

1. INTRODUÇÃO

O interesse da pesquisa adveio com a mudança legislativa do artigo 213 do Código Penal e a problemática por de trás desta tentativa genuína do legislador em enquadrar no mesmo tipo, diversas condutas. Notavelmente, ao procurarmos a intenção real do legislador, nos depararíamos com diversas possibilidades. No entanto, é mais viável interpretar a luz do histórico da luta feminina pelo corpo e pelo benefício, por ora, da vítima.

Nesta perspectiva, é abordado a situação quando da anterior modificação e o impasse que adveio com ela. Ademais, apesar de não solidificado, é preciso vislumbrarmos a linha de raciocínio que a justiça vem utilizando para o crime de estupro após a alteração da sua redação. A aplicação dos artigos 69, 70 e 71 do código penal, portanto, depende da teoria adotada pelo nosso judiciário.

Ademais, a breve análise do concurso de pessoas e consequências na dosimetria da pena se mostra relevante para o entendimento jurídico do crime de estupro.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dialético. Dessa maneira, a pesquisa se propõe a responder a possibilidade da utilização do concurso de crimes e continuidade delitiva em cada interpretação doutrinária e jurisprudencial.

2. DO CONCURSO DE PESSOAS

Concurso de pessoas é a prática de infrações penais por mais de uma pessoa em que envolve além da pluralidade de agente, a pluralidade de condutas penalmente relevantes, a relevância causal dessas condutas para o resultado criminoso, o vínculo subjetivo entre os sujeitos e a identidade da infração penal. No tocante a violência sexual, temos que o concurso de pessoas é eventual, pois não há a exigência de mais de uma pessoa para a prática dos delitos dos artigos 213 ao 218-c do Código Penal.

Conforme a teoria monista adotada pelo então Código Penal, aquele que concorre de qualquer modo para o crime, responde por ele na medida da culpabilidade. Sendo assim, aquele que auxilia moral ou materialmente responde também por ele, cabendo ao réu a alegação de participação de menor importância em tese de defesa. Assim, o STJ (2021) fixou que “aquele

que adere à determinação do comparsa e contribui para a consumação de crime de estupro, ainda que não tenha praticado a conduta descrita no tipo penal, incide nas penas a ele cominadas, nos exatos termos do art. 29 do Código Penal.”.

No acórdão da REsp 1799010/GO, na sexta turma em 2019 dado pelo Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR concluí que: “No caso, conquanto não tenha o recorrido praticado a conduta prevista no núcleo do tipo penal, aderiu à determinação do comparsa, facilitando e assegurando a consumação do delito, concorrendo, assim, para a conduta típica, nos exatos termos do art. 29 do Código Penal.”.

Outro julgado importante para o vislumbre da participação nos crimes contra a dignidade sexual é a REsp 1175623 / GO, também da sexta turma em 2015 do ministro Nefi Cordeiro. Nele foi ratificado a participação do sujeito que cedeu a residência para a execução do crime de estupro e a desclassificação da tese de defesa de omissão de socorro.

O acusado, ao franquear a entrada e permanência dos agentes em sua residência para a prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, aos quais permaneceu assistindo da porta do quarto, facilitou e assegurou a consumação dos delitos, concorrendo para a conduta típica, aplicando-lhe a norma de extensão do art. 29 do CP.[...] Recurso especial provido para afastar a desclassificação para o delito de omissão de socorro

Sobre isso, em matéria de concurso de pessoas, na dosimetria da pena, deve o juiz, na terceira fase majorar a pena de quarta parte, salvo se o crime contra a dignidade sexual for o crime específico de estupro, pelo qual deve o juiz aumentar a pena de 1/3 a 2/3. Essas causas de aumento estão estabelecidas no artigo 226 da mesma lei que trata os crimes contra a dignidade sexual, qual seja, Lei 2.848/1940.

A pena é aumentada também em outras hipóteses como estupro corretivo, estupro com resultado gravidez ou em transmissão de doenças, que não vem ao caso.

Nesta terceira fase da dosimetria, pode o juiz ultrapassar o mínimo e máximo da cominação da pena destes delitos, haja vista que dentre as 3 fases da aplicação da pena que segue o julgador, apenas nesta pode o mesmo dar um passo para frente ou para trás da margem estabelecida pelo legislador.

3. CONCURSO DE CRIMES

Na análise dos crimes contra a dignidade sexual, sobrevém o concurso de crimes estabelecido nos artigos 69,70 e 71 do Código Penal.

Com o advento da lei 12.015 de 2009, mudanças significativas ocorreram com as previsões do Título VI, desde a troca do nome do título até a modificação do crime de estupro do art. 213. Antes da lei mencionada, o crime de estupro e atentado violento ao pudor, ora definido no revogado art. 214 eram tipificações diversas e com penalidades também diversas.

A saber, no anteceder das mudanças legislativas o crime de estupro era praticado apenas contra mulher, por configurar como tal o coito vaginal. “O constrangimento a atos libidinosos diversos como o coito oral, anal ou qualquer outro, configurava o que se denominava atentado violento ao pudor, que podia ter qualquer pessoa como vítima.” (NAZAR, 2016, p.1). Vale destacar, nas palavras da Lígia Maria de Oliveira Nazar:

Apesar da revogação do artigo 214, mister destacar que não ocorreu o fenômeno denominado abolitio criminis (supressão da incriminação que gera a extinção da punibilidade), porquanto o comportamento definido anteriormente nesta norma penal sob a rubrica de atentado violento ao pudor fora **incorporado** ao conceito de estupro. Houve, pois, a **fusão** de dois dispositivos penais em apenas um (2016, p.1) (grifo nosso).

Anteriormente, ao se ter em tipos penais diferentes o crime de estupro e atentado violento ao pudor, a problemática sobre os concursos de crimes eram de forma mais fácil solucionadas apesar das sempre presentes controvérsias sobre o assunto. Entendia a doutrina e a jurisprudência que a conduta do criminoso em relação ao estupro era uma e do atentado outra, conforme o próprio código penal destacava. Assim, boa parte da doutrina defendiam duas situações:

A primeira seria o entendimento de que se os atos anteriores (libidinosos) ao estupro fossem meios necessários e atos de preparação para o mesmo, haveria apenas o crime do antigo artigo 213. Já se, os atos libidinosos não fizessem parte do desdobramento do estupro, sendo um ato a parte, o sujeito criminoso responderia pelo estupro do antigo 213 e atentado violento ao pudor do antigo 214 em concurso material. Lígia Nazar preleciona “Quando o ato libidinoso se destaca como perversão, fora do prelúdio para a conjunção carnal, passa a constituir entidade autônoma, a prevista no art. 214 do CP” (2016, p.1)

Sobre o reconhecimento do concurso, como mencionado, havia as suas controvérsias, mas o que se tinha em posicionamento majoritário era que não havia de se falar em crime continuado do estupro e atentado pela inobservância da condição de crime de mesmas espécies e maneira de execução e concurso formal por não estar presente apenas uma conduta que, resultaria o crime de estupro e atentado violento ao pudor.

Embora do mesmo gênero, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor não são da mesma espécie, o que afasta a continuidade e corporifica o concurso material. *Habeas Corpus* conhecido; pedido indeferido (STJ, 1999, p.106.).

Atualmente, a discussão sobre concurso de crimes deixou de ser mais simples pela incorporação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo artigo. A controvérsia parte da definição de o artigo 213 se tratar de crime simples ou misto. O que se vê mais aceito na doutrina e jurisprudência é que o mesmo se trata de crime misto.

Sobre isso, entra a subdivisão que abrirá portas para maiores debates e controvérsias: o crime de estupro descrito no artigo 213 do código penal é misto alternativo ou misto cumulativo? A partir dessas constatações poderemos saber se existe ou não a possibilidade de concurso de delitos.

Por misto cumulativo temos o crime que possui mais de um núcleo, tipos penais que acumularam mais de um crime, porém, as condutas tipificadas não são fungíveis entre si. Porquanto, apesar de estarem no mesmo tipo penal a prática de cada um deles configura um delito.

Neste sentido, afirma Vicente Grego Filho:

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. [...] Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo (2009).

Logo, se tratando de crime misto cumulativo as condutas são punidas individualmente e soma-lhe as penas quando há a realização de ambas em concurso material. Analisando a aplicação do concurso formal, não se faz possível sua utilização, pois se trata de diversos atos, qual seja a conduta de estuprar e a conduta de praticar atos libidinosos e não conduta única, continuando o entendimento que existia antes da alteração legislativa. Este é também o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que destaca NAZAR (2016):

O entendimento é de que as condutas de constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, embora reunidas em um mesmo artigo de lei, com uma só cominação de pena, serão punidas individualmente se o agente praticar ambas, pois se tratam de ações distintas.

Antes da edição da Lei nº 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, 1963, p. 916) (STJ, 2010).

Ademais, o reconhecimento de crime continuado entre a conduta do estupro e a do antigo atentado violento ao pudor (ato libidinoso) não é viável por não estar presente a condição de mesma maneira de execução e outras semelhantes do artigo 71 do Código Penal, apesar de serem crimes de mesma espécie. Em consonância com esse entendimento, o ministro Jorge Mussi no HC 104724/MS leciona “Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras. Ordem denegada”.

Logo, não há de ser falar em continuação na hipótese de o criminoso praticar o estupro e algum ato libidinoso em seguida. Porém, falando quantitativamente, se houver repetição dessas condutas injustas reconhece a continuidade delitiva, como por exemplo, estupro e estupro; ato libidinoso e ato libidinoso; respeitando sempre as condições impostas no tipo de continuidade delitiva.

Defendem este posicionamento, Abrão Amisy Neto, Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini. O primeiro ainda discorre:

A alteração legislativa buscou reforçar a proteção do bem jurídico e não enfraquecê-lo; caso o legislador pretendesse criar um tipo de ação única ou misto alternativo não distinguiria conjunção carnal de outros atos libidinosos, pois é notório que a primeira se insere no conceito da segunda, mais abrangente. Portanto, se bastaria que tivesse redigido o tipo penal da seguinte maneira: constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso (2009).

E por misto alternativo, nas palavras de James Tubenchlak (1978, p. 34) “o agente responderá por um só crime tanto se perfizer uma conduta dentre as anunciadas alternativamente quanto na hipótese de vulnerar mais de um núcleo”

Nesta última hipótese, se considerado o crime de estupro crime misto alternativo, teremos um crime único, e a alteração da lei 12,013 de 2009 será mais benéfica ao réu, necessitando até mesmo retroagir para beneficiar os acusados e impossibilitando a tipificação por concurso de crimes entre o estupro e o ato libidinoso, conforme entendimento do STJ no HC 354.358/SP de 2016 e diversos outros julgados da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que insistem neste posicionamento.

Entre o estupro e o ato libidinoso para aqueles que adotam esta teoria, não seria possível nem mencionar o concurso material no mesmo contexto pois o que o criminoso praticou foi apenas uma conduta e crime. Já em relação ao concurso formal, neste mesmo raciocínio, apesar de serem como conduta única, entendem que o sujeito não praticou dois ou mais crimes, inviabilizando a aplicação do art. 70 do Código Penal.

Por crime continuado leciona a edição 17 do STJ (2014) na tese 8ª “O estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra a mesma vítima e no mesmo contexto devem ser tratados como crime único, após a nova disciplina trazida pela Lei n. 12.015/09.” Ademais, reconhece também o STJ nesta mesma edição de teses que é reconhecido a “a continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor quando praticados contra vítimas diversas ou fora do mesmo contexto, desde que presentes os requisitos do artigo 71 do Código Penal.” (2014). Ou seja, se praticados contra a mesma vítima não se admite, dentro do mesmo contexto o estupro e algum ato libidinoso, por entender que o criminoso praticou crime único.

No entanto, se o criminoso praticar mais de uma vez o crime do artigo 213 do Código Penal, no mesmo contexto ou não, com a mesma vítima ou não e não estiver seguindo as condições de crime continuado, abre a exceção para o concurso material.

4. CONCLUSÃO

Por via da dicotomia, o que se vê é que a aplicação do concurso de crimes depende principalmente da teoria adotada pelo tribunal, no entanto, em ambas a título de exceção ou regra, a mesma ainda é utilizada. Estas contradições não permeiam apenas o campo do papel do juiz, mas também nas construções doutrinárias.

O entendimento de crime misto cumulado, parece mais ajustado, porquanto nada ocorreu de mudanças na aplicação da pena e concurso de crimes com a nova redação da lei 12.015 de 2009. Assim, devemos com o mesmo olhar e análise técnica judiciária incriminar o sujeito que pratica conjunção carnal e outro ato libidinoso em concurso material por se tratar de condutas autônomas.

No mais, apesar dos esforços pela aplicação da teoria mista alternativa, no fundar da análise social, a teoria mista cumulativa melhor atende os anseios sociais, as lutas femininas e a proposta que parecer ser a original do legislador, qual seja não estimular a realização do crime, visto que a teoria alternativa, por nada acrescentar em repressão ao crime, há de estimular o agente cometer para mais de uma única conduta (estupro e atos libidinosos) contra a vítima.

Logo, não se mostra nem justo, nem técnico pressupormos que o sofrimento da vítima em relação ao estupro é na mesma linha do injusto do seu sofrimento pelo estupro e ainda por algum outro ato libidinoso. Seria isso ignorar a diversidade de conduta do criminoso e o injusto praticado. Assim, visto que a teoria mista cumulativa mantém o que era tido antes da alteração legislativa em relação ao concurso de crimes e crime continuado e ainda acrescenta a

facilitação da denominação da vítima do injusto sofrido, visto que antes era mais difícil para as mesmas apontar qual crime sofreu, é a mais correta a ser adotada.

A mudança legislativa não se vale para o benefício do réu, mas com intenção genuína, conforme Nazar também confia, de atualizar neste contexto atual de violências sexuais contra a dignidade humanas questões relacionadas aos crimes sexuais. Apesar, contudo, de a boa intenção levar agora a equívocos e mais dificuldades na aplicação da pena referente aos crimes tipificados atualmente pelo artigo 213.

O assunto ainda é motivo de discursão e controvérsias nos tribunais superiores e serão palco para maiores diálogos sensatos e de altíssima relevância para a história dos crimes contra a dignidade sexual e a luta pelas mulheres de permanecerem vivas e sem constrangimentos e medos.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Lei n. 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. Disponível em: encurtador.com.br/bdDOU. Acesso em: 14 jan. 2021

BRASIL. Superior tribunal De Justiça. *HC 10.162*. Relator: Ministro Edson Vidigal. 02 set. 1999.

BRASIL. Superior tribunal De Justiça. *HC 354.358/SP*. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. São Paulo 06 fev. 2017. Disponível em: <https://url.gratis/XKwkJ>. Acesso em: 5 fev. 2021

BRASIL. Superior tribunal De Justiça. *HC 78667*. Relator: Ministra Laurita Vaz. 02 ago. 2010.

BRASIL. Superior tribunal De Justiça. *Jurisprudência em teses dos crimes contra a dignidade sexual III*. Edição n. 153. Disponível em: <https://url.gratis/1Gbut>. Acesso em: 25 mar. 2021

BRASIL. Superior tribunal De Justiça. *Jurisprudência em teses do crime continuado I*. Edição n. 17. Disponível em: <https://url.gratis/reQdiE>. Acesso em: 10 maio 2021

BRASIL. Superior tribunal De Justiça. *REsp 1799010/GO*. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Goiânia, 23 abr. 2019. Disponível em: <https://url.gratis/bYMTw>. Acesso em: 8 fev. 2021

BRASIL. Superior tribunal De Justiça. *REsp 1175623*. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Goiânia, 01 dez. 2015. Disponível em: <https://url.gratis/joLPw>. Acesso em: 26 abr. 2021

GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvisosa dignidade. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13530>. Acesso em: 25 abr. 2021.

NAZAR, Lígia Maria de Oliveira. *Estupro e o concurso de crimes*. Impetus, 07 jun. 2016. Disponível em: <https://url.gratis/KZJFu>. Acesso em: 8 maio 2021

NETO, Abrão Amisy. *Estupro, estupro de vulnerável e ação penal*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13404>. Acesso em: 16 mar. 2021

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher*. Disponível em: <https://url.gratis/7MgCb>. Acesso em: 21 fev. 2021

TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.