



CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS

Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 1.162, de 13/10/16, D.O.U. nº 198, de 14/10/2016
AELBRA EDUCAÇÃO SUPERIOR - GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO S.A.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A PLURALIDADE DE CONDUTAS PRATICADAS CONTRA VULNERÁVEIS E SUA PERSPECTIVA DE CONSTITUIR CRIME ÚNICO OU CONCURSO DE CRIMES

Mayumi Maryney A. Moreira¹

RESUMO

O presente estudo analisa os aspectos mais relevantes e controvertidos da Lei 12.015/2009 e as alterações nas disposições do art. 217-A do Código Penal, visando entender se a pluralidade de condutas constitui crime único ou concurso de crimes. Abordando inicialmente sobre as mudanças que o novo diploma legal trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, é feita análise geral acerca do instituto do concurso de crimes. O método utilizado é pesquisa bibliográfica, tendo como enfoque demonstrar os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes à referida matéria. Devido a elaboração do trabalho, chegou-se à conclusão que a conjunção carnal e o coito anal estão descritos no mesmo tipo penal, e ao serem praticados em igual contexto fático e contra a mesma vítima, possuindo idêntico bem jurídico afetado, o sujeito pratica crime único.

Palavras-chave: Crime Único; Concurso de Crimes; Lei 12.015/2009; Pluralidade de Condutas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as mudanças ocasionadas pela Lei 12.015/2009. Tema este muito discutido na sociedade atual, devido às transformações promovidas no Código Penal (CP), algumas controvérsias foram suscitadas a respeito das condutas previstas no atual Título VI que passou a se chamar “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Dentre as alterações efetuadas pela Lei nº 12.015/2009 em relação ao Título VI da Parte Especial do Código Penal que cuidava dos crimes contra os costumes. Entretanto, no mérito da questão, após a alteração do Título VI que passou a ser denominado de “Dos crimes contra a dignidade sexual”, encontra-se no artigo 213 do Código Penal. Mostra-se que os crimes

¹ Acadêmica do Curso de Direito do CEULP/ULBRA. E-mail: contatomaryney@gmail.com

de estupro e atentado violento ao pudor foram unificados em único tipo, na nova redação do artigo 213, passando a ser classificado como tipo misto com pluralidade de ações de conteúdo alternativo.

Antes da referida alteração era possível condenação em concurso material de crimes entre o estupro (art. 213 do CP) e o atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) que tratavam de duas ou mais condutas que o agente poderia praticar. Assim como, expresso no artigo 69 do Código Penal. Portanto, na ocasião em que o sujeito em um mesmo contexto fático, constrange a mesma vítima, mediante grave ameaça, e mantém conjunção carnal e coito anal, o “fato” constitui crime único (art. 213 do CP com a redação dada pela Lei 12.015/2009).

Diante da situação, a problemática que fez surgir à escolha do tema foi averiguar e aperfeiçoar o conhecimento no que se refere às condutas constantes no art. 217-A do CP, com advento da nova Lei. Tendo em vista, a vulnerabilidade dos incapazes, possuindo idade entre 12 e 14 anos, sendo tema delicado, além de ter grande repercussão constante na sociedade. Infelizmente, o crime de estupro de vulnerável incide em novas vítimas todos os dias que acabam tendo dignidade humana e sexual atingidas pela prática desse delito, uma vez que são pessoas que não possuem o total discernimento da prática abusiva.

O método utilizado para este estudo, é pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, revistas e a legislação brasileira em vigor, tendo como foco principal o Código Penal com alterações pela Lei 12.015/2009.

Desse modo, no primeiro capítulo a pretensão é apresentar os aspectos da vulnerabilidade no Direito Penal. Além disso, adentrando no instituto do concurso de crimes, fazendo abordagem geral sobre o instituto, visando a melhor compreensão da questão. Por sua vez, o segundo capítulo, que constitui o núcleo do estudo, será tratado a questão envolvendo o agente que, exercendo violência física ou moral, no mesmo contexto fático, constrange a mesma vítima, permitindo ou praticando conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso.

2 A VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL

Neste tópico será abordado a vulnerabilidade no âmbito penal, assim como seus contextos históricos. A expressão vulnerabilidade será adequadamente estudada e nos parágrafos posteriores deste artigo serão descritas as disposições antes da reforma no Código Penal pela Lei 12.015/2009, na eventualidade em que o agente não gastasse violência real contra a vítima, presumia-se a sua subsistência em virtude da idade ou situações pessoais da vítima do delito.

Sob a luz do Direito, a palavra vulnerabilidade foi ganhando espaço nas ordenações brasileiras. A lente do legislador voltou seu foco para a perspectiva do fraco, aquele que, por razões das mais diferenciadas matizes, não reúne condições iguais à do cidadão comum, tendo como fonte de referência a figura do homo medius. As relações entre os homens envolvem juízos de valor, exigindo exata postura garantidora de direitos iguais para aqueles que necessitam uma proteção diferenciada. Sem essa garantia, não há que se falar em preservação da igualdade. Assim, o equilíbrio só é possível em razão da compensação provocada. (JUNIOR, 2010)

A alteração na legislação penal, alcançou a mulher no âmbito doméstico, o usuário de drogas e agora aquele que for vítima de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, desde que seja menor de 14 (catorze) anos ou, nas exatas palavras do Código Penal, alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (BRASIL, Código Penal)

O crime de conduta sexual praticado contra vulnerável trata-se de crime comum, aquele em que pode ser praticado contra outra pessoa, que transcorre em uma atividade positiva do agente como significado de "constranger". Refere-se, a categoria de crime definido como hediondo em quaisquer de suas formas, isto é, simples e qualificado, consumado e tentado. (BRASIL, Lei nº 8.072/1990, art. 1º, VI)

Como base na Lei 12.015/2009 exprime-se, como crime de estupro de vulnerável, a veracidade do indivíduo (homem ou mulher) ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Todavia, do mesmo modo, é necessário destacar que, vulnerável é o elemento que possui incapacidade ou fragilidade, por algum motivo especial.

Para o legislador penal a vulnerabilidade ocorre em três situações distintas, quando se tratar de vítima de estupro com menos de 14 anos, quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou ainda quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (BITENCOURT, 2010)

Feita essa breve exposição, a seguir será discorrido sobre as diversidades de condutas praticadas contra vulnerável, mesmo que o artigo 217-A do Código Penal disponha apenas sobre o crime de estupro de vulnerável, o mesmo constitui a eventualidade de crime único por exemplo caso houver estupro e homicídio praticados contra vulnerável. O juiz desde então diante da sentença, irá fixar a pena maior do delito praticado (que neste caso foi o crime de homicídio), e assim o réu responderá apenas por um único crime, mesmo tendo cometido dois tipos de crimes. Mas, antes de adentrar o assunto, discorre-se sobre a evolução histórica do estupro no direito penal brasileiro.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO ESTUPRO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A violência sexual tem se tornado um dos maiores medos das mulheres da atualidade. Os casos de estupro e assédio, no âmbito público e também no privado, preenchem os meios de comunicação, e as formas de violência são de tamanha crueldade, que tomam proporções inimagináveis.

A violência contra a mulher é caracterizada como “uma das violações mais praticadas e menos reconhecidas no âmbito dos direitos humanos no mundo. E se manifesta de diferentes formas desde as mais veladas até as mais evidentes, cujo extremo é a violência física”. (GROSSI, 1996, p. 134 *apud* LIMA, 2012, p. 13)

Outrossim, conforme leciona Soares (1999, p. 125 *apud* VILHENA; ZAMORA, 2004, p. 2), a violência contra a mulher é “uma violência masculina que se exerce contra as mulheres pela necessidade dos homens de controlá-las e de exercer sobre elas o seu poder”. Essa forma de violência, decorre principalmente da condição histórica da mulher em face do patriarcalismo dominante. Para deter a prática do crime, o ordenamento jurídico deve ser capaz de tipificar essa conduta delituosa a fim de aplicar-lhe penas àquele que as cometer.

Desta forma, Foucault (1987, p. 87 *apud* DIOTTO; SOUTO, 2016, p. 8) leciona que “é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime”. Nesse seguimento, entende-se que o delito de estupro foi considerado crime a partir de um interesse advindo dos próprios costumes e padrões originados nas sociedades.

Complementando este pensamento, Antonio Scarance Fernando e Oswaldo Henrique Duek Marques, sintetizam que:

Desde os tempos mais remotos da humanidade, tem-se que a prática do estupro era considerada um delito de natureza grave com penas severas. Entre os romanos, a conjunção carnal violenta era punida com a morte pela Lex Julia de vi pública. Na legislação hebraica, como noticia o grande doutrinador Magalhães Noronha, antigamente aplicava-se a pena de morte ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento. Se tratasse de mulher virgem, porém não desposada, devia ele pagar cinquenta ciclos de prata ao pai da vítima e casar com ela, não podendo despedir em todos os seus dias, porquanto a humilhou. (FERNANDO; MARQUES, 1990, p. 79)

Conforme os autores, o estupro sempre foi considerado delito. Porém, as penas eram diferentes, dependendo da situação da mulher. Observa-se que, no caso de mulher virgem e não prometida a ninguém ao compromisso de casamento, o agressor deveria casar-se com ela, devido ao mal que lhe fez. Nesta situação, evidencia-se a objetificação e subordinação da mulher, que, seria obrigada a casar-se com quem a violentou para fugir dos julgamentos da

sociedade da época, e não perder o seu valor originado do recato. Difícil encontrar causa específica, ou uma razão para a incidência dos crimes de violência sexual. É possível, ter a noção do problema se for analisado o contexto histórico em que a mulher foi inserida. Sobre o assunto, Nariel Diotto e Raquel Buzatti Souto, comentam que:

Desde os tempos pré-históricos até o presente, acredito, o estupro tem representado uma função vital; não é nada mais nada menos do que um processo consciente de intimidação através do qual todos os homens mantêm todas as mulheres num estado de medo. Como a arma básica de força contra as mulheres, o estupro, uma prerrogativa masculina, é menos um crime sexual do que uma chantagem de proteção; é um crime político, o meio definitivo de os homens manterem as mulheres subordinadas como o segundo sexo. (VILHENA; ZAMORA, 2004, *apud* DIOTTO; SOUTO, 2016, p. 8)

Sendo assim, o crime exposto (estupro) não pode ser visto apenas como crime que desrespeita a dignidade sexual da mulher, mas também uma forma de impor o domínio do homem, até mesmo sobre o corpo de outra pessoa. Por este viés, Marília Cassol Zanatta salienta que:

Constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o status, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviços de necessidades não sexuais. (KOLODNY; MASTERS; JOHNSON, 1982, p. 430-431 *apud* ZANATTA, 2016, s.p)

Corroborando a ideia do autor supramencionado, o estupro não pode ser relacionado apenas ao desejo sexual do homem, é provocado principalmente pela vontade de sentir-se dominando a vítima, é a forma que o agressor busca o poder. Ainda sobre o estupro:

O estupro era considerado ato execrável, entretanto a ele eram atribuídos diferentes graus de gravidade: “o erro do acusado é agravado pela fraqueza ou 'inocência' da vítima. A agressão contra uma jovem impúbere é mais condenável do que o de uma mulher adulta”. A repressão, então, variava de acordo com a qualidade da vítima. Quando cometido contra uma virgem, por exemplo, a responsabilidade do agressor era muito mais pesada, pois o ataque à virgindade comprometia a honra e a posição das famílias, isso porque era considerado uma ofensa, não contra a mulher vítima, mas sim contra seu tutor, geralmente pai ou marido. Contudo, não era só a virgindade da vítima que aumentava a gravidade do crime, a classe social a que pertenciam vítima e o agressor também tinha esse poder. Dessa forma, a violência perpetrada contra uma escrava ou doméstica era considerada menos grave do que a cometida contra uma nobre, assim como a pobreza do agressor agravava seu gesto. (MANFRÃO, 2009, p. 11)

Diante do exposto, constata-se que até mesmo nos dias atuais, o delito do estupro é justificado pela condição da vítima, a chamada vitimização. Busca-se uma conduta errada na

vítima, que tenha provocado o delito do estupro, para justificar a conduta do agressor e amenizar sua punição.

No passado, conforme já dito acima, media-se a inocência da vítima nos casos de estupro, pela sua idade, condição social e se era virgem ou não. Atualmente, a vitimização passou a ser medida pelas roupas que a mulher usa, pelo seu recato, e pela forma com que administra sua sexualidade. A mulher vista como aquela que sai à noite e não tem um parceiro fixo, muitas vezes, se torna uma vítima que pede para ser estuprada, justificando assim o delito. Já o estupro de uma mulher recatada, em contraponto, seria visto com mais indignação.

Atente-se que, a conduta de vitimização atinge respinga até mesmo no sistema jurídico penal, responsável pelo julgamento dos delitos, que recria o perfil do agressor, salientando suas qualidades, e também o da vítima, buscando algum detalhe que justifique o crime, podendo ser, por exemplo, a roupa que usou ou uma possível traição. Esta condição do Judiciário reflete-se ao fato de que o próprio se encontra condicionado aos costumes e ao próprio comportamento da sociedade.

Não é possível a obtenção de um número real de vítimas da violência sexual, principalmente porque muitos casos permanecem omissos, por medo ou vergonha da vítima, ou pela própria falta de resolução do delito. Porém, algumas estatísticas podem oferecer dados aproximados, como apresentado por Cerqueira e Coelho (2014, p. 6), em estudo que indica “a existência de 527 mil tentativas ou casos de estupros consumados no país, anualmente, sendo que apenas 10% deles são reportados a polícia”. Ainda neste estudo, chega-se a estimativa “alarmante de 50.617 casos de estupro no Brasil, no ano de 2012, por meio de dados do Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública”. Nesse liame, cita-se que:

Enfim, pode-se auferir que a violência sexual, mormente o estupro, é um comportamento extremamente marcado pela desigualdade de gênero (praticado contra as mulheres que possuem menor fator defensivo), afirmando-se como uma relação de poder indissociável do exercício de poder decorrente da dominação masculina. Por conseguinte, conclui-se que a violência de gênero, que tem no elemento cultural seu grande sustentáculo e fator de perpetuação de violações contra as mulheres, é proveniente da objetificação da mulher e do seu corpo como propriedade de um homem, restringindo sua independência ao limitar sua autonomia e liberdade. Assim, a violência contra as mulheres não é apenas uma manifestação da desigualdade sexual, mas sim um instrumento para a manutenção dessa assimetria. (FERNANDES; MARQUES, 1990, p. 265-276 *apud* ELBEL, 2020, p. 8)

Cabe salientar que a violência sexual é forma destrutiva da integridade da mulher, que ocorre por meio da manifestação da desigualdade de gênero, o sentimento de poder e posse sobre outro ser humano. Independente de idade ou classe social, este tipo de violência está fortemente presente e manchando toda a sociedade contemporânea. A mulher acaba sendo

privada de sua liberdade e do seu próprio domínio, por medo de usar roupas que atraíam a atenção, ou frequentar lugares sozinha. Destaca-se a importância do ordenamento jurídico na prevenção e punição dos crimes contra a dignidade sexual, ratificando o papel fundamental das ciências jurídicas na tutela dos interesses e garantias fundamentais da mulher.

2.2 ASPECTOS JURÍDICOS DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável está previsto, após o advento da Lei 12.015/2009, no art. 217-A do CP. Devido a importância do tema, faz-se necessário destacar o mencionado dispositivo legal:

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

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

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

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

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Conforme a disposição do supramencionado artigo, o legislador atribuiu a condição de vulnerável ao menor de 14 anos ou a quem por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Porém, no art. 218-B do CP, o legislador atribui a condição de vulnerável para o menor de 18 anos. No entanto, o legislador brasileiro ampliou o conceito de vulnerabilidade para alcançar o menor de 18 anos, fato incompreendido pela maioria da doutrina com base no que ensina Cezar Roberto Bitencourt (2018) a ter então concepções distintas de vulnerabilidade, existem duas espécies, a absoluta (menor de 14 anos, que é a do art. 217-A) e a relativa (menor de 18 anos, que está presente no art. 218-B; 230, § 1º e etc.).

Na nova disposição do artigo 217-A do Código Penal, a presunção de violência continua existindo, porém, agora, é chamado de vulnerabilidade. Em relação a isso, conforme o renomado autor Cezar Roberto Bitencourt (2018) o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, porém, disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei. Apesar dessa mudança, externar em uma interpretação da vulnerabilidade também deve ser relativa, devendo se analisar caso a caso para constatar a condição pessoal da vítima.

Mas, no crime de estupro de vulnerável, o bem jurídico tutelado é a dignidade do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Porém, aqui, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico, pois não existe plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, considerando que a pessoa é vulnerável. Na verdade, tenta-se proteger a evolução normal e o desenvolvimento da personalidade do menor, para que no futuro, quando for adulto, não tenha nenhum tipo de trauma, podendo ter uma vida sexual normal. (BITENCOURT, 2018)

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, pois se trata de crime comum, lembrando que também pode haver crime em relação homossexual, já o sujeito passivo será a pessoa vulnerável, ou seja, os menores de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais, que não tem o necessário discernimento sexual, ou quem por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Sendo que se o agente for ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se assumiu obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, conforme preceitua o art. 226, II do CP a pena será aumentada de metade. (CAMPOS *et al*, 2010)

Nesse sentido, Victor Eduardo Rios Gonçalves diz que:

O elemento subjetivo, assim como no estupro simples, é o dolo, sendo também exigida a vontade e a consciência, porém, aqui, exige-se que o sujeito ativo tenha conhecimento da condição de vulnerabilidade da vítima. E, caso haja desconhecimento do agente quanto à condição do sujeito passivo, a conduta será considerada atípica, excluindo o crime, conforme art. 20, do CP; salvo se na execução do crime tiver utilizado de violência, configurando assim o estupro, previsto no art. 213, do CP; ou de fraude, configurando o crime de violação sexual mediante fraude, previsto no art. 215, do CP. As condutas incriminadas no crime de estupro de vulnerável são as mesmas da violação sexual mediante fraude, com a diferença de que no estupro de vulnerável a vítima só pode ser pessoa vulnerável. (GONÇALVES, 2018, p. 525)

Por fim, o mencionado autor enumera ainda que, o agente também será punido se tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso (sendo que esta segunda conduta deve ser interpretada de modo extensivo, abrangendo inclusive o comportamento de provocar o menor a permitir que com ele pratique os atos libidinosos) com vítima menor de 14 anos ou portadora de enfermidade ou deficiência mental ou que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Sendo assim, nesse último caso não importando se a incapacidade foi ou não provocada pelo sujeito ativo (praticante) do crime.

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

de 12 a 30 anos). A situação do §3º é idêntica a do §1º do art. 213 do CP, já comentado. A diferença é apenas na pena que no caso desse parágrafo do art. 217-A é de 10 a 20 anos. Por sua vez, o §4º alude à hipótese de em razão da conduta do agente resultar em morte da vítima menor de 14 anos. (BRASIL, Código Penal)

Na mesma toada, a situação também já foi comentada no art. 213, §2º, do CP. Aqui, entretanto, pela vítima ser menor de 14 anos, a pena é mais severa, de 12 a 30 anos. Porém, vale a pena lembrar que os referidos crimes são preterdolosos, pois os resultados devem advir de culpa, e caso haja dolo, haverá concurso material de crimes. Caso resulte lesão corporal leve, haverá concurso material com o crime previsto no art. 129, *caput*, pois a violência não é absorvida pelo crime de estupro de vulnerável. (BRASIL, Código Penal)

3 ANÁLISE DA PERSPECTIVA DE CONSTITUIR CRIME ÚNICO OU CONCURSO DE CRIMES NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

Como já mencionado, antes da Lei 12.015/2009, os crimes de estupro, atentado violento ao pudor, importunação sexual eram crimes distintos e autônomos, e sendo assim, não havia dúvida, caso praticasse as duas condutas, o agente respondia por concurso de crimes, segundo a jurisprudência majoritária, concurso material. Por não ser uma única conduta era impossível o reconhecimento de concurso formal, e por não serem crimes da mesma espécie, era inadmissível a continuidade delitiva. Após o advento da referida lei, as condutas foram fundidas em única figura típica, tendo a atual previsão no art. 217-A do Código Penal.

O crime de conduta sexual praticado contra vulnerável trata-se de crime comum, aquele em que pode ser praticado contra outra pessoa, que transcorre em uma atividade positiva do agente como significado de constranger. Refere-se, portanto, como categoria de crime definido como hediondo em quaisquer das formas. Isto é, simples e qualificado, consumado e tentado (Lei nº 8.072/1990, art. 1º, VI). Como base, a Lei 12.015/2009 exprime-se, como crime de estupro de vulnerável, a veracidade do indivíduo (homem ou mulher) ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Todavia, é necessário destacar que vulnerável é o elemento que possui incapacidade ou fragilidade, por algum motivo especial.

Com essa mudança, foram feitas algumas indagações pelos doutrinadores, surgiram divergências em relação ao agente que exercendo violência física ou moral, dentro do mesmo contexto fático, constrange a mesma vítima, praticando conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso (coito anal, por exemplo), não deixando evidente se responderá por crime único (art. 217-A, CP) ou concurso de crimes. E qual a espécie do concurso de crimes. Existe o tipo penal

simples e misto. Para entender o fundamento das correntes doutrinárias sobre a referida divergência, é essencial compreender o tipo penal misto cumulativo e o misto alternativo, assim como a diferença, conforme discutirá adiante.

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONCURSO DE CRIMES

As hipóteses de concurso podem ocorrer entre crimes dolosos ou culposos, consumados ou tentados e comissivos ou omissivos. O concurso de crimes ou de penas pode ocorrer das formas definidas na presente seção.

Nas palavras de Damásio de Jesus, existem cinco sistemas que tratam sobre como deve ser graduada a pena:

a) Sistema do cúmulo material: segundo esse sistema, as penas de vários delitos devem ser somadas. É usado no concurso material ou real (artigo 69, caput, CP) e no concurso formal imperfeito (artigo 70, caput, 2ª parte, CP); b) Sistema da absorção: a pena menos grave será absorvida pela mais grave. Tem um defeito, pois permite que o autor rodeie o crime de maior gravidade de infrações de menor gravidade, pois estas ficariam impunes; c) Sistema da acumulação jurídica: a pena que se aplica não é a da soma das concorrentes, mas é tão severa que atende à gravidade dos crimes cometidos; d) Sistema da responsabilidade única e da pena progressiva única: os crimes vão concorrer, mas não vão se acumular, devendo assim, aumentar a responsabilidade do agente ao aumentar o número de infrações; e) Sistema da exasperação da pena: se aplica a pena ao crime mais grave, aumentada de determinado quantum. É usado no concurso formal (art. 70, CP) e no crime continuado (art. 71, CP). (JESUS, 2010, p. 642-643)

Para o autor, tem-se ainda o concurso material que está previsto no artigo 69 do CP; o concurso formal no artigo 70 do CP e o crime continuado previsto no artigo 71 do CP quando o agente comete vários crimes, deverá ser apenado de forma mais severa que o agente que comete apenas um delito. Conforme dito, o concurso material está previsto no artigo 69 do Código Penal. Sendo que a expressão ação ou omissão deve ser entendida no sentido de conduta, exemplifica Paulo Queiroz (2008) se o agente subtrai num mesmo ônibus bens de vários passageiros, pratica única ação de subtrair. Isto é, único crime de furto, não existindo concurso de delitos. Já, quando o agente ingressa em residência, furta, comete estupro e mata a vítima, a fim de ficar impune, haverá concurso de crimes, já que fora executada mais de uma conduta.

Segundo Rogério Greco o conceito de ação pode ser concebido com base em concepção causal, final ou social. Resumidamente, para os causalistas, que adotam um conceito naturalista:

Ação é a conduta humana voluntária que produz uma modificação no mundo exterior. O conceito final de ação, criado por Welzel juntamente com sua teoria, diz ser ela o exercício de uma atividade final. A teoria social, que surgiu com a finalidade de ser uma ponte entre as duas teorias anteriores, traduz o conceito de ação como sendo a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. (GRECO, 2011, p. 125)

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

Portanto, existe concurso de crimes no caso em que o autor mediante mais de uma ação ou omissão, pratica mais de um crime, devendo ser punido pela soma das penas privativas de liberdade em que haja incorrido (conforme o art. 70 do CP, não podendo, no cumprimento da pena, exceder trinta anos concurso material moderado), se adota nesse tipo de concurso o sistema da acumulação material.

No *caput* do art. 69 do CP, fala-se em crimes idênticos ou não, sendo assim, conclui-se que ocorrem dois tipos de concurso material, o homogêneo e o heterogêneo, de acordo com Rogério Greco, suas definições podem ser descritas:

Fala-se em concurso material homogêneo quando o agente comete dois crimes idênticos, não importando se a modalidade praticada é simples, privilegiada ou qualificada. Por outro lado, ocorrerá a hipótese de concurso material heterogêneo quando o agente vier a praticar duas ou mais infrações penais diversas. (GRECO, 2016, p. 593-594)

Nas palavras do autor, será homogêneo caso o agente matar seu inimigo e a testemunha desse homicídio. O agente furta a vítima e em seguida a estupra, será heterogêneo. Para determinação da espécie de concurso, não importa se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias diferentes. Os delitos podem ser objeto de uma ação penal apenas ou de várias, conforme arts. 76 e seguintes do CPP. Nada impede que haja concurso material entre crime culposo e crime doloso. Lembra-se ainda que, por ser adotada a regra do cúmulo material, essa distinção entre as espécies de concurso não tem relevância prática.

Para aplicar a pena, o juiz deve individualizar as penas fixadas para cada um dos crimes componentes, para somente depois somar as reprimendas. Sendo que, no entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na Súmula nº 81, não cabe fiança ao réu se, em concurso material, as penas mínimas cominadas forem maiores a dois anos de reclusão. No caso de aplicação cumulativa de pena de reclusão e detenção, segundo o art. 69, *caput*, segunda parte

do Código Penal, a reclusão deverá ser cumprida em primeiro lugar. Mas, a maioria dos autores, como Guilherme de Souza Nucci, consideram essa regra inútil:

A inutilidade dessa disposição é evidente, na medida em que não existe diferença, na prática, entre reclusão e detenção. O que importa, para o condenado, na realidade, é o regime no qual foi inserido. Portanto, quando o julgador aplicar o concurso material, fixando, por exemplo, três anos de reclusão e dois anos de detenção, não pode fazer a somatória em cinco anos pela diversidade de espécies de penas privativas de liberdade. Para a fixação do regime e demais benefícios, especialmente quando se cuidar de delitos dolosos, no entanto, deve levar em conta o total (cinco anos de prisão). Assim sendo, não cabe o regime semiaberto ou o fechado (art. 33, § 2.º, b, CP). Não é aplicável, igualmente, pena alternativa, cujo limite é de quatro anos (art. 44, I, CP). Estabelecidos três anos de reclusão e dois de detenção, mas levando-se em conta o total de cinco anos de privação de liberdade, quando o condenado cumprir um sexto, pode o magistrado determinar a progressão a um regime mais favorável. (NUCCI, 2017, p. 437-438)

Na previsão do art. 76 do CP, concorrendo uma contravenção, a pena de prisão simples imposta será cumprida por último, determinando assim, que no concurso de crimes, executa-se primeiramente a pena mais grave. No art. 69, § 1º do CP, reconhecido o concurso material e aplicada pena privativa de liberdade em relação a um dos crimes, porém negado o *sursis*, no tocante aos demais é impossível a imposição de pena restritiva de direitos, no moldes do art. 44 do CP, em substituição à detentiva. O crime continuado está previsto no artigo 71 do CP:

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

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

Com a leitura da segunda parte do artigo 71 tem-se que agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, pode-se concluir que o crime continuado constitui uma forma de concurso material, mas o legislador optou por tratar o crime continuado como se fosse concurso formal (constituísse apenas um crime).

Em suma, o crime continuado recebe tratamento de concurso formal, mas tem natureza de concurso material. Apesar de alguns autores, como Guilherme de Souza Nucci, considerarem apenas duas (ficção jurídica e unidade real), a maioria da doutrina considera que são três as teorias que examinam a natureza jurídica do crime continuado:

a) Teoria da unidade real: considera que os vários comportamentos delitivos constituem um único crime, para esta teoria a pluralidade de condutas não conduz à pluralidade de crimes; b) Teoria da ficção jurídica: diz que a continuidade delitiva é fictio júris, ou seja, mera criação legal, já que existem diversos delitos; c) Teoria da unidade jurídica ou mista: não acredita que o crime seja uma unidade real e nem mera ficção jurídica. Essa teoria declara que a continuidade é uma figura própria, com fins específicos, para ela, não há pluralidade ou unidade de crimes, e sim um terceiro crime, o próprio concurso. (NUCCI, 2017, p. 442-443)

Para efeitos de aplicação da pena, o Código Penal adota a teoria da ficção jurídica. Existe também divergência doutrinária sobre as teorias da conceituação do crime continuado, alguns autores, como Damásio de Jesus (2010), acreditam existir apenas duas teorias, a teoria objetivo-subjetiva e a teoria puramente objetiva, já outros autores aceitam também a terceira teoria. Acerca do assunto, Luiz Regis Prado deslinda que:

a) Teoria subjetiva: o crime continuado caracteriza-se unicamente pela unidade de propósito ou desígnio (elemento subjetivo). b) Teoria objetivo-subjetiva: acrescenta à unidade de desígnios - consistente em uma programação inicial, de realização sucessiva -, determinados requisitos objetivos. c) Teoria objetiva: exposta por Feuerbach, essa teoria defende o exame objetivo dos elementos integrantes da continuidade delitiva, sem qualquer consideração de ordem subjetiva, atinente à programação do agente. Ou seja, basta a aferição das condições objetivas para a determinação da continuidade, que independe da unidade de desígnios. Essa é a postura adotada pelo atual Código Penal, já que, segundo a Exposição de Motivos, o critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. (PRADO, 2017, p. 463-464)

Com base no entendimento de Prado, existem alguns requisitos necessários para a caracterização do crime continuado, a pluralidade de condutas em que é necessário que se pratique mais de uma ação ou omissão. Caso haja apenas a ação ou omissão, mesmo que desdobrada em vários atos, não haverá continuidade delitiva, mas sim, concurso formal e nos crimes da mesma espécie, a doutrina é divergente em relação ao tema.

As hipóteses do *caput* do artigo 71 do CP estão as hipóteses de crime continuado simples. Por sua vez, nas disposições do parágrafo único do referido artigo está previsto o crime continuado qualificado que permite aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo. (BRASIL, Código Penal)

Além disso, ainda no parágrafo único do art. 71 do CP, existe determinação para observância da regra relativa ao concurso material benéfico (art. 70 do CP), instituto já abordado quando analisado o concurso formal que preceitua do mesmo modo que o concurso formal, o crime continuado também fora criado para beneficiar o agente, na hipótese do juiz verificar que aplicando o crime continuado a pena será mais grave que no concurso material, deverá aplicar este segundo instituto. (BRASIL, Código Penal)

3.2 TIPO PENAL MISTO CUMULATIVO E TIPO PENAL MISTO ALTERNATIVO

De modo a compreender o fundamento das correntes doutrinárias sobre a referida divergência. Cita-se como primordial entender acerca do tipo penal misto cumulativo e o misto alternativo, exemplificando as diferenças dentre esses institutos.

Acerca do tipo penal misto cumulativo. A definição de Luiz Régis Prado (2017, p. 358) é que no tipo misto cumulativo “não há fungibilidade entre as condutas, o que implica, em caso de se realizar mais de uma, a aplicação da regra cumulativa concurso material, por exemplo os arts. 135 (omissão de socorro), 180 (receptação), 242 (parto suposto), 244 (abandono material) todos do Código Penal”.

Na definição de Luiz Flávio Gomes (2010), tipo penal misto cumulativo “ocorre quando o mesmo tipo prevê figuras delitivas distintas, sem fungibilidade entre elas, caso o agente incorra em mais de uma deverá ser aplicada a regra do concurso de crimes (por exemplo o art. 242 CP)”. O referido autor faz ainda referência a Luzón Peña (2010 *apud* GOMES, 2010) que não utiliza o mesmo critério de distinção entre o tipo penal misto cumulativo e o misto alternativo, qual seja, a fungibilidade. Ainda nas palavras de Peña, nota-se que somente importa se a segunda conduta implica ou não em maior desvalor do fato, e caso implique, o tipo penal será misto cumulativo.

No tocante ao tipo penal misto alternativo. Luiz Régis Prado (2017) também conceitua esse tipo como misto alternativo em que ocorre fungibilidade (conteúdo variável) entre as condutas, sendo indiferente que se realizem uma ou mais, pois a unidade delitiva permanece inalterada. Tendo como exemplos os arts. 175 (fraude no comércio), 211 (destruição, subtração ou ocultação de cadáver), 233 (ato obsceno) e 234 (escrito ou objeto obsceno) todos do Código Penal.

Luiz Flávio Gomes (2010) afirma que tipo misto alternativo é quando o agente incorrer em mais de uma conduta e responder por somente uma sanção. Por sua vez, a professora Gisele Leite definiu de forma bem detalhada o tipo misto alternativo:

Nos tipos mistos alternativos que são numerosos, onde a alternativa pode-se dar em relação à conduta (como por exemplo: Art. 211 do CP destruir, subtrair ou ocultar); ou em razão do modo de execução (à traição, emboscada, ou mediante dissimulação art. 121. § 2º, do e seus incisos do CP); em razão do objeto material (ex: 234 do CP "escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno"); em razão dos meios de execução (vide art. 136 do CP "quer privando-a de alimentação ou de cuidados indispensáveis...); em razão do resultado material da ação (art. 129, § 2º, III do CP – perda ou inutilização); em razão das circunstâncias de tempo (in art. 123 do CP" durante o parto, ou logo após "); em relação à condição do agente (art. 177, § 1º, I do CP – "o diretor, gerente); em relação ao sujeito passivo (art. 175 do CP – "adquirente

ou consumidor"); em razão a quaisquer outras circunstâncias de fato (ex: art. 168 – posse ou detenção). O tipo misto alternativo dotado de conteúdo variável apresenta as várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso, o que não afeta a unidade do delito. (LEITE, 2012, p. 213) (aspas do autor)

Após entendido os conceitos mencionados acima, pode-se voltar à questão inicial do agente que dentro do mesmo contexto fático, constrange a mesma vítima, mediante grave ameaça ou violência, praticando conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso em que existe uma divergência envolvendo a responsabilização do acusado por crime único ou concurso de crimes.

3.3 A POSSIBILIDADE DA PERSPECTIVA DE CONSTITUIR CRIME ÚNICO

Iniciando comparação entre o instituto revogado e o atualmente utilizado (redação do art. 217-A do Código Penal), pode-se afirmar que é notória a mudança, especialmente no tocante a fixação da pena, na antiga redação era prevista pena de reclusão que variava entre 6 (seis) e 10 (dez) anos.

Enquanto o novo teor, prevê sanção entre 8 (oito) e 15 (quinze) anos de reclusão. Importante frisar também que o artigo 217-A do Código Penal tratou o estupro de forma unificada, mantendo-se coerente as disposições do artigo 213 do mesmo diploma legal, obviamente referindo-se aos indivíduos com características inerentes aos vulneráveis. Desta feita, importante frisar que anteriormente aplicava-se o aumento de pena previsto no artigo 9º da Lei 8.072/1990, nos casos em que ocorria o cometimento do delito previsto no artigo 213 do CP, estando a vítima em qualquer das hipóteses previstas no artigo 224 do CP.

Após o advento da Lei 12.015/2009 que tipificou no mesmo dispositivo penal (art. 213 do CP) os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, foi possível a reconhecimento de crime único entre as condutas, logo que tenham sido executadas em oposição a mesma vítima e no contexto-fático igual. Por isso, a referida tese corrobora a imprescindibilidade de que as condutas sejam efetuadas contra a mesma vítima e no mesmo âmbito. Caso um desses componentes não estiver presente, deve ser reconhecido o concurso de crimes que será material ou na forma de continuidade delitiva em conformidade com as circunstâncias.

Antes da elaboração da Lei 12.015/2009, a prática sexual com pessoa vulnerável ajustava, a necessitar do caso, estupro (art. 213 do CP) ou atentado violento ao pudor (art. 214 do CP), ainda que praticado sem violência física ou moral, era presumida no art. 224 do CP. Ocorrendo divergência a reverência da natureza da presunção (absoluta ou relativa).

A orientação majoritária é de que a presunção é absoluta, o que afasta a relevância da anuência da vítima:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, “a”, do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (STJ-ERESP 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). (STJ - AREsp: 1443970 SP 2019/0040114-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 09/04/2019).

Assim, o crime de estupro de vulnerável se caracteriza com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. A diferença da anterior apenas pelo fato de tratar do estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), crime resultante da Lei 12.015/2009, que revogou a presunção de violência do artigo 224 do CP e criou um tipo penal específico para as vítimas menores de quatorze anos ou que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

Após a entrada em vigor da nova redação do art. 217-A do CP, permaneceu o debate a respeito da presunção, mas agora de vulnerabilidade. Não existindo espaço para discussão, já que a lei nada presume. A redação é clara e inequívoca, proíbe-se a relação sexual com menor de quatorze anos.

Sendo assim, o manifesto propósito do legislador com a revogação do art. 224 do CP, expresso sobre a presunção de violência, para se perpetuar o debate, seria evidentemente desnecessária qualquer alteração. E, atendendo ao propósito da lei, o STJ firmou o entendimento no sentido de afastar pretensões para apurar concretamente a vulnerabilidade, como se extrai do enunciado da súmula nº 593.

Não obstante ter-se pacificado a matéria, decidiu o legislador inserir, no próprio tipo penal (art. 217-A, § 5º do CP), disposição expressa de que manter relação sexual com menor de quatorze anos é sempre crime, ainda que a vítima tenha consentido, ou mesmo que se demonstre sua experiência sexual anterior. A Lei 12.015/2009 promoveu a união dos tipos penais do estupro e do atentado violento ao pudor no art. 213 do Código Penal. O STJ adotou a orientação de que condutas incorridas em ambos os tipos penais antes da alteração legal, caso cometidas no mesmo contexto fático deve ser tratado como crime único, o que altera sensivelmente a pena. Nos casos em sede de fase de execução penal, aplica-se a Súmula 611 do

Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual, “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”:

A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR SEDIMENTOU-SE NO SENTIDO DE QUE, A LEI 12.015/2009 UNIFICOU OS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM UM MESMO TIPO PENAL, DEVE SER RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE CRIME ÚNICO DE ESTUPRO, CASO AS CONDUTAS TENHAM SIDO PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. SE TRANSITADA EM JULGADO A AÇÃO PENAL A QUE RESPONDEU O ACUSADO, DEVE O JUÍZO DAS EXECUÇÕES PROCEDER À NOVA DOSIMETRIA DA PENA, ENUNCIADO SUMULAR N. 611 DO STF. ORDEM CONCEDIDA. (STJ - HC: 412473 SP 2017/0203162-0, Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 12/12/2017, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2017).

Entretanto, com a nova redação trazida pela Lei 12.015/2009, não será necessária a aplicação da hipótese prevista no artigo 9º da Lei 8.072/1990, pois o estupro de vulneráveis passa a ser um crime de pena autônoma, e superior a pena prevista para o agente praticante do crime comum, restando superada indagação acerca de um suposto *bis in idem* (dupla punição pelo mesmo fato). Destaca-se ainda, que não obstante a extinção da presunção de violência, o legislador manteve a idade mínima de 14 (quatorze) anos como parâmetro para análise da vulnerabilidade, pois nessa faixa etária, em regra, o ser humano ainda não possui total formação, tampouco discernimento das suas atitudes. Ainda tratando da aplicação da pena no tocante à idade da vítima, deve-se lembrar que a Lei 12.015/2009 acrescentou como qualificadora, o fato do estupro ter sido cometido contra vítima maior de 18 (dezoito) e menor de 14 (quatorze) anos, prevendo reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos, conforme artigo 213, §1º, CP.

Cumprido esclarecer ainda, que a embriaguez não acidental, sendo voluntária, culposa e preordenada não se enquadra nas hipóteses de vulnerabilidade, pois em ambos os casos o indivíduo deseja ingerir a substância que lhe causará a embriaguez. (BRASIL, Código Penal)

Ademais, no tocante ao artigo 217-A do CP, o legislador também prevê sanção majorada para quem pratica estupro contra vulnerável causando-lhe lesão corporal de natureza grave, variando de 10 (dez) a 20 (vinte) anos de reclusão, e nos casos em que o delito leva à morte a pena varia de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, ratificando a sua preocupação com o alto índice de exploração sexual infantil, já mencionado exordialmente.

3.3.1 A conduta prevista no art. 217-a, CP: crime único ou continuidade delitiva

Como ocorre no crime de estupro (CP, art. 213 do CP), no estupro de vulnerável, a mesma celeuma a respeito do crime único ou da continuidade delitiva. Explico, imagine que,

em um mesmo contexto fático, o agente submeta a vítima à conjunção carnal (introdução do pênis na vagina) e a outro ato libidinoso diverso (exemplo, coito anal). Por quantos crimes deverá responder? Por um único estupro? Ou por mais de um, em continuidade delitiva (art. 71 do CP). Prevalece a tese do crime único que entende que o art. 217-A do CP é tipo penal misto alternativo (e não cumulativo). Ou seja, o agente responderá por único estupro de vulnerável, devendo o juiz, ao fazer a dosimetria da pena, levar em consideração a pluralidade de atos sexuais. Nesse sentido, veja a posição do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. LEI 12.015/09. NOVA TIPIFICAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. MULTIPLICIDADE DE ATOS LIBIDINOSOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. A Lei 12.015/09 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Repressivo, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), ambos do CP. 2. Reconhecida a tese de crime único pela Corte Estadual, a quantidade de atos libidinosos deve ser sopesada na aplicação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, pela desfavorabilidade das circunstâncias do crime. (STJ - HC: 171243 SP 2010/0080359-1, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 16/08/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/08/2011)

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

A nova tipificação, entretanto, não apenas eliminou a possibilidade de concurso material, como em regra, a própria continuidade delitiva, quando se tratar de um único agente que realiza múltiplas condutas com a mesma vítima, por se tratar agora de crime único. No entanto, defendemos que um tempo considerável de duração do estupro e/ou o excessivo grau de sofrimento da vítima, deva ser considerado pelo juiz na dosimetria da pena (para elevar a pena base), na análise das consequências do crime que é uma das circunstâncias judiciais. O sofrimento da vítima, porém, não está relacionado apenas a gravidade do ato em si, mas também as condições psicológicas da mesma. (DELGADO, 2009, p. 10)

Compartilha ainda do mesmo entendimento Paulo Queiroz afirmando que:

Com efeito, se antes da reforma parte da jurisprudência relutava em admitir a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ao argumento de que não eram “crimes da mesma espécie” (CP, art. 71), já agora semelhante alegação restou superada, em virtude da fusão dos tipos dos arts. 213 e 214. Exatamente por isso, caberá, inclusive, revisão criminal em favor dos réus condenados por concurso (material) desses crimes, para o fim de, reconhecida a continuidade, proceder-se ao recálculo da pena, se o próprio juiz da execução não o fizer. Claro: o reconhecimento da continuidade delitiva só será possível se o único obstáculo para tanto tiver sido a alegação de não se tratar de “crimes da mesma espécie”. (QUEIROZ, 2020, p. 125)

Ademais, não existe (mais) concurso formal ou material de crimes, mas sim crime único, sempre que o agente praticar, em mesmo contexto, atos libidinosos e conjunção carnal, mesmo porque a lei tratou, claramente, a conjunção como espécie do gênero atos libidinosos, além de tais atos fazem agora parte de um mesmo tipo penal.

E por existirem condutas homogêneas, devem ser punidas de forma única. Ainda que a violação seja feita de forma diversa, o bem jurídico é um apenas. Diante do posicionamento, no sentido de que o agente que dentro do mesmo contexto fático, constranger a mesma vítima, mediante grave ameaça ou violência, a praticar conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso irá responder por crime único (mas que deverá ser punido mais gravemente, de acordo com a quantidade de condutas), pode-se comprovar que esta posição é predominante, entretanto, pairando dúvidas sobre ser o melhor entendimento.

3.3.2 A conduta prevista no art. 217-a, CP: concurso material de crimes ou continuidade delitiva

Como visto, antes da junção dos artigos 213 e 214 do Código Penal, o criminoso que praticasse a conjunção carnal, usando de violência ou grave ameaça a mulher e em seguida realizasse o coito anal ou, ainda, coagisse a mesma a praticar sexo oral, estaria cometendo dois crimes, a saber, o estupro e atentado violento ao pudor, conseqüentemente incorrendo no artigo 69 da parte geral do Código Penal. Todavia, o advento da Lei 12.015/2009, tipificou a conjunção carnal e o ato libidinoso em mesmo tipo, gerando dúvida sobre a modalidade em que o autor do crime seria enquadraria.

A discussão que tem rodeado os Tribunais brasileiros, é sobre a caracterização da espécie de concurso que o agente incide, caso for hipótese de concurso material, o juiz deverá aplicar cumulativamente as penas, no concurso formal, aplicar-se-á, se crimes diferentes, a pena cabível mais grave, se iguais, aplicar-se-á uma delas, em qualquer caso aumentado de um sexto a metade. Mas se não passar de crime continuado será aplicado uma das penas, se crimes idênticos, a mais grave e nos diversos a pena será aumentada, em todas hipóteses ocorrerá aumento de pena entre um sexto a dois terços.

Sendo assim, faz-se necessário entender em que espécie de concurso o agente incide, nos casos em praticar o estupro por meio de conjunção carnal ou outros meios libidinosos, pois, na não configuração do concurso material, ocorre um *novatio legis in melius* (a lei não poderá retroagir para prejudicar o acusado), garantindo ao autor do delito a análise mais branda de seu crime.

Diante do disposto, entende-se que na conjunção carnal, nos atos libidinosos e nas espécies de concursos, pode-se verificar, claramente, que quando o autor, mediante violência ou grave ameaça, pratica conjunção carnal e outro ato libidinoso configura mais de uma conduta. Sendo que, a conjunção carnal é totalmente autônoma do ato libidinoso.

Para Rogério Greco (2016) apesar de desconsiderar tais princípios, diz que “o artigo 213 do CP, considera conjunção carnal como um ato libidinoso, ou seja, o agente aflora a sua libido através de sua conduta”. O autor continua dizendo que está prova se faz no final do *caput* do artigo 213, quando o mesmo se refere a expressão outro ato libidinoso. Todavia analisando a expressão do *caput* do artigo 213, pode-se ver que, quando o agente praticar, por exemplo, cópula anal ou Fellatio in ore (sexo oral, ato de chupar o órgão sexual masculino) com a vítima, está praticando outro ato libidinoso, ou seja, um ato totalmente autônomo da conjunção carnal. Evidenciando que o agente, ao praticar tais atos possui intenções e prazeres diferenciados.

As posições contrárias à decisão do STJ, referem à continuidade delitiva e, até mesmo a crime único, entre conjunção carnal e atos libidinosos estão equivocadas, pois a intenção do agente, ao praticar o coito anal, não estabelece meio para a realização da conjunção carnal, mas sim conduta com a finalidade de satisfazer a libido de forma além da conjunção carnal, caracterizando o concurso material de crimes, ao praticar as duas condutas, mesmo que logo depois da primeira. Necessário é, reconhecer que os atos libidinosos que caracterizam progressão ao estupro, ficam absorvidos por este, como exemplo, o agente com a única finalidade de obter o coito vagínico, passa a mão na genitália ou nos seios da vítima, preparando-se para a conjunção carnal.

3.1.3 Análise da conduta no caso concreto: crime único ou concurso de crimes

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

Para o Procurador de Justiça Edison Miguel da Silva Júnior (2009), a análise da natureza do outro ato libidinoso é que irá revelar se foi meio necessário ou prelúdio para a conjunção carnal, sendo preciso saber também o momento da prática, antes ou depois da conjunção carnal. Dessa forma, é possível concluir se houve unicidade ou pluralidade de tipicidades. Para o autor, os atos preparatórios ou necessários para a conjunção carnal, são abrangidos por um único dolo, configurando, assim, unidade de tipicidades. Já os atos

libidinosos praticados depois da conjunção carnal ou com intenção autônoma, ou seja, se o outro ato libidinoso for destacado da conjunção carnal, configura-se pluralidade de ações típicas e concurso de crimes.

Diante dos argumentos acima explanados, o Edison Miguel da Silva Júnior apresenta as soluções para o problema:

Nesta linha de argumentação, são as seguintes soluções hipotéticas para a questão jurídica proposta: a) beijo lascivo ou toques íntimos antes da conjunção carnal visando a sua realização: crime único de estupro (beijo lascivo e toques íntimos podem ser prelúdio da conjunção carnal, sendo por esta absorvidos); b) sexo anal antes ou depois da conjunção carnal: dois crimes de estupro (sexo anal não é prelúdio ou meio necessário para a conjunção carnal, ocorrendo concurso de crimes); c) sexo oral antes ou depois da conjunção carnal: dois crimes de estupro (sexo oral não é prelúdio ou meio necessário para a conjunção carnal, ocorrendo concurso de crimes); d) beijo lascivo e toques íntimos depois da conjunção carnal: depende do caso concreto. (SILVA JÚNIOR, 2009, p. 9)

Dessa forma, o novo artigo 213 do Código Penal não modificou o remédio jurídico anterior à Lei 12.015/2009, em outras palavras, nos casos em que o dolo for abrangente, continuará sendo crime único, mas, na hipótese de dolos autônomos restará configurado o concurso material.

4 CONCLUSÃO

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

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

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

Diante do exposto, em relação a ação penal, com exceção da vítima ser configurada pessoa vulnerável será pública condicionada à representação. Entretanto, ocorrendo lesão grave ou morte, existe debate sobre a instauração da ação penal depender ou não de representação.

Conclui-se que a conjunção carnal e o coito anal estão descritos no mesmo tipo penal, e ao serem praticados em igual contexto fático e contra a mesma vítima, possuindo idêntico bem jurídico afetado, o sujeito pratica crime único, e a repetição dos fatos será levada em consideração no momento da dosimetria da pena, dentre as práticas de condutas cometidas, o juiz irá calcular a dosimetria e fixará a pena de uma só conduta, ou seja o delito mais grave cometido pelo agente.

REFERÊNCIAS

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** - v. 4: parte especial (arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 611**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2560>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 81**. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/801/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: 412473 SP 2017/0203162-0**, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 12/12/2017, T6 -

SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861295925/habeas-corporus-hc-412473-sp-2017-0203162-0>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: 171243 SP 2010/0080359-1**, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 16/08/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/08/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21088827/habeas-corporus-hc-171243-sp-2010-0080359-1-stj/inteiro-teor-21088828>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial: 1443970 SP 2019/0040114-0**, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 09/04/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878256958/agravo-em-recurso-especial-aresp-1443970-sp-2019-0040114-0/decisao-monocratica-878256977?ref=serp>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 762.044/SP**, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25254925/recurso-especial-resp-1276434-sp-2011-0212174-2-stj>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

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

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/03/IPEA_estupronobrasil_dadosdasaude_marco2014.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2289, 7 out. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13629>. Acesso em: 17 jun. 2021.

DIOTTO, Nariel; SOUTO, Raquel Buzatti. **Aspectos históricos e legais sobre a cultura do estupro no Brasil**. XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas na Sociedade Contemporânea, 2016. Disponível em:

<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/15867#:~:text=Diante%20deste%20meio%2C%20instalou%2Dse,medos%20das%20mulheres%20da%20atualidade.>

Acesso em: 14 jun. 2021.

ELBEL, Bianca Denser. **Estupro corretivo: a cultura do estupro e a violação da dignidade e liberdade sexual da mulher como método de punição**. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. Brasília, 2020. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14154/1/Bianca%20Elbel%2021550235.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estupro: enfoque vitimológico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 653, p.265-276, mar. 1990.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. Jus Brasil, 2011. Disponível em:

<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>

Acesso em: 22 mar. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: dos crimes contra a pessoa**. 21. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

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

<http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 14 jun. 2021.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. **O conceito de vulnerabilidade no direito penal**. 08 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 14 jun. 2021.

LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no direito? **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Volume IX. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 12 de março de 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/7996/5781>.

Acesso em: 10 maio 2021.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Marina Torres Costa. **O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica**. (manuscrito) - 2012. Disponível em:

<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5370/1/PDF%20-%20Marina%20Torres%20Costa%20Lima.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

MANFRÃO, Caroline Colombelli. **Estupro: prática jurídica e relações de gênero**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Sabrina Graciano; CARVALHO, Ursulla Rodrigues. Os crimes de importunação sexual e estupro de vulnerável sob a perspectiva da lei 13.718/18. **Revista Científica Fagoc Jurídica** - Volume IV - 2019. Disponível em: <https://revista.unifagoc.edu.br/index.php/juridico/article/view/578/443>. Acesso em: 10 maio 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Crimes contra a honra e contra a dignidade sexual**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Direito penal comentado**. São Paulo: Editora letras & letras, 1998.

SAMPAIO, Caio Felipe Machado. **Dos Crimes sexuais contra vulnerável**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://shogumbr.jusbrasil.com.br/artigos/299931393/dos-crimes-sexuais-contra-vulneravel>. Acesso em: 10 maio 2021.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Concurso material de estupros na Lei nº 12.015/09. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2295, 13 out. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13658>. Acesso em: 17 jun. 2021.

VILHENA, Junia; ZAMORA, Maria Helena. **Além do ato: os transbordamento do estupro**. Revista Rio de Janeiro, n. 12, jan-abril 2004. Disponível em: http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_12/12_dossie_JuniaVilhena.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

ZANATTA, Marília Cassol. **Cultura do estupro no direito penal brasileiro**. Empório do Direito, 10 jun. 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/cultura-do-estupro-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 17 jun. 2021.