



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais
Curso de Direito

ISABELA PRADINES COELHO GUARITA SABINO

**A CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO E SUAS
CONSEQUÊNCIAS**

BRASILIA – DF

2014

ISABELA PRADINES COELHO GUARITA SABINO

A CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Monografia como requisito obrigatório para
obtenção do grau de bacharelado em
Direito pelo Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.

Orientadora: Prof. MSc. Eneida Orbage de
Britto Taquary

BRASILIA – DF

2014

RESUMO

O artigo 213 do Código Penal sofreu uma alteração em virtude da promulgação da Lei 12.015 de 2009, unificando em um mesmo tipo, o crime de estupro e o de atentado violento ao pudor, antes previsto no artigo 214 do Código Penal, revogado em virtude da mencionada lei. O novo crime, ao considerar como estupro o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a prática de conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos, criou uma divergência quanto à classificação do tipo: este seria misto cumulativo ou misto alternativo? Em outras palavras: o agente que comete o crime mediante a conjunção carnal e outros atos libidinosos, ou mediante vários atos libidinosos, deve ser condenado em concurso material ou trata-se de crime único? Para responder tal questionamento é necessário, antes de tudo, realizar uma breve análise sobre os aspectos acerca do crime previsto no artigo 213 do Código Penal, assim como, sobre as mudanças decorrentes do surgimento da Lei 12.015 de 2009. Após tais considerações, as divergências doutrinárias e jurisprudências sobre o tema podem ser melhores explicitadas, apontando os principais argumentos que defendem o tipo como misto cumulativo e as razões pelas quais a corrente que o considera como misto alternativo é a ideal para ser aplicada em nosso ordenamento jurídico e em nossa sociedade, embora imprescindível de reformas no crime objeto de discussão.

Palavras-chave: Crime, Estupro, Lei 12.015/2009, Classificação do tipo, Tipo misto alternativo.

SUMÁRIO

Introdução	1
1 Considerações gerais sobre o crime de estupro	4
2 As modificações no crime de estupro decorrentes da	
Lei 12.015/2009	11
2.1 As mudanças relativas ao crime de estupro em virtude da Lei 12.015/09....	13
3 A classificação do tipo do artigo 213 do Código Penal.....	18
3.1 O estupro como tipo misto cumulativo.....	18
3.2 O ESTUPRO COMO TIPO MISTO ALTERNATIVO.....	24
4 A necessidade de reforma do artigo 213 do Código Penal....	37
Conclusão	43
Referências	45

INTRODUÇÃO

Em 7 de agosto de 2009, entrou em vigor a Lei 12.015, que alterou e incluiu diversos dispositivos do Código Penal Brasileiro. Dentro tais modificações, o art. 213 adotou a seguinte redação: *“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.”*

Essa nova redação criou uma divergência doutrinária quanto ao tipo. A classificação que protegeria, ao mesmo tempo, os direitos do réu, os interesses da vítima e a legislação penal seria como misto alternativo ou como misto cumulativo?

Para responder tal questão é necessário fazer uma análise apurada sobre todos os aspectos que envolvem o crime de estupro, visto que os crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça tendem a deixar tanto sequelas físicas como psicológicas que, somadas aos abusos sexuais sofridos no caso do estupro, geram um dano permanente na vida da vítima, já que, o trauma sofrido nessas situações, dificilmente é esquecido ou completamente superado.

Fato é que os crimes contra a liberdade sexual são, sem sombra de dúvida, os que mais chocam a sociedade e, por isso, há uma pressão enorme para que os autores de crimes tão bárbaros sejam efetivamente e severamente punidos.

Apesar de toda crueldade com que agem os estupradores, tais criminosos, como quaisquer outros, são cidadãos e possuem direitos que devem ser respeitados. Tal afirmação, apesar de ter embasamento constitucional, é dificilmente aceita pela sociedade em geral, pois a maioria pensa que já que tais criminosos não respeitam a liberdade sexual de suas vítimas, da mesma maneira sua liberdade em qualquer aspecto também não deveria ser respeitada.

Dessa forma, tanto na criação do texto penal, como no julgamento de casos concretos, é necessário saber separar a repulsa que o crime de estupro gera e os direitos humanos do autor do crime. De modo que as penas para os crimes que violem a liberdade sexual sejam severas, mas não desumanas.

Isso porque, é necessário que os objetivos da pena sejam alcançados, quais sejam, a reparação do dano sofrido pela vítima, a reinserção social, a conciliação e produção da paz social.

Nesse contexto, existem duas teorias sobre a classificação do tipo do novo art. 213 do Código Penal. A doutrina mais conservadora, cujo principal representante é Vicente Greco Filho, defende que o estupro é um tipo misto cumulativo, de modo que a pena do autor do crime deve ser cumulada, em concurso material, em tantos quantos abusos sexuais este tenha cometido contra a vítima.

A principal tese dessa teoria, afirma que não é aceitável que um agente que realizou diversas práticas sexuais com a vítima, como conjunção carnal, sexo oral e sexo anal, seja condenado por um único crime de estupro, sendo que cometeu diversas condutas que feriram a liberdade sexual de quem sofreu o abuso.

Já a doutrina diversa, cujo principal representante é Guilherme de Souza Nucci, defende que o estupro é um tipo misto alternativo, onde o autor do crime deve responder por um único crime de estupro, de maneira que a pena não ultrapasse o que o art. 213 estabelece, não importando quantas práticas sexuais o agente tenha constrangido a vítima a realizar.

Essa teoria se fundamenta no fato da nova redação do art. 213 separar pela conjunção alternativa “ou” a conjunção carnal e os atos libidinosos, concluindo que a intenção do legislador é que a prática de uma das ações, ou de várias, deve resultar em uma única punição. Dessa forma, juristas e doutrinadores não podem aplicar/interpretar o artigo de modo diverso ao que está explícito no próprio ordenamento jurídico. Tal mudança não beneficia o autor do crime, já que na fixação da pena, o juiz levará em consideração a conduta do agente e os atos por este praticados.

Assim como na doutrina, em relação a jurisprudência ainda não existe um posicionamento consolidado. O que observa-se é que mesmo após o advento da Lei 12.015/2009, ainda existem decisões que entendem ser o estupro um crime misto cumulativo, justamente porque dependendo da gravidade/quantidade dos abusos sexuais cometidos em certos casos, a sociedade realiza uma pressão enorme em busca de penas extremamente severas, o que influencia as decisões dos magistrados.

Mas, atualmente, observa-se que o número de julgados com decisões baseadas no estupro como um tipo misto alternativo é maioria. Os juízes responsáveis por disseminar tal teoria compreendem que o Direito Penal existe para disciplinar a vida em sociedade, mas que as emoções e a vontade dos cidadãos, em

determinado caso concreto, não estão acima do que claramente versa a lei. Caso isso ocorresse, todo o sistema processual brasileiro deveria ser modificado, pois cada caso seria julgado de acordo com a comoção causada.

No entanto, a adoção de uma ou de outra teoria, não traz consequências apenas nas futuras condenações. Um dos principais dilemas sobre a classificação do tipo é o de que, no caso da consolidação do tipo como misto alternativo, todos aqueles que foram condenados em concurso material pelos crimes do antigo art. 213 e art. 214 do Código Penal, ou seja, pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, terão direito a revisão de suas penas.

Tal revisão é prevista com base no princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, de modo que a nova pena passará a representar a violação apenas ao novo art. 213 do Código Penal, ensejando uma possível redução penal.

Diante da enorme demanda revisional que os magistrados enfrentariam, somada as prováveis manifestações de indignação por parte da sociedade em virtude da redução das penas, é que a adoção do tipo como misto alternativo encontra tantos obstáculos para ser aceita. Mas aceitar a teoria do tipo como misto cumulativo, apesar de ser o caminho mais simples tanto do ponto de vista processual, como social, seria uma afronta ao que versa o texto legal.

Assim, o presente trabalho procura abordar todos os aspectos legais, penais, constitucionais e sociais que envolvem o crime de estupro, através de jurisprudências dos Tribunais Superiores e de doutrinas que versam sobre o tema.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO

O bem jurídico tutelado no art. 213 do Código Penal é a liberdade sexual, tanto do homem, quanto da mulher. É o direito que todos possuem de realizar ou não a prática sexual, não importando a relação afetiva ou legal que exista entre o parceiro (a).¹

Assim, por exemplo, também considera-se estupro o marido que obriga a mulher, mediante violência ou grave ameaça, a manter com ele relações sexuais. Isso porque a liberdade sexual refere-se a todos os elementos que fazem parte da prática sexual: a presença da vontade, a escolha do momento, do local e do parceiro (a). “Em síntese, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual e direito de escolha.”²

Ao intérprete cabe analisar, em cada caso concreto, se de fato houve uma lesão à liberdade sexual da vítima ou se, apesar da prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso, o bem jurídico tutelado restou intacto.

Sobre essa análise:

“[...] Outro exemplo, em que seria preciso um pouco de razoabilidade para o intérprete, é o “roubo de um beijo lascivo”. Por “beijo lascivo” entende-se o beijo destinado a produzir ou estimular o prazer sexual, diferentemente de um rápido e fugaz toque entre os lábios. Pois bem, se o indivíduo rouba um beijo lascivo da vítima como forma de demonstrar-lhe seu afeto, ter-se-á uma conduta diferente daquela em que o sujeito rouba o beijo lascivo para humilhar a vítima. Qualquer das hipóteses poderia, em tese, configurar o estupro, haja vista o constrangimento a que a vítima é submetida, a violência no ato em si, e o ato libidinoso (tendente a produzir ou estimular o prazer). É necessário, portanto, que se verifique a real ofensa ao bem jurídico “dignidade sexual”, no fruir da liberdade da vítima em escolher com quem e quando quer beijar.”³

Assim, para que a conduta seja tipificada como estupro, é indispensável a demonstração da efetividade do dano à liberdade sexual do ofendido.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* 4 – 6 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.46

² *Ibidem*, p.46

³ FAYET, Fabio Agne. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.47

Sendo o ato sexual concedido, por livre e espontânea vontade do parceiro (ex: sadomasoquismo), ou não havendo de fato um desrespeito a dignidade sexual da vítima (ex: beijo como demonstração de afeto), não há que se falar em crime.

A conduta descrita no tipo é a de constranger a vítima, por meio de violência ou de uma grave ameaça, a ter conjunção carnal ou ainda, a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso:

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:

Penal - 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:

Penal - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.⁴

Desse modo, o estupro pode se dividir em três modalidades: a primeira seria a conjunção carnal, que ocorre quando há a penetração do órgão genital masculino na cavidade genital feminina, independente de total ou parcial e não importando se ocorre ou não ejaculação.

No que se refere aos atos libidinosos diversos, esses são as demais práticas sexuais, como o sexo anal, sexo oral, masturbação, penetração de objetos, entre outros. Tais atos podem ser realizados de duas maneiras: a primeira é aquela em que o autor obriga a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a praticar o ato, ou seja, a vítima executa a ação. Já na segunda, a vítima é constrangida a permitir que o autor realize nela, os atos libidinosos, ou seja, sua conduta é passiva.⁵

Portanto, “são três possibilidades de realização do estupro, de formar 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.”⁶

Os atos de libidinagem preliminares, os chamados *praeludia coiti*, são considerados como parte da conjunção carnal ou do ato libidinoso diverso, ou seja, não constituem ações autônomas e por isso, são absorvidos pelo crime do art.

⁴ BRASIL. Código Penal. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 533

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 4 – 6. ed.*, São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.49

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado – 12.ed.*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.901

213 do Código Penal, de modo que formam apenas uma conduta e assim, um único crime. Nesse sentido:

“[...] podem resultar, nesse contexto, manchas hematosas no seio, na face, nas coxas ou no pescoço, pois são abrangidos pelo conceito geral de praeludia coiti, ou seja, fazem parte da ação física do próprio crime de estupro stricto sensu; por isso, esses atos libidinosos não configuram crime autônomo, distinto da primeira modalidade de estupro.”⁷

No que pertine aos sujeitos ativo e passivo, o crime de estupro é classificado como crime comum, em que o sujeito ativo e o sujeito passivo podem ser tanto homem como mulher. Ou seja, independente se o crime for praticado com conjunção carnal ou com a prática de atos libidinosos, a mulher pode ser autora do crime de estupro ou ser vítima, assim como o homem pode ser autor do crime ou ser vítima. Podemos vislumbrar a situação em que a mulher seja sujeito ativo no crime de estupro, quando esta “[...] mediante ameaça, obrigue o homem a com ela ter conjunção carnal.”⁸

Dessa forma, o estupro pode ser resultado tanto de uma relação forçada homossexual ou heterossexual.

O crime em questão somente é realizado quando há o constrangimento da vítima. Desse modo, *constranger* é o elemento objetivo do tipo, que no caso do crime de estupro, pode ser realizado mediante violência ou grave ameaça.⁹

A violência pode ser imediata ou mediata. Será imediata quando o autor emprega o uso de violência diretamente com a vítima, e será mediata quando o autor emprega o uso de violência com outra pessoa que possua vínculos com a vítima, de modo que está realize a vontade do agente para cessar a agressão.¹⁰

No que diz respeito a grave ameaça, esta pode ocorrer de várias formas: por palavras, símbolos, bilhetes, gestos, etc...

De acordo com Cezar Bitencourt:

“O mal prometido, a título de ameaça, além de futuro e imediato, deve ser determinado, sabendo o agente o que quer impor. O mal deve ser: a) determinado, pois, sendo indefinível e vago, não terá

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 4 – 6.* ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.49

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado – 12.ed.*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.905

⁹ BITENCOURT, ob. cit., p.47

¹⁰ Ibidem, p.50

grandes efeitos coativos; b) verossímil, ou seja, que se possa realizar, e não fruto de mera fanfarronice ou bravata; c) iminente, isto é, suspenso sobre o ofendido: nem passado, nem em futuro longínquo, quando, respectivamente, não terá força coatora, ou esta seria destituída do vigor necessário; d) inevitável, pois, caso contrário, se o ofendido puder evitá-lo, não se intimidará; e) dependente, via de regra, da vontade do agente, já que, se depende da de outrem, perderá muito de sua inevitabilidade [...] A enumeração não é taxativa nem *numerus clausus*, podendo, no caso concreto, apresentar alguns requisitos e em outros não.”¹¹

Dessa forma, a grave ameaça apresenta alguns fatores que podem ou não estar presentes, variando em cada caso concreto. No entanto, ela deve sempre representar para a vítima uma ameaça de fato grave, ou seja, que cause temor, medo ou pânico na vítima de maneira que ela não possa reagir a vontade do agente.

Quanto as formas qualificadas do crime do art.213 do Código Penal, temos as seguintes modalidades:

§ 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:

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Assim, existem três hipóteses de crime qualificado, sendo duas resultado da conduta do agente (lesão corporal de natureza grave e morte) e uma resultado de uma condição pessoal da vítima (ser menor de dezoito e maior de quatorze anos).

Quanto as agravantes decorrentes da conduta do agente, há posicionamento no sentido de que são crimes qualificados pelo resultado, mas também há o entendimento defendendo que são crimes preterdolosos, ou seja: há dolo na prática do crime sexual (conjunção carnal ou ato libidinoso diverso) e culpa no resultado (lesão corporal ou morte).¹³

No entanto, pela análise das penas máximas das agravantes em questão, quais sejam 12 (doze) e 30 (trinta) anos, conclui-se que pela severidade

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* 4 – 6. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.51

¹² BRASIL. Código Penal. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.533

¹³ BITENCOURT, ob. cit., p. 54

das mencionadas sanções, o resultado lesão corporal ou morte refere-se tanto a uma conduta culposa, quanto a uma conduta dolosa.¹⁴

Isso porque, se excluíssemos a possibilidade da presença do dolo no resultado das agravantes, quando de fato existisse a vontade do agente de lesionar ou matar a vítima, teria que ser aplicado o concurso material de crimes: o caput do art. 213 (estupro) com o art. 129 (lesão corporal) ou com o art. 121 (homicídio), todos do Código Penal. O problema é que com a aplicação do concurso material, a soma das penas dos dois crimes, pode ser menor do que aplicação das agravantes do art. 213 do Código Penal, o que seria totalmente desproporcional e irrazóavel, já que uma conduta dolosa teria uma pena mais branda que uma culposa.¹⁵

Assim, quando após o estupro ocorrer lesão corporal ou a morte da vítima, não haverá concurso de crimes, e sim um único crime qualificado pelo resultado. Obviamente que deve ser observado o princípio da proporcionalidade, de modo que a fixação da pena dependerá da intenção do agente, se este agiu com dolo a pena será mais severa e se agiu com culpa a pena será mais branda, respeitando o limite da pena descrito no tipo penal.

No que se refere à lesão corporal, o parágrafo 1º abrange a lesão corporal de natureza grave e de natureza gravíssima. Se o agente ao realizar o estupro, causar uma lesão corporal de natureza leve, esta não será punida pela aplicabilidade da agravante do parágrafo 1º, pois será considerada como a “violência ou grave ameaça” mencionada no caput do art. 213 e por isso, será absorvida por esse. Caso isso não ocorresse, teríamos uma situação de *bis in idem*, cuja aplicação é veementemente proibida no direito penal.¹⁶

Quanto ao elemento subjetivo, temos que este no crime de estupro é o dolo. Não existe crime de estupro culposo, o dolo é essencial. Nas palavras de Cezar Bitencourt:

“O dolo é constituído, na primeira modalidade, pela vontade consciente de constranger a vítima, contra a sua vontade, à conjunção carnal; na segunda modalidade, pela mesma vontade

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* 4 – 6. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.54

¹⁵ *Ibidem*, p.54

¹⁶ *Ibidem*, p.54

consciente de constrange-la à prática de outro ato libidinoso (diverso de conjunção carnal), ou de permitir que com ela se pratique.”¹⁷

Assim, o dolo é constituído por dois elementos: pela consciência e pela vontade do agente. Sendo que essa consciência refere-se tanto ao fato do autor estar praticando uma relação sexual violenta, quando ao fato dessa relação ser contra a vontade da vítima.

Já quanto a consumação, no caso da conjunção carnal, ocorre com a introdução do órgão genital masculino na cavidade genital feminina, independente de essa introdução ser completa ou incompleta, do rompimento ou não do hímen, de ejaculação ou não.

No caso dos atos libidinosos, a consumação ocorre com a realização de tais atos, ou seja, a consumação ocorre com a própria execução do ato libidinoso. Assim, “[...] basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima, que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo que este busca a obtenção do prazer sexual.”¹⁸

Na hipótese de tentativa, esta existe quando a vítima consegue interromper o estupro antes da introdução do órgão genital masculino ou da realização de atos libidinosos. Como a execução do estupro tem início com a violência ou a grave ameaça, se a vítima consegue cessar a conduta do agente logo após uma dessas condutas, já esta caracterizada a tentativa.¹⁹

O crime do art. 213 do Código Penal é um *crime material*, pois sua execução leva a um resultado externo, deixando vestígios através da conjunção carnal ou de atos libidinosos. Um *crime comum*, pois o sujeito ativo e passivo pode ser tanto homem, quanto mulher, assim pode resultar de uma relação homossexual ou heterossexual. É *doloso*, pois há a vontade do agente em manter a relação sexual forçada. É de *forma livre*, não existe um meio específico para sua execução. É *comissivo*, pois o autor pratica a ação de constranger a vítima à prática do ato sexual. É *instantâneo*, pois se consubstancia no momento da execução.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* 4 – 6. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.55

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado* – 12.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.907

¹⁹ BITENCOURT, ob. cit., p. 57

Unissubjetivo, já que uma pessoa única pessoa pode executá-lo. E por fim, *plurissubsistente*, pois o crime pode ser resultado de uma série de atos sexuais.²⁰

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* 4– 6. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.57

2 AS MODIFICAÇÕES NO CRIME DE ESTUPRO DECORRENTES DA LEI 12.015/2009

A Lei 12.015/2009 surgiu como resultado da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada em 2004 com o objetivo de investigar os casos de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil.

O relatório final da mencionada Comissão afirmou a necessidade de uma reforma no Código Penal no tocante aos crimes sexuais, em especial aos relacionados à exploração sexual, a prostituição infantil, a pedofilia, e as demais formas de violência e ofensas à dignidade sexual de crianças e adolescentes.

As mudanças discutidas ampliaram-se e resultaram em alterações relacionadas não somente a tutela das crianças e adolescentes, abrangendo também a proteção da liberdade sexual como um todo.

Imprescindível era a necessidade de criar uma legislação mais rígida e adequada à realidade, já que inúmeras tipificações possuíam conteúdo ultrapassado e refletiam valores e preceitos do século passado, baseados em ideais acerca da moralidade pública e dotados, muitas vezes, de um forte caráter preconceituoso.

Assim, por exemplo, com a Lei 11.106/2005, foram retirados do Código Penal os crimes de adultério e sedução. Além disso, expressões como “mulher honesta” e a causa extintiva da punibilidade dos crimes contra os costumes quando a vítima se casava com o autor do crime também foram retiradas do ordenamento jurídico em questão.

Já a Lei 12.015/2009 foi criada diante das alegações que o Código Penal, no que diz respeito aos crimes sexuais, não tinha como objetivo uma efetiva defesa da liberdade ou dignidade sexual, mas apenas refletia dogmas morais e culturais impostos pela sociedade.²¹

Assim, os crimes que compunham o Título VI da Parte Especial do Código Penal deixaram de ser definidos como “crimes contra os costumes” e passaram a ser classificados como “crimes contra a dignidade sexual” .

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 78.667 – SP*. Impetrante: Gilberto Soares Malta. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Laurita Vaz. Acórdão 22 jun. 2010. www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/hc_78667.pdf. Vencido, por unanimidade, o voto da Ministra Laurita Vaz. Voto da Ministra Laurita Vaz

Tal alteração demonstra o principal motivo da criação da lei mencionada: uma maior preocupação com dignidade da pessoa humana no que diz respeito aos crimes de violência sexual, de modo que a nova lei busca tratar tais crimes não somente levando em conta a repulsa social que estes acarretam, mas principalmente, dando uma maior importância e valorização a dignidade sexual de qualquer pessoa, seja homem ou mulher.²²

Durante o processo de aprovação da Lei 12.015/2009, o Senador Demóstenes Torres apresentou os principais argumentos em favor da criação da lei, afirmando que ela desvincula o crime de estupro como conjunção carnal cometida, mediante violência ou grave ameaça, somente contra a mulher. Já que, com a nova lei, a vítima pode ser tanto mulher, como homem. O crime também seria definido como a prática da conjunção carnal ou de qualquer ato libidinoso.²³

Depois de aprovada no Senado, a Lei foi enviada à Câmara para ser votada, onde diversas alterações foram feitas, como a manutenção do crime de atentado violento ao pudor, mudança essa que não foi aceita pelo Senado, mantendo assim as revogações dos artigos 214 e 216 do Código Penal.

Após a vigência da Lei 12.015/2009 diversas mudanças ocorreram no Código Penal, e como era de se esperar, também surgiram muitas divergências sobre a interpretação dos novos artigos e daqueles que foram modificados. Mas a principal, sem sobra de dúvidas, diz respeito ao artigo 213. Isso porque não é comum que uma nova lei, sem utilizar-se da *abolitio criminis*, junte dois tipos penais anteriormente distintos, em um mesmo dispositivo.

Mas além dessa, foram realizadas alterações em outros tipos penais, como no caso do assédio sexual, da corrupção de menores, da casa de prostituição, do rufianismo entre outros. Também foram criados novos tipos penais, como a satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente e o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, entre outros.

²² NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia Bastos Monteiro; SILVA, Raphael Zanon da. Doutrinas Essenciais - Direito Penal: O Crime de Estupro Sob o Prisma da Lei 12.015/09 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.396

²³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 78.667 – SP*. Impetrante: Gilberto Soares Malta. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Laurita Vaz. Acórdão 22 jun. 2010. www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/hc_78667.pdf. Vencido, por unanimidade, o voto da Ministra Laurita Vaz. Voto da Ministra Laurita Vaz

Fato é que surgiram inúmeros questionamentos sobre os novos tipos penais, as modificações ocorridas nos já existentes, incertezas quanto definições e sobre a classificação dos crimes. Assim, é necessária uma ampla análise de tais mudanças, para uma correta e efetiva aplicabilidade dos novos preceitos na realidade concreta.

Adiante será exposto as mudanças que merecem destaque relativas ao crime de estupro, objeto da presente pesquisa.

2.1 As mudanças relativas ao crime de estupro em virtude da lei 12.015/09

Antes da Lei 12.015/2009 o crime de estupro era descrito no artigo 213 do Código Penal com a seguinte redação: *Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*²⁴

Já o crime de atentado violento ao pudor, era tipificado no artigo 214 do Código Penal, qual seja: *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*²⁵

A partir de 2009, o crime do artigo 214 deixou de existir e o do artigo 213 passou a ser descrito como:

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.²⁶

A fusão entre os antigos artigos 213 e 214 do Código Penal decorre do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº. 4388 de 2002, em virtude da já mencionada Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de investigação de exploração sexual de crianças e adolescentes, passando o novo tipo penal a tutelar não somente o sexo feminino, mas o masculino também.²⁷

²⁴ BRASIL. Código Penal. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.570

²⁵ Ibidem, p.570

²⁶ BRASIL. Código Penal. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.533

²⁷ FAYET, Fabio Agne. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.39

“Essa nova redação estabeleceu um novo paradigma na condição dos delitos sexuais, conferindo à lei “modernidade e adequação à realidade atual”, na medida em que termina com a proteção exclusiva da liberdade sexual da mulher, estendendo-a a qualquer pessoa. É a legislação penal adequando-se ao já art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, que determina sermos todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assim como ao art. VII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que sustenta o princípio da isonomia.”²⁸

Antes de 2009 o crime de estupro existia somente se houvesse a penetração do órgão genital masculino na cavidade genital feminina. Os outros tipos de práticas sexuais, como o sexo anal e o oral, eram classificados como atentado violento ao pudor. Isso porque, o ânus e a boca não são órgãos genitais ²⁹

Com o advento da Lei 12.015/2009, o estupro e o atentado violento ao pudor foram fundidos em um único tipo, qual seja o crime de estupro do artigo 213 do Código Penal. Apesar disso, tal mudança não altera o fato que conjunção carnal e atos libidinosos são ações distintas, sendo que a primeira representa apenas a penetração do órgão genital masculino na cavidade genital feminina e a segunda os demais tipos de relações sexuais. Assim, podemos afirmar que o estupro se divide entre essas duas modalidades.

Essa mudança não foi resultado de *abolitio criminis*, mas sim resultou em uma *novatio legis*, ou seja, o ato que caracterizava o atentado violento ao pudor não deixou de ser considerado crime, e sim foi incorporado ao crime de estupro.³⁰

Obsta destacar que, a “revogação de uma lei, no âmbito do direito penal, não significa necessariamente a sua exclusão imediata do ordenamento jurídico”³¹. No caso em questão, nota-se que houve a aplicação do princípio da continuidade normativa típica, visto que o atentado violento ao pudor não foi excluído do Código Penal, apenas passou a ser tipificado em outro artigo, qual o seja, o artigo 213.

²⁸ Ibidem, p.39

²⁹ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, p.106

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral / parte especial – 7. ed.*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.835

³¹ MARTINS, José Renato. *O Delito de Estupro após o advento da lei 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais*, Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. p.18. Disponível em: www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf. Acesso em: 28 de fev. de 2015

Nesse sentido:

“Não se pode nunca confundir a mera revogação formal de uma lei penal com a *abolitio criminis*. A revogação da lei anterior é necessária para o processo da *abolitio criminis*, porém não é suficiente. Além da revogação formal impõe-se verificar se o conteúdo normativo revogado não foi (ao mesmo tempo) preservado em (ou deslocado para) outro dispositivo legal. [...] Logo, nessa hipótese, não se deu a *abolitio criminis*, porque houve uma continuidade normativo-típica (o tipo penal não desapareceu, apenas mudou de lugar). Para a *abolitio criminis*, como se vê, não basta a revogação da lei anterior, impõe-se sempre verificar se presente (ou não) a continuidade normativo-típica.”³²

Assim, tendo em vista que o ato que configura o atentado violento ao pudor não foi descriminalizado, ou seja, a conduta continua produzindo efeitos penais, não há que se falar em *abolitio criminis*.

Desse modo, o agente que constranger a vítima a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, responderá pelo mesmo crime do agente que constranger a vítima a prática de conjunção carnal (art. 213), em virtude da unificação dos tipos, não havendo que se falar em atipicidade da conduta.

No que pertine aos sujeitos do crime, antes da Lei 12.015/2009 o crime de estupro era classificado como crime próprio, em que o sujeito ativo só poderia ser do sexo masculino e o sujeito passivo era somente do sexo feminino.

No caso do sujeito ativo, a mulher poderia atuar somente como partícipe e a única exceção para sua atuação como sujeito ativo, seria se ela constrangesse o homem (executor do ato sexual) a praticar conjunção carnal com a vítima, nesse caso ela responderia como autora, pois foi a responsável pela coação.³³

Já no caso do sujeito passivo, quando um homem era violentado sexualmente, o crime em questão era o de atentado violento ao pudor e não o estupro. A vítima do art. 213 do Código Penal era obrigatoriamente do sexo feminino, não importando, no entanto, se era virgem ou não, casada ou não ou seus aspectos morais. Assim, até mesmo uma prostituta poderia ser vítima de estupro.³⁴

³² MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: parte geral*. Vol. 2. São Paulo: Ed. RT, 2009, p.100

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* 4– 6. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.46

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* 4– 6. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.46-47

Com o advento da Lei 12.015/2009, o crime de estupro passou a ser classificado como crime comum, em que o sujeito ativo e o sujeito passivo poderiam ser tanto homem como mulher. Dessa forma, o estupro pode ser resultado tanto de uma relação forçada homossexual ou heterossexual.

Ressalta-se também a possibilidade do concurso eventual de pessoas, admitindo-se a hipótese de coautoria e participação.

Outra mudança decorrente da Lei 12.015/2009 que merece destaque, foi a criação do art. 217-A do Código Penal. Antes, a conjunção carnal e os atos libidinosos praticados contra menor de 14 anos ou contra alienado, deficiente mental ou qualquer um que não possa oferecer resistência, eram punidos observando os antigos art. 213 ou art. 214, combinados com art.224.

O artigo 217-A passou a tratar do estupro de vulnerável, que abrange as modalidades do atual artigo 213, ou seja, conjunção carnal ou atos libidinosos.

Apesar de representar uma melhor proteção as vítimas que possuem uma fragilidade maior, o artigo 217-A traz inúmeras divergências doutrinarias sobre aqueles que são de fato vulneráveis, ou seja, qual o grau de deficiência e de impossibilidade de resistência necessários para que a vítima seja classificada como vulnerável. Assim:

“[...] a vulnerabilidade, merecedora de tutela penal, deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual.”³⁵

Desse modo, para uma melhor análise sobre a vulnerabilidade dos menores de 14 anos, no tocante as vítimas do crime de estupro, deve-se levar em conta a maturidade sexual e o desenvolvimento mental do suposto ofendido, ou seja, diante da realidade atual, em que as crianças e pré-adolescentes convivem precocemente com temas sexuais, é preciso analisar se o sujeito passivo menor de

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia Bastos Monteiro; SILVA, Raphael Zanon da. *Doutrinas Essenciais - Direito Penal: O Crime de Estupro Sob o Prisma da Lei 12.015/09* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.411

14 anos, de fato não possuía entendimento e maturidade necessária para a prática sexual.³⁶

Quanto aos enfermos e deficientes mentais, a conclusão acerca da vulnerabilidade é semelhante. Isso porque, nesse caso, a vulnerabilidade é, sem dúvidas, relativa. Tendo em vista que o crime de estupro nesses casos somente se caracteriza em relação “aqueles que não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato. Ou seja, ainda que possuam precária esfera cognitiva e volitiva, tais pessoas podem ostentar capacidade suficiente para compreensão do ato, e aquiescer com sua prática.”³⁷

Uma das questões mais emblemáticas sobre o novo art.213 do Código Penal diz respeito à possibilidade ou não da revisão da pena dos que foram anteriormente condenados cumulativamente pela prática de estupro e de atentado violento ao pudor. Nesse sentido:

“[...] Da mesma forma, se o agente introduz o pênis na vagina e depois pratica coito anal, comete um só estupro. Por isso, a figura do art. 213, com a nova redação dada pela Lei 12.015/2009, é favorável ao réu e deve retroagir, atingindo todos os que foram condenados, antes, pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, contra a mesma vítima, no mesmo contexto, em concurso material de infrações penais.”³⁸

Assim, com a unificação do crime de estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, os condenados que tiveram suas penas aumentadas em razão do concurso material de crimes tem direito a redução da pena em virtude do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável. Ou seja, aqueles que tiveram suas penas majoradas por terem realizado conjunção carnal e outro ato libidinoso, respondendo assim pelos crimes dos artigos 213 e 214 do antigo Código Penal, deverão ter suas penas revisadas, respondendo apenas pelo artigo 213 com as devidas agravantes, causas de aumento de pena e qualificadoras.³⁹

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia Bastos Monteiro; SILVA, Raphael Zanon da. *Doutrinas Essenciais - Direito Penal: O Crime de Estupro Sob o Prisma da Lei 12.015/09* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.79

³⁷ Ibidem, p.80

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral / parte especial* – 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.837

³⁹ Ibidem, p.839

3 A CLASSIFICAÇÃO DO TIPO DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL

O advento da Lei 12.015 trouxe como principal consequência a discussão sobre o crime do novo art. 213 do Código Penal ser um tipo misto alternativo ou um tipo misto cumulativo.

Analisando o art. 213 do Código Penal, percebemos que o crime de estupro pode ser cometido de três maneiras distintas: 1) constranger a vítima a ter conjunção carnal, ou 2) constranger a vítima a praticar outro ato libidinoso, ou 3) constranger a vítima de modo que esta permita que com ela se pratique outro ato libidinoso.

Considerando o estupro como um tipo misto alternativo, está caracterizado o crime se o autor pratica apenas uma dessas condutas, ou duas ou todas contra a mesma pessoa e nas mesmas condições de local e tempo, devendo o autor do fato responder por um único crime, afastando assim, a possibilidade de concurso material.

No entanto, se o estupro for considerado um tipo misto cumulativo, o autor responderá por tantos quantos atos tenha praticado contra a vítima . Ou seja, se ele cometeu uma conjunção carnal e três atos libidinosos, ele responderá por quatro crimes em concurso material, de forma que a pena do art. 213 será cumulada quatro vezes. Tal teoria pode parecer mais “justa” diante de crimes tão graves, mas como será demonstrado a seguir, os argumentos que defendem o tipo misto alternativo são mais concretos e condizentes com o ordenamento jurídico.

3.1 O estupro como tipo misto cumulativo

O principal defensor do tipo misto cumulativo é Vicente Greco Filho, ele e os demais doutrinadores e juristas que defendem tal teoria, sustentam que o agente que praticou com a vítima conjunção carnal e além dessa, outros atos libidinosos, praticou diferentes crimes já que a forma de execução é distinta, de

modo que a pena deva ser cumulada em tantos quantos forem os atos praticados contra a vítima, não admitindo a hipótese de crime único.⁴⁰

Dessa maneira, os futuros autores do crime de estupro, assim como os que estão com o processo em tramitação por constrangerem a vítima à prática da conjunção carnal e de atos libidinosos diversos, caso sejam condenados, responderiam em concurso material, sendo a pena cumulada a depender da quantidade de atos sexuais aos quais a vítima foi submetida.⁴¹

Já os que já foram condenados e estão cumprindo pena, não poderiam requerer a revisão desta em virtude da mudança do artigo 213, tendo em vista que não houve *abolitio criminis* e, sendo assim, os condenados pelos antigos artigos 213 e 214 do Código Penal não podem ser beneficiados pela retroatividade da lei penal, tendo suas penas diminuídas em virtude da aplicação apenas do artigo 213.

Isso porque, da mesma forma que o autor respondeu pelo art.213 e 214 do antigo Código Penal em concurso material, agora ele responderia pela primeira parte do artigo 213 no que diz respeito a conjunção carnal, e pela segunda parte do artigo 213 no que diz respeito ao ato libidinoso, devendo a pena ser duplicada (ou triplicada, quadruplicada – a depender do caso concreto). Seria inadmissível condenar o criminoso apenas a um crime de estupro se este realizou mais de uma de suas modalidades, pois são condutas autônomas e assim devem ser consideradas para a majoração da pena.⁴²

Nesse ponto, importante ressaltar que a cumulatividade das penas é, segundo a Ministra Laurita Vaz, resultado de um “aumento qualitativo do tipo injusto, e não meramente quantitativo”⁴³. Ou seja, o concurso material não resulta do fato do agente ter cometido o mesmo abuso sexual contra a mesma vítima reiteradas vezes, pois nesse caso, estaria presente a aplicabilidade do crime continuado. A cumulatividade decorre do fato do agente ter cometido práticas

⁴⁰GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*, publicado na página de internet da Associação Paulista dos Magistrados em 31/08/2009. p.5– Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>. Acesso em 14/04/2013

⁴¹ Ibidem, p.5

⁴² Ibidem, p.5

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 78.667 – SP*. Impetrante: Gilberto Soares Malta. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Laurita Vaz. Acórdão 22 jun. 2010. www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/hc_78667.pdf. Vencido, por unanimidade, o voto da Ministra Laurita Vaz. Voto da Ministra Laurita Vaz.

sexuais diversas, ou seja, que possuem diferentes modos de execução, contra mesma vítima. Desse modo:

“Assim, 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 entra as condutas, porquanto estar-se-à 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.”⁴⁴

Assim, quando ocorre a conjunção carnal e o ato libidinoso, não é possível a aplicabilidade do crime continuado, visto que, mesmo ambos estando inseridos em um mesmo artigo, houve um aumento qualitativo do tipo injusto. Já quando, contra a mesma vítima e observando os requisitos do art.71 do Código Penal, o agente pratica varias conjunções carnis ou vários atos libidinosos idênticos, existe a possibilidade do crime continuado, visto que como a forma de execução da conduta foi a mesma, houve apenas um aumento quantitativo do tipo injusto.⁴⁵

Nesse mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME.

[...]

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

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 78.667 – SP*. Impetrante: Gilberto Soares Malta. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Laurita Vaz. Acórdão 22 jun. 2010. www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/hc_78667.pdf. Vencido, por unanimidade, o voto da Ministra Laurita Vaz. Voto da Ministra Laurita Vaz.

⁴⁵ *Ibidem*

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.

[...]

7. Ordem denegada. (DESTAQUE PRÓPRIO)⁴⁶

PETIÇÃO RECEBIDA COMO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE COM DUAS CONDENAÇÕES POR ESTUPRO PRESUMIDO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.

PEDIDO DE REVISÃO DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO POR CERCEAMENTO DE DEFESA, E PARA AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA EM RELAÇÃO À SEGUNDA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. VIA IMPRÓPRIA. CONDENAÇÕES PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO.

CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL

[...]

6. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009, entendia-se haver 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).

7. 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.

8. 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

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 105.533 - PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 07/02/2011

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.

9. Petição recebida como habeas corpus. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (DESTAQUE PRÓPRIO)⁴⁷

Execução Penal. Pedido de reconhecimento de crime único entre atentado violento ao pudor e estupro, em face do advento da Lei nº 12.015/09. Hipótese em que o sentenciado, durante um assalto, obriga a vítima a praticar felação e, posteriormente, a constringe à prática da conjunção carnal. Concurso material. Entendimento no sentido de que o novo tratamento dispensado à matéria não altera a interpretação quanto ao reconhecimento de concurso de crimes entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Inteligência do artigo 213, do C. Penal. Recurso improvido. (DESTAQUE PRÓPRIO)⁴⁸

Desse modo, observa-se que na jurisprudência ainda existem alguns magistrados que, mesmo após o advento da Lei 12.015/2009, entendem ser o estupro um crime misto cumulativo.

Isso ocorre principalmente porque dependendo da gravidade/quantidade da violência sexual cometida em certos casos, a sociedade realiza uma pressão enorme em busca de penas mais severas, o que influencia diretamente nos julgados.

Além disso, considera-se que a vontade do legislador ao modificar o art. 213, não foi a de criar um tipo misto alternativo, mas apenas de colocar o estupro e o atentado violento ao pudor em um mesmo patamar de gravidade, realizando a junção das duas condutas em um mesmo tipo. Sem, contudo, deixar de considerar que são distintas na sua forma de execução, e que por isso, devem ser consideradas como condutas isoladas na fixação da pena, de modo que ocorra o concurso material entre elas.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Pet nº 6.610 - SP*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 09/03/2012

⁴⁸ BRASIL. TJSP. *Agravo de Execução Penal nº 0190766-30.2011.8.26.0000*, Relator: Pinheiro Franco, Data de Julgamento: 26/01/2012, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 26/01/2012

No entanto, de acordo com os ensinamentos de Vicente Greco Filho, devemos fazer uma dupla análise do novo art.213 do Código Penal:

“O tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão. Vemos, nas diversas violação do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos.”⁴⁹

Ou seja, na aplicação da pena do crime do artigo 213 do Código Penal, existe a possibilidade de continuidade delitiva, de concurso material e de crime único, sendo imprescindível uma análise apurada do caso concreto para definir qual desses institutos seria cabível. Vejamos o exemplo a seguir:

“Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos, etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que nas 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, como no exemplo referido.”⁵⁰

Assim, quando presentes os requisitos do artigo 71 do Código Penal, o agente submete a vítima a apenas uma modalidade de violência sexual reiterada vezes (obriga a vítima a manter conjunção carnal duas vezes, por exemplo), possível é a aplicação da continuidade delitiva.

Quando determinado ato libidinoso for necessário para a execução da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso diverso, ou seja, quando for *praeludia coiti*, então o mencionado artigo será interpretado como misto alternativo, de modo que a pena deverá ser equivalente à prática de apenas um crime, pois a conduta inicial foi absorvida pela conduta principal.

⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*, publicado na página de internet da Associação Paulista dos Magistrados em 31/08/2009. p.4 – Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>. Acesso em 14/04/2013

⁵⁰ *Ibidem*, p.5

Já se o ato libidinoso não era indispensável para a consumação da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso diverso, o artigo 213 deverá ser interpretado como misto cumulativo, como por exemplo ocorre quando o agente pratica conjunção carnal e em seguida sexo anal, sendo a pena cumulada em tantos quantos abusos o agente cometeu.

3.2 O estupro como tipo misto alternativo

A prática de conjunção carnal e de atos libidinosos diversos, dentro de um mesmo contexto fático, implica em uma única sanção, qual seja, a prevista no art. 213 do Código Penal. Analisando a letra da lei, tal artigo tipifica a conduta através do verbo *constranger*. Sendo o núcleo do tipo singular, mesmo com a diversidade e pluralidade de ações praticadas contra a mesma vítima, resultaria na prática de um único crime.⁵¹

Os doutrinadores que defendem a possibilidade de concurso material, consideram que as condutas do autor do crime devem ser analisadas de forma individual, constituindo cada uma, uma infração penal e assim, devendo ser somadas as penas.

Essa possibilidade existiria se o texto da lei estivesse sido escrito de forma diversa, como ocorre em tantos outros crimes, como por exemplo, o do art. 208 do Código Penal que trata dos crimes contra o sentimento religioso: *Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso.*⁵²

Sobre essa análise, Nucci afirma:

“[...]Observa-se, com clareza, três episódios distintos: a) a conduta de escarnecer de alguém; b) a conduta de impedir ou perturbar (alternativa nesse ponto) cerimônia ou culto; c) a conduta de vilipendiar ato ou objeto de culto. Todas elas são ofensivas ao bem jurídico liberdade de culto e crença, porém são totalmente distintas.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia Bastos Monteiro; SILVA, Raphael Zanon da. *Doutrinas Essenciais - Direito Penal: O Crime de Estupro Sob o Prisma da Lei 12.015/09* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.401

⁵² BRASIL. Código Penal. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.532

Caso o agente cometa todas as condutas, deve responder por três delitos cumulados.”⁵³

Desse modo, além do recurso gramatical ser diverso, pois utilizou-se ponto e vírgula e não a conjunção alternativa “ou”, se analisarmos as condutas descritas no tipo, evidente fica a distinção entre cada uma delas, pois tanto a maneira de agir como os objetivos são diversos. Dessa forma, justifica-se que a pena para quem pratica duas ou mais dessas condutas seja cumulativa no caso do art. 208 do Código Penal.

No caso do estupro, a única forma de analisarmos tal crime como misto cumulativo, seria se interpretarmos conjunção carnal como algo distinto de ato libidinoso, pois nesse caso o agente estaria ofendendo objetos distintos se praticasse essas duas condutas, mesmo dentro do âmbito da defesa da liberdade sexual. Entretanto “[...] parece-nos impossível tal defesa, seja no cenário do direito penal, seja no âmbito de qualquer outra ciência”.⁵⁴

Assim, se a interpretação do art.213 do Código Penal fosse feita de maneira que o concurso material fosse cabível, dois grandes princípios do direito penal estariam sendo violados: o da legalidade, pois estaria em confronto com o texto da lei, e o da proporcionalidade, já que o autor do crime poderia ter sua pena aumentada absurdamente pela prática de um único crime.⁵⁵

Isso porque, a Constituição no seu primeiro artigo, coloca a dignidade humana como um dos principais fundamentos de um Estado Democrático de Direito e a dignidade sexual, embora de extrema importância, é apenas um dos seus gêneros, assim não pode ser considerada mais importante que a própria vida de alguém.⁵⁶

Com os mesmos fundamentos temos os acórdãos:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO. CONCURSO MATERIAL.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral / parte especial* – 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.834.

⁵⁴ *Ibidem*, p.836

⁵⁵ Por exemplo: o indivíduo pratica (com a mesma vítima, no mesmo local e durante cerca de 1 hora) conjunção carnal e passa suas mãos nas partes íntimas da vítima enquanto comete o ato, em seguida pratica o sexo anal, logo em seguida o sexo oral e por fim dá-lhe um beijo lascivo enquanto obriga a vítima a lhe masturbar. Se o juiz responsável pelo caso analisar cada conduta como um crime individual, mesmo que considerando a pena mínima para cada ato, o condenado poderá ficar preso por até 36 anos, ultrapassando a pena máxima de um homicídio qualificado, o que não teria a menor razoabilidade constitucional.

⁵⁶ NUCCI, *ob. cit.*, p.834

INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

[...]

3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis não de alcançar os delitos cometidos antes da Lei n.º 12.015/09.

4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra duas vítimas.

5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apenamento referente ao atentado violento ao pudor em cada uma das vítimas não há de subsistir.

6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único para cada uma das vítimas, anular o acórdão no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Tribunal, resguardada a possibilidade do aumento das penas pelo concurso de crimes, haja vista a pluralidade de vítimas. (DESTAQUE PRÓPRIO)⁵⁷

PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DELITOS DA MESMA ESPÉCIE. LEI Nº 12.015/09. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CRIME ÚNICO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Crimes cometidos sob a vigência da redação anterior dos arts. 213 e 214 do Código Penal.

A vigência da Lei nº 12.015, de 2009, em sua nova redação dada ao art. 213 (revogado o art. 214), unificou as figuras típicas do estupro e atentado violento ao pudor.

III. Caso o agente pratique, num mesmo contexto contra a mesma vítima, os crimes previstos no art. 213 e 214 do Código Penal, responderá apenas e tão somente por um crime de estupro, haja vista que os comportamentos encontram-se previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração como de ação múltipla, aplicando-se somente a pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez.

IV. Ordem parcialmente concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais redimensione a pena do paciente a fim de que seja reconhecida a figura do crime único, cabendo ao Magistrado valorar a culpabilidade do agente quanto à pluralidade de atos/conduas na fixação da pena-base. (DESTAQUE PRÓPRIO)⁵⁸

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO DA PENA. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO E

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 239.778 - SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 11/09/2012, DJe 24/09/2012

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 242.925 - RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/09. TIPO MISTO ALTERNATIVO. CRIME ÚNICO. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. RECURSO DESPROVIDO.12.0151.O EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA PACIFICOU O ENTENDIMENTO DE QUE COM O ADVENTO DA LEI 12.015/2009, OS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PASSARAM A TIPIFICAR CRIME ÚNICO, PREVISTO NO ART. 213 DO CP, CONSTITUINDO TIPO MISTO ALTERNATIVO, E, EM SE TRATANDO DE LEI NOVA MAIS FAVORÁVEL AO RÉU, DEVE RETROAGIR EM SEU BENEFÍCIO.12.015213CP2.A ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO DADA AO NOVEL ART. 213 DO CP, EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE, NÃO PROSPERAR, HAJA VISTA, QUE PREPONDERAM SOBRE ESTE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ASSIM, VISUALIZAR DOIS OU MAIS CRIMES, EM CONCURSO MATERIAL, EXTRAÍDOS DAS CONDUTAS ALTERNATIVAS DO CRIME DE ESTUPRO, COMETIDO CONTRA A MESMA VÍTIMA, NA MESMA HORA, E EM IDÊNTICO CENÁRIO, SIGNIFICA AFRONTAR O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VEZ QUE SE PERMITE DOBRAR, TRIPLICAR, QUADRUPPLICAR, TANTAS VEZES QUANTOS ATOS LIBIDINOSOS FOREM DETECTADOS NA EXECUÇÃO DE UM ÚNICO ESTUPRO.213CP3. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (DESTAQUE PRÓPRIO)⁵⁹

PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI N. 12.015/2009. CRIME ÚNICO. TIPO MISTO ALTERNATIVO. [...].

1. COM A EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/2009, OS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PASSARAM A TIPIFICAR CRIME ÚNICO. TRATANDO-SE DE LEI NOVA MAIS BENÉFICA, DEVE RETROAGIR PARA BENEFICIAR O RÉU, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM ABOLITIO CRIMINIS, UMA VEZ QUE O CONTEÚDO DO ARTIGO 214, AGORA REVOGADO, PASSOU A FAZER P ARTE, COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO MISTO ALTERNATIVO, PREVISTO NO ARTIGO 213, DO CÓDIGO PENAL.

2. ESTANDO EM VIGÊNCIA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS, DEVE A MESMA RETROAGIR PARA BENEFICIAR O RÉU, NOS TERMOS DO ARTIGO 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL, EM NADA FERINDO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. 3. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (DESTAQUE PRÓPRIO)⁶⁰

⁵⁹ BRASIL. TJDFT. RAG nº 0008012-51.2011.807.0000, Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 26/05/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 07/06/2011, DJ-e Pág. 187

⁶⁰ BRASIL. TJDF - RAG: 0018558-05.2010.807.0000, Relator: Alfeu Machado, Data de Julgamento: 27/01/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 31/01/2011, DJ-e Pág. 177

Atualmente o número de decisões que consideram o estupro como um tipo misto alternativo é majoritário. Os juízes que interpretam o artigo 213 do Código Penal dessa maneira compreendem que o Direito Penal existe para disciplinar a vida em sociedade, buscando a paz social, mas que as emoções, a vontade e os dogmas dos cidadãos sobre determinado caso concreto, não estão acima e não podem ir contra do que claramente dispõe o texto legal. Assim, entendem que:

“Ao Judiciário cabe interpretar a lei, criticá-la até, mas não pode deixar de cumpri-la, a pretexto de não ser a norma ideal. Cabe, ainda, deixar de aplicá-la se ofender a Constituição Federal. Assim não sendo, respeita-se o fruto proveniente do Legislativo.”⁶¹

Tais magistrados acreditam que um crime de estupro cometido de maneira mais violenta, com maior número e formas de abusos sexuais, deve ser punido de forma mais rígida, afastando a pena do mínimo legal e aplicando-se as devidas agravantes, se presentes, afastando a tese de que a interpretação do tipo como misto alternativo seria um benefício ao réu.

Dessa forma, claro é que essas decisões são mais adequadas, pois ao mesmo tempo protegem a liberdade sexual da vítima, punindo o agressor pelo crime cometido, mas de acordo com o que disciplina a lei, alcançando assim, os objetivos da pena.

Ademais, não se pode admitir o afastamento da alternatividade simplesmente porque a aplicação desta “[...] enfraqueceria a proteção da liberdade sexual, porque sua violação é crime hediondo e deixa marca permanente nas vítimas”⁶².

Obviamente que os crimes que violam a liberdade sexual deixam, na grande maioria dos casos, marcas permanentes e de difícil superação, também sabemos que muitos desses crimes são classificados como hediondos. A questão é que esses fatos em nada guardam relação com o tema discutido, pois “[...] o grau de proteção que a norma confere ao bem jurídico e o tipo de transtorno psicológico que

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado* – 12.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.902

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia Bastos Monteiro; SILVA, Raphael Zanon da. *Doutrinas Essenciais - Direito Penal: O Crime de Estupro Sob o Prisma da Lei 12.015/09* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.404

a infração causa ao ofendido não são critérios válidos para classificação do tipo penal como misto cumulativo ou alternativo”⁶³

Incoerente também está o argumento que afirma que a conjunção carnal possui modo de execução distinto dos demais atos libidinosos e que por isso, quando houvesse a presença dos dois em uma conduta criminosa, o correto seria a cumulação das penas do art. 213, afastando tanto a continuidade delitiva como a interpretação do tipo como misto alternativo⁶⁴. Tal afirmação não pode ser sustentada porque:

“[...] a maneira de execução é o modo, a forma, o estilo de praticar o crime, não exigindo a lei identidade, mas apenas semelhança.⁶⁵ A violência e a grave ameaça são o modo de execução do crime e não a forma final da prática do ato. Deve-se levar em conta que “conjunção carnal” e “outro ato libidinoso” são elementares do crime de estupro e que somente se chega ao verbo nuclear “constranger” através dos modos de execução violência ou grave ameaça.”⁶⁶

Assim, não se deve confundir os modos de execução, que no caso do crime de estupro, são a violência ou a grave ameaça, com o resultado do crime, que seria o constrangimento a conjunção carnal ou o ato libidinoso. Claro é que o modo de execução é o mesmo, independente do resultado. Sendo assim, afasta-se totalmente o argumento de que a cumulatividade se faz presente pela distinção do modo de execução.

Quanto a hipótese de crime continuado, antes do advento da Lei 12.015/09, esta era dificilmente aceita. Isso porque, um agente que tenha submetido a vítima a conjunção carnal e a atos libidinosos diversos, violaria crimes de espécies diferentes, já que a conjunção carnal forçada era prevista no artigo 213 e os atos libidinosos forçados eram previstos no artigo 214, não cumprindo assim, um requisito essencial do art. 71 do Código Penal, pois este assim dispõe:

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

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia Bastos Monteiro; SILVA, Raphael Zanon da. Doutrinas Essenciais - Direito Penal: O Crime de Estupro Sob o Prisma da Lei 12.015/09 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.404

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 78.667 – SP*. Impetrante: Gilberto Soares Malta. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Laurita Vaz. Acórdão 22 jun. 2010. www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/hc_78667.pdf. Vencido, por unanimidade, o voto da Ministra Laurita Vaz. Voto da Ministra Laurita Vaz.

⁶⁵ BITENCOURT, 2006, apud NUCCI et al., 2010, p. 69

⁶⁶ Ibidem, p. 69

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.⁶⁷

Em virtude de tais condutas não estarem inseridas no mesmo tipo e assim, representarem espécies diferentes, quando o agente cometia atentado violento ao pudor e conjunção carnal com a vítima, o instituto do crime continuado era afastado, sendo aplicado o concurso material entre os artigos 213 e 214 do Código Penal.⁶⁸

Atualmente, ainda que o art. 213 do Código penal seja claramente um tipo misto alternativo, existem situações em que pode ser concedido o benefício do crime continuado ao réu, tendo em vista que em decorrência da junção da conjunção carnal e dos atos libidinosos diversos em um único tipo, qual o seja, o artigo 213 do Código Penal, tais condutas passaram a ser de mesma espécie, extinguindo o impedimento antes presente, por exemplo:

“No entanto, pode ocorrer que, uma vez praticado o estupro (com sexo anal e conjunção carnal), o agente, após algum tempo, queira, por mais uma vez, praticar os referidos atos sexuais com a vítima, que ainda se encontrava subjugada. Nesse caso, poderíamos levar a efeito o raciocínio relativo ao crime continuado? Entendemos que a resposta só pode ser positiva, pois que o agente, após a consumação do primeiro estupro, veio a praticar novo crime da mesma espécie, e que pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, o crime subsequente deve ser havido como continuação do primeiro, aplicando-se, portanto, a regra constante do art. 71 do Código Penal.”⁶⁹

Desse modo, via de regra, quando houver a prática, contra a mesma vítima, de conjunção carnal e atos libidinosos diversos, o agente responderá por um crime único, dentro da pena imposta no artigo 213 do Código Penal.

No entanto, se após a consumação do primeiro estupro, presentes os requisitos do artigo 71 do Código Penal, o agente subjugar a vítima novamente, praticando um segundo estupro, existe a possibilidade da aplicação da continuidade delitiva entre o primeiro estupro e o segundo estupro, e não entre as condutas isoladas da conjunção carnal e do ato libidinoso.

⁶⁷ BRASIL. Código Penal. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.516

⁶⁸ FAYET, Fabio Agne. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.117

⁶⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 3ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.477.

Ressalta-se que os defensores da corrente que entendem o estupro como tipo cumulativo, também admitem a possibilidade da continuidade delitiva, no entanto, apenas em relação à prática da mesma violência sexual (duas conjunções carnais, por exemplo). Diferentemente, ao considerar o tipo como misto alternativo, a continuidade delitiva pode ocorrer entre um estupro em que houve conjunção carnal e outro em que houve a prática dos demais atos libidinosos.

Outra questão que merece destaque sobre o tema, diz respeito à aplicabilidade da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

Súmula 711 do STF - A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.⁷⁰

Desse modo, nos casos de crimes permanentes ou continuados, entre ações iniciadas antes da vigência da Lei 12.015/2009 e findas após o seu advento, será aplicada a mencionada Lei, mesmo que prejudicial ao réu.

Assim:

“Aqui podemos imaginar uma continuidade de estupros ocorrida entre os dias seis e oito de agosto de 2009. Várias vezes. Imaginemos, primeiramente, que a vítima fosse um homem, a quem o sujeito ativo ministrara estimulantes sexuais, e com quem mantivesse cópula vagínica diversas vezes. Levando-se em consideração que a norma passou a vigor no dia de sua publicação, 07 de agosto de 2009, todas as condutas anteriores a essa data (praticadas, então no dia 06) caracterizariam no máximo o crime de constrangimento ilegal (dado que o atentado violento ao pudor não se tipificaria pela prática de conjunção carnal, e o estupro exigia mulher no polo passivo), a solução apresentada pela Súmula antes destacada nos parece efetivamente ferir o princípio da irretroatividade da lei mais benéfica; entretanto, a matéria é trabalhada no campo das exceções aos ditames do concurso intertemporal de normas, exatamente para permitir que se aplique a nova norma, independente de sua gravidade ou benesse. Nesse caso, o sujeito ativo deveria ser responsabilizado por todas as condutas da cadeia delitiva (praticada, como já dito, entre 06 e 08 de agosto de 2009), ficando a mercê da nova norma, que incrimina a conduta por ele praticada, com pena de seis a dez anos de reclusão, acrescida do aumento correspondente ao crime continuado.”⁷¹

Destarte que em virtude da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, no caso de concurso intertemporal no curso de crimes continuados, a lei mais nova, no caso em questão a Lei 12.015/2009, será aplicada em decorrência

⁷⁰ BRASIL. Código Penal. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1808

⁷¹ FAYET, Fabio Agne. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.114

do(s) crime(s) ter sido praticado em sua vigência. No entanto, a aplicação de tal Súmula é considerada por alguns doutrinadores, como Cezar Bitencourt, inconstitucional por ferir explicitamente o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave.⁷²

Quanto à questão relativa à possibilidade ou não da retroatividade da lei penal, entende-se plenamente aceitável que os condenados em concurso material pelos crimes do antigo artigo 213 do Código Penal (estupro) e pelo antigo artigo 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor) sejam beneficiados pela retroatividade da lei mais benéfica, tendo suas penas revistas e passando a responder apenas pelo novo artigo 213 do Código Penal.

Assim versa o artigo 2º do Código Penal:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.⁷³

O parágrafo único é expresso ao admitir que, se a lei posterior for benéfica, mesmo que o processo já tenha transitado em julgado, esta se aplica ao réu.

Sobre o assunto:

“A retroatividade da lei mais benéfica é marca também da hipótese de a nova legislação, ao invés de descriminalizar, apenas suavizar algum aspecto (qualquer aspecto) relativo ao crime, desde que o benefício ao agente seja evidente. É a regra expressa no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, isso porque “se a nova lei julgou que fatos daquele gênero se deviam regular pelo novo regime, menos rigoroso, não se tolera a aplicação do mais severo, que já não corresponde à vontade vigente do Estado”. Tal entendimento deriva de norma constitucional, desenhada no art. 5º, inc. XL, CF/88.”⁷⁴

A Lei 12.015/09 é benéfica no que pertine aos casos em que houve condenação em concurso material pelo antigo artigo 213 e 214 do Código Penal, em virtude desta lei ter unificado esses dois artigos em apenas um, qual seja, o atual artigo 213 do Código Penal, considerando como estupro também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

⁷² FAYET, Fabio Agne. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.114

⁷³ BRASIL. Código Penal. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.509

⁷⁴ FAYET, ob. cit., p.109

Assim, se o agente foi condenado pelo antigo crime de estupro a uma pena de 6 anos e pelo crime do antigo atentado violento ao pudor a uma pena de 6 anos, totalizando 12 anos de reclusão, após o advento da Lei 12.015/09, em virtude do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, a sua pena deve ser modificada, de modo que o condenado responda de acordo com a sanção prevista no atual artigo 213 do Código Penal ou seja, a nova pena cominada será entre 6 a 10 anos, havendo uma redução em relação a pena anteriormente aplicada.

Obviamente que a retroatividade, em especial no que diz respeito à Lei 12.015/09, tende a ser criticada pela sociedade, pois, por exemplo, um agente condenado por ter cometido, na vigência dos antigos artigos 213 e 214 do Código Penal, conjunção carnal (art.213), sexo anal (art.214), sexo oral (art.214), introdução de objetos (art.214) em concurso material, considerando que a pena de cada um dos 4 crimes foi de 7 anos, totalizando 28 anos de reclusão, teria sua pena reduzida em razão da retroatividade, sendo esta de no máximo 10 anos, ou seja, 18 anos a menos do que a pena original.

De fato, as reduções de pena decorrentes da retroatividade em virtude da Lei 12.015/09 podem ser extremas, como no exemplo supracitado. No entanto, esta não pode deixar de ser aplicada, pois prevista é no ordenamento jurídico em diversas passagens, como no parágrafo único do art. 2º do Código Penal⁷⁵, no artigo 66, I da Lei de Execuções Penais⁷⁶, na Súmula 611 do STF⁷⁷, e em especial, é direito constitucional, conforme dispõe o art. 5º, XL da Constituição Federal.⁷⁸

Sendo assim, por mais injusta que possa parecer a redução da pena, principalmente em virtude da quantidade de atos praticados pelo agente ou pela seriedade destes, o disposto no texto legal deve ser cumprido, pois não há distinção no que pertine a possibilidade da retroatividade: sendo a lei posterior mais benéfica, esta deverá ser aplicada aos fatos anteriores transitados em julgado ou não, independente do bem jurídico tutelado e da gravidade do crime.

⁷⁵ Parágrafo único do art. 2º do Código Penal: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

⁷⁶ Art.66 da Lei 7210/1984: Compete ao Juiz da execução: I aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado.

⁷⁷ Súmula 611 do STF: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.

⁷⁸ Art 5º, XL da Constituição Federal: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Ainda relacionado à lei penal no tempo, temos a questão da criminalização da conjunção carnal praticada contra o homem.

Sobre a criminalização:

“A criminalização, por sua vez, trata da situação em que a lei nova passa a considerar como ilícito penal fato anteriormente irrelevante para o mundo jurídico-penal. É dizer: a nova legislação, a partir de sua entrada em vigor, passa a considerar como crime o fato lícito anteriormente praticado pelo agente; e, por força do art. 1º do Código Penal, tal disposição legislativa mais grave será irretroativa, isto é, não alcançará os fatos praticados antes de sua vigência.”⁷⁹

Antes da Lei 12.015/09, a vítima no crime de estupro somente poderia ser do sexo feminino. O homem poderia ser vítima do crime de atentado violento ao pudor, ou seja, quando fosse submetido a atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como por exemplo, sexo anal.

Como já demonstrado, com o advento da referida lei, o artigo 213 do Código penal passou a ser crime comum, podendo tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo ser homem ou mulher;

Assim, o ato de constranger o homem, mediante violência ou grave ameaça, a manter conjunção carnal, passou a ser considerado como crime de estupro, apenas após 7 de agosto de 2009, data da promulgação da Lei 12.015/09

Dessa forma, de acordo com o que estabelece o artigo 1º do Código Penal⁸⁰ e com fundamento no princípio da legalidade⁸¹, a conjunção carnal forçada, contra homens, ocorrida antes de 7 de agosto de 2009, não poderia ser criminalizada como estupro, sendo tipificada, no máximo, como constrangimento ilegal.⁸² Apenas podem responder pelo crime de estupro, os agentes que cometerem tal crime após o advento da Lei 12.015/09.⁸³

Lembrando que a retroatividade da lei não se aplica aos agentes condenados exclusivamente ao antigo artigo 214 do Código Penal, praticado contra homem ou contra mulher, pois nesse caso, a Lei 12.015/09 não beneficia o agente,

⁷⁹ FAYET, Fabio Agne. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.111

⁸⁰ Art 1º do Código Penal: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

⁸¹ Princípio da legalidade: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei

⁸² FAYET, ob. cit., p. 114

⁸³ Ibidem, p.111

já que o constrangimento a atos libidinosos continuou a ser criminalizado, embora no artigo 213 do Código Penal, e não houve redução de pena para a conduta. Assim:

“[...] neste caso, a nova legislação substituiu a rubrica da conduta de “atentado violento ao pudor” para “estupro”, mas a conduta em si, o constrangimento de alguém à prática de qualquer ato libidinoso, contrário a sua vontade, em qualquer situação continua socialmente reprovável, isto é, a conduta permanece proibida e por isso não passível de receber a benesse legislativa.”⁸⁴

Por fim, ressalta-se que a defesa do crime de estupro como tipo misto cumulativo é, principalmente, resultado da enorme repulsa que os crimes sexuais geram na sociedade. Prova disso, é que não há uma discussão tão acerbada no tocante ao crime de tráfico de drogas ser um tipo misto alternativo, mesmo sendo um crime gravíssimo e que gera prejuízos sociais enormes. Importante lembrar que existem diversos crimes no nosso ordenamento jurídico que são tão graves quando o do art. 213, ou as vezes até mais.⁸⁵

O trauma e o dano que cada crime causa em suas vítimas, não pode ser generalizado, assim não podemos afirmar que o crime de estupro é o mais grave de todos e o de mais difícil superação. Uma vítima de um sequestro, de uma extorsão mediante sequestro, de uma lesão corporal grave, etc, pode ficar mais traumatizada psicologicamente e fisicamente do que uma vítima de um crime sexual, isso varia de pessoa para pessoa.

Ademais, não se deve interpretar a mudança na lei como algo que surgiu para beneficiar os estupradores, isso porque a dosimetria da pena ficará a cargo do bom senso dos magistrados, de maneira que certamente um indivíduo que cometeu apenas uma conjunção carnal não terá a mesma pena que outro que cometeu diversos atos libidinosos contra a vítima. O art. 59 possui 8 circunstâncias judiciais, as quais certamente deverão ser levadas em conta na hora da fixação da pena, de modo que quanto mais atos e quanto maior a gravidade das ações praticadas contra a vítima, maior será a pena aplicada.

Nesse sentido:

“Isso porque, insiste-se, a lesão ao bem jurídico tutelado é a mesma. A diversidade de ações praticadas contra o mesmo sujeito passivo

⁸⁴ FAYET, Fabio Agne. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.110

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado* – 12.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.835

não fará aparecer outra lesão ao bem jurídico, mas sim, maior lesão. E isso deve ser repreendido com a medida da pena.”⁸⁶

“Não se deveria debater esse tema valendo-se, unicamente, da pena mínima. Afinal, o agente que atuar contra a vítima, obrigando-a à conjunção carnal e a outros atos libidinosos jamais deveria ser apenado com meros seis anos. A pena pode ser elevada até o patamar de dez anos, dependendo do caso concreto. Lembremos, ainda, que inúmeras outras situações, uma vez rompida a tese do tipo misto alternativo, poderão vir a tona em outros cenários.”⁸⁷

Desse modo, embora indiscutível a gravidade e as profundas sequelas oriundas do crime previsto no art. 213, não se pode pormenorizar a previsão do tipo penal em questão que, em sua redação, deixa claro a alternatividade entre a prática da conjunção carnal e dos demais atos libidinosos, afastando por completo a possibilidade do concurso material entre tais condutas.

Tal teoria, como demonstrado, já é majoritária em nossos Tribunais, o que demonstra que caminhamos no sentido de adaptar a nova legislação aos casos concretos, o que conseqüentemente resultará em breve em uma jurisprudência unificada sobre o tema.

Qualquer interpretação diversa representa não somente uma afronta ao dispositivo legal, mas também fragiliza o ordenamento penal como um todo, abrindo margem para que as interpretações acerca dos crimes descritos em seu Código sejam feitas de maneira aleatória e fortuita, impedindo que o Direito Penal alcance o seu objeto principal, qual o seja, defender e resguardar os bens jurídicos fundamentais.

⁸⁶ FAYET, Fabio Agne. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.120

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral / parte especial* – 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.835.

4 A NECESSIDADE DE REFORMA DO ARTIGO 213 DO CODIGO PENAL

Apesar de demonstrado veementemente que a teoria que considera o artigo 213 do Código Penal como um tipo misto alternativo é a que melhor atende os interesses jurídicos e que se adéqua ao que dispõe o texto penal, não podemos deixar de lado que o crime de estupro apresenta lacunas que necessitam ser preenchidas para uma melhor aplicação da pena.

Nota-se que o artigo 213 do Código Penal, ao abranger em sua tutela, a conjunção carnal e todos os demais atos libidinosos, incluindo dentre estes atos mais leves, como um afagar nas partes íntimas da vítima ou um beijo lascivo, até atos mais graves como o sexo anal e o sexo oral, não consegue tutelar de forma adequada a liberdade sexual, objetivo previsto para tal crime.

Exemplo do que se afirma, seria o caso de um agente que, mediante violência, dá um beijo lascivo em sua vítima, deixando-a livre logo em seguinte. Considerando que o agente, ao ser condenado, responda pela pena mínima prevista no art. 213, ainda sim, a pena de 6 anos de reclusão seria um exagero em virtude de um beijo forçado. Já em outro exemplo, o agente que, mediante violência, obrigue a vítima a prática de conjunção carnal, sexo anal, sexo oral, introdução de objeto e masturbação, considerando que o agente, ao ser condenado, responda pela pena máxima prevista no art. 213, esta seria de 10 anos, o que seria adequado do ponto de vista da alternatividade do tipo, mas ao mesmo tempo, uma sanção insuficiente diante da gravidade da conduta praticada.

Ressalta-se que, nos exemplos acima, em que no primeiro caso há apenas 1 conduta sem maior gravidade, e no segundo caso, em que há 5 condutas gravíssimas, a diferença entre as penas, seria de, no máximo, 4 anos (diferença entre a pena mínima de 6 anos e a pena máxima de 10 anos prevista no art. 213 do Código Penal).

Tal diferença nos parece insignificante diante da extremidade de condutas tão opostas, o que dificulta a aplicação da pena de maneira justa e condizente com a gravidade do ato praticado. Para melhor compreensão da questão, vejamos o exemplo a seguir:

“Um professor de música orienta suas alunas com 9,10 e 11 anos a irem às aulas sem calcinha e de saia. Enquanto tocam violino ou outro instrumento, são conduzidas a cruzar as pernas, de modo que o professor tenha acesso visível aos órgãos sexuais das infantas. Enquanto elas tocam, ele se masturba secretamente, embaixo da mesa, longe das vistas das meninas. Descoberta a situação, foi processo por estupro de vulnerável. Em tese, a tipificação está correta, pois envolve a prática de ato libidinoso, com menores de 14 anos. Entretanto, as meninas nem mesmo perceberam os atos praticados pelo professor. Seria viável condená-lo a uma pena de oito anos de reclusão, como delito hediondo? De outra parte, seria justo desclassificar para simples contravenção penal?”⁸⁸

Isso ocorre em virtude do art. 213 do Código Penal, após a unificação de condutas decorrente da Lei 12.015/09, equiparar a reprovabilidade penal decorrente da conjunção carnal e dos demais atos libidinosos mais graves, aos atos libidinosos evidentemente menos lesivos, o que demonstra uma irracionalidade legislativa que fere escancaradamente os princípios da proporcionalidade da pena e o da legalidade.⁸⁹

Não há proporcionalidade da pena porque, como já demonstrado, a pena mínima e a pena máxima do crime de estupro apresentam uma diferença de apenas 4 anos, o que, somado a amplitude das condutas abrangidas pelo tipo, que variam entre atos graves, como a conjunção carnal e o sexo oral, e os atos de menor lesividade, como um beijo lascivo ou a masturbação sem a participação da vítima, dificulta uma sanção justa e sensata.

Quanto ao princípio da legalidade, este claramente é desrespeitado no que tange a um dos seus componentes essenciais, qual seja, a segurança jurídica, já que o art. 213 do Código Penal se tornou um tipo aberto ao abranger todos os demais atos libidinosos, deixando margem a interpretações diversas sobre quais atos se enquadrariam como estupro e quais poderiam, por exemplo, ser considerado como importunação ofensiva ao pudor⁹⁰.

Nesse sentido:

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral / parte especial* – 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.838.

⁸⁹ MARTINS, José Renato. *O Delito de Estupro após o advento da lei 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais*, Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. p.32. Disponível em: www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf. Acesso em: 28 de fev. de 2015

⁹⁰ Lei das Contravenções Penais: Art. 61 - Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa.

“Inadmissível, portanto, a manutenção do tipo de estupro da forma como está construído, já que estão contidos na sua tipicidade elementos normativos imprecisos que o tornam aberto e postulam uma valoração singularmente especial por parte do magistrado ao analisar a situação em particular, afastando, destarte, toda e qualquer segurança jurídica.”⁹¹

A violação aos mencionados princípios resulta em uma insegurança nos julgamentos dos casos concretos, de modo que, diante da ausência de uma tipificação fechada, os magistrados não possuem um norte para guiá-los em seus julgados, o que além de dificultar a unificação da jurisprudência pátria, resulta muitas vezes, em condenações injustas e desproporcionais.

Como exemplo de legislação que, ao contrário da brasileira, não apresenta as lacunas presentes no crime de estupro, assim tipifica o Código Penal espanhol:

Art. 178: El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Art. 179: Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeiras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.

Nota-se que de forma simples e diante de artigos de fácil interpretação, o Código Penal espanhol dividiu em dois artigos os crimes sexuais, imputando penas proporcionais a gravidade da conduta cometida. Assim, aqueles que violentarem a vítima por via vaginal, anal, oral ou através da introdução de objetos, serão condenados a pena de 6 a 12 anos conforme dispõe o artigo 179. Já quanto a qualquer outra forma de violência sexual mais leve, a pena é igualmente mais branda, de 1 a 4 anos, conforme o artigo 178.

Sobre o assunto:

“Dessa forma, desnecessário se faz que o exegeta depreenda grande esforço intelectual para verificar que, contrariamente à irracionalidade legislativa contida no artigo 213 do Código Penal brasileiro, o legislador espanhol – ressalta-se -, em verdadeiro

⁹¹ MARTINS, José Renato. *O Delito de Estupro após o advento da lei 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais*, Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. p.33. Disponível em: www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf. Acesso em: 28 de fev. de 2015

respeito aos mencionados princípios da taxatividade e da proporcionalidade, ao prever a existência de uma gradação de pena entre as condutas que atingem a liberdade sexual do indivíduo em sentido lato e aquelas outras que atingem a sua liberdade sexual sob a forma de agressões objetivamente descritas na lei, focando, especialmente, aquelas denominadas, nesta oportunidade, de “condutas invasivas”, proporcionou ares racionais às normas legais que tem por escopo reprimir os delitos contra a liberdade sexual naquele país, afastando-se sobremaneira da insegurança forjada pela expressão “outro ato libidinoso” que o legislador brasileiro insiste em manter como elemento do tipo, o qual conduz o intérprete à perigosa conclusão que aí estão contidos todos os atos de natureza sexual.”⁹²

Assim, seguir o exemplo do Código Penal espanhol seria a solução mais adequada para superar as falhas presentes no crime de estupro da legislação brasileira.

Desse forma, seria necessário alterar a redação do atual artigo 213 do Código Penal, tornando estupro o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a conjunção carnal, ao sexo anal, ao sexo oral e a introdução de objetos, retirando do tipo a vaga expressão “ato libidinoso”, de forma a estipular de forma clara e precisa quais condutas são de fato criminalizadas como estupro.

Ademais, imprescindível seria a criação de um novo tipo penal, que abrange-se, de forma geral, as demais condutas que violassem de maneira menos grave a liberdade sexual da vítima, a exemplo do mencionado artigo 178 do Código Penal espanhol. Assim, sugere-se que o novo crime, que poderia ser, por exemplo, o crime de constrangimento sexual, abrange-se a prática de qualquer atentado a liberdade sexual, ressalvado as hipóteses do art. 213, praticado perante violência, grave ameaça ou constrangimento da vítima, incluindo nesse crime, por exemplo, os casos de beijo lascivo, apalpar as partes íntimas da vítima, masturbação, etc.

Outra questão atualmente problemática, que seria solucionada com a modificação do atual artigo 213 do Código Penal e com criação de um novo tipo intermediário, refere-se à sanção imposta.

Supondo que o novo tipo penal intermediário, que abrangesse as formas de violência sexual mais leves, possui-se, a exemplo do art. 178 do Código

⁹² MARTINS, José Renato. *O Delito de Estupro após o advento da lei 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais*, Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. p.34. Disponível em: www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf. Acesso em: 28 de fev. de 2015

Penal espanhol, a pena de 1 a 4 anos, certamente o magistrado teria uma maior facilidade em aplicar a pena, tendo em vista a amplitude desta.

Assim, por exemplo, um agente que violentamente beija lascivamente a vítima, poderia receber a pena de 1 ano, que a depender do caso concreto, poderia ser convertida em restritiva de direitos. Já o agente que pratica o beijo lascivo e ao mesmo tempo acaricia as partes íntimas da vítima, diante do fato do agente ter praticados duas condutas que violaram a liberdade sexual, levando em conta a alternatividade do tipo, o juiz poderia aplicar a pena entre 3 e 4 anos, o que corresponde adequadamente a gravidade do ato, diferentemente do que ocorreria na vigência do atual artigo 213 do Código Penal, o qual o agente seria sancionado a, no mínimo, 6 anos de reclusão.

Quanto ao crime de estupro, a nova redação aqui sugerida, poderia, devido a realidade atual, em que são noticiadas verdadeiras atrocidades relacionadas à violência sexual, atribuir sanção de 6 a 15 anos, solucionando de vez, as críticas relacionadas à classificação do artigo 213 do Código Penal como tipo misto alternativo.

Isso porque, o magistrado teria uma maior amplitude para aplicar a pena, sendo que, agora de forma eficaz, o agente seria condenado de forma equivalente a quantidade de atos praticados contra a vítima. Assim, por exemplo, o agente que praticou sexo oral na vítima, poderia ser condenado a pena de 6 anos. Já o agente que forçou a prática de conjunção carnal, sexo oral, sexo anal, poderia ser condenado a pena entre 10 e 15 anos, levando em conta as peculiaridades do crime e seus consequências.

Como já mencionado, o argumento principal que defende o crime de estupro como um tipo misto cumulativo, baseia-se no fato de que é inconcebível que um estupro caracterizado pela barbaridade e inúmeras práticas sexuais, seja penalizado com no máximo 10 anos, sendo que, anteriormente, devido ao concurso material entre o antigo artigo 213 e 214 do Código Penal, as penas muitas vezes ultrapassavam o patamar dos 20 anos.

Assim, a modificação do atual crime de estupro, iria impossibilitar que penas extremas fossem aplicadas, conforme ocorria na vigência dos antigos artigos 213 e 214 do Código Penal. Por outro lado, mesmo diante da alternatividade

do tipo, a pena imposta seria justa ao ser evidentemente proporcional a gravidade/quantidade de condutas praticadas pelo agente.

Nas palavras de Cezar Bitencourt, as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que as regulem⁹³. Por essa razão, a necessidade da alteração do atual crime de estupro, para que, de fato, o bem jurídico tutelado pelo artigo 213 do Código Penal, qual o seja, a liberdade sexual, seja efetivamente protegido, afastando incertezas jurídicas e garantindo que tanto a finalidade preventiva, quanto a sancionadora do Direito Penal, sejam, de fato, alcançadas.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1* – 18. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.33

CONCLUSÃO

A classificação do crime do artigo 213 do Código Penal como tipo misto alternativo ou como misto cumulativo é essencial para uma maior segurança jurídica nas lides penais atuais.

Isso porque, ao considerar o estupro como um tipo misto alternativo, o agente será condenado por um crime único, qual o seja, o do artigo 213 do Código Penal, independente da quantidade de atos sexuais que pratique. Já se a teoria adotada for a do tipo como misto cumulativo, o agente responderá, em concurso material, por quantos atos sexuais tenha praticado.

Sendo assim, a adoção de uma ou outra teoria é determinante na sentença do réu, pois a pena aplicada dependerá, e muito, do segmento escolhido pelo magistrado.

No entanto, não se pode admitir que casos praticamente idênticos, apresentem condenações extremamente divergentes, de modo que a unificação da jurisprudência sobre o tema, faz-se necessária para que tais situações não se apresentem mais no âmbito jurídico.

Como demonstrado no transcorrer do presente trabalho, a doutrina e jurisprudência dominantes, são adeptas a classificação do crime de estupro como tipo misto alternativo, o que demonstra a imperatividade do texto legal, apesar das críticas acerca das possíveis reduções de pena em virtude da retroatividade da lei penal mais favorável e da impossibilidade da aplicação do concurso material, impedindo condenações acima do previsto no artigo 213 do Código Penal

O acolhimento de tal teoria resulta do entendimento de que, se a Lei 12.015 de 2009 unificou o antigo atentado violento ao pudor e o estupro em um mesmo dispositivo, utilizando-se de uma redação que claramente demonstra a alternatividade das condutas, qualquer interpretação divergente representaria não somente uma afronta ao que dispõe o legislador, como também enfraquece o ordenamento penal como um todo ao permitir condenações baseadas na gravidade em abstrato das condutas, e não de acordo com o que prevê o Código.

Apesar da maior plausibilidade da classificação do tipo como misto alternativo, existem muitas lacunas que a adoção dessa teoria não supre, impedindo

que o Estado cumpra o seu dever de tutelar um dos bens jurídicos de maior relevância, qual seja, a liberdade sexual de cada.

Desse modo, para evitar tanto condenações que de fato deveriam ser mais brandas, como para evitar condenações que deveriam ser mais severamente apenadas, é indispensável uma reforma no art. 213 do Código Penal, para melhor definir as condutas violadoras da liberdade sexual, em quais crimes tais violações se enquadram, e quais as sanções necessárias para reprimir cada um deles.

Apenas com tais mudanças é possível vislumbrar a real eficácia e, principalmente, a justa aplicabilidade da adoção do crime de estupro como um tipo misto alternativo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1 – 18. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.33

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 4 – 6. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.44-60

BRASIL. Código Penal. In: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código Penal. In: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 78.667 – SP**. Impetrante: Gilberto Soares Malta. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Laurita Vaz. Acórdão 22 jun. 2010. www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/hc_78667.pdf. Vencido, por unanimidade, o voto da Ministra Laurita Vaz. Voto da Ministra Laurita Vaz.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 105.533 - PR**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 07/02/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 239.778 - SP**, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 11/09/2012, DJe 24/09/2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 242.925 - RS**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pet nº 6.610 - SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 09/03/2012

BRASIL. TJDF - **RAG: 0018558-05.2010.807.0000**, Relator: Alfeu Machado, Data de Julgamento: 27/01/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 31/01/2011, DJe e Pág. 177

BRASIL. TJDF - **RAG nº 0008012-51.2011.807.0000**, Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 26/05/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 07/06/2011, DJe e Pág. 187

BRASIL. TJSP. **Agravo de Execução Penal nº 0190766-30.2011.8.26.0000**, Relator: Pinheiro Franco, Data de Julgamento: 26/01/2012, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 26/01/2012

FAYET, Fabio Agne. **O Delito de Estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado - 6ª Ed.**, São Paulo. Editora Impetus, 2012

_____. **Curso de direito penal: parte especial.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Uma interpretação de duvidosa dignidade**, publicado na página de internet da Associação Paulista dos Magistrados em 31/08/2009. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>. Acesso em 14/04/2013

HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao Código Penal**, 5 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, v. VIII, p.106 .

MARTINS, José Renato. **O Delito de Estupro após o advento da lei 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais**, Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. p.18. Disponível em: www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf. Acesso em: 28 de fev. de 2015

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: parte geral.** Vol, 2. São Paulo: Ed. RT, 2009, p.100

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** – 12.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.900-918

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral / parte especial** – 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.84-89 e 829-839.

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia Bastos Monteiro; SILVA, Raphael Zanon da. **Doutrinas Essenciais - Direito Penal: O Crime de Estupro Sob o Prisma da Lei 12.015/09** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.396-422