



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Estupro e atentado violento ao pudor após a Lei 12.015 de 2009. Crime único?

Guilherme Rodrigues de Andrade

Rio de Janeiro

2014

GUILHERME RODRIGUES DE ANDRADE

**Estupro e atentado violento ao pudor após a Lei 12.015 de 2009. Crime único?**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Neslon C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2014

## ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR APÓS A LEI 12.015 DE 2009. CRIME ÚNICO?

Guilherme Rodrigues de Andrade

Graduado em Direito pela UNILASALLE/RJ. Advogado. Pós Graduando no Curso de Pós Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** Os crimes contra a Dignidade Sexual, especialmente o estupro e o atentado violento ao pudor, afetam a sociedade brasileira diariamente. Antes do advento da Lei 12.015 de 2009, o Código Penal tipificava como crime o estupro no art. 213 e o atentado violento ao pudor no art. 214. Com o advento da referida lei, as condutas descritas nos referidos tipos penais passaram a integrar um tipo único, qual seja, o art. 213. Não obstante estejam previstos no mesmo tipo, o art. 213 do Código Penal prevê duas condutas distintas. O objetivo do trabalho é discutir se o agente que pratica as duas condutas no mesmo contexto responde por ambos os crimes (estupro e atentado violento ao pudor), ou apenas por um crime único.

**Palavras-Chaves:** Estupro. Atentado violento ao pudor. Lei 12.015 de 2009. Crime único.

**Sumário:** Introdução. 1. Contextualização Histórica. 2. Lei 12.015 de 2009 e *Abolitio Criminis*. 3. Tipo Penal. Tipo Misto cumulativo e Tipo Misto Alternativo. 4. Tipo Penal do artigo 213 do Código Penal. 5. Lei 12.015 de 2009 e Retroatividade da Lei Penal Benéfica. Conclusão. Referência.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor antes e depois da Lei 12.015 de 2009, fazendo uma análise estrutural e sistemática dos respectivos tipos penais, tendo em vista que a citada lei unificou as condutas dos dois crimes em um único tipo penal.

O estudo aborda a questão diferencial entre *abolitio criminis* e continuidade normativa típica, analisando também os aspectos estruturais dos tipos penais de maneira

genérica e especificamente em relação ao tipo do art. 213 do Código Penal após a Lei 12.015 de 2009.

Para tanto, faz-se uma análise doutrinária dos tipos penais mistos cumulativos e dos mistos alternativos, expondo também as consequências práticas de cada modelo de tipo penal.

Neste contexto, expõe-se a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a unicidade ou cumulatividade dos crimes de estupro e atentado e violento ao pudor de acordo com o atual ordenamento.

O tema resplandece grande relevância não só para o mundo jurídico, mas também para o seio social, tendo em vista que a consideração sobre uma ou outra corrente poderá alterar a pena de inúmeras pessoas que foram condenadas por estupro e atentado violento ao pudor.

A análise prática da alteração efetuada pela Lei 12.015 de 2009, que além de influenciar na caracterização penal dos futuros fatos que venham a se subsumir ao tipo penal previsto no artigo 213 do Código Penal, incidirá imediatamente na execução penal daqueles que foram anteriormente condenados pelas condutas de estupro e atentado violento ao pudor antes do advento da citada lei, alterando-se, assim, o número da população carcerária no Brasil.

## **1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA**

Antes do advento da Lei 12.015 de 2009, o Código Penal tratava no Título VI “Dos crimes contra os costumes”, cuja denominação permitia concluir que o que a lei

penal buscava tutelar não era a dignidade da pessoa humana, mas sim os padrões morais vigentes na sociedade, concernentes a fatos sexuais.

Hungria<sup>1</sup>, dissertando sobre o conceito de costumes, dizia que

O vocábulo “costumes” é aí empregado para significar (sentido restrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplinas sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.

O entendimento sobre o bem jurídico tutelado pelo referido Título do Código Penal Brasileiro não se adequava à ordem constitucional pátria, que impõe como um de seus fundamentos (art. 1º, III da Constituição da República) a proteção da dignidade da pessoa humana. Não faria mais sentido, assim, a lei penal tutelar a concepção da sociedade sobre a moral sexual, relegando a segundo plano a figura da pessoa humana, que deveria ser o centro de todas as atenções do legislador.

Segundo Rogério Greco<sup>2</sup>

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

Atento às críticas feitas pela doutrina, bem como às necessidades da sociedade, o legislador elaborou a Lei 12.015 de 2009 que alterou praticamente todo o Título VI do Código Penal, o qual passou a ser denominado de “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Efetivamente, o legislador buscou dar mais atenção à pessoa humana, protegendo sua dignidade, qualidade esta intrínseca e distintiva de cada ser humano que

---

<sup>1</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, v.III. Rio de Janeiro: Forense: 1956, p. 103-104 apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* - parte especial. V. 3. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 463.

<sup>2</sup> GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Especial, V. 3, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 453.

o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

Antes de esmiuçar as alterações feitas pela Lei 12.015 de 2009, cumpre tecer alguns comentários sobre os tipos penais de estupro de atentado violento ao pudor, antes da mencionada lei.

O Código Penal previa em seu artigo 213 o crime de estupro e no artigo 214 o crime de atentado violento ao pudor, cujo teor transcreve-se abaixo<sup>3</sup>:

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

Pena - reclusão de seis a dez anos;

Art. 214 - 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 seis a dez anos.

Interpretando-se brevemente a antiga redação do artigo 213, podem ser destacados alguns elementos para sua configuração, quais sejam: a conduta de constranger mulher; com a finalidade de com ela praticar conjunção carnal; mediante o emprego de violência ou grave ameaça.

Destaca-se aqui, que a lei penal exigia como sujeito passivo do crime a mulher, isto é, para que fosse caracterizado o crime de estupro era indispensável que a conduta do agente fosse dirigida contra uma mulher.

Ademais, não era qualquer afronta à liberdade sexual que caracterizava o crime de estupro, mas tão somente o constrangimento à conjunção carnal, ou seja, a penetração do pênis na vagina da mulher. Neste sentido, lecionava Rogério Greco<sup>4</sup> que

---

<sup>3</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2848, de 07 de setembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: 25 nov. 2013.

<sup>4</sup> GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Especial, V. 3, 5. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 466.

O constrangimento praticado contra a mulher deve ser dirigido finalisticamente à prática da conjunção carnal, vale dizer a relação sexual normal, o coito vagínico, que compreende a penetração do pênis do homem na vagina da mulher. Dessa forma, somente poderá haver estupro quando estivermos diante de uma relação heterossexual.

Por sua vez, para a caracterização do crime de atentado violento ao pudor, o artigo 214 exigia a conduta de constranger a vítima, mediante violência ou grave ameaça, com a finalidade de fazê-la praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ou permitir que com ela se pratique tal ato de libidinagem.

Percebe-se no respectivo dispositivo que, ao contrário do artigo 213, o sujeito passivo do referido crime tanto poderia ser homem quanto mulher, eis que somente se referia à palavra “alguém”.

Assim, se alguém constrangesse um homem a prática de coito anal, responderia pelo crime de atentado violento ao pudor. Todavia, com relação à mulher, para que se configurasse o crime de atentado violento ao pudor, esta deveria ser constrangida à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, pois desta se tratasse, estaríamos diante de um crime de estupro, na forma do artigo 213.

Se por acaso, o agente, além de constranger a mulher à conjunção carnal (coito vagínico), praticasse outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, como por exemplo o coito anal, estaria configurado o concurso de crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Havia, entretanto, grande divergência na doutrina e na jurisprudência sobre a espécie de concurso a ser aplicada no caso, isto é, se concurso formal, (art. 70), material (art.69) ou crime continuado (art. 71).

A controvérsia existia, e ainda existe, no que diz respeito à expressão “crimes da mesma espécie”, constante no artigo 71 do Código Penal, que trata do crime

continuado. Segundo parcela da doutrina, crimes da mesma espécie seriam aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico, como por exemplo, os crimes de furto e roubo.

Uma outra corrente, no entanto, entende que crimes da mesma espécie são tão somente aqueles que integram o mesmo tipo penal, razão pela qual, a prática de crimes pertencentes a tipos penais distintos, não poderia levar ao reconhecimento do crime continuado.

Desta forma, nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, praticados em um mesmo contexto fático, não poderia ser reconhecido como crime continuado, devendo-se aplicar o concurso formal ou material de crimes.

A jurisprudência pátria adotava esta segunda corrente, entendendo que a prática de estupro e atentado violento ao pudor praticados em um mesmo contexto tratava-se de concurso material de crimes, razão pela qual as penas deveriam ser somadas.

Neste sentido<sup>5</sup>:

HC 112829 / SP  
HABEAS CORPUS 2008/0172842-9  
Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120)  
Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA  
Data do Julgamento 11/11/2008  
Data da Publicação/Fonte DJe 01/12/2008  
Ementa  
HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO MATERIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REITERAÇÃO DE PEDIDO.  
1. Não se consubstanciando os atos libidinosos em praeludia coiti, ocorre crime de atentado violento ao pudor em concurso material com o estupro, não podendo, dessa forma, ser aplicada a regra inculpada no art. 71 do Código Penal, por serem crimes de espécies diversas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.  
2. O óbice à progressão de regime já foi afastado nos autos do habeas corpus n.º do HC 66.408/SP, consubstanciando-se a impetração, nessa parte, em mera reiteração pedido.  
3. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

---

<sup>5</sup> Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=HC+112829+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=HC+112829+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 25 nov. 2013.

Ocorre que a Lei 12.015 de 2009 modificou praticamente todo o Título VI do Código Penal, revogando o mencionado artigo 214, e alterando a redação do artigo 213, o que gerou grandes controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

## 2. LEI 12.015 DE 2009 E *ABOLITIO CRIMINIS*

A Lei 12.015 de 2009, publicada em 10/08/2009, alterou praticamente todo o Título VI do Código Penal, revogando o artigo 214 deste diploma legal<sup>6</sup>:

Art. 7º Revogam-se os arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954.

Em contrapartida, o artigo 213, que trata do estupro, passou a ter a seguinte redação<sup>7</sup>:

### Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

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

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Percebe-se que a Lei 12.015 de 2009 revogou expressamente o artigo 214 do Código Penal que tratava do crime de atentado violento ao pudor. Surgiu assim a indagação sobre a ocorrência ou não da *abolitio criminis* em relação ao crime de atentado violento ao pudor.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)> Acesso em: 26 fev.2014.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)> Acesso em: 26 fev.2014.

A *abolitio criminis* ocorre quando o legislador deixa de considerar típica uma determinada conduta, retirando-a do ordenamento jurídico penal. Em outras palavras, a *abolitio criminis* acontece quando o legislador deixa de considerar como crime um determinado fato.

Segundo Rogério Greco<sup>8</sup>

Quando o legislador, atento às mutações sociais, resolve não mais continuar a incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa, pois passou a entender que o Direito Penal não mais se fazia necessário à proteção de determinado bem, ocorre o fenômeno jurídico conhecido por *abolitio criminis*.

A *abolitio criminis* vem prevista no artigo 2º do Código Penal, segundo o qual<sup>9</sup> “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”.

Assim, se uma lei posterior deixa de considerar como crime uma determinada conduta, o Estado está abrindo mão de seu direito de punir aquela conduta, razão pela qual a punibilidade deve ser extinta, na forma do artigo 107, III do Código Penal.

O exemplo clássico de *abolitio criminis* dado pela doutrina diz respeito ao crime de adultério, o qual foi banido do nosso ordenamento jurídico penal pela lei 11.106 de 2005. O legislador penal brasileiro, percebendo que a conduta de adultério fugia aos interesses de proteção desta esfera do ordenamento jurídico, entendeu por bem revogar o artigo 240 do Código Penal.

Obviamente, não obstante a discussão sobre a moralidade ou imoralidade do adultério, é certo que não cabe ao Direito Penal se ocupar da análise de tal fato, uma vez que é regido pelos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, isto é, o Direito Penal deve fazer a seleção daqueles bens jurídicos mais essenciais a serem

---

<sup>8</sup> GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, V. 1, 15. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 110.

<sup>9</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2848, de 07 de setembro de 1940. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: 26 fev. 2014.

protegidos, sendo certo que somente deverá tipificar determinada conduta como criminosa, quando outra área do Direito não puder dar uma solução efetiva.

Mas no caso do atentado violento ao pudor, teria ocorrido, efetivamente, a *abolitio criminis*? A resposta só pode ser negativa. Em que pese a revogação do artigo 240 do Código Penal, a intenção do legislador não foi extirpar do ordenamento jurídico a conduta anteriormente denominada como atentado violento ao pudor.

Conforme dito, a *abolitio criminis* somente ocorre quando o legislador passa a entender que o Direito Penal não serve mais para tutelar aquele bem jurídico, o que não pode ser observado quando estamos diante de crimes que afetam a dignidade sexual da pessoa humana.

O que ocorreu na verdade, foi uma continuidade normativa típica, isto é, não obstante a revogação do tipo penal incriminador (art. 214, CP), os elementos que descreviam a conduta de atentado violento ao pudor passaram a integrar o tipo penal do estupro (art. 213, CP).

Rogério Greco, melhor explicando o Princípio da Continuidade Normativa-Típica, aduz que<sup>10</sup>

Pode ocorrer que determinado tipo penal incriminador seja expressamente revogado, mas seus elementos venham a migrar para outro tipo penal já existente, ou mesmo criado por nova lei. Nesses casos, embora aparentemente tenha havido a abolição da figura típica, temos aquilo que se denomina de continuidade normativa-típica.

Percebe-se assim, que o tipo penal que antes tratava apenas da conduta de “constranger mulher à conjunção carnal”, passou a açambarcar a conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Os elementos que compunham o antigo tipo penal do artigo 214 passaram a integrar o tipo penal de estupro, previsto no artigo 213.

---

<sup>10</sup> GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, V. 1, 15. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 110.

Conclui Rogério Greco que <sup>11</sup>

[...] não houve descriminalização do comportamento até então tipificado especificamente como atentado violento ao pudor. Na verdade, somente houve modificação do *nomen juris* da aludida infração penal, passando como dissemos, a chamar-se de estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente a fim de ter conjunção carnal, ou, também, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Aplica-se, na hipóteses, o chamado princípio da continuidade normativa-típica, havendo, tão somente, a migração dos elementos anteriormente constantes da revogada figura prevista no artigo 214 do Código Penal para ao artigo 213 do mesmo diploma repressivo.

A jurisprudência pátria acompanhou a doutrina maciça no sentido de não ter havido a *abolitio* do crime de atentado violento ao pudor.

Neste sentido<sup>12</sup>:

HC 215444 / BA

HABEAS CORPUS 2011/0186914-0

Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 12/11/2013

Data da Publicação/Fonte DJe 21/11/2013

Ementa

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. (...).

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABOLITIO CRIMINIS. FATO QUE CONTINUOU SENDO TIPIFICADO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.045/2009. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Com o advento da Lei 12.015/2009, as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor foram condensadas em um mesmo dispositivo, não havendo que se falar em abolitio criminis, estando-se diante do princípio da continuidade normativa. Doutrina. Jurisprudência.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar a nulidade da ação penal a partir da expedição da carta precatória para oitiva das testemunhas de acusação, inclusive, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, salvo se por outro motivo se encontrar preso.

Sendo assim, aquele que constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, responderá,

<sup>11</sup> GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Especial, V. 3, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 500.

<sup>12</sup> Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=HC+215444&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=HC+215444&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 04 jan. 2014.

agora, pelo crime de estupro, na forma do artigo 213 do Código Penal, com a redação dada pela lei 12.105 de 2009.

Ultrapassada a questão da *abolitio criminis*, resta indagar se o agente que, na mesma situação, constrange alguém à conjunção carnal e também à prática de outro ato libidinoso responde por dois crimes de estupro em concurso ou por crime continuado ou apenas por um crime único.

Como visto, antes do advento da lei 12.015 de 2009, o agente que constrangesse mulher à conjunção carnal e também à prática de outro ato libidinoso responderia pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material.

Com o advento da Lei 12.015 de 2009, no entanto, a questão passou a ser um pouco tormentosa, tendo em vista a reunião das duas condutas mencionadas em um único tipo penal (art. 213, CP).

Para abordar com maior profundidade a questão, faz-se necessário diferenciar dois modelos de tipos penais diferentes: o tipo penal misto cumulativo e o tipo penal misto alternativo.

### **3. TIPO PENAL. TIPO MISTO CUMULATIVO E TIPO MISTO ALTERNATIVO**

O ordenamento jurídico pátrio adotou o conceito analítico de crime, em detrimento dos conceitos formal e material.

O conceito formal de crime entendia-o como toda conduta que atentasse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado. Por sua vez, o conceito material, conceituava o crime como a conduta que violasse os bens mais importantes, conforme o entendimento do legislador pátrio.

Percebe-se que os conceitos formal e material de crime são insuficientes para sua real definição, uma vez que não há uma limitação precisa. Desta forma, surge o conceito analítico de crime, cuja função é analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo.

Segundo Assis Toledo <sup>13</sup>

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

O que fora chamado por ação típica por Assis Toledo, pode ser entendido como fato típico, uma vez que o fato abrange a conduta do agente, o resultado dela decorrente, o nexo de causalidade e a tipicidade.

Para o objeto do presente trabalho, interessa, por ora, apenas a análise da tipicidade, a seguir desenvolvida.

Tipicidade é a adequação perfeita de uma conduta ao modelo abstrato criado pela lei penal, chamado de Tipo Penal. O tipo penal, é um modelo de conduta que o Estado visa impedir que seja praticada, sob pena de determinada sanção. Isto é, o Estado, no intuito de proteger os diversos bens selecionados, cuja tutela pelos outros ramos do direito restou infrutífera, cria uma lei em sentido estrito proibindo determinada conduta. Neste momento surge o tipo penal.

A palavra tipo, segundo Cirilo de Vargas<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> TOLEDO *apud* GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, V. 1, 10. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 141.

<sup>14</sup> VARGAS *apud* GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, V. 1, 10. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 155.

constitui uma tradução livre do vocábulo Tatbestand, empregada no texto do art. 59 do Código Penal alemão de 1871, e provinha da expressão latina corpus delicti. O tipo, portanto, é a descrição precisa de um comportamento humano, feita pela lei penal.

O tipo penal é composto por elementos objetivo-descritivos, subjetivos e normativos. Os elementos objetivos são identificados pela simples constatação sensorial, e se referem a objetos, seres, animais, coisas ou atos perceptíveis pelos sentidos. Os elementos subjetivos estão atrelados a intenção ou lado psíquico do autor do delito no momento de sua prática, constituindo-se pelo dolo, e em diversos crimes, pelo especial fim de agir.

Já os elementos normativos são aqueles para cuja compreensão é insuficiente uma atividade meramente cognitiva, pois que envolve uma atividade valorativa. Isto é, o intérprete deverá avaliar o significado de algumas expressões, tais como “indevidamente”, “sem justa causa”, “fraudulentamente”, etc.

O tipo objetivo-descritivo possui como núcleo um verbo que descreve a conduta proibida por lei. O verbo tem a finalidade de evidenciar a ação que se procura evitar ou impor. Sem um verbo, não há como se proibir uma conduta, uma vez que toda ação decorre de um fazer, cuja descrição está verbalmente delimitada.

Ocorre que existem tipos penais que possuem apenas um único núcleo, como, por exemplo, o crime de homicídio previsto no artigo 121 do Código Penal (matar alguém), e outros que possuem mais de um núcleo, tal como o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas...).

Ensina Cezar Roberto Bitencourt que<sup>15</sup>

Crime de ação única é aquele que contém somente uma modalidade de conduta, expressa pelo verbo núcleo do tipo (matar, subtrair). Crime de ação múltipla ou de conteúdo variado é aquele cujo tipo penal contém várias modalidades de condutas, e, ainda que seja praticada mais de uma, haverá somente um único crime (arts. 122, 180 e 234 do CP e 12 da Lei 6368).

No que tange ao conceito de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ousamos discordar de Cezar Roberto Bitencourt, isso porque, os crimes (tipos) de ação múltipla ou conteúdo variado são gênero, do qual são espécies os tipos mistos alternativos e os tipos mistos cumulativos.

Nos tipos penais mistos alternativos, o tipo prevê mais de um verbo nuclear, no entanto, se o agente praticar mais de um verbo responderá apenas por um crime. É o que ocorre, por exemplo, com o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06.

Ensinam Alexandre Araripe e André Guilherme que<sup>16</sup>

O tipo é misto alternativo ou de “conteúdo variado” quando a descrição legal da conduta incriminada comporta vários núcleos determinantes de ações fungíveis em si. Nesta espécie de tipo, os diversos núcleos estão separados e guardam relação de fungibilidade pela presença de conjunção alternativa “ou”. Como exemplo, podemos citar o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, definido no artigo 122 do Código Penal: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. Neste caso, ainda que o agente induza a vítima a dar cabo da própria vida e, v.g, posteriormente empreste à mesma um revólver para que execute o plano, haverá apenas um crime.

O Superior Tribunal de Justiça, manifestando-se sobre o delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, entendeu que se trata de um tipo misto alternativo. Neste sentido<sup>17</sup>:

---

<sup>15</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral 1, V. 1, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 215.

<sup>16</sup> MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito Penal: Teoria do Delito*, Tomo II, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 83.

HC 199121 / RS  
 HABEAS CORPUS 2011/0046294-0  
 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120)  
 Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA  
 Data do Julgamento 27/08/2013  
 Data da Publicação/Fonte DJe 04/09/2013

Ementa

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. BIS IN IDEM EM RELAÇÃO AO TIPO PENAL DO TRÁFICO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O delito de tráfico ilícito de drogas é tipo misto alternativo, de ação múltipla, que possui como núcleos verbais as seguintes condutas: "importar", "exportar", "adquirir", "guardar", dentre outras. E, no caso, os Pacientes foram condenados também por "adquirir" e "guardar" drogas, o que afasta a alegação de bis in idem na aplicação da pena.
2. Os verbos "importar e exportar" inseridos no tipo significam, respectivamente, "trazer de fora" e "remeter para fora" (c.f. Dicionário Houaiss) podendo indicar, por exemplo, o transporte de algo de um Estado ou Município para outra unidade da Federação brasileira. Já a causa de aumento referente à transnacionalidade do delito nada mais é que a forma "qualificada" do delito, o que implica, necessariamente, em um agravamento da reprimenda a ser imposta ao condenado.
3. Ordem de habeas corpus denegada.

O mesmo ocorre no crime de porte de arma, previsto no artigo 16 na Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), em que o tipo prevê inúmeros verbos, mas a prática de um ou mais deles configura apenas um delito, conforme se observa do julgado abaixo do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup>:

AgRg no AREsp 226007 / DF  
 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL  
 2012/0188510-9  
 Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138)  
 Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA  
 Data do Julgamento 18/06/2013  
 Data da Publicação/Fonte DJe 01/08/2013

Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. POTENCIAL LESIVIDADE. PERIGO ABSTRATO. CONDUTA TÍPICA. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM QUE INADMITIU O RESP. SÚMULA 182/STJ. DECISÃO DE NÃO CONHECIMENTO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

<sup>17</sup> Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=tr%E1fico+e+misto+alternativo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=tr%E1fico+e+misto+alternativo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 01 de abril de 2014.

<sup>18</sup> Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=porte+de+arma+e+misto+alternativo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=porte+de+arma+e+misto+alternativo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 01 de abril de 2014.

1. A falta de impugnação específica de todos fundamentos utilizados na decisão agravada atrai a incidência do Enunciado Sumular 182 desta Corte Superior.
2. Ainda que assim não fosse, "É irrelevante aferir a eficácia da arma para a configuração do tipo penal, que é misto-alternativo, em que se consubstanciam, justamente, as condutas que o legislador entendeu por bem prevenir, seja ela o simples porte de munição ou mesmo o porte de arma desmuniçada" (AgRg no REsp 1.326.383/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 05/09/2012).
3. Agravo regimental não provido.

Já nos tipos mistos cumulativos são previstos, também, diversos verbos, no entanto, o agente que realizar mais de uma conduta, responderá por tantos crimes quantos forem verbos praticados.

Um dos exemplos dados pela doutrina é o crime de abandono material previsto no artigo 244 do Código Penal, cuja transcrição é de fundamental importância para a melhor compreensão<sup>19</sup>:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968)

No crime em espécie, o agente que realizar mais de um verbo deverá responder por dois crimes, ao contrário do que ocorre nos tipos penais mistos alternativos. Isto é, se o agente deixa de prover a subsistência de um filho menor de 18 anos e de seu avô, com 90 anos de idade e gravemente enfermo, estará praticando dois crimes de abandono material.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: 01 abril 2014.

Vê-se, portanto, que há uma grande relevância na diferenciação entre os tipos mistos alternativos e os cumulativos, tendo em vista que o reconhecimento de uma espécie ou outra de tipo poderá levar ou não à aplicação cumulada de dois crimes.

#### **4. TIPO PENAL DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL**

Conforme mencionado anteriormente, por inúmeras vezes, a Lei 12.015/09 reuniu em um mesmo tipo penal (artigo 213 do Código Penal), as condutas de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal” e a de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, condutas estas que integravam tipos distintos anteriormente.

Surgiu então, na doutrina e na jurisprudência, uma grande celeuma sobre a situação em que o agente, no mesmo contexto fático, constrange alguém à prática de conjunção carnal e também à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Deveria o agente responder por um único ou por dois crimes? O tipo penal do artigo 213 é um tipo misto cumulativo ou um tipo misto alternativo?

Uma parcela da doutrina entende que o delito previsto no artigo 213 do Código Penal é um tipo misto cumulativo, uma vez que a intenção do legislador era reprimir com mais rigor os crimes praticados contra a liberdade sexual. Isto é, a Lei 12.105/09, atendendo aos anseios da sociedade, veio para endurecer o tratamento dado àqueles que atentavam contra a dignidade sexual das pessoas, razão pela qual, não obstante a junção das condutas supramencionadas em um mesmo tipo penal, havendo a prática de mais de uma delas no mesmo contexto fático, o agente deverá responder por dois crimes distintos.

Para Abrão Amisy Neto<sup>20</sup>

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 parte se insere no conceito do segundo, mais abrangente. Portanto, bastaria que tivesse redigido o tipo penal da seguinte maneira: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso”. Visível, portanto, que o legislador, ao continuar distinguindo a conjunção carnal dos “outros atos libidinosos”, não pretendeu impor uma única sanção em caso de condutas distintas.

A posição defendida, entre outros, por Abrão Amisy Neto não é desarrazoada, recebendo, inclusive o apoio de grande parte da jurisprudência. Neste sentido<sup>21 22</sup>:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 987124 SP 2007/0216856-0 (STJ)

Data de publicação: 04/04/2011

Ementa: RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO A OPUDOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015 /2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015 /2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916). 2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei. 3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável como praeludiacóiti - e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral. 4. Recurso provido.

STJ - HABEAS CORPUS HC 160313 SP 2010/0012274-6 (STJ)

Data de publicação: 04/04/2011

Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO A OPUDOR. VITIMA DE 10 ANOS DE IDADE.

<sup>20</sup> AMISY NETO, Abrão. Estupro, estupro de vulnerável e ação penal. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13404/estupro-estupro-de-vulneravel-e-acao-penal>. Acesso em 02/04/2014.

<sup>21</sup> Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=REsp+987124&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+987124&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 10 jun. 2014.

<sup>22</sup> Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=HC+160313+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=HC+160313+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 10 jun. 2014.

CONDENAÇÃO 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. PRECEDENTES DA QUINTA TURMA.

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 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 preeludido - e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.

4. Ordem denegada.

Em sentido contrário, outra parcela da doutrina, entende que, não obstante o objetivo precípuo da Lei 12.015/09 ser recrudescer o tratamento dado aos crimes cometidos contra a dignidade sexual, a referida lei veio corrigir uma desproporção em algumas situações fáticas. Por exemplo, imagine uma situação em que ao agente, ao constranger determinada mulher, antes de praticar a cópula vaginal, beije os seios da vítima, ou seja, além de constranger à conjunção carnal, também constrangeu à prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Caso se entenda que o delito do artigo 213 é um tipo misto cumulativo, o agente deverá responder por dois crimes de estupro, alcançando a pena mínima de 12 anos.

Entretanto, parece que a intenção do legislador não era essa. Obviamente, existem alguns atos que estão essencialmente ligados ao resultado a ser alcançado, como no exemplo dado.

E mesmo que não se trate de um simples beijo no corpo ou a prática de sexo oral, o agente que, no mesmo contexto fático, pratica conjunção carnal e coito anal,

atenta uma única vez contra a dignidade sexual da vítima, não devendo responder por dois crimes de estupro, como pretende a outra corrente.

Preceitua Rogério Greco que<sup>23</sup>

Anteriormente à edição da Lei 12.015/09, de 07 de agosto de 2009, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no artigo 214 do Código Penal, quando o agente, que tinha por finalidade levar a efeito a conjunção carnal com a vítima, viesse, também, a praticar outros atos libidinosos, a exemplo do sexo anal e da felação, deveria responder por ambas as infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes.

Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima os fatos deverão ser entendidos como crime único, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla (tipo misto alternativo), aplicando-se somente pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes.

No mesmo sentido, preleciona Guilherme de Souza Nucci<sup>24</sup>:

Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa.

E ainda, Luiz Regis Prado aduz que<sup>25</sup>

Se o agente pratica vários atos sexuais com a mesma vítima em um único fato responde tão somente pelo delito de estupro, em razão da estrutura mista alternativa do tipo objetivo. Contudo, essa particularidade deve ser considerada por ocasião da aplicação da penal.

O entendimento acima mencionado, não tem por objetivo defender a todo custo estupradores, mas sim evitar a desproporcionalidade na aplicação da pena àquele que em um mesmo contexto fático pratica conjunção carnal e outro ato libidinoso com vítima. Frise-se, contudo, que se o agente pratica conjunção carnal com a vítima em um momento, e tempos depois, constrange a vítima à prática de outro ato libidinoso, deverá

---

<sup>23</sup> GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Especial, V. 3, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 487.

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18 e 19.

<sup>25</sup> PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial – Arts. 121 a 249, V. 2, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 653.

responder por dois crimes distintos em concurso material, na forma do artigo 69 do Código Penal.

Após amplo debate na doutrina e na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram o entendimento, acatando a segunda corrente mencionada, no sentido de entender que o tipo penal do artigo 213 é misto alternativo.

Neste sentido<sup>26 27</sup>:

Processo: RHC 37776 RJ 2013/0146598-4 (STJ)  
 Relator(a): Ministra ASSUSETE MAGALHÃES  
 Julgamento: 29/08/2013  
 Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA  
 Publicação: DJe 23/09/2013

Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIMES COMETIDOS ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.015/2009. TIPO MISTO ALTERNATIVO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA, PORÉM, DE PEÇA ESSENCIAL À DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS DELITOS FORAM COMETIDOS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I. Ambas as Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte entendem que, como 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, caso tenha sido praticado contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático. Assim, a pluralidade de atos sexuais deverá ser levada em consideração pelo juiz, quando da análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, na fixação da pena-base. Precedentes.

II. Para que se caracterize a ocorrência de crime único, como pretende a defesa, deve estar comprovado que os crimes praticados antes da nova Lei, foram cometidos contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático.

III. A verificação da ocorrência de crime único não reúne, no caso, condição de adequada análise. Na hipótese, a ausência de peça essencial ao deslinde da controvérsia - cópia da denúncia e da sentença condenatória - impede o adequado conhecimento da matéria, no particular, eis que a descrição dos fatos mostra-se imprescindível para constatar se os crimes ocorreram na mesma situação fática e contra a mesma vítima.

IV. Recurso conhecido e improvido.

STF - HC 106454 / SP - SÃO PAULO  
 HABEAS CORPUS  
 Relator(a): Min. ROSA WEBER

<sup>26</sup> Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=RHC+37776+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=RHC+37776+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 10 jun. 2014.

<sup>27</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+106454+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qffhel6>> Acesso em 10 jun. 2014.

Julgamento 02/04/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma  
EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME ÚNICO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 12.015/2009. COMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. Inexistência do alegado constrangimento ilegal, uma vez fundado o aumento da pena, no decreto condenatório, no concurso de agentes, e não no emprego de arma no crime de roubo (art. 157, § 2º, II, do Código Penal). A Lei nº 12.015/2009 unificou as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor em tipo mais abrangente, de ação múltipla, ensejador da configuração de crime único ou crime continuado, a depender das circunstâncias concretas dos fatos. Cabe ao Juízo da Execução Penal aplicar à condenação transitada em julgado a lei mais benigna. circunstâncias concretas dos fatos. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito, mas com concessão de ofício, para que o juízo da execução criminal competente proceda à aplicação retroativa da Lei 12.015/2009.

## **5. LEI 12.015 DE 2009 E RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA**

Conforme visto durante este trabalho, com o advento da lei 12.015/2009, as condutas anteriormente denominadas de estupro e atentado violento ao pudor se praticadas em um mesmo contexto são consideradas como crime único. Assim, aquele que constranger alguém à pratica de conjunção carnal e também à outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em um mesmo contexto, responderá tão somente por um crime de estupro.

Mas e aqueles que foram, antes do advento da lei 12.015/2009, condenados em concurso material pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor nas circunstâncias mencionadas acima? Poderia a nova lei retroagir para atingir os fatos anteriores a sua vigência? A resposta só pode ser positiva.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, XL, preceitua que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. No mesmo sentido, dispõe o artigo 2º, Parágrafo único do Código Penal que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Os dispositivos mencionados dispõem sobre o Princípio da Retroatividade da Lei Penal Benéfica ao réu, o qual dispensa maior aprofundamento, bastando a certeza de que a lei posterior que, de qualquer forma, beneficiar o réu deverá retroagir para atingir os fatos anteriores a sua vigência cometidos pelo réu.

Cezar Roberto Bittencourt, ao tratar da *Novatio legis in Melius*, aduz que<sup>28</sup>

Pode ocorrer que a lei nova, mesmo sem descriminalizar, dê tratamento mais favorável ao sujeito. Mesmo que a sentença condenatória encontre-se em fase de execução, prevalece a *lex mitior* que, de qualquer modo, favorece o agente, nos estritos termos do parágrafo único do art. 2º do CP. O dispositivo citado deixa claro que a retroatividade é incondicional. Mirabete lembra que tal previsão não fere o princípio constitucional que preserva a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF), pois essa norma constitucional protege as garantias individuais e não o direito do Estado enquanto titular do *ius puniendi*.

No caso da Lei 12.015/2009 a solução não pode ser outra, devendo retroagir para atingir os fatos cometidos anteriormente a sua vigência, de modo que aqueles que tenham sido condenados pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, por terem, em um mesmo contexto, constrangido alguém à conjunção carnal e também à prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, devem ser beneficiados pela nova lei, que ao unificar as duas condutas em um mesmo tipo, transformaram-nas em crime único.

Assim, se o processo estiver pendente de julgamento, deverá o juiz considerar o advento da nova lei e condenar o réu apenas pelo crime de estupro, na forma do artigo

---

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral 1, V. 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173-174.

213 do Código Penal. Obviamente que o constrangimento à prática de outro ato libidinoso, na situação mencionada, deverá ser valorado pelo juiz no momento de fixação da pena base (art. 59 do Código Penal), onde analisará as circunstâncias judiciais.

Se por outro lado, o condenado já estiver cumprindo sua pena, competirá ao juiz da execução, nos termos do artigo 66, I da Lei de Execução Penal.

Não são outras as lições de Rogério Sanches Cunha<sup>29</sup>:

Com a Lei 12.015/2009 o crime de estupro passou a ser conduta múltipla ou de conteúdo variado. Praticando o agente mais de um núcleo, dentro do mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade da análise do artigo 59 do CP). A mudança é benéfica para o acusado, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos (art. 2º, parágrafo único, do CP). Em todos os casos concretos em que o juiz (ou tribunal) reconheceu qualquer tipo de concurso de crimes (formal, material ou crime continuado) cabe agora revisão judicial para adequar as penas, visto que doravante já não existe distinção tipológica entre estupro e atentado violento ao pudor. Cuida-se doravante de crime único (cabendo ao juiz, no caso de multiplicidade de atos, fazer a adequada dosagem da pena).

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>30</sup>:

HC 212305 / DF  
 HABEAS CORPUS 2011/0155888-0  
 Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300)  
 Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA  
 Data do Julgamento 24/04/2014  
 Data da Publicação/Fonte DJe 05/05/2014  
 Ementa  
 HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS ANTES DA LEI N. 12.015/2009. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. CRIMES COMETIDOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO CONTRA A MESMA VÍTIMA. CRIME ÚNICO RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSIDERAÇÃO DA PRÁTICA DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. AUMENTO DA PENA-BASE.

<sup>29</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o direito dos tratados, p. 36-37.

<sup>30</sup> Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=estupro+e+atentado+violento+ao+pudor+e+execu%E7%E3o+penal&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=estupro+e+atentado+violento+ao+pudor+e+execu%E7%E3o+penal&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em 10 jun. 2014.

#### AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- A alteração legislativa conferida pela Lei 12.015/2009 não descriminalizou a conduta prevista na antiga redação do art. 214 do Código Penal, mas apenas a deslocou para o art. 213 do Estatuto Repressivo, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor).

- Todavia, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o reconhecimento de crime único não implica em desconsideração absoluta da conduta referente à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, devendo tal conduta ser valorada na dosimetria da pena aplicada ao crime de estupro.

- Assim, agiu com acerto o Tribunal de origem que manteve a exclusãoda pena referente ao crime de atentado violento ao pudor, efetuada pelo Juízo da execução, contudo considerou o fato do agente ter praticado com a vítima sexo oral e anal como circunstância desfavorável no crime de estupro, aumentando a pena-base. Habeas corpus não conhecido.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, pretendeu-se abordar de maneira cronológica os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, antes e após a Lei 12.015 de 2009, utilizando-se, para tanto, a doutrina e jurisprudência pátrias.

Inicialmente, observou-se que os crimes de estupro e atentado violento, antes da lei 12.015 de 2009, eram previstos em tipos penais distintos (arts. 213 e 214 do Código Penal), razão pela qual aquele que praticasse ambas as condutas em um mesmo contexto fático deveria responder pelos dois crimes em concurso material.

Com o advento da Lei 12.015 de 2009, constatou-se a revogação do artigo 214 do Código Penal, o que não implicou, no entanto, em *abolitio criminis*, mas sim em continuidade normativa típica, eis que a conduta descrita como atentado violento ao pudor passou a integrar o tipo penal do estupro, previsto no artigo 213.

Posteriormente, para se chegar a uma conclusão adequada sobre o estudo, expôs-se a diferença entre os tipos penais mistos alternativos e os tipos penais mistos cumulativos.

Verificou-se que a doutrina e jurisprudência majoritárias passaram a entender que o tipo penal do artigo 213 do Código Penal, após a lei 12.015 de 2009, era um tipo misto alternativo, de modo que aquele que praticasse as condutas de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal e também à prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal responderia apenas por um crime único.

Por fim, colocou-se a necessidade de dar aplicação retroativa da lei 12.015 de 2009 àqueles que, em um mesmo contexto fático, constrangessem alguém, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal e também à prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em razão do Princípio da Retroatividade da Lei Penal Benéfica (art. 5º, XL da Constituição e art. 2º, Parágrafo único do Código Penal).

## REFERÊNCIAS

AMISY NETO, Abrão. *Estupro, estupro de vulnerável e ação penal*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13404/estupro-estupro-de-vulneravel-e-acao-penal>. Acesso em 02/04/2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral 1, V. 1, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral 1, V. 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o direito dos tratados*.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, V. 1, 10. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, V. 1, 15. ed. Niterói: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Especial, V. 3, 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Especial, V. 3, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito Penal: Teoria do Delito*, Tomo II, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial – Arts. 121 a 249, V. 2, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.