 anos. Portanto, o legislador ampliou o conceito de vulnerabilidade para alcançar o menor de 18 anos, fato incompreendido pela maioria da doutrina. Passamos a ter então concepções distintas de vulnerabilidade, há duas espécies, a absoluta (menor de 14 anos, que é a do art. 217-A) e a relativa (menor de 18 anos, que está presente no art. 218-B; 230, § 1º e etc...).⁴⁴

No novo artigo, a presunção de violência continua existindo, porém, agora, é chamado de vulnerabilidade. Segundo Cezar Roberto Bittencourt: "... o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, porém, disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei." Apesar dessa mudança, a interpretação da vulnerabilidade também deve ser relativa, devendo se analisar caso a caso para constatar a condição pessoal da vítima.⁴⁵

No crime de estupro de vulnerável, o bem jurídico tutelado é a dignidade do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Porém, aqui, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico, pois não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, considerando que a pessoa é vulnerável. Na verdade, tenta se proteger a evolução normal e o desenvolvimento da personalidade do

⁴⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 76.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 78.

menor, para que no futuro, quando ele for adulto, não tenha nenhum tipo de trauma, podendo ter assim uma vida sexual normal.⁴⁶

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, pois se trata de crime comum, lembrando que também pode haver crime em relação homossexual, já o sujeito passivo será a pessoa vulnerável, ou seja, os menores de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais, que não tem o necessário discernimento sexual, ou quem por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.⁴⁷ Sendo que se o agente for ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se assumiu obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, conforme preceitua p art. 226, II, a pena será aumentada de metade.⁴⁸

A classificação doutrinária é a mesma do estupro simples, qual seja: crime comum (não exige qualquer condição especial ou qualidade do sujeito ativo, portanto, agora pode ser o homem ou a mulher); continua sendo material (deixa vestígios); doloso; de forma livre (pode ser cometido pelo sujeito ativo por meio de qualquer comportamento que cause o resultado); comissivo (constranger implica em uma ação); instantâneo (a consumação não prolonga no tempo); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubsistente (se perfaz com vários atos integrando a conduta).⁴⁹

A questão do dissenso, do grau de resistência da vítima, já foi tratada no tópico acima, entretanto, vale lembrar que, no caso do estupro de vulnerável, é

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 74.

⁴⁷ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 49.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 50.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 85.

praticamente inexistente essa reação, pois assim como a violência é presumida, a incapacidade de resistir também é, devendo ser analisado caso a caso.⁵⁰

O elemento subjetivo, assim como no estupro simples, é o dolo, sendo também exigida a vontade e a consciência, porém, aqui, exige-se que o sujeito ativo tenha conhecimento da condição de vulnerabilidade da vítima. E, caso haja desconhecimento do agente quanto à condição do sujeito passivo, a conduta será considerada atípica, excluindo o crime, conforme art. 20, do CP;⁵¹ salvo se na execução do crime tiver utilizado de violência, configurando assim o estupro, previsto no art. 213, do CP; ou de fraude, configurando o crime de violação sexual mediante fraude, previsto no art. 215, do CP.⁵²

As condutas incriminadas no crime de estupro de vulnerável são as mesmas da violação sexual mediante fraude, com a diferença de que no estupro de vulnerável a vítima só pode ser pessoa vulnerável.⁵³ O agente será punido se tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso (sendo que esta segunda conduta deve ser interpretada de modo extensivo, abrangendo inclusive o comportamento de provocar o menor a permitir que com ele pratique os atos libidinosos) com vítima menor de 14 anos ou portadora de enfermidade ou deficiência mental ou que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência, nesse último caso não importando se a incapacidade foi ou não provocada pelo sujeito ativo do crime.⁵⁴

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 80.

⁵¹ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 50.

⁵² GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 51.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 78.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 50.

Os parágrafos 3º e 4º do art. 217-A, do CP, dispõem sobre o estupro qualificado, que ocorre no caso de a conduta resultar lesão corporal grave (pena de 10 a 20 anos) ou morte (pena de 12 a 30 anos).

A situação do § 3º é idêntica a do §1º do art. 213, já comentado. A diferença é apenas na pena, que no caso desse parágrafo do art. 217-A é de 10 a 20 anos. Por sua vez, o §4º alude à hipótese de em razão da conduta do agente resultar em morte da vítima menor de 14 anos. Essa situação também já foi comentada no art. 213, §2º, do CP. Aqui, entretanto, pela vítima ser menor de 14 anos, a pena é mais severa, de 12 a 30 anos.⁵⁵ Porém, vale a pena lembrar que os referidos crimes são preterdolosos, pois os resultados devem advir de culpa, e caso haja dolo, haverá concurso material de crimes. Caso resulte lesão corporal leve, haverá concurso material com o crime previsto no art. 129, caput, pois a violência não é absorvida pelo crime de estupro de vulnerável.⁵⁶

Para finalizar, lembramos que as causas de aumento de pena, anteriormente previstas no art. 9º da Lei 8.072/90, foram tacitamente revogadas com o advento da Lei 12.015/2009:⁵⁷

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

⁵⁵ DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. 09/2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13629/comentarios-a-lei-no-12-015-09/1>>. Acesso em: 11/05/2011.

⁵⁶ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 51.

⁵⁷ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 51.

Como a causa de aumento estava vinculada ao art. 224 do CP, que foi revogado expressamente pela nova lei, podemos concluir que também foi abolida a referida majorante.⁵⁸

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 50.

2 CAPÍTULO 2 – CONCURSO DE CRIMES

As hipóteses de concurso podem ocorrer entre crimes dolosos ou culposos, consumados ou tentados e comissivos ou omissivos. O concurso de crimes ou de penas pode ser:⁵⁹

- a) Concurso material: previsto no artigo 69, do CP;
- b) Concurso formal: previsto no artigo 70, do CP;
- c) Crime continuado: previsto no artigo 71, do CP.

Quando o agente comete vários crimes, ele deverá ser apenado de forma mais severa do que o agente que comete um só delito. Segundo Damásio, há cinco sistemas que tratam sobre como deve ser graduada a pena:⁶⁰

- a) Sistema do cúmulo material: segundo esse sistema, as penas de vários delitos devem ser somadas. É usado no concurso material ou real (artigo 69, *caput*, CP) e no concurso formal imperfeito (artigo 70, *caput*, 2ª parte, CP);⁶¹
- b) Sistema da absorção: a pena menos grave será absorvida pela mais grave. Tem um defeito, pois permite que o autor rodeie o crime de maior gravidade de infrações de menor gravidade, pois estas ficariam impunes;⁶²
- c) Sistema da acumulação jurídica: a pena que se aplica não é a da soma das concorrentes, mas é tão severa que atende à gravidade dos crimes cometidos;⁶³
- d) Sistema da responsabilidade única e da pena progressiva única: os crimes vão concorrer, mas não vão se acumular, devendo assim,

⁵⁹ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 643.

⁶⁰ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 642-643.

⁶¹ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 643.

⁶² JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 643.

⁶³ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 643.

aumentar a responsabilidade do agente ao aumentar o número de infrações;⁶⁴

- e) Sistema da exasperação da pena: se aplica a pena ao crime mais grave, aumentada de determinado *quantum*. É usado no concurso formal (art. 70, CP) e no crime continuado (art. 71, CP).⁶⁵

Em seu livro, Mirabete e Renato Fabbrini, consideram apenas quatro sistemas, e, para tanto, excluem o Sistema da responsabilidade única e da pena progressiva única.⁶⁶ Assim como Luiz Regis Prado.⁶⁷ E Guilherme de Souza Nucci.⁶⁸

2.1 Concurso Material

O concurso material está previsto no artigo 69 do Código Penal, *in verbis*:

Concurso Material

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Alterado pela L-007.209-1984)

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o Art. 44 deste Código. (Alterado pela L-007.209-1984)

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais. (Alterado pela L-007.209-1984)

⁶⁴ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 643.

⁶⁵ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 643.

⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 323.

⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 461.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 436-437.

A expressão ação ou omissão deve ser entendida no sentido de conduta, sendo que, conforme exemplifica Paulo Queiroz: se o agente subtrai num mesmo ônibus bens de vários passageiros, pratica uma única ação de subtrair, isto é, um único crime de furto, não existindo concurso de delitos.⁶⁹ Já, quando o agente ingressa em uma residência, furta, comete estupro e mata a vítima, a fim de ficar impune, haverá concurso de crimes, pois foi executada mais de uma conduta.⁷⁰

Segundo Rogério Greco, o conceito de ação:

pode ser concebido segundo uma concepção causal, final ou social. Resumidamente, para os causalistas, que adotam um conceito naturalista, ação é a conduta humana voluntária que produz uma modificação no mundo exterior. O conceito final de ação, criado por Welzel juntamente com sua teoria, diz ser ela o exercício de uma atividade final. A teoria social, que surgiu com a finalidade de ser uma ponte entre as duas teorias anteriores, traduz o conceito de ação como sendo a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana.⁷¹

Sendo que, o referido autor segue a teoria finalista. E, ainda, lembra que para o estudo do concurso material, adota o conceito analítico do crime em sua divisão tripartida, ou seja, o crime como fato típico, ilícito e culpável, e não a outra conceituação utilizada por outros diversos autores, como Delmanto, Damásio e Mirabete, qual seja, a de que o crime é um fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade um pressuposto para se aplicar a pena.⁷²

Portanto, há concurso de crimes quando, o autor mediante mais de uma ação ou omissão, pratica mais de um crime, devendo ser punido pela soma das penas privativas de liberdade em que haja incorrido (conforme art. 75, não podendo,

⁶⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 303.

⁷⁰ JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Geral*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 644.

⁷¹ WESSELS, *Johannes, apud, GRECO*, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 590.

⁷² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 591.

no cumprimento da pena, exceder trinta anos – concurso material moderado), pois se adota nesse tipo de concurso o sistema da acumulação material.⁷³

No *caput* do art. 69, fala-se em crimes idênticos ou não, sendo assim, conclui-se que há dois tipos de concurso material, quais sejam, o homogêneo e o heterogêneo, segundo Rogério Greco, suas definições são:⁷⁴

Fala-se em concurso material homogêneo: quando o agente comete dois crimes idênticos, não importando se a modalidade praticada é simples, privilegiada ou qualificada. Por outro lado, ocorrerá o concurso material heterogêneo quando o agente vier a praticar duas ou mais infrações penais diversas. (GRECO, 2008, p. 593-594)

Por exemplo, será homogêneo se, o agente matar seu inimigo e a testemunha desse homicídio. Já se, o agente furta a vítima e em seguida a estupra, será heterogêneo.⁷⁵

Para a determinação da espécie de concurso, não importa se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias diferentes. Os delitos podem ser objeto de uma ação penal apenas ou de várias, conforme arts. 76 e seguintes do CPP. Nada impede que haja concurso material entre crime culposos e crime doloso.⁷⁶

Lembra-se ainda que, por ser adotada a regra do cúmulo material, essa distinção entre as espécies de concurso não tem relevância prática.⁷⁷

Para aplicar a pena, o juiz deve individualizar as penas fixadas para cada um dos crimes componentes, para somente depois somar as reprimendas.⁷⁸ Sendo que, segundo entendimento sumulado do STJ (Súmula 81), não cabe fiança

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 437.

⁷⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 593.

⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 461.

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 324.

⁷⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 594.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 324.

ao réu se, em concurso material, as penas mínimas cominadas forem maiores a dois anos de reclusão.⁷⁹

No caso de aplicação cumulativa de pena de reclusão e detenção, segundo o art. 69, *caput*, segunda parte, CP, a reclusão deverá ser cumprida em primeiro lugar, sendo que, a maioria dos autores, como Damásio⁸⁰ e Nucci, consideram essa regra inútil, vejamos:⁸¹

A inutilidade dessa disposição é evidente, na medida em que não existe diferença, na prática, entre reclusão e detenção. [...] O que importa, para o condenado, na realidade, é o regime no qual foi inserido. [...] Portanto, quando o julgador aplicar o concurso material, fixando, por exemplo, três anos de reclusão e dois anos de detenção, não pode fazer a somatória em cinco anos pela diversidade de espécies de penas privativas de liberdade. Para a fixação do regime e demais benefícios, especialmente quando se cuidar de delitos dolosos, no entanto, deve levar em conta o total (cinco anos de prisão). Assim sendo, não cabe o regime semi-aberto ou o fechado (art. 33, § 2.º, *b*, CP). Não é aplicável, igualmente, pena alternativa, cujo limite é de quatro anos (art. 44, I, CP). Estabelecidos três anos de reclusão e dois de detenção, mas levando-se em conta o total de cinco anos de privação de liberdade, quando o condenado cumprir um sexto, pode o magistrado determinar a progressão a um regime mais favorável. (NUCCI, 2008, p. 437-438)

Segundo o art. 76, concorrendo uma contravenção, a pena de prisão simples imposta será cumprida por último, determinando assim, que no concurso de crimes, executa-se primeiramente a pena mais grave.⁸²

De acordo com o art. 69, § 1.º, reconhecido o concurso material e aplicada pena privativa de liberdade em relação a um dos crimes, porém negado o *sursis*, no tocante aos demais é impossível a imposição de pena restritiva de

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 437.

⁸⁰ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 644.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 437.

⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 324.

direitos, no moldes do art. 44, em substituição à detentiva.⁸³ Segundo Nucci (2008, p. 438):

[...] o § 1.º estabelece a viabilidade de se cumular, por ocasião da aplicação da pena, quando o juiz reconhecer o concurso material, uma pena privativa de liberdade, com suspensão condicional da pena ou mesmo regime aberto (prisão albergue domiciliar), com uma restritiva de direitos. É perfeitamente possível cumprir as condições de um *sursis*, ao mesmo tempo em que o condenado efetua o pagamento da prestação pecuniária. Não é cabível, por outro lado, a fixação de uma pena em regime fechado, ao mesmo tempo em que se estabelecer outra, na mesma sentença, de prestação de serviços à comunidade.

Já o § 2.º do art. 69, estabelece que as penas restritivas de direitos, desde que compatíveis entre si, devem ser cumpridas simultaneamente. Ex: uma pena de prestação de serviço à comunidade e uma de limitação de fim de semana. Já as penas incompatíveis, devem ser cumpridas sucessivamente. Ex: duas penas de limitação de fim de semana.⁸⁴

2.2 Concurso Formal

O concurso formal ou ideal está previsto no artigo 70 do Código Penal, *in verbis*:

Concurso Formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Alterado pela L-007.209-1984)

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do Art. 69 deste Código. (Alterado pela L-007.209-1984)

No concurso formal, o agente pratica uma única ação ou omissão, ou seja, uma única conduta, entretanto, causa dois ou mais crimes. Ex: A atira contra B,

⁸³ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 644.

⁸⁴ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 645.

ofendendo, porém, B e C; ou, dirigindo imprudentemente, o agente causa a morte culposa de várias pessoas. Reconhecido o concurso formal, aplicar-se-á ao agente a mais grave das penas cabíveis, ou, se idênticas, somente uma delas, entretanto, aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade, através do critério da exasperação (já estudado), devendo-se aumentar a pena conforme o número de vítimas ou de resultados. Sendo que no concurso formal, diferentemente do material, as penas dos vários crimes não são somadas, aplicando uma única pena, com o devido aumento decorrente do concurso.⁸⁵

O concurso formal pode ser homogêneo, heterogêneo, próprio (perfeito) e impróprio (imperfeito):

- a) Homogêneo: quando os crimes forem iguais. Nesse caso, aplicar-se-á a pena de um dos crimes, aumentada de um sexto até a metade. Ex: quando o agente atropela dois pedestres, por imprudência, e causa suas mortes (homicídios culposos); ou, quando deseja matar uma pessoa com o uso de explosivo e acaba matando outra também (homicídio doloso).⁸⁶
- b) Heterogêneo: quando os crimes não forem iguais. Nesse caso, aplicar-se-á a pena do crime mais grave, e também será aumentada de um sexto até a metade. Ex: quando em um atropelamento uma das vítimas morre (homicídio culposo) e a outra fica ferida (lesão corporal culposa).⁸⁷
- c) Próprio (perfeito): está previsto na primeira parte do *caput* do art. 70. É quando na sua origem a conduta do agente for culposa, ou seja, o agente pratica duas ou mais infrações penais através de uma única conduta. O agente tem em mente uma só conduta, não se importando com quantos delitos vai praticar, e, por isso, recebe a pena do crime mais grave aumentada de um sexto até a metade.

⁸⁵ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 303-304.

⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 325.

⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 325.

Ex: o agente leva um menor para praticar um roubo, entretanto, tem em mente somente o objeto a ser roubado, e não a corrupção do menor.⁸⁸

- d) Impróprio (imperfeito): está previsto na segunda parte do *caput* do art. 70. É quando a conduta única é dolosa, e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos, nesse caso, as penas serão aplicadas cumulativamente, visando não beneficiar aquele que tem por fim atingir dois ou mais bens jurídicos com uma única ação ou omissão. Ex: se o agente enfileira várias pessoas e consegue matá-las, ao mesmo tempo, com um único tiro, não merece concurso formal, pois agiu com desígnios autônomos.⁸⁹

Existem duas posições acerca da conceituação de desígnios autônomos:

- a) A primeira corrente diz que “desígnios autônomos” significa ter o agente agido com dolo direto no tocante aos vários crimes praticados com uma única ação;⁹⁰
- b) A segunda corrente diz que “desígnios autônomos” significa ter o agente agido com qualquer forma de dolo, ou seja, tanto o direto como o eventual.⁹¹

Vejamos uma decisão do STJ, no HC 176343, de 09/08/2010, que trata sobre o assunto:

DECISÃO

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 439.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 439.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 439.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 439.

[...] Quanto ao recurso do Ministério Público, procedem seus argumentos, embora se trate de matéria que ainda gere alguma controvérsia na doutrina.

A primeira questão que se põe é identificar-se no que concerne o “desígnio autônomo” de que trata a parte final do artigo 70 do CP:

“Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Três são as posições:

A - “desígnios autônomos” significa ter agido o agente com dolo direto no tocante aos vários crimes praticados com uma única ação (Fragoso);

B - “desígnios autônomos” quer dizer qualquer forma de dolo, seja direto ou eventual. Logo, deve haver a soma das penas se o agente atua com qualquer espécie de dolo em relação aos delitos concorrentes (STF- RT-731/527);

C - “o juiz, no caso concreto, que deve deliberar qual melhor forma de concurso a aplicar, ex: cozinheira que desejando eliminar todos os membros de uma família, coloca veneno na comida- aplica-se a soma das penas- concurso formal imperfeito; alguém que se dirige à sacada de um prédio, chamado por populares, e os chama de patifes, teria ocorrido 30 ou mais injúrias? Obviamente que não, pois o agente quis atingir um grupo de pessoas, logo não receberá a sanção do concurso formal impróprio. Por outro lado, se o agente coloca uma bomba num veículo, desejando matar um dos passageiros, responderá por dolo eventual ou indireto em relação aos demais ocupantes do veículo. (Exemplo de Basileu Garcia e Nucci).

Nesses casos, reconhece-se o Concurso Formal Impróprio ou Imperfeito. e, no entanto, excepcionalmente, a técnica de exasperação da pena cede lugar ao critério da cumulação material, ainda que em sede de concurso formal. Tal situação ocorre quando, embora haja unidade de conduta (marca fundamental do concurso ideal) dolosa, os resultados criminosos resultam de desígnios autônomos. Este é o teor da segunda parte do caput do art. 70 do CP: “As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior”.

Ex.: “A” dispara arma de fogo em direção a “B” e “C”, pretendendo, com um único projétil, atingir ambos os desafetos. Nesse caso, morrendo “B” e “C”, “A” será apenado somando-se as penas dos dois homicídios dolosos.

Vale destacar ainda que este tipo especial de concurso formal ou ideal só tem lugar nos crimes dolosos. A discussão na doutrina é se o concurso formal imperfeito exigiria apenas dolo direto ou se inclui tanto o dolo direto quanto o eventual. A posição majoritária na doutrina é a de que, em face do silêncio do legislador, presume-se que também o dolo eventual configuraria desígnio autônomo,

merecendo, por conseguinte, reprimenda mais grave, motivo pelo qual configurador do concurso formal impróprio. Assim, há concurso formal imperfeito, segundo Capez, quando “aparentemente, há uma só ação, mas o agente intimamente deseja os outros resultados ou aceita os riscos de produzi-los” (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. v.1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 459).

E isso porque, o desígnio autônomo ou a pluralidade de desígnios indica a intenção do sujeito (dolo direto) ou a assunção do risco pelo sujeito (dolo eventual) de, com uma única conduta, produzir dois ou mais resultados criminosos (dois ou mais delitos).

Note-se, portanto, que o concurso formal perfeito pode ocorrer entre dois crimes culposos ou um doloso e outro culposos, ao passo que o concurso formal imperfeito fica restrito aos crimes dolosos.

Outro não tem sido o entendimento deste Tribunal, a saber: APCrim nº 6274/2007, Rel. Des Antonio Jayme Boente, 6ª Ccrim, julg. 19/08/2008; APCrim nº 4491/2006, Rel Des. Kátia Janguita, 6ª CCrim., julg. 30/11/2006.

Na hipótese, o acusado é claro em seu interrogatório ao afirmar que sabia que a vítima estava grávida e mesmo assim desferiu as facadas que a mataram. Ou seja, Sabia que ia matar a vítima e assumiu conscientemente qualquer consequência que disso pudesse advir, fosse a morte do feto, fosse o aborto e com vida, ou com morte em seguida. Vale dizer, dolo direto no homicídio e dolo eventual no aborto, o que conforma o denominado concurso formal imperfeito descrito na parte final do artigo 70 do CP.⁹²

Vejamos o que diz Damásio sobre os requisitos do concurso formal:

Para a teoria subjetiva, exige dois elementos:
 unidade de conduta e pluralidade de crimes;
 unidade de desígnio.⁹³

Para a teoria objetiva, o concurso formal exige:
 unidade de comportamento;
 pluralidade de crimes.

O CP adotou a teoria objetiva. A questão subjetiva, entretanto, deve ser apreciada na aplicação da pena (CP, art. 70, *caput*, 2.ª parte). (DAMÁSIO, 2010, p. 646)

É perfeitamente admissível a existência de concurso formal entre tipos omissivos.⁹⁴ Ex: se o funcionário de um presídio deixa a porta aberta para que um

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Impetrante: Celina Maria Bragança Cavalcanti – Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Samuel Lourenço Filho. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, 26 de julho de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=11181088&formato=PDF>>. Acesso em: 02 junho 2011. 02:29.

⁹³ COSTA E SILVA, *apud*, JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 646.

preso fuja e o outro se vingue, matando o carcereiro, temos, portanto, favorecimento e homicídio.⁹⁵

Entretanto, a aplicação do concurso formal entre crimes omissivos pode ser inviável. Por exemplo, na omissão de socorro e no homicídio por omissão, cometidos por uma única conduta, o dolo da omissão seria consumido pela tipicidade homicida.⁹⁶ Na verdade, é um concurso impróprio ou aparente.⁹⁷

Concurso de delitos é diferente de concurso de leis, especialmente no que tange ao concurso ideal de delitos. Cumpre destacar que a solução do concurso de leis é dada como expressão do princípio *ne bis in idem* (ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo crime). Na hipótese de concurso formal de delitos, a punição por apenas um dos tipos delitivos realizados não seria suficiente para a valoração jurídica de todo o fato, restando inobservado o princípio da proporcionalidade, porém, o uso do critério da cumulação material, resultaria em excesso de punição. Portanto, a consequência jurídica do concurso de leis fundamenta-se no princípio do *ne bis in idem* e a consequência jurídica do concurso de delitos fundamenta-se no princípio da íntegra valoração jurídica do fato, apesar de não haver qualquer incompatibilidade entre ambos.⁹⁸

A concorrência de concurso é uma hipótese admissível. O agente pratica dois delitos em concurso formal e depois mais dois crimes, também em concurso formal. Entre esses dois concursos há um concurso material. O agente pode cometer dois crimes em continuidade delitiva em concurso material com outros crimes em continuidade delitiva. Temos jurisprudência do STF nesse sentido, como

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 438.

⁹⁵ ZAFFARONI, *apud*, NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 438.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 438-439.

⁹⁷ ZAFFARONI, *apud*, NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 439.

⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 462-463.

por exemplo, no HC 89.573/PE, de 13/02/2007, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence.⁹⁹

De outro ponto de vista, pode haver dois concursos formais em continuidade delitiva (um homicídio culposo e um doloso + um homicídio culposo e outro doloso). Havendo, nesse caso, divergência quanto à aplicação da pena, sendo que a corrente majoritária diz que se aplicará somente o aumento do delito continuado, pois é o aspecto que predomina no contexto criminoso; já a outra corrente diz que se aplica os dois aumentos, ou seja, tanto o do crime continuado quanto o do concurso formal.¹⁰⁰

As regras do concurso formal foram criadas em benefício dos agentes que através de uma única conduta cometeram dois ou mais crimes. Em razão disso, o parágrafo único do art. 70 do CP determina que a pena não poderá exceder aquela que seria cabível para o concurso material (art. 69). Ou seja, no caso concreto, o julgador deverá analisar se ao aplicar o aumento da pena correspondente ao concurso de crimes, está beneficiando, como deve ser feito, ou prejudicando o réu.¹⁰¹

Vejamos um exemplo: se A atira contra B, vindo a ofender, porém B e C, resultando homicídio (B) e lesão corporal leve (C), se aplicasse a pena do homicídio doloso, de 12 anos de reclusão, por exemplo, aumentando-se a metade, resultaria em uma pena de 18 anos de reclusão. Já se se aplicasse a regra do concurso material, chegar-se-ia a uma pena de 13 anos, já que a lesão corporal leve é punida com pena máxima de 1 ano de detenção. Ou seja, a aplicação do concurso material é mais benéfica ao réu, devendo ser aplicada, e respeitando, portanto, o princípio da proporcionalidade.¹⁰²

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 438-439.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 438-439.

¹⁰¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 598-599.

¹⁰² QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 304.

2.3 Crime Continuado

O crime continuado está previsto no art. 71 do Código Penal, *in verbis*:

Crime Continuado

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

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do Art. 70 e do Art. 75 deste Código. (Alterado pela L-007.209-1984)

Com a leitura da seguinte parte do artigo 71: “o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes”, podemos concluir que o crime continuado constitui uma forma de concurso material, mas o legislador optou por tratar o crime continuado como se fosse concurso formal, ou seja, como se constituísse só um crime. Em suma, o crime continuado recebe tratamento de concurso formal, mas tem natureza de concurso material.¹⁰³

Apesar de alguns autores, como Nucci, considerarem apenas duas (ficção jurídica e unidade real), a maioria da doutrina considera que são três as teorias que examinam a natureza jurídica do crime continuado:

- a) Teoria da unidade real: considera que os vários comportamentos delitivos constituem um único crime, para esta teoria a pluralidade de condutas não conduz à pluralidade de crimes;¹⁰⁴

¹⁰³ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 304.

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 463.

- b) Teoria da ficção jurídica: diz que a continuidade delitiva é *fictio júris*, ou seja, mera criação legal, já que existem diversos delitos;¹⁰⁵
- c) Teoria da unidade jurídica ou mista: não acredita que o crime seja uma unidade real e nem mera ficção jurídica. Essa teoria declara que a continuidade é uma figura própria, com fins específicos, para ela, não há pluralidade ou unidade de crimes, e sim um terceiro crime, o próprio concurso.¹⁰⁶

Para efeitos de aplicação da pena, o Código Penal brasileiro adota a teoria da ficção jurídica.¹⁰⁷

Existe também divergência doutrinária sobre as teorias da conceituação do crime continuado, alguns autores, como Damásio, acreditam haver apenas duas teorias, a teoria objetivo-subjetiva e a teoria puramente objetiva, já outros autores aceitam também uma terceira teoria acerca do assunto, vejamos essas teorias conceituadas por Luiz Regis Prado (2008, p. 463-464):

- a) Teoria subjetiva: o crime continuado caracteriza-se unicamente pela unidade de propósito ou desígnio (elemento subjetivo).
- b) Teoria objetivo-subjetiva: acrescenta à unidade de desígnios - consistente em uma programação inicial, de realização sucessiva -, determinados requisitos objetivos [...]
- c) Teoria objetiva: exposta por Feuerbach, essa teoria defende o exame objetivo dos elementos integrantes da continuidade delitiva, sem qualquer consideração de ordem subjetiva, atinente à programação do agente. Ou seja, basta a aferição das condições objetivas para a determinação da continuidade, que independe da unidade de desígnios. Essa é a postura adotada pelo atual Código Penal, já que, segundo a Exposição de Motivos, “o critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva” (Lei 7.209/1984, item 59).

¹⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 463.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 463.

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 463.

Existem alguns requisitos necessários para a caracterização do crime continuado, quais sejam:

- a) Pluralidade de condutas: é necessário que se pratique mais de uma ação ou omissão. Se houver apenas uma ação ou omissão, mesmo que desdobrada em vários atos, não haverá continuidade delitiva, e sim concurso formal.¹⁰⁸
- b) Crimes da mesma espécie: a doutrina diverge quanto a esse tema. Há duas posições:
 - 1ª) A primeira corrente diz que são delitos da mesma espécie os que estiverem previstos no mesmo tipo penal, não importando se são figuras tentadas ou consumadas, simples ou qualificadas, dolosas ou culposas. É a corrente majoritária. Nesse sentido, autores como Damásio e Nelson Hungria. O entendimento do STJ também é pacífico nesse sentido:¹⁰⁹

HABEAS CORPUS . RECEPÇÃO DOLOSA. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTIVO. REVISÃO DA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR APLICAÇÃO DA SÚMULA 256/STJ. IMPOSSIBILIDADE, NA VIA ELEITA. ALEGAÇÕES DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXACERBAÇÃO DA PENA BASE E REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS REGISTRADAS PELA SENTENÇA E PELO TRIBUNAL A QUO. **CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES. INEXISTÊNCIA. DELITOS DE ESPÉCIES DIFERENTES.** INTELIGÊNCIA DO ART. 71 DO CPB. PRECEDENTES DO STJ. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DENEGADO.

[...] 4. Inexiste continuidade delitiva entre os crimes de receptação dolosa e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, pois são infrações penais de espécies diferentes. Precedentes do STJ.¹¹⁰

¹⁰⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 327.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 442-443.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Impetrante: Flávio Luís Algarve. Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Carlos

- 2ª) A segunda corrente diz que são crimes da mesma espécie os que protegem o mesmo bem jurídico, apesar de previstos em tipos diferentes. Nesse sentido, há vários autores, como Delmanto, Fragoso, Basileu, entre outros. Apesar de esta corrente ser minoritária. 111
- c) Circunstâncias semelhantes: é necessário que se reconheça o nexo da causalidade delitiva, apurado pelas circunstâncias de tempo (de acordo com a jurisprudência, o lapso temporal não pode ser superior a trinta dias), espaço (tem se admitido a prática de crimes em cidades diversas, entretanto, devem ser integradas na mesma região sociogeográfica e de fácil acesso), maneira de execução (é necessária a presença do mesmo *modus operandi*) e outras circunstâncias objetivas semelhantes. ¹¹²

Além dos requisitos acima, que são próprios do crime continuado comum, o crime continuado específico exige mais algumas condições, quais sejam:

113

- a) Pluralidade de vítimas;
- b) Emprego de violência ou grave ameaça; e
- c) Crimes dolosos: esse requisito ainda é um pouco contraditório para a doutrina, para Nucci, por exemplo, “é perfeitamente admissível a continuidade no contexto dos crimes culposos” (NUCCI, 2008, p. 450-451), já para Luís Regis Prado, não há essa possibilidade.

Albano de Oliveira. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 09 de agosto de 2007. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=709716&sReg=200600858246&sData=20070827&formato=PDF>. Acesso em: 09 junho 2011. 01:08.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 443.

¹¹² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 327.

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 465.

Nas hipóteses do *caput* do artigo 71 estão as hipóteses de crime continuado simples, já nas hipóteses do parágrafo único do referido artigo está previsto o crime continuado qualificado, que permite aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo.¹¹⁴

Ainda no parágrafo único do art. 71, há uma determinação para que se observe a regra relativa ao concurso material benéfico (art. 70), instituto já abordado quando analisado o concurso formal, que diz que assim como o concurso formal, o crime continuado também foi criado para beneficiar o agente, portanto, se o juiz verificar que aplicando o crime continuado a pena será mais grave que no concurso material, deverá aplicar este segundo instituto.¹¹⁵

¹¹⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 609.

¹¹⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 610.

3 CAPÍTULO 3 - ANÁLISE DO CONCURSO DE CRIMES NO ARTIGO 213 DO CP (ESTUPRO): A PLURALIDADE DE CONDUTAS CONSTITUI CRIME ÚNICO?

Como já dito, antes da Lei 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor eram crimes distintos e autônomos, lembrando que as diferenças entre eles já foram apontadas, e sendo assim, não havia dúvida, caso praticasse as duas condutas, o agente respondia por concurso de crimes, segundo a jurisprudência majoritária, concurso material. Por não ser uma única conduta era impossível o reconhecimento de concurso formal, e por não serem crimes da mesma espécie, era inadmissível a continuidade delitiva. Após o advento da referida lei as condutas foram fundidas em uma única figura típica, tendo atual previsão no art. 213 do Código Penal.¹¹⁶

Com essa mudança, foram feitas algumas indagações pelos doutrinadores, dentre elas, surgiram divergências quanto à seguinte pergunta: o agente que, exercendo violência física ou moral, dentro do mesmo contexto fático, constrange a mesma vítima, praticando conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso (coito anal, por exemplo), responderá por crime único (art. 213, CP) ou concurso de crimes? E qual seria a espécie do concurso de crimes?¹¹⁷

Há o tipo penal simples e misto. E para entendermos o fundamento das correntes doutrinárias sobre a referida divergência, precisamos primeiro entender o que é tipo penal misto cumulativo e o que é tipo penal misto alternativo, assim como a diferença entre eles.

Vejamos primeiro o tipo penal misto cumulativo. Sua definição segundo Luiz Régis Prado:

¹¹⁶ MACHADO Júnior, Odilon Cabral. Estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo contexto fático: crime único ou pluralidade de crimes?. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 out. 2010. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29165>>. Acesso em: 06 jul 2011.

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 31 mar 2011.

[...] 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), CP.¹¹⁸

Na definição de Luiz Flávio Gomes, tipo penal misto cumulativo é:

[...] quando o mesmo tipo prevê figuras delitivas distintas, sem fungibilidade entre elas, caso o agente incorra em mais de uma deverá ser aplicada a regra do concurso de crimes (por exemplo: art. 242 CP).¹¹⁹

E em seu artigo, o referido autor faz ainda referência a Luzón Peña, que não utiliza o mesmo critério de distinção entre o tipo penal misto cumulativo e o misto alternativo, qual seja, a fungibilidade. Para Peña, somente importa se a segunda conduta implica ou não em maior desvalor do fato, e caso implique, o tipo penal será misto cumulativo.¹²⁰

Entretanto, Luiz Flávio Gomes considera o critério adotado por Peña incompleto, pois para ele, além do maior desvalor do fato, ele também deveria considerar em sua definição outros dados que são importantes, tais como, contexto fático, vítima e bem jurídico. E faz a seguinte distinção para complementar a classificação de Peña faz uma distinção entre tipo misto cumulativo unitário e tipo misto cumulativo concursal:¹²¹

a) Tipo misto cumulativo unitário: em razão da prática de várias condutas, há maior desvalor do fato, sendo no mesmo contexto

¹¹⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 2. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.358.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 20 ago 2011.

¹²⁰ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 20 ago 2011.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 20 ago 2011.

fático, com a mesma vítima e único bem jurídico, será crime único punido mais severamente por conta do maior desvalor do fato;

- b) Tipo misto cumulativo concursal: em razão da prática de várias condutas, há maior desvalor do fato, entretanto, sendo em contexto fáticos distintos ou com vítimas diferentes ou com bens jurídicos distintos, são crimes diferentes, ou seja, há concurso de crimes.¹²²

Para distinguirmos sabermos se o tipo é misto cumulativo, Marcelo Yukio Misaka se vale da utilização de ponto e vírgula ou da conjunção “e”, pelo legislador, após cada núcleo.¹²³

Vejamos agora o tipo penal misto alternativo. Luiz Régis Prado também conceitua esse tipo:

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) e 234 (escrito ou objeto obsceno), CP.¹²⁴

E Luiz Flávio Gomes afirma que tipo misto alternativo é quando o agente incorrer em mais de uma conduta e responder por somente uma sanção.¹²⁵

Marcelo Yukio Misaka também define o tipo misto alternativo:

¹²² GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 21 ago 2011.

¹²³ MISAKA, Marcelo Yukio. Tipo misto cumulativo e alternativo. Estupro. Lei 12.015/2009. 26 ago 2010. Disponível em: <<http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/08/26/tipo-misto-cumulativo-e-alternativo-estupro-lei-12-0152009/>>. Acesso em: 21 ago 2011.

¹²⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 2. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.358.

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 21 ago 2011.

A maioria dos manuais de Direito Penal trata apenas do tipo misto alternativo, aquele em que há uma fungibilidade entre os diversos núcleos, sendo indiferente a realização de qualquer um deles, pois o delito continua único. A prática de mais de um deles não agrega maior desvalor ao fato. Destarte os vários núcleos do tipo costumam ser acompanhados por vírgula ou pela expressão “ou” (indicativo de alternatividade), demonstrando que ao legislador os diversos verbos se equivalem. Ex: artigos 175, 180 e 233, todos do CP.¹²⁶

A professora Gisele Leite definiu de forma bem detalhada o tipo misto alternativo:

Nos tipos mistos alternativos que são numerosos, onde a alternativa pode-se dar em relação à conduta (como por exemplo: Art. 211 do CP – destruir, subtrair ou ocultar); ou em razão do modo de execução (à traição, emboscada, ou mediante dissimulação art. 121. § 2º, do e seus incisos do CP); em razão do objeto material (ex: 234 do CP "escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno"); em razão dos meios de execução (vide art. 136 do CP "quer privando-a de alimentação ou de cuidados indispensáveis..."); em razão do resultado material da ação (art. 129, § 2º, III do CP – perda ou inutilização); em razão das circunstâncias de tempo (in art. 123 do CP" durante o parto, ou logo após "); em relação à condição do agente (art. 177, § 1º, I do CP –" o diretor, gerente); em relação ao sujeito passivo (art. 175 do CP – "adquirente ou consumidor"); em razão a quaisquer outras circunstâncias de fato (ex: art. 168 – posse ou detenção). O tipo misto alternativo dotado de conteúdo variável apresenta as várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso, o que não afeta a unidade do delito.¹²⁷

Entendido os conceitos acima, podemos voltar à questão inicial: o agente que, dentro do mesmo contexto fático, constrange a mesma vítima, mediante grave ameaça ou violência, praticando conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso irá responder por crime único ou concurso de crimes?

Como já dito anteriormente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem a respeito do assunto. Têm-se as seguintes correntes acerca do tema:

¹²⁶ MISAKA, Marcelo Yukio. Tipo Cumulativo e alternativo. Estupro. Lei 12.015/2009. 16 ago 2010. Disponível em: <<http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/08/26/tipo-misto-cumulativo-e-alternativo-estupro-lei-12-0152009/>>. Acesso em: 22 ago 2011.

¹²⁷ LEITE, Gisele. Considerações sobre o tipo penal. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos904/consideracoes-sobre-penal/consideracoes-sobre-penal2.shtml>>. Acesso em: 22 ago 2011.

3.1 A conduta prevista no artigo 213, CP constitui crime único

A corrente majoritária da doutrina se inclina no sentido de que o novo artigo 213 do Código Penal Brasileiro se trata de um tipo misto alternativo, conceituado como um crime de conteúdo variado ou ação múltipla, em razão da junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, portanto, para os que entendem dessa forma, o agente que constrange a mesma vítima, mediante grave ameaça ou violência, a ter conjunção carnal e praticar outro ato libidinoso, responderá por crime único de estupro.¹²⁸

Entendimento que é defendido por Guilherme de Souza Nucci:

É constituída de verbos em associação: a) constranger alguém a ter conjunção carnal; b) constranger alguém a permitir outro ato libidinoso; c) constranger alguém com que ele se pratique outro ato libidinoso. São três possibilidades de realização do estupro, de forma alternativa, ou seja, o agente pode realizar uma das condutas ou as três, desde que contra a mesma vítima, no mesmo local e horário, constituindo um só delito.¹²⁹

Nucci entende ser uma constituição de verbos em associação e em concurso de crimes estes verbos não poderiam ser cumulados, por isso trata-se de crime único.

Posicionamento sustentado, também, por Luiz Regis Prado, que ressalta a importância das condutas serem dosadas pelo juiz quando da aplicação da pena:

Se o agente praticar vários atos sexuais com a mesma vítima em um único fato responderá tão somente pelo delito de estupro, em razão da estrutura mista alternativa do tipo objetivo. Contudo, essa

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 23 ago 2011.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 901.

particularidade deve ser considerada por ocasião da aplicação da pena (art. 59, CP).¹³⁰

Nesse contexto, a prática de qualquer outro ato libidinoso e conjunção carnal configurariam sempre crime único, inexistindo assim a possibilidade de concurso de crime ou de continuidade delitiva.

O presente entendimento é também defendido veementemente por Rogério Greco:

Agora, como as referidas figuras típicas foram fundidas, não há mais qualquer argumento que justifique o entendimento de que conjunção carnal e atos libidinosos, embora do mesmo gênero, não são da mesma espécie. Se esse raciocínio já não se sustentava anteriormente, que dirá agora, depois da fusão dos mencionados tipos penais! Dizer que não cabe continuidade delitiva entre comportamentos previsto na mesma figura típica é negar, evidentemente, a realidade dos fatos. É querer, a todo custo, buscar uma pena mais severa para o condenado.¹³¹

Corroborando com o mesmo entendimento o Supremo Tribunal Federal, como podemos ver no HC 86110/SP:

EMENTA: 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.¹³²

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso defende que, havendo a prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso, sob mesmas circunstâncias e contra a

¹³⁰ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 2. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.603.

¹³¹ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010. p.597.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Paciente: Fábio da Silva França. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 02 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610152>>. Acesso em: 23 ago 2011.

mesma vítima, há uma única ação do agente, pois a nova redação do art. 213 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva, sendo assim, o novo tipo penal constitui crime único, e por ser norma mais benéfica, deve retroagir em benefício dos réus.¹³³

Já no STJ, há divergência entre as turmas, sendo que a sexta turma se posicionou no mesmo sentido do STF, vejamos alguns trechos do voto do Ministro Og Fernandes no HC 144.870/DF, do qual foi Ministro Relator:

Registro, inicialmente, que, antes das inovações trazidas pela Lei nº 12.015/09, havia fértil discussão acerca da possibilidade – ou não – de se reconhecer a existência de crime continuado entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

[...]

A questão, tenho eu, foi sensivelmente abalada com nova redação dada à Lei Penal no título referente aos hoje denominados Crimes contra a Dignidade Sexual.

[...] tenho que o embate antes existente perdeu sentido. Digo isso, porque agora não há mais crimes de espécies diferentes. Mais que isso: agora, o crime é único.

A título ilustrativo, caso um agente pratique, num mesmo contexto, contra a mesma vítima, cópula vaginal e coito anal, responderá apenas e tão somente por um crime de estupro.

É bem de ver que ao proceder à dosimetria da pena, caberá ao julgador distinguir uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo. Tais ponderações terão vez quando da análise das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal. Assim, haverá maior reprovabilidade da conduta (juízo da culpabilidade) quando o agente constranger a vítima à conjunção carnal e, também, ao coito anal, ou à felação (sexo oral).¹³⁴

Luiz Flávio Gomes em seu artigo “Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?” também forma entendimento a favor de que a conduta prevista atualmente no art. 213, CP constitui crime único:

¹³³ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 27 ago 2011.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Impetrante: Defensoria Pública do distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 19 de maio de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6382334&sReg=200901594505&sData=20100524&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago 2011.

Voltando à pergunta inicial: o sujeito, no **mesmo contexto fático**, constrange a **mesma vítima** (uma mulher), mediante violência ou grave ameaça, e mantém com ela tanto conjunção carnal como coito anal. Esse “fato” (esse contexto fático único, contra a mesma vítima) constitui crime único (CP, art. 213, com a redação dada pela Lei 12.015/2009) ou uma pluralidade de crimes (concurso de crimes)?

Resposta: **crime único**, mas que deve ser punido mais severamente (porque, em razão da pluralidade de ações, maior é o desvalor do fato). A pena, como já dizia Beccaria (1764), em razão do princípio da proporcionalidade, tem que guardar correspondência com o nível de graduação (reprovação) do fato. Quanto mais reprovável o fato mais sanção se justifica.¹³⁵

O Procurador da República e professor universitário Yordan Moreira Delgado, endossa o referido posicionamento:

A nova tipificação entretanto, não apenas eliminou a possibilidade de concurso material, como em regra, a própria continuidade delitiva, quando se tratar de um único agente que realiza múltiplas condutas com a mesma vítima, por se tratar agora de crime único.

No entanto, defendemos que um tempo considerável de duração do estupro e/ou o excessivo grau de sofrimento da vítima, deva ser considerado pelo juiz na dosimetria da pena (para elevar a pena-base), na análise das consequências do crime que é uma das circunstâncias judiciais. O sofrimento da vítima, porém, não está relacionado apenas a gravidade do ato em si, mas também as condições psicológicas da mesma.¹³⁶

Compartilha ainda do mesmo entendimento Paulo Queiroz, afirmando que:

Com efeito, se antes da reforma parte da jurisprudência relutava em admitir a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ao argumento de que não eram “crimes da mesma espécie” (CP, art. 71), já agora semelhante alegação restou superada, em virtude da fusão dos tipos dos arts. 213 e 214. Exatamente por isso, caberá, inclusive, revisão criminal em favor dos réus condenados por concurso (material) desses crimes, para o fim de, reconhecida a continuidade, proceder-se ao recálculo da pena, se o próprio juiz da execução não o fizer. Claro: o reconhecimento da continuidade delitiva só será possível se o único obstáculo para tanto tiver sido a alegação de não se tratar de “crimes da mesma espécie”.

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 27 ago 2011.

¹³⁶ DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2289, 7 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13629>>. Acesso em: 28 ago 2011.

[...]

Ademais, na há (mais) concurso formal ou material de crimes, mas crime único, sempre que o agente praticar, num mesmo contexto, atos libidinosos e conjunção carnal, mesmo porque a lei tratou, claramente, a conjunção como espécie do gênero atos libidinosos, além de tais atos fazem agora parte de um mesmo tipo penal. Também por isso, os réus eventualmente condenados, em concurso formal ou material de estupro e atentado violento, por praticarem, num mesmo contexto, tais atos (libidinosos), farão jus à revisão da pena. *Novatio legis in mellius*, novamente.¹³⁷

Os argumentos favoráveis a essa corrente são: existe um núcleo do tipo comum (“constranger”); foram fundidos dois tipos penais em um único tipo (atentado violento ao pudor e estupro agora é só estupro); é um tipo misto alternativo porque são utilizados “,” ou “ou” e essa linguagem é típica do misto alternativo, sendo que, no tipo misto cumulativo, normalmente é utilizado “;” ou “e” para separar as figuras distintas.¹³⁸

E por haver condutas homogêneas, devem ser punidas de forma única. Ainda que a violação seja feita de forma diversa, o bem jurídico é um só.¹³⁹

Diante do posicionamento de tantos doutrinadores no sentido de que o agente que, dentro do mesmo contexto fático, constranger a mesma vítima, mediante grave ameaça ou violência, a praticar conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso irá responder por CRIME ÚNICO (mas que deverá ser punido mais gravemente, de acordo com a quantidade de condutas), podemos comprovar que esta posição é predominante na doutrina, entretanto, para nós este não parece ser o melhor entendimento.

¹³⁷ QUEIROZ, Paulo. Estupro e atentado violento ao pudor na Lei nº 12.015/2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/colunas/41406>>. Acesso em: 03 set 2011.

¹³⁸ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 03 set 2011.

¹³⁹ CAVALCANTI, Fernando da Cunha. O estupro e atentado violento ao pudor e a mudança operada pela lei 12.015/09. 29 mar 2011. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3614>>. Acesso em: 12 set 2011.

3.2 A conduta prevista no artigo 213, CP constitui concurso de crimes

Como já dito, são duas as principais correntes que tratam sobre o presente tema. No tópico anterior estudamos a que defende ser a referida conduta crime único. Agora, estudaremos a corrente que defende ser concurso de crimes, entendimento este, que apesar de minoritário, nós entendemos como o mais razoável. Aqui também temos doutrinadores que defendem arduamente essa corrente, por entenderem ser a mais lógica, analisemos, portanto, quais os seus fundamentos.

O consagrado doutrinador Vicente Greco Filho apóia o entendimento que diz que o agente que, exercendo violência física ou moral, dentro do mesmo contexto fático, constrange a mesma vítima, praticando conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso (coito anal, por exemplo), responderá por concurso de crimes, conforme leciona:

[...] a situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigências 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.¹⁴⁰

Nesta senda, temos também o doutrinador Mirabete, que entende que o art. 213, CP descreve um tipo misto cumulativo, defendendo, portanto, que a prática de mais de uma conduta resultaria em concurso de crimes. Afirmando ainda que, se o concurso for inadmissível, condutas diversas e graves seriam tratadas da mesma maneira, o que, com certeza, acabaria gerando uma maior violação sexual, ofendendo mais gravemente a vítima:

A mesma solução, que implica a inadmissibilidade do concurso e da continuidade delitiva num único contexto fático, enseja tratamento

¹⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade: sobre a nova Lei dos crimes contra dignidade sexual. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21, n. 11, p. 59-61, nov. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27392>>. Acesso em: 15 set 2011.

punitivo igualitário a condutas bastante diversas em termos de gravidade, independentemente do número e natureza dos atos sexuais violentos praticados, equiparando, por exemplo, a conduta de quem, com violência, acaricia as partes pudicas da vítima àquela outra na qual o agente, após assim agir, força-a à conjunção carnal, por diversas vezes, e, subsequentemente, a outros atos libidinosos como as cópulas oral e anal. A margem, relativamente estreita, mantida entre as penas mínima e máxima cominadas para o delito (6 a 10 anos) não corrobora, a nosso ver, essa orientação.¹⁴¹

Compartilha do mesmo entendimento o autor Ricardo Antônio Andreucci, que também adota essa posição pensando na vulnerabilidade da vítima e na punição mais grave do agente, considerando que tal crime é de intensa reprovação social, e deve mesmo ser. Neste diapasão:

Como é cediço, ocorre o tipo misto cumulativo, também chamado de tipo misto de conteúdo cumulativo, quando o mesmo tipo penal prevê figuras delitivas distintas, sem fungibilidade entre elas, sendo que, caso o agente incorra em mais de uma, deverá ser adotada a regra do concurso de crimes.

[...]

ao adotar a posição mais consentânea com a proteção da dignidade sexual, 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 reprovação social.¹⁴²

Como já visto, o STJ apresenta divergência entre as turmas, sendo que, o posicionamento da sexta turma vai de encontro ao da quinta turma, que defende ainda o antigo entendimento, e a nosso ver, o mais correto, que a referida conduta trata-se de concurso de crimes, vejamos a ementa do HC 78.667-SP, que teve como relatora a Ministra Laurita Vaz:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVÊNIENTIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS.

¹⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 27ª ed. Parte Especial. Vol. II. São Paulo. Editora Atlas, 2010. p. 389.

¹⁴² ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Crime de Estupro – Tipo Misto Alternativo: Recentíssima decisão do STJ. Disponível na internet em: <<http://blogs.abril.com.br/professorandreucci/2010/06/estupro-tipo-misto-alternativo-recentissima-decisao-stj.html>>. Acesso em: 19 set 2011. 23:38.

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.¹⁴³

Concluimos, portanto, que quem defende a tese do concurso de crimes entende ser o novo art. 213, CP um tipo misto cumulativo, ou seja, para a quinta turma do STJ as condutas de constranger alguém, exercendo violência física ou moral, dentro do mesmo contexto fático, praticando ou permitindo que com ele se pratique conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso (coito anal, por exemplo), embora tenham uma só cominação de pena, em razão de terem sido fundidas no mesmo artigo, devem ser punidas individualmente, se forem praticadas ambas. Também não será reconhecida a continuidade delitiva se houver condutas com modo de execução distinto.¹⁴⁴

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Impetrante: Gilberto Soares Malta. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Paciente: Gilberto Soares Malta. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 22 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6419162&sReg=200700534065&sData=20100802&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 set 2011. 00:46.

¹⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em:

Para o autor Luiz Flávio Gomes, o entendimento da quinta turma do STJ está equivocado, pois, em sua opinião, afirmar que o art. 213 é um tipo penal cumulativo não significa que se deva reconhecer o concurso de crimes automaticamente. Para ele o maior desvalor do fato pode significar tanto um fato unitário punido mais gravemente quanto um concurso de crimes. O autor afirma ainda que, o Superior Tribunal de Justiça errou ao alegar que a conduta não poderia ser crime continuado por conta da forma da penetração sexual (anal ou vaginal), visto que, se a situação concreta conduzir ao reconhecimento do concurso de crimes, considerando que são crimes da mesma espécie, não haverá como contestar o crime continuado, principalmente, valendo-se da forma de penetração como principal argumento, pois os outros componentes do fato seriam de maior relevância, quais sejam, o lugar, os sujeitos, a conduta, o tempo e etc...¹⁴⁵

Do lado oposto, temos vários argumentos favoráveis a esta corrente, apesar de minoritária. Os defensores do “concurso de crimes” alegam que a alteração legislativa buscou aumentar a proteção do bem jurídico e não diminuí-la. Afirmam também, com razão, que se a intenção do legislador fosse criar um tipo penal misto alternativo ou de ação única, não teria diferido “conjunção carnal” e “outros atos libidinosos”. Argumentos que tornam visíveis a intenção do legislador, de não impor uma única sanção em caso de condutas distintas.¹⁴⁶

Afinal, não há porque o legislador ter tido a intenção de abrandar a pena dos crimes contra a dignidade sexual em relação à norma anterior, pelo contrário, seguramente, seu desígnio, ao juntar o tipo de atentado violento ao pudor e estupro, foi de agravar a punição deste crime que tanto causa repulsa e pavor na sociedade. Neste diapasão:

<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 20 set 2011. 23:43.

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 20 set 2011. 00:31.

¹⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 21 set 2011. 20:23.

Pesa, ainda, em desfavor dessa interpretação, no sentido da alternatividade do tipo, a inexistência de qualquer indício no processo legislativo de que fosse intenção do legislador punir mais brandamente os crimes sexuais do que o fazia a lei anterior.¹⁴⁷

Resta claro, portanto, que o caminho a ser trilhado deve ser o de que a conduta trata-se de concurso de crimes, pois, além, de todos os argumentos já expostos, caso a pena pela prática de várias condutas seja a mesma pela prática de uma só conduta, isso poderá acabar servindo de estímulo aos agentes, que já estão fazendo uso da nova lei para tentar reduzir seu tempo na prisão, o que, como já foi dito, definitivamente, não era o intuito do legislador.

Sendo assim, o presente entendimento guarda maior coerência não só com o intento do legislador, que com certeza não foi de abrandar a pena, mas, mais do que isso, também respeita os interesses sociais, principalmente, das vítimas, que foram, de fato, tão ou mais afetadas que os réus e futuros réus, com as mudanças ocasionadas pela Lei 12.015/2009.

Mas se tratando de concurso de crimes, qual seria a espécie desse concurso? Concurso material, pois há ausência de unidade de desígnios. Apesar de haver certa divergência doutrinária sobre o requisito subjetivo na continuidade delitiva, como já visto no capítulo anterior, os tribunais superiores indicam que deve haver necessidade de unidade de desígnios para que possa ser configurado o crime continuado, e a pluralidade de tipicidades ocorre justamente por o agente atuar com dolos autônomos (falta unidade de desígnios), sendo impossível, então, a configuração de crime continuado, mas sim de concurso material.¹⁴⁸

¹⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 27ª ed. Parte Especial. Vol. II. São Paulo. Editora Atlas, 2010. p. 389.

¹⁴⁸ SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Concurso material de estupro na Lei nº 12.015/09. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2295, 13 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13658/concurso-material-de-estupro-na-lei-n-o-12-015-09>>. Acesso em: 23 set. 2011. 21:44.

3.3 Deve ser analisada a conduta no caso concreto para saber se houve crime único ou concurso de crimes

Além das correntes já estudadas, que são as especialmente defendidas pela doutrina, há também outra corrente a ser citada, qual seja, a que diz que se deve analisar no caso concreto a intenção do agente, que é revelada pela natureza e pelo momento da prática do “outro ato libidinoso”.

Para o Procurador de Justiça Edison Miguel da Silva Júnior, a análise da natureza do “outro ato libidinoso” é que irá revelar se ele foi meio necessário ou prelúdio para a conjunção carnal, sendo necessário saber também qual foi o momento da prática, antes ou depois da conjunção carnal. E dessa forma, seria possível concluir se houver unicidade ou pluralidade de tipicidades.¹⁴⁹

Para o autor, os atos preparatórios ou necessários para a conjunção carnal, são abrangidos por um único dolo, configurando, assim, unidade de tipicidades. Já os atos libidinosos praticados depois da conjunção carnal ou com intenção autônoma, ou seja, se o “outro ato libidinoso” for destacado da conjunção carnal, configura-se pluralidade de ações típicas e concurso de crimes.¹⁵⁰

Diante dos argumentos acima explanados, o autor apresenta as soluções para o problema:

Nesta linha de argumentação, são as seguintes soluções hipotéticas para a questão jurídica proposta: a) – beijo lascivo ou toques íntimos antes da conjunção carnal visando a sua realização: crime único de estupro (beijo lascivo e toques íntimos podem ser prelúdio da conjunção carnal, sendo por esta absorvidos); b) – sexo anal antes

¹⁴⁹ SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Concurso material de estupros na Lei nº 12.015/09. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2295, 13 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13658/concurso-material-de-estupros-na-lei-n-o-12-015-09>>. Acesso em: 23 set. 2011. 21:44.

¹⁵⁰ SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Concurso material de estupros na Lei nº 12.015/09. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2295, 13 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13658/concurso-material-de-estupros-na-lei-n-o-12-015-09>>. Acesso em: 23 set. 2011. 23:12.

ou depois da conjunção carnal: dois crimes de estupro (sexo anal não é prelúdio ou meio necessário para a conjunção carnal, ocorrendo concurso de crimes); c) – sexo oral antes ou depois da conjunção carnal: dois crimes de estupro (sexo oral não é prelúdio ou meio necessário para a conjunção carnal, ocorrendo concurso de crimes); d) – beijo lascivo e toques íntimos depois da conjunção carnal: depende do caso concreto.¹⁵¹

Dessa forma, o novo art. 213 do CP não modificou o remédio jurídico anterior à Lei 12.015/2009, ou seja, quando o dolo for abrangente, continuará sendo crime único, mas, quando houver dolos autônomos restará configurado o concurso material.¹⁵²

¹⁵¹ SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Concurso material de estupro na Lei nº 12.015/09. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2295, 13 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13658/concurso-material-de-estupro-na-lei-n-o-12-015-09>>. Acesso em: 24 set. 2011. 00:21.

¹⁵² SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Concurso material de estupro na Lei nº 12.015/09. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2295, 13 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13658/concurso-material-de-estupro-na-lei-n-o-12-015-09>>. Acesso em: 24 set. 2011. 00:41.

CONCLUSÃO

A mudança ocasionada pela Lei 12.015/2009 no Código Penal Brasileiro suscitou controvérsias a serem combatidas pelos operadores do direito. A junção dos crimes de atentado violento ao pudor e estupro, tem levantado algumas divergências jurisprudenciais e doutrinárias.

A nova lei trouxe algumas novidades. No que diz respeito ao sujeito ativo do crime de estupro, a Lei 12.015/2009 veio a admitir que assim como o homem, a mulher também poderá figurar como agente. E, conseqüentemente, o homem passou a figurar, também, no plano passivo.

No que diz respeito à presunção de violência, esta restou revogada pela nova lei, à medida que foi criado um delito autônomo, sendo denominado de “Estupro de Vulnerável”, com previsão no art. 217-A do Código Penal. Entretanto, para parte da doutrina a presunção de violência não foi totalmente revogada, devendo-se analisar o caso concreto, considerando o contexto, a situação fática em que o delito foi consumado, e não somente o critério biológico, que vem sendo defendido pela outra parte da doutrina.

No tocante à ação penal, esta, com exceção de quando a vítima for pessoa vulnerável, será pública condicionada à representação. Entretanto, quando houver lesão grave ou morte, há um debate, quanto a instauração da ação penal depender ou não de representação.

Concluimos, no principal ponto deste trabalho, que existem três correntes acerca do tipo penal em estudo.

A primeira e majoritária corrente afirma que o art. 213, CP constitui crime único, por se tratar de um tipo penal misto alternativo, conceituado como um

crime de conteúdo variado ou ação múltipla, portanto, para esta corrente, o agente que, dentro do mesmo contexto fático, permitir ou constranger a mesma vítima, mediante grave ameaça ou violência, a praticar conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso irá responder por crime único, ou seja, o agente pode praticar ambas as condutas ou somente uma delas, que irá responder por um único crime, o que em nossa opinião pode gerar um prejuízo maior para a vítima.

Outra linha de pensamento, ao *contrário sensu*, afirma que o art. 213, CP constitui concurso de crimes, no caso, concurso material, por se tratar de um tipo penal misto cumulativo, as condutas de constranger alguém, exercendo violência física ou moral, dentro do mesmo contexto fático, praticando ou permitindo que com ele se pratique conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso, embora tenham uma só cominação de pena, em razão de terem sido fundidas no mesmo artigo, se forem praticadas ambas, devem ser punidas individualmente, são crimes distintos previstos no mesmo dispositivo. Esse, como já dito, nos parece ser o melhor entendimento.

Temos ainda uma terceira corrente que afirma que deverá ser analisada a conduta no caso concreto para saber se houve crime único ou concurso de crimes, esta corrente leva em consideração a natureza e o momento da consumação do crime, para que se possa concluir se houve unicidade ou pluralidade de condutas.

Resta claro, portanto, que a doutrina e a jurisprudência ainda estão bastante divididas acerca do tema, afinal, como vimos, dentro dos próprios tribunais superiores ainda há divergência, e, portanto, devemos aguardar um posicionamento que será considerado o correto, e que acabará surgindo frente aos inúmeros julgamentos que estão por vir.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Yordan Moreira. *Comentários à Lei nº 12.015/09*. Set de 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13629/comentarios-a-lei-no-12-015-09/1>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Décio Luiz José. *Direito Penal Comentado*. São Paulo: Editora letras & letras, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. *Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recorrente: Pedro Garcia de Freitas. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, 24 de junho de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500165767&dt_publicacao=03-03-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 02 maio 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Crime. Apelante: Ministério Público. Apelado: José Pereira Pedroso. Apelado: Valmir da Luz Batista. Relator: Juiz de Direito Substituto em 2º Grau Renato Naves Barcellos. Curitiba, 24 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/DadosProcesso.asp?Codigo=494117&Selecionar.x=3&Selecionar.y=11&orgao=#Movimentacao>>. Acesso em: 04 maio 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes e de Nulidade. Embargante: Rodrigo Pereira da Silva. Embargado: Ministério Público. Relator: Desembargador Luiz Leite Araújo. Revisor: Antônio Jayme Boente. Rio de

Janeiro, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000369B5BF96137ADEE5CAB107A90082890151C402364E4F>>. Acesso em: 06 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Edson Borges de Lima. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 04 de março de 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500640228&dt_publicacao=14-04-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 06 maio 2011.

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

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Geral*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Impetrante: Celina Maria Bragança Cavalcanti – Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Samuel Lourenço Filho. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, 26 de julho de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=11181088&formato=PDF>>. Acesso em: 02 junho 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Impetrante: Flávio Luís Algarve. Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Carlos Albano de Oliveira. Relator: Ministro Napoleão

Nunes Maia Filho. Brasília, 09 de agosto de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=709716&sReg=200600858246&sData=20070827&formato=PDF>. Acesso em: 09 junho 2011. 01:08.

MACHADO Júnior, Odilon Cabral. *Estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo contexto fático: crime único ou pluralidade de crimes?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 out. 2010. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29165>>. Acesso em: 06 jul 2011.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?*. 01 jul 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em: 31 mar 2011.

MISAKA, Marcelo Yukio. *Tipo misto cumulativo e alternativo. Estupro. Lei 12.015/2009.* 26 ago 2010. Disponível em: <<http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/08/26/tipo-misto-cumulativo-e-alternativo-estupro-lei-12-0152009/>>. Acesso em: 21 ago 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 2. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEITE, Gisele. *Considerações sobre o tipo penal*. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos904/consideracoes-sobre-penal/consideracoes-sobre-penal2.shtml>>. Acesso em: 22 ago 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Paciente: Fábio da Silva França. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 02 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610152>>. Acesso em: 23 ago 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Impetrante: Defensoria Pública do distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 19 de maio de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6382334&sReg=200901594505&sData=20100524&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Estupro e atentado violento ao pudor na Lei nº 12.015/2009*. Disponível em: <<http://jusvi.com/colunas/41406>>. Acesso em: 03 set 2011.

CAVALCANTI, Fernando da Cunha. *O estupro e atentado violento ao pudor e a mudança operada pela lei 12.015/09*. 29 mar 2011. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3614>>. Acesso em: 12 set 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade: sobre a nova Lei dos crimes contra dignidade sexual*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21, n. 11, p. 59-61, nov. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27392>>. Acesso em: 15 set 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 27ª ed. Parte Especial. Vol. II. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Crime de Estupro – Tipo Misto Alternativo: Recentíssima decisão do STJ*. Disponível na internet em: <<http://blogs.abril.com.br/professorandreucci/2010/06/estupro-tipo-misto-alternativo-recentissima-decisao-stj.html>>. Acesso em: 19 set 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Impetrante: Gilberto Soares Malta. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Paciente: Gilberto Soares Malta. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 22 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6419162&sReg=200700534065&sData=20100802&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 set 2011.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. *Concurso material de estupro na Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2295, 13 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13658/concurso-material-de-estupro-na-lei-n-o-12-015-09>>. Acesso em: 23 set. 2011.