

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
PEDRO HENRIQUE GONÇAVES TEIXEIRA

ESTUPRO:
unidade ou pluralidade delitiva?

BRASÍLIA

2012

Pedro Henrique Gonçalves Teixeira

**Estupro:
unidade ou pluralidade delitiva?**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (UnB), como requisito da
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende.

Brasília

2012

Pedro Henrique Gonçalves Teixeira

Estupro: unidade ou pluralidade delitiva?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito da obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito [].

Brasília (DF), _____ de outubro de 2012.

Prof.^a Dr.^a Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

Professora orientadora

Prof. Marcelo Turbay Freire

Membro da banca examinadora

Prof. Dr. Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Membro da banca examinadora

Dedico este trabalho a Valdir, Mara, Renata,
Gabriela, Euripa e Natália.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, pela vida e pela paz.

Agradeço a meus maravilhosos pais, a minhas adoráveis irmãs e à minha admirável avó pela presença ininterrupta em minha vida, para, com muito amor, festejar nossas vitórias e sustentar-me em minhas derrotas.

Estendo os mesmos agradecimentos à linda Natália, mais especial e mais imprescindível a cada dia.

Agradeço à professora Beatriz Vargas, por me orientar e por agregar melhorias ao trabalho, e aos professores Marcelo Turbay e Mohamad Mahmoud, tanto por terem contribuído para minha formação quanto por prontamente aceitarem analisar esta monografia.

Agradeço, também, ao amigo Leandro, pelas conversas indispensáveis à edificação das ideias aqui reproduzidas.

Agradeço, por fim, a todos os meus amigos, que, mesmo depois de tantos desencontros decorrentes da falta de tempo, não deixaram de procurar-me para fazer quaisquer coisas desimportantes que fazem da vida algo bom e feliz.

RESUMO

Em razão das alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, especialmente em decorrência da tipificação em um mesmo dispositivo legal da conjunção carnal realizada mediante constrangimento ilegal e dos demais atos libidinosos graves realizados nas mesmas circunstâncias, bem como das consequências penais daí decorrentes, emergiu no âmbito da doutrina e da jurisprudência intensa discussão a respeito da quantidade de estupro que seriam consumados na situação em que a mesma vítima fosse constrangida pelo mesmo agente, no mesmo contexto fático, a praticar conjunção carnal e outros atos libidinosos não absorvidos pela consumação da conjunção carnal. Essa discussão, embora arrefecida pela tomada de posição dos Tribunais Superiores, não cessou, notadamente porque os principais argumentos que a animam encontram-se inseridos na dicotomia entre tipo misto alternativo e tipo misto cumulativo, com relação a qual não há base conceitual uniforme no direito penal brasileiro. Diante disso, mostrou-se necessário definir outro paradigma conceitual para sustentar uma das posições, o que foi possível a partir da análise da conduta típica do delito de estupro. Para alcançar essa compreensão, foram criticamente examinadas no presente trabalho a legislação pertinente, a doutrina especializada e a jurisprudência significativa relacionadas à conduta típica do estupro nos limites da situação hipotética acima referida. Assim, após verificar que a classificação do tipo previsto no art. 213 do CP em misto cumulativo ou alternativo não fornece suporte seguro para definir a unidade ou a pluralidade delitiva nessa hipótese fática, passou-se à análise da estrutura analítica da conduta típica do estupro e chegou-se à conclusão de que no caso problematizado há unidade de crime, do que resulta a possibilidade de agravar a sanção penal apenas na primeira fase da dosimetria da pena, com fundamento nas regras do art. 59 do CP, e a inaplicabilidade das regras pertinentes ao concurso de crimes.

Palavras-chave: Lei 12.015/2009. Unidade delitiva. Pluralidade delitiva. Tipo misto cumulativo. Tipo misto alternativo. Conduta típica. Consequências penais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
ESTUPRO: UNIDADE E PLURALIDADE DELITIVA NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA	13
1.1 Posições jurisprudenciais alinhadas à pluralidade delitiva	13
1.2 Posições doutrinárias alinhadas à pluralidade delitiva	20
1.3 Posições jurisprudenciais alinhadas à unidade delitiva	25
1.4 Posições doutrinárias alinhadas à unidade delitiva	28
1.5 Insuficiência das categorias de tipos mistos para a interpretação da norma do art. 213 do CP	37
2 UNIDADE OU PLURALIDADE DELITIVA?	42
2.1 Ação típica	44
2.1.1 Ação humana.....	45
2.1.1.1 <i>Teoria causal</i>	46
2.1.1.2 <i>Teoria finalista</i>	49
2.1.2 Tipo legal.....	53
2.1.3 Tipo de delito comissivo doloso.....	54
2.1.3.1 <i>Elementos objetivos do tipo de delito comissivo doloso</i>	55
2.1.3.2 <i>Elementos subjetivos do tipo de delito comissivo doloso</i>	58
2.2. Ação típica no delito de estupro	61
2.2.1 Ação penalmente relevante – constranger.....	62
2.2.2 Nexó de causalidade e resultado material.....	65

2.2.3 Resultado jurídico como violação à dignidade e à liberdade sexual...	65
2.2.4 Objeto material, sujeito ativo e sujeito passivo – <i>alguém</i>	69
2.2.5 Modos de execução – <i>ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso</i>	69
2.2.6 Meios de execução – <i>mediante violência ou grave ameaça</i>	70
2.2.7 Circunstâncias de tempo e lugar.....	71
2.2.8 Dolo e especial fim de agir.....	71
2.3 Ação típica na hipótese fática delimitada.....	73
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

INTRODUÇÃO

A vigência da Lei nº 12.015/2009 deu início a intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da interpretação da nova redação do artigo 213 do Código Penal (CP).

A nova legislação revogou o art. 214 da codificação criminal, no qual o crime de atentado violento ao pudor estava tipificado. Contudo, não descriminalizou a conduta delitiva preceituada nessa norma, conforme indica FABIO AGNE FAYET (2011, p. 109).

Na verdade, as condutas criminosas então compreendidas como atentado violento ao pudor passaram a ser tipificadas como estupro, nos termos do atual art. 213 do CP: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

De fato, antes da alteração legislativa, este crime sexual estava tipificado em artigos distintos. O art. 213 do CP previa o delito de estupro: “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Ao passo que o art. 214, do mesmo diploma legal, previa o delito de atentado violento ao pudor: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

Quando ainda vigia o art. 214 do CP, existiam controvérsias a respeito da regra atinente ao concurso de crimes que seria aplicável aos casos em que uma mesma vítima, em um mesmo contexto fático, fosse constrangida, mediante violência e grave ameaça, por um mesmo agente, à prática de conjunção carnal e de outros atos libidinosos de intensa gravidade. Caso similar ao delimitado foi exemplificado por VICENTE GRECO FILHO: “A mantém B (no caso mulher) em cativeiro e a submete, mediante violência ou grave ameaça e a própria condição do sequestro, a conjunção carnal, coito anal, penetração de objetos e outras práticas” (2009, p. 59).

A partir dessa hipótese fática pressupunha-se a existência de dois crimes, um estupro e um atentado violento ao pudor, e discutia-se qual regra concursal era mais adequada, a do art. 69 (concurso material) ou a do art. 71 (crime continuado), ambas do CP.

Em consequência das alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, no entanto, a divergência anterior, pertinente ao concurso de infrações penais, passou a ocupar posição secundária entre as discussões relativas ao crime de estupro. O foco das controvérsias voltou-se à definição do número de crimes que seriam praticados no caso hipotético delimitado, com relação ao qual deixou de ser pressuposta a existência de dois delitos sexuais.

Assim, tornou-se imprescindível definir se o agente que, no mesmo contexto fático, constrangesse determinada vítima, mediante violência ou grave ameaça, a praticar conjunção carnal e outros atos libidinosos cometeria vários estupros em concurso (penetração vaginal, anal e oral como crimes autônomos, por exemplo) ou apenas um estupro composto de diversos atos libidinosos (penetração vaginal, anal e oral como atos de um único crime).

Nesse contexto, formaram-se duas correntes doutrinárias, uma majoritária, integrada pelos defensores da unidade delitiva, e outra minoritária, formada pelos advogados da pluralidade delitiva. O mesmo aconteceu no âmbito jurisprudencial. Aqui, importa ressaltar que o motivo que animou a formação dessas duas correntes de pensamento funda-se nas diferentes consequências penais que uma e outra posição procuram sustentar. Enquanto uns entendem que no caso hipotético acima delineado a pena está limitada a dez anos de reclusão, por existir um único crime, outros acreditam que nesse mesmo caso a pena pode exceder e muito esse patamar máximo previsto pelo tipo penal, por defenderem que há vários crimes, cujas penas, em regra, devem ser somadas.

Entre as inúmeras categorias conceituais adotados pelos adeptos dessas duas vertentes, destacaram-se as noções de *tipo misto cumulativo* e de *tipo misto alternativo*, que passaram a ocupar posição central na maioria dos estudos realizados em torno da nova redação do art. 213 do CP.

O uso disseminado dessas classificações, no entanto, não resultou em uniformidade conceitual. Exemplificando, o termo *misto cumulativo* tanto já foi usado para indicar que o tipo penal do estupro define vários crimes, em texto de autoria de VICENTE GRECO FILHO, quanto para apontar que o mesmo tipo penal descreve um único crime, em artigo de autoria de LUIS FLÁVIO GOMES.

Nesse cenário, torna-se possível apontar o objetivo principal do presente trabalho, que é definir se a nova redação do art. 213 do CP aplicada ao caso hipotético delimitado tipifica um ou vários estupros. Além disso, torna-se viável destacar que para alcançar esse objetivo não serão usadas as categorias *tipo misto alternativo* e *tipo misto cumulativo*.

Para justificar essa rejeição conceitual, no primeiro capítulo será feita uma análise cuidadosa das posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes pertinentes à nova tipificação do estupro, com destaque para a hipótese fática delimitada. Nessa parte, portanto, serão apresentadas as controvérsias que motivaram o desenvolvimento deste estudo, ressaltada a imprecisão das categorias conceituais *tipo misto alternativo* e *tipo misto cumulativo* e delineados os conceitos jurídicos que podem ser desenvolvidos para se encontrar uma resposta entre a unidade e a pluralidade delitiva. Por conseguinte, o descortino das opiniões sustentadas na doutrina e na jurisprudência servirá para apontar que o problema prático já mencionado pode ser solucionado a partir da análise da conduta típica do delito de estupro.

Com isso, no segundo capítulo, a unidade e a pluralidade de crimes serão abordadas sob o enfoque da ação típica, enquanto elemento da estrutura analítica do crime, o que será feito por meio do estudo da ação penalmente relevante e do tipo penal, sem exceder a investigação dogmática necessária para responder ao problema consubstanciado no caso hipotético anteriormente definido. Formada essa base conceitual, será focalizada a conduta típica no âmbito do delito de estupro, com o fim de aplicar os resultados aí obtidos ao caso prático problematizado, oportunidade em que será tomada posição em defesa da unidade de crime no contexto fático examinado e das consequências penais daí decorrentes.

Por fim, na conclusão serão retomados os resultados obtidos ao final dos capítulos primeiro e segundo, isto é, serão delineados os motivos da rejeição conceitual dos tipos mistos alternativos e cumulativos e serão apontadas as razões que levaram à adoção da unidade delitiva.

1 ESTUPRO: UNIDADE E PLURALIDADE DELITIVA NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA

Para alcançar o objetivo proposto na introdução e contribuir para o debate a respeito da nova tipificação do crime de estupro, há necessidade, inicialmente, de compreender os argumentos desenvolvidos pelos partidários da pluralidade delitiva, comumente norteados pela ideia de tipo misto cumulativo, e pelos adeptos da unidade delitiva, normalmente orientados pela ideia de tipo misto alternativo.

Isso será feito, nas quatro seções iniciais deste capítulo, por meio do exame das opiniões formadas na doutrina e na jurisprudência com relação à aplicação do art. 213, do CP, a hipóteses fáticas similares à delimitada no início do trabalho.

Com base nesses apontamentos iniciais, na última seção, será avaliada a falta de uniformidade no uso, feito especialmente pela doutrina, dos termos tipo misto cumulativo e tipo misto alternativo na interpretação da nova tipificação do crime de estupro.

1.1 Posições jurisprudenciais alinhadas à pluralidade delitiva

No âmbito jurisprudencial, o Habeas Corpus nº 104.724/MS, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 22 de junho de 2010, trouxe importantes argumentos em favor do tipo misto cumulativo. Na oportunidade, o relator do *writ* foi o ministro JORGE MUSSI, contudo, o relator do acórdão foi o ministro FÉLIX FISCHER, tendo em vista que o posicionamento do segundo foi vitorioso em face do convencimento do primeiro.

O ministro Jorge MUSSI votou pela aplicação da regra prevista no art. 71 do CP, ao entender que entre os atos libidinosos incriminados não se configurava crime único, uma vez que não se aplicava o princípio da consunção, nem

concurso material, pois considerava os crimes de estupro e atentado violento ao pudor delitos de mesma espécie.

Os fatos com relação aos quais o ministro deixou de aplicar o princípio da consunção e a regra do concurso material consistiam em uma sequência de conjunção carnal e masturbação, executadas contra vítimas com idades inferiores a quatorze anos, no mesmo contexto fático.

Segundo o julgador, a masturbação não foi ato preparatório da conjunção carnal, pois foi posterior a ela e caracterizada por desígnio autônomo. Nessa esteira, concluiu que a hipótese confrontada não admitia a unidade delitiva. Por outro lado, frisou que não havia concurso material, pois a conjunção carnal e os demais atos libidinosos previstos pela nova redação do art. 217-A do CP passaram a compor infrações penais da mesma espécie, qual seja estupro de vulnerável. Destarte, o ministro confirmou a necessidade de aplicar ao caso concreto a regra da continuidade delitiva.

Em sentido contrário, o ministro FÉLIX FISCHER direcionou seu voto para o reconhecimento do concurso material. Fora essa divergência pontual, acompanhou o ministro JORGE MUSSI com relação às demais questões examinadas, especialmente quanto à impossibilidade de aplicação do princípio da consunção.

FÉLIX FISCHER iniciou seu voto-vista pelo estudo da natureza dos novos tipos legais dos artigos 213 e 217-A do estatuto repressivo. Nessa direção, valeu-se das lições de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO e de JAMES TUBENCHLAK a respeito dos tipos mistos, desenvolvidas, respectivamente, nos seguintes excertos:

Os tipos mistos alternativos são muito numerosos. Correspondem a casos em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor. A alternativa pode dar-se em relação à conduta (ex. art. 211: "destruir, subtrair ou ocultar"); em relação ao modo de execução (ex. art. 121, § 2º, nº IV: "à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima"); em relação ao objeto material (ex. art. 234: "escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno"); em relação aos meios de execução (ex. art. 136: "quer privando-a de alimentação, ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina"); em relação ao resultado material da ação (ex. 129, § 2º, nº III: "perda ou inutilização"); relação à circunstância de tempo (ex. art. 123: "durante o parto ou logo após"); em relação a

circunstâncias de lugar (ex. art. 233: "lugar público, ou aberto ou exposto ao público"); em relação à condição do agente (ex. art. 177, § 1º, nº I: "o diretor, o gerente ou o fiscal"); em relação à condição do sujeito passivo (ex. art. 175: "adquirente ou consumidor"); em relação a quaisquer outras circunstâncias do fato (ex. art. 168: "posse ou detenção"; art. 160: "contra a vítima ou contra terceiros" etc.). Apresenta o tipo misto alternativo, realmente, um conteúdo variável, porque descreve não uma, mas várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso. O característico destes tipos é que as várias modalidades são fungíveis, e a realização de mais de uma não altera a unidade do delito. Isto não ocorre com os chamados tipos cumulativos. Esta designação é evidentemente imprópria: não há tipos cumulativos. Há disposições legais que contêm, independentemente, mais de uma figura típica de delito, ou seja, nas quais há tipos acumulados. Nestes casos, haverá sempre concurso, em caso de realização de mais de um tipo. São exemplos de leis mistas cumulativas os arts. 135, 180, 208, 242, 244, 218, 326 (in *Lições de Direito Penal - Parte Geral*, 16ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 193/194).

No tipo misto alternativo, o agente responderá por um só crime tanto se perfizer uma conduta dentre as enunciadas alternativamente quanto na hipótese de vulnerar mais de um núcleo. Exemplos: os tipos dos arts. 122 CP ("induzir", "instigar" ou "auxiliar"), 150 CP ("entrar" ou "permanecer"), 160 CP ("exigir" ou "receber"), 161 CP ("suprimir" ou "deslocar"), 163 e 165 CP ("destruir", "inutilizar" ou "deteriorar") e ainda o tipo do art. 12 da Lei n.º 6.368/76 ("importar", "exportar", "remeter", "preparar", "produzir", "fabricar", "adquirir", "vender", "trazer consigo" etc.). Com relação ao tipo do delito de receptação dolosa (art. 180, caput CP), trata-se também de tipo misto alternativo; o agente que receber ou adquirir, em proveito próprio ou alheio, objeto que sabe ser produto de crime e depois ocultá-lo, terá cometido, apenas um delito de receptação (cf., em contrário, Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., págs. 173/174, onde o autor sustenta, outrossim, entendimento diverso sobre os tipos mistos). No tipo misto cumulativo, onde igualmente existe mais de um núcleo, torna-se obrigatória a multiplicidade de condutas por parte do agente para que o delito se tenha por consumado. Exemplos: art. 242 CP ("ocultar suprimindo ou alterando") e art. 243 CP ("deixar ocultando-lhe ou atribuindo-lhe"). Assim, na hipótese referida de supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascidos, o crime permanecerá em fase de tentativa, se o agente, depois de ocultar o neonato, não lograr a alteração ou supressão de direito inerente ao estado civil. Em alguns dispositivos legais, constata-se um agrupamento de tipos que, à primeira vista, se supõe tratar-se de um tipo misto cumulativo, quando, na verdade, não passam de "tipos acumulados" (Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., pág. 174). Exemplos: arts. 135, 171, § 2.º, 175, 177, § 1.º, 187, 208 e 248 CP; art. 4.º da Lei n.º 4.898/65, que revogou parcialmente o art. 350 CP. Aqui, obviamente, haverá somatório de penas se mais de uma conduta for praticada (in *Teoria do Crime - O estudo do crime através de duas divisões* Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 34/35).

Embasado nessas explicações, o ministro defendeu que os dispositivos legais estudados têm natureza de tipo misto cumulativo (tipo cumulado na visão das doutrinas colacionadas). Por isso entendeu que entre as condutas neles previstas e caracterizadas pela diversa forma de penetração não se configura a

fungibilidade, a qual é possível apenas entre os demais atos libidinosos que não envolvem penetração, a depender das peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido, acrescentou que cada ato de penetração previsto pela tipificação do estupro representa, *per se*, a forma mais reprovável da incriminação. Daí a necessidade de reconhecer diversas condutas delitivas e a impossibilidade de admitir o crime único.

Na sequência, FISCHER criticou o posicionamento defendido por OG FERNANDES no *Habeas Corpus* nº 144.870/DF, no qual esse ministro entendeu que a norma tipificada no art. 213, do CP, veicula um tipo misto alternativo e, na hipótese de sexo vaginal e anal praticados contra a mesma vítima, na mesma ocasião, um único crime, em que há apenas o aumento da pena-base cominada pelo tipo penal, de acordo com o número de atos libidinosos praticados. Segundo FISCHER, o entendimento sustentado no voto censurado resulta em proteção deficiente ao bem jurídico tutelado, qual seja a liberdade sexual.

Ao tratar do concurso de crimes, o relator do acórdão destacou que não há como reconhecer a continuidade delitiva entre conjunção carnal e atos diversos de penetração, em razão da heterogeneidade na forma de execução dessas condutas libidinosas, o que as torna distintas por natureza. Ressalvou, no entanto, a possibilidade de continuidade entre duas ou mais conjunções carnavais, dois ou mais coitos anais, em resumo, dois ou mais atos de penetração iguais.

Também em 22 de junho de 2010, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da ministra LAURITA VAZ, julgou o *Habeas Corpus* nº 78.667/SP, no qual o caso concreto confrontado dizia respeito a crime sexual praticado contra certa vítima, em determinada situação, mediante conjunção carnal e outros atos libidinosos antes tipificados como atentado violento ao pudor. Na oportunidade, a ministra relatora seguiu o entendimento exposto pelo ministro FISCHER no *habeas corpus* acima examinado.

Preliminarmente, a magistrada ressaltou que a alteração legislativa teve como marco inicial estudos realizados pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes e, nesse contexto, teve o objetivo de tutelar com maior vigor a liberdade sexual e o saudável desenvolvimento sexual desses indivíduos, não no campo dos costumes,

caracterizado por atos moralistas e eventuais avaliações sociais, mas no âmbito da dignidade sexual.

Ainda com relação aos trabalhos legislativos, a ministra destacou que houve divergência entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal quanto à revogação do artigo 214 do CP, que tipificava o delito de atentado violento ao pudor, bem como que em detrimento da posição da Câmara, prevaleceu o arranjo do Senado, do qual resultou a revogação do dispositivo citado e a tipificação das condutas criminosas nele previstas na nova redação do artigo 213 do estatuto repressivo.

Acrescentou que segundo as alterações propostas pela Câmara, e rejeitadas pelo Senado, os atos libidinosos diversos da conjunção carnal continuariam a configurar atentado violento ao pudor e o tipo penal de estupro abarcaria em seu polo passivo também homens e meninos.

Para LAURITA VAZ, a proposta da Câmara teria repercussões positivas, pois manteria as penas já cominadas aos crimes sexuais, sem reduzi-las ou aumentá-las, independentemente das peculiaridades dos diversos casos concretos subsumíveis. Ademais, seguiria a tendência mundial, chancelada pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de tratar igualmente homens e mulheres no que diz respeito aos delitos dessa natureza.

A partir dessa digressão, a magistrada destacou que a Lei nº 12.015/2009 deveria ser também interpretada a partir da dinâmica que norteou o processo legislativo, que não teve o objetivo de aumentar ou reduzir as penas cominadas nas inúmeras hipóteses delitivas derivadas do artigo 213 do CP, tendo em vista que a conjuntura em que a lei foi gestada, em que os delitos sexuais representam grave problema social, não foi alterada.

Ultrapassada essa fase argumentativa, a magistrada passou a desenvolver o tema dos tipos mistos, o que fez com respaldo nas doutrinas de JIMENEZ DE ASUÁ e de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, nos respectivos termos:

Na hipótese do tipo misto cumulativo, as condutas acumuladas previstas no tipo têm, cada uma, "uma autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural", conforme lição de Jimenez de Asúa (Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916). No caso do tipo misto alternativo, Jimenez de Asúa leciona, litteris: "Nesse sentido, entendemos por tipo casuístico alternativo aquele em que as hipóteses enunciadas se prevêem uma ou outra e são, enquanto ao seu valor, totalmente

equivalentes, como observa Beling (Gründzuge, p. 22). Nisso estamos inteiramente de acordo com a maior parte dos autores que falam de hipóteses alternativas, porque, para que a tipicidade exista, basta com que se realize, ao menos, um dos casos [...] para que a subsunção se realize." (Jimenez de Asúa, ob. cit., p. 916.).

Os tipos mistos são aqueles que contemplam mais de uma modalidade de fato. São alternativos, quando as ações são fungíveis e permutáveis, sendo indiferente a realização de mais de uma, no que se refere à unidade do delito. Temos exemplo no crime do art. 211 do CP ("destruir, subtrair ou ocultar"). A êsses NELSON HUNGRIA, com muita propriedade, chama de crimes de conteúdo variável. Mas há também os tipos mistos impropriamente chamados cumulativos, em relação aos quais desaparece a fungibilidade, dando lugar ao concurso material. Cada uma das modalidades do crime constitui uma figura autônoma de delito. Veja-se sobre este problema nossa tese *Conduta Punível*, 1961, págs. 137.e 205, e a bibliografia ali citada. A distinção entre tipos mistos alternativos e cumulativos, remonta a BINDING, *Normen*, vol. I, p. 205 (2.a edição, 1890). Embora haja certa imprecisão doutrinária na formulação dos critérios para reconhecimento dos tipos cumulativos, não há dúvida quanto à sua existência. Veja-se a seguríssima lição de MEZGER, *Strafrecht, ein Studienbuch*, 1960, p. 104. No Código vigente, por exemplo, o art. 180, apresenta, com a receptação própria e a receptação imprópria tipos cumulativos, que dão lugar ao concurso material." (Helena Cláudio Fragoso, *A Reforma da Legislação Penal*, p. 57.).

Nesse particular, a ministra não desenvolveu substanciosos argumentos para definir o delito de estupro, em sua atual redação, como tipo cumulado. Restringiu-se à apresentação dos trechos transcritos.

Com relação à continuidade delitiva, LAURITA VAZ destacou a impossibilidade de enxergar homogeneidade entre o modo de execução da conjunção carnal e dos atos libidinosos diversos dela, para fins de enquadrá-los como crimes de mesma espécie. Asseverou que equiparar cópula anal e vaginal é desconsiderar o diferente conteúdo de injusto que cada conduta carrega, especialmente em razão da humilhação, do rebaixamento moral e do risco de contágio pelo vírus HIV maximizados nas hipóteses de sexo anal. A partir disso, definiu que o aumento qualitativo, e não meramente quantitativo, do tipo de injusto obsta a fungibilidade das condutas previstas pelos artigos 213 e 217-A do CP. Frisou, nesse ponto, que umas não são passíveis de serem substituídas pelas outras, dado que não são de mesma espécie e valor, ainda que estejam inseridas no mesmo artigo de lei.

Posteriormente, em 3 de maio de 2011, o ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, no *Habeas Corpus* nº 139.334/DF, ao votar pelo reconhecimento da

continuidade delitiva entre os atos libidinosos previstos no tipo penal do artigo 213, da codificação criminal, ressaltou seu convencimento a respeito da natureza do dispositivo legal em comento. Na ocasião, aplicou a regra da continuidade para não discrepar do entendimento firmado na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a partir do Recurso Especial nº 970.127/SP.

Em suas considerações, o ministro destacou que o sobredito preceito legal, de um lado, não veicula crime único e, de outro, não admite crime continuado nos casos em que mais de um dos seus preceitos primários é violado. Isso porque esse tipo penal é um tipo cumulado, para o qual se aplica apenas a regra do concurso material nas hipóteses em que mais de um dos atos libidinosos nele previstos é praticado em detrimento do mesmo sujeito passivo.

O julgador, valendo-se do exemplo do crime de tráfico, tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, definiu que no tipo misto alternativo a prática de uma segunda conduta (vender substância entorpecente) descrita no mesmo tipo (tráfico de drogas) será pela primeira (importar substância entorpecente) absorvida, tendo em vista que o cometimento da segunda conduta não importa maior desvalor da primeira ou do resultado do ilícito penal.

Na sequência, afirmou que o sexo anal ou oral subsequente ao vaginal não pode ser considerado mero desdobramento do mesmo crime de estupro, tendo em vista que cada um desses atos, realizados mediante grave constrangimento, constitui unidade autônoma de violação sexual e transgride preceito primário diverso, do que resulta a impossibilidade de absorção de uma conduta pela outra. Posto isso, concluiu que a redação do artigo 213 do CP não permite qualquer hipótese de unicidade delitiva entre os atos libidinosos cuja gravidade se aproxima da conjunção carnal.

Por fim, ao analisar a aplicabilidade da continuidade delitiva no âmbito do crime de estupro, o magistrado asseverou que a ausência de homogeneidade na forma de execução entre conjunção carnal e outro ato libidinoso de penetração, tendo em vista a desarmonia de seus elementos subjetivos e descritivos, impede tal aplicação.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal o tema pertinente aos tipos mistos não foi debatido com profundidade. Ademais, na Corte Suprema não houve quem defendesse as posições acima apresentadas, em prol da pluralidade delitiva.

1.2 Posições doutrinárias alinhadas à pluralidade delitiva

VICENTE GRECO FILHO parece ser o principal defensor, na doutrina, do entendimento segundo o qual a nova redação do artigo 213 do CP veicula um tipo cumulado. Sua posição foi defendida no artigo intitulado *Uma interpretação de duvidosa dignidade*, no qual destacou, inicialmente, que a utilização de métodos técnicos ou dogmáticos para a interpretação da lei deve ser precedida da análise da realidade (contexto social) na qual está inserida a legislação, que corresponde à sua razão de ser no mundo jurídico.

Nesse aspecto, ressaltou que o momento nacional, caracterizado, por um lado, pela presença de todas as formas de violência sexual e, por outro, pelo respeito à dignidade da pessoa humana, exige maior rigor no combate à pedofilia e às demais formas de violação sexual.

Posto isso, defendeu que o reconhecimento de crime único afronta os princípios da dignidade humana, da proporcionalidade, da juridicidade e da preventividade, na hipótese em que determinada vítima (mulher) é mantida em cativeiro e submetida, por meio de violência ou grave ameaça, à conjunção carnal, ao coito anal, à penetração de objetos e a outras práticas libidinosas igualmente graves.

Para o autor, a integração do atentado violento ao pudor ao tipo penal do estupro teve como fim tornar indubitável que existem atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que todas essas formas de libidinagem não consentida podem ser praticadas contra qualquer pessoa. Para ele, o legislador, ao alterar a lei, não teve o escopo de abrandar o rigor da punição dispensada ao autor de vários delitos de estupro, praticados mediante conjunção carnal e outros atos libidinosos graves, motivo pelo qual a classificação do atual tipo de estupro como misto alternativo é inadequada.

Partindo para a análise dos tipos mistos, GRECO FILHO, influenciado pelas formulações doutrinárias de BINDING, WERTHEIMER e MEZGER, definiu que os tipos mistos alternativos ocorrem quando a violação de várias condutas, previstas pelo mesmo artigo, importa a prática de um único delito e que os tipos

mistos cumulativos ocorrem quando a violação de várias condutas, igualmente previstas no mesmo dispositivo, importa o cometimento de vários crimes.

Segundo ele, essa distinção, no entanto, não oferece, isoladamente, solução para o problema inaugurado pela nova redação do artigo 213 do CP, pois, devido à atecnia legislativa, um mesmo artigo, a depender da situação concreta, pode veicular um tipo misto cumulativo ou um tipo misto alternativo, hipótese na qual se enquadra a atual redação do dispositivo legal estudado.

Ao buscar uma saída para esse problema, o autor valeu-se dos ensinamentos dos juristas italianos DELOGU (*Le norme penali congiunte*, in *Annali*, 1936, p. 521) e MANSINO PUNZO (*Reato continuato*, p. 74), para os quais a solução adequada encontra-se nos princípios da especialidade, da subsidiariedade, da consunção e da progressão.

Assim, ao adotar os princípios usados para a solução dos conflitos aparentes de normas, GRECO FILHO destacou que, entre condutas previstas pelo mesmo tipo e sucessivamente violadas, há, por um lado, delito único (norma conjunta alternativa) nos casos em que uma conduta absorve a outra ou é fase de execução da seguinte e, por outro lado, vários delitos nas hipóteses em que uma conduta é independente da outra, não a absorve e não mantém com ela nexos causal.

A partir disso, concluiu que o estupro mediante conjunção carnal absorve o ato libidinoso em progressão à conjunção e não o ato libidinoso autônomo e independente. Assim, o tipo seria misto alternativo no caso de atos libidinosos preparatórios cuja gravidade não se aproxima daquela inerente ao sexo vaginal, mas cumulativo no caso de atos libidinosos graves, como o sexo oral, o sexo anal e a penetração de objetos.

Quanto ao problema da continuidade delitiva entre as condutas reconhecidas independentes ou autônomas (sexo vaginal, oral, anal etc.), o doutrinador também o resolveu com base nos ensinamentos de MANSINO PUNZO, para quem a continuação não é possível entre os delitos previstos por um tipo misto cumulativo, porque a realização de cada um dos crimes previstos nesses tipos representa a violação de um diverso preceito primário, ou seja, de uma disposição de lei diferente.

No mesmo sentido das explanações de GRECO FILHO, ALESSANDRA ORCESI PEDRO GRECO e JOÃO DANIEL RASSI entenderam, na obra *Crimes contra a dignidade sexual*, que a nova tipificação do estupro continua a prever múltiplos crimes, nas duas modalidades antes preceituadas pelos artigos 213 e 214 do CP (conjunção carnal e outros atos libidinosos).

Segundo eles, a alteração legislativa destacada não teve desdobramentos práticos na aplicação da pena das diversas modalidades delitivas previstas pela atual redação que tipifica o estupro. Em suas opiniões, a única modificação relevante foi a admissão do homem no polo passivo do crime sexual examinado.

GRECO E RASSI, para sustentarem que o novo delito de estupro preceitua um tipo cumulado, transcreveram o artigo produzido por VICENTE GRECO FILHO (Uma Interpretação de Duvidosa Dignidade) e arrematam que a opinião ali defendida atende ao espírito da lei e à proteção das vítimas, especialmente vulneradas pela alta taxa de reincidência dos autores de crimes sexuais.

Por fim, ressaltaram que o legislador perdeu a oportunidade de discriminar os diversos delitos sexuais possibilitados pela expressão *outro ato libidinoso*. De acordo com eles, as diferentes condutas previstas nessa expressão apresentam graus de lesividade diversos e por isso devem ser punidas com penas diferenciadas. Contudo, tendo em vista esse cochilo do legislador, frisaram que tal diferenciação deve ser feita pelo juiz, na primeira fase da dosimetria da pena, quando são sopesadas as circunstâncias envolvidas no crime.

Alcançando a mesma conclusão quanto à impossibilidade de crime único, FERNANDO BRANDINI BARBAGALO, juiz de direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em artigo intitulado *A nova figura do estupro*, realçou que entre as condutas previstas no art. 213 do CP não se observa o fenômeno da fungibilidade, assim como ocorre com as ações tipificadas no art. 242 da mesma codificação (dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil), que é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como modelo de tipo misto cumulativo.

O juiz ressaltou que o uso único do núcleo do tipo (constranger) na redação do artigo foi realizado por questão de estilo, uma vez que há ainda duas condutas típicas incriminadas no preceito primário da norma examinada, quais sejam

constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal e constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

No pensamento de BARBAGALO, por questões de proporcionalidade e de congruência com a vontade legislativa, é correta a punição por dois delitos de estupro nos casos em que certo agente pratica, contra determinada vítima, conjunção carnal e outro ato libidinoso equiparado à conjunção, portanto, não compreendido entre os chamados *praeludia coiti*.

Nessa hipótese, de acordo com o autor, a relação entre os crimes cometidos deve ser regulada pela norma do artigo 71 do CP, que preceitua a continuidade delitiva, uma vez que a previsão em um mesmo artigo dos atos libidinosos graves afastou qualquer questionamento a respeito da identidade de espécie delitiva dessas condutas.

Por derradeiro, BARBAGALO apontou como positiva a inserção no mesmo tipo penal das elementares *conjunção carnal e outro ato libidinoso*. Para ele, essa inovação afastou, definitivamente, do âmbito de proteção da norma do artigo 213 os atos libidinosos cuja gravidade não se equipara à da conjunção carnal, como o beijo lascivo e a passada de mão em partes íntimas, às quais é reservada a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor, tipificada no art. 61 da Lei de Contravenções Penais (importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor).

Também em defesa da pluralidade de crimes na hipótese fática já referida, EDISON MIGUEL DA SILVA JÚNIOR, procurador de justiça do Ministério Público do Estado de Goiás, em artigo intitulado *Concurso material de estupro na Lei n.º 12.015/09*, concluiu que “o novo tipo de estupro não alterou a solução jurídica [...] nas hipóteses de pluralidade de ações sexuais violentas contra a vítima na mesma oportunidade” (SILVA JÚNIOR, 2009), notadamente porque o novo tipo penal “não modificou o bem jurídico tutelado, não alterou significativamente os conceitos legais de conjunção carnal e outro ato libidinoso, nem modificou a forma de atuação do agente”.

Para chegar a esse resultado, ressaltou, inicialmente, que a posição central da liberdade sexual entre os bens jurídicos tutelados pela norma do art. 213 do CP não foi alterada com a reforma legislativa. Em seguida, lembrou que os

conceitos típicos de conjunção carnal e de outros atos libidinosos foram mantidos. Nesse ponto, apenas ressaltou que o citado artigo passou a tipificar apenas os atos libidinosos tão graves quanto o coito vaginal. Para ele, também não há mais dúvidas a respeito da impossibilidade de se tipificar como estupro violações sexuais de menor importância, como apalpadelas e beijos lascivos.

Ao examinar a classificação doutrinária do novo tipo penal, observou que o crime de estupro ainda é de ação única, o que admite a pluralidade delitiva, e não de ação múltipla ou de conteúdo variado, uma vez que continua com um único verbo como núcleo do tipo (constranger).

Na sequência, ao tratar especificamente da questão da unidade e da pluralidade de estupros, asseverou que “somente haverá unidade de ação típica quando a repetição da ação típica for realizada em situação de motivação unitária, ou seja, se o ato libidinoso for destacado da conjunção carnal não haverá unidade, mas pluralidade de ações típicas” (SILVA JÚNIOR, 2009). Com isso quis afirmar o seguinte:

[...] os atos libidinosos preparatórios ou necessários para a conjunção carnal, praticados antes da conjunção carnal, são abrangidos por um único dolo, configurando unidade de tipicidade e conflito aparente de normas; ao contrário, atos libidinosos depois da conjunção carnal ou com intenção autônoma não configuram unidade, mas pluralidade de tipicidade e concurso de crimes. (SILVA JÚNIOR, 2009)

Por último, no que tange ao concurso entre crimes sexuais praticados com dolos autônomos, estupro mediante sexo vaginal e estupro mediante sexo anal, por exemplo, argumentou que devido à falta de unidade de desígnios, inerente ao fato dos dolos serem autônomos, sempre haverá concurso material.

Importa lembrar que RENATO N. FABBRINI também se posicionaram em favor da interpretação que reconhece no estupro pluralidade de crimes (2011, p. 1338-1339). Seus esforços doutrinários encontram ressonância nos argumentos já transcritos e por isso não serão apresentados. Vale, no entanto, a referência em razão da incontestável importância desses autores no cenário jurídico brasileiro.

1.3 Posições jurisprudenciais alinhadas à unidade delitiva

A jurisprudência predominante posiciona-se na direção do tipo misto alternativo, ora reconhecendo a continuidade, ora reconhecendo a unidade delitiva, a depender do caso concreto. Nos limites da hipótese fática definida na introdução a maioria dos penalistas alinhados ao tipo misto alternativo reconhece a existência de crime único.

O ministro OG FERNANDES, no *Habeas Corpus* nº 178.051/SP, julgado em 6 de setembro de 2011, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, bem ilustrou que essa compreensão, segundo a qual há crime único na hipótese fática da introdução, não é unânime entre os operadores do direito que afastam a possibilidade de concurso material. Isso porque, alguns desses juristas aplicam a regra da continuidade delitiva não só aos casos em que a mesma vítima, em dias diferentes, é constrangida a praticar atos libidinosos diversos, mas também às hipóteses em que a mesma vítima, em minutos ou horas, é constrangida a praticar diversos atos libidinosos.

No relatório do *writ* epigrafoado, o ministro relator colacionou o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra o qual se insurgiu o impetrante. No julgado do Tribunal de origem constou que a ofendida foi submetida, na mesma oportunidade, à prática de uma conjunção carnal, um sexo oral e um coito anal. Ao julgar o caso, com amparo na nova redação do artigo 213 do CP, os desembargadores daquela Corte entenderam que entre o coito anal e o sexo oral (atos libidinosos diversos da conjunção carnal) havia continuidade delitiva e que entre esses atos e o sexo vaginal havia concurso material.

Ainda no relatório, OG FERNANDES registrou o parecer do Ministério Público, que entendeu, com respaldo na nova legislação, ser impossível o crime único, mesmo nos casos em que a mesma pessoa é obrigada, em dado momento, a praticar ou permitir a prática de diversos atos libidinosos graves. Nesse aspecto, o procurador de justiça entendeu que os atos libidinosos previstos pelo tipo penal do estupro sempre abrangem ações distintas e da mesma espécie, por isso, crimes autônomos em continuidade delitiva.

Para sustentar seu posicionamento, o ministro relator transcreveu voto de sua autoria proferido no *Habeas Corpus* nº 144.870/DF, divulgado no diário de

justiça eletrônico em 9 de fevereiro de 2010, no qual sustentou ser o atual delito de estupro um tipo misto alternativo, configurador de crime único nos casos em que há identidade de agente ativo, de agente passivo e de momento consumativo.

Nessa senda, valeu-se do escólio de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, no qual o autor defendeu a mesma opinião ao argumentar que a unidade de tipo penal torna induvidosa a unidade delitiva, especialmente porque não há na redação do dispositivo examinado condutas diversas, com verbos seguidos de objetos diferentes, já que o núcleo do tipo é *constranger*, que o objeto é alguém e que *ter conjunção carnal, praticar outro ato libidinoso e permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso* é remate para a compreensão da espécie de constrangimento.

O ministro concluiu que era necessário reformar a dosimetria da pena, feita antes da alteração legislativa, quando a ideia de delito único ainda não era possível, ante a dualidade de tipos penais, e realçou que era imprescindível agravá-la a partir da análise das circunstâncias do crime, tendo em vista que a culpabilidade fora exacerbada pela pluralidade de atos libidinosos.

Com o mesmo raciocínio, no *Habeas Corpus* nº 63.384/SP, a ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA reconheceu a unidade delitiva entre três conjunções carnis e uma felação, praticadas, na mesma ocasião, contra a mesma vítima.

A magistrada, valendo-se dos argumentos tecidos no acórdão examinado à ocasião, reconheceu que a hipótese dos autos não era de crime continuado, mas de crime único, pois, no caso concreto, não houvera consumação de delito da mesma espécie, pelo mesmo autor, em momentos espaçados no tempo, mas prática de várias modalidades de estupro em um único contexto fático. Assim, por faltar um dos requisitos do crime continuado, decurso de lapso temporal entre as ações delituosas, que foram concretizadas em igual situação de constrangimento ilegal, a ministra posicionou-se em favor da unidade delitiva.

Sem alterar as penas cominadas pelo juízo de origem aos três sexos vaginais (nove anos de reclusão) e ao sexo oral (oito anos de reclusão), tendo em vista a impossibilidade de revolvimento na via estreita do *habeas corpus* dos aspectos fático-probatórios envolvidos na dosimetria, MARIA THEREZA elevou ao máximo admitido pelo tipo a pena do único estupro perpetrado, do que resultou a

pena de dez anos de reclusão. Portanto, a ministra majorou a pena-base ao reconhecer a gama de atos libidinosos acima relacionados como parcelas de um único comportamento, com fundamento na intensa culpabilidade do agente, evidenciada na prática de quatro condutas libidinosas graves, com acerba sujeição da vítima.

A mesma saída encontrada para os casos confrontados nos julgados acima revisados, nos quais foi reconhecida a unidade delitiva, não foi tomada pelo ministro OG FERNANDES no *Habeas Corpus* nº 114.054/MT, julgado em 5 de abril de 2010, no qual o caso concreto tratava de atos libidinosos não consentidos praticados em dias diversos.

No *decisum*, o magistrado sequer tratou da controvérsia entre tipos mistos alternativos e cumulativos. Sua solução para a questão então examinada foi dada com a simples subsunção da hipótese fática às normas do art. 213 (delito de estupro) e do art. 71 (continuidade delitiva), ambos do CP. O ministro apenas destacou que o estupro mediante conjunção carnal e o estupro mediante outro ato libidinoso são delitos da mesma espécie por estarem tipificados no mesmo dispositivo legal.

No mesmo sentido dos posicionamentos adotados majoritariamente pelo Superior Tribunal de Justiça, pertinentes ao afastamento do concurso material nas hipóteses de ofensas múltiplas à dignidade sexual de uma determinada vítima, direcionou-se a orientação jurisprudencial da Corte Suprema.

No *Habeas Corpus* 99.265/SP, julgado em 8 de setembro de 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, o ministro CEZAR PELUSO defendeu que a nova redação do delito de estupro estabelece uma única ação ou conduta do sujeito ativo (constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça) caracterizada por uma pluralidade de movimentos (conjunção carnal e atos libidinosos análogos). Nesse sentido, considerou que a conjunção carnal equivale aos demais atos libidinosos, tendo em vista que o constrangimento penalmente relevante é dirigido à vítima para que ela pratique ou permita que com ela se pratique atos libidinosos, entre os quais se insere a modalidade conjunção carnal.

Para o julgador, deixou de existir o impedimento, sustentado pela maioria da jurisprudência antes da Lei nº 12.015/2009, ao reconhecimento da continuidade delitiva, que decorria do fato de conjunção carnal e atos libidinosos

igualmente graves representarem espécies diferentes de crimes, devido às suas prescrições legais constarem em artigos de lei distintos.

Assim, arrematou que, de acordo com a definição de crimes da mesma espécie sustentada pela jurisprudência majoritária, segundo a qual crimes da mesma espécie são aqueles tipificados no mesmo dispositivo legal, a nova redação do artigo 213 do CP passou a permitir a continuidade delitiva entre as condutas por ele previstas. Na ocasião, nada falou sobre os tipos mistos.

O entendimento ora exposto foi confirmado no *Habeas Corpus* nº 86.110/SP, no *Habeas Corpus* nº 96.818/SP e no *Habeas Corpus* nº 94.636/SP. Contudo, em nenhum dos respectivos acórdãos foi definida a natureza do tipo penal do estupro, se tipo misto alternativo ou cumulativo. Tais julgados restringiram-se a atualizar o entendimento sedimentado na Corte com relação à vetusta aplicação do concurso material aos casos confrontados, nos quais foi reconhecida continuidade delitiva entre atos libidinosos praticados em contextos fáticos distintos.

Somente no *Habeas Corpus* nº 102.199/SP, julgado em 31 de agosto de 2010, o ministro GILMAR MENDES, então relator, tornou expresso o entendimento de que o estupro, com o advento da Lei nº 12.015/2009, passou a ser um crime de conduta múltipla ou de conteúdo variado. Essa nomenclatura substitui a terminologia *misto alternativo*, conforme define CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

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 n. 6.368). (2010, p. 256)

Dada a unificação dos dois tipos em um único, GILMAR MENDES concluiu que não há mais que se falar em concurso material, mas em continuidade delitiva entre as condutas examinadas.

1.4 Posições doutrinárias alinhadas à unidade delitiva

GUILHERME DE SOUZA NUCCI aparece em posição de destaque entre os adeptos do reconhecimento da unidade delitiva na hipótese em que a mesma

vítima é constrangida a praticar, no mesmo contexto fático, vários atos libidinosos graves. Com efeito, suas ideias foram seguidas e citadas inúmeras vezes nos textos doutrinários e jurisprudenciais dedicados ao tema.

O livro *Crimes contra a dignidade sexual* parece ser a obra em que o autor destinou maior esforço à apreciação da matéria. Nesse estudo, além de introduzir o assunto a partir da análise dos princípios da dignidade da pessoa humana e da livre formação da personalidade, tratou do bem jurídico protegido pela norma penal examinada (dignidade sexual) e discorreu pontualmente sobre as alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009.

Ao cuidar dos tipos mistos, disse que a estrutura tipificada no art. 213 do CP é mista alternativa. Isso porque conjuga o verbo principal *constranger* com as condutas associativas complementares *ter conjunção carnal, praticar outro ato libidinoso e permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*.

Seguindo essa lógica, nos casos em que a mesma vítima é constrangida, em um mesmo cenário, afirmou que haverá delito único, tanto se o crime sexual restringir-se à conjunção carnal quanto se esse delito abarcar a conjunção carnal e outro ato libidinoso. Destacou que, em qualquer dos casos, a pena deve ser individualizada segundo as regras do artigo 59 da Norma Penal.

Para consolidar sua posição, comparou o delito de estupro com o de constrangimento ilegal:

[...] se o estupro não passa de um constrangimento ilegal específico, a fórmula de interpretação é a mesma. Constranger alguém a não fazer o que a lei permite *ou* a fazer o que ela não manda (art. 146, CP) transfigura alternatividade, o mesmo devendo ocorrer com a figura do estupro. (2011, p. 48)

Embora tenha defendido que o tipo penal do estupro veicula crime único, reconheceu a possibilidade de concurso de crimes, na modalidade de continuidade delitiva, quando várias ações são praticadas, *em dias diferentes*, em condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes, seja contra a mesma vítima, seja contra vítimas distintas.

Em evidente crítica à posição contrária, apresentada linhas acima, advertiu que, “segundo o princípio da legalidade, o crime (tipo penal incriminador) há de ser definido em lei (e não em decisão judicial)” (2011, p. 48). Nesse cenário, arrematou que a posição contrária representa “uma forma de política criminal do

operador do Direito, com o fim de contornar a reforma empreendida pelo legislador” (NUCCI, 2011, p. 47).

No artigo intitulado *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*, coordenado por NUCCI, as ideias postas na obra apresentada (Crimes contra a dignidade sexual) foram complementadas. Na oportunidade, seus autores reforçaram as críticas feitas à corrente protagonizada por VICENTE GRECO FILHO.

Ao considerarem o abandono da nomenclatura atentado violento ao pudor e a adoção do *nomen iuris* estupro para a tipificação dos atos libidinosos graves equiparados à conjunção carnal, ressaltaram que isso representou os anseios do legislador de mitigar o sentimento de repulsa social vinculado à vetusta nomenclatura *atentado violento ao pudor* e de posicionar a dignidade sexual no centro do âmbito de proteção da norma.

Ao tratarem especificamente do tipo misto alternativo e da continuidade delitiva, teceram pertinentes críticas à classificação do estupro como tipo misto cumulativo. Direcionaram seus ataques especialmente às opiniões do doutrinador VICENTE GRECO FILHO, no artigo *Uma interpretação de duvidosa dignidade*, e aos votos dos ministros FÉLIX FISCHER e LAURITA VAZ, nos *Habeas Corpus* nº 78.667/SP e nº 104.724/MS.

Inicialmente, ressaltaram a diferença gramatical existente entre os tipos mistos alternativos, nos quais as condutas descritas são relacionadas pelo conectivo “ou”, e os tipos mistos cumulativos, nos quais as ações preceituadas são separadas pelo símbolo “;” ou pela expressão “e”. Para exemplificarem o primeiro caso, indicaram o artigo 213, e o segundo, o artigo 244, ambos do CP, tendo em vista que no primeiro as três formas de consumir a conduta típica se ligam pelo conectivo “ou”, enquanto que no segundo duas das condutas tipificadas são separadas pelo símbolo “;”, quais sejam “deixar de prover a subsistência” e “deixar de socorrer”:

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.

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.

Na sequência, afirmaram que é sofista a posição daqueles que sustentam o enfraquecimento da proteção da liberdade sexual em decorrência da filiação ao tipo misto alternativo, “pois o grau de proteção que a norma confere ao bem jurídico e o tipo de transtorno psicológico que a infração causa ao ofendido não são critérios válidos para classificação do tipo penal como misto cumulativo ou alternativo” (2010, p. 400).

Com relação à continuidade delitiva, sustentaram que é igualmente falacioso o argumento segundo o qual há óbice à adoção dessa regra concursal nas hipóteses de concorrência entre estupro mediante conjunção carnal e estupro mediante outro ato libidinoso, por tais condutas apresentarem maneira de execução diversa. Isso porque a norma do artigo 71 do CP, ao exigir maneira de execução semelhante, não demanda identidade, mas apenas semelhança entre “o modo, a forma, o estilo de praticar o crime” (BITENCOURT *apud*, 2010, p. 400), conforme acontece no exemplo do “médico que, em determinada clínica, aproveita-se do momento em que as pacientes estão sedadas para seviciá-las” (2010, p. 400), no qual não se exige que os abusos cometidos sejam idênticos.

Anotaram, ainda em relação ao concurso de crimes, que a possibilidade de delito continuado, antes da Lei nº 12.015/2009, era afastada em decorrência de a conjunção carnal estar tipificada em um dispositivo legal e os demais atos libidinosos em outro. Por isso, com o advento da *nova* legislação, que passou a prever todos os atos libidinosos graves em um único artigo, remataram que não há mais motivo para não aplicar a regra concursal analisada.

Na esteira desses fundamentos, repisaram que “é possível, no máximo, discutir o acerto do legislador ao criar no art. 213 um tipo misto alternativo, mas jamais ignorar a nova redação do dispositivo” (2010, p. 401). Nesse tom, advertiram que o tráfico de drogas, embora seja crime hediondo, provoque desassossego social e fomenta a prática de inúmeros outros delitos, é reconhecidamente um tipo misto alternativo.

Por fim, ressaltaram que a mesma fórmula abraçada pela legislação pátria para a tipificação do estupro foi adotada por diversos países, como Portugal, Espanha e Venezuela:

O art. 164 do CP (LGL 1940\2) português assim estabelece: "Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos". Já o Código espanhol, no art. 179, reza que "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años". O CP (LGL 1940\2) da Venezuela, por seu turno, prevê no art. 374: "Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años. Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión. (2010, p. 415)

Ainda sobre as contribuições de GUILHERME DE SOUZA NUCCI para a compreensão do posicionamento enfocado, vale lembrar o cotejo indispensável que ele fez entre dignidade sexual e dignidade humana, no artigo *O estupro como crime único e a dignidade da pessoa humana*, nos termos do excerto subsequente:

A dignidade da pessoa humana está acima da dignidade sexual, pois esta é apenas uma espécie da primeira, que constitui o bem maior (art. 1º, III, CF). Logo, pretender alavancar a dignidade sexual acima de todo e qualquer outro bem jurídico significa desprestigiar o valor autêntico da pessoa humana, que ficaria circunscrita à sua existência sexual. O agente do crime sexual, portanto, deve ter todos os direitos respeitados, tal como o autor de qualquer outro delito grave. Particularmente, não se pode olvidar princípios-garantia, constitucionalmente previstos, em nome de um subjetivismo individualista e, por vezes, conservador, para a interpretação do novo art. 213. Visualizar dois ou mais crimes, em concurso material, extraídos das condutas alternativas do crime de estupro, cometido contra a mesma vítima, na mesma hora, em idêntico cenário, significa afrontar o princípio da legalidade (a lei define o crime) e o princípio da proporcionalidade, vez que se permite dobrar, triplicar, quadruplicar etc, tantas vezes quantos atos libidinosos forem detectados na execução de um único estupro. (2009)

No mesmo texto, afirmou que a tutela da liberdade sexual em dois tipos penais, estupro e atentado violento ao pudor, "fazia parte de um excesso punitivo não encontrado em outros cenários de tutela penal a bens jurídicos igualmente

relevantes” (2009). Exemplificou sua posição ao comparar o caso de um agente que subtrai vários pertences de uma vítima, mediante violência física, com o caso de um agente que pratica vários atos libidinosos contra uma vítima, também mediante violência física. Na primeira hipótese, asseverou que o patrimônio da vítima foi lesado uma única vez e por isso apenas um roubo foi praticado. Na segunda, avaliou que a liberdade da vítima foi tolhida uma única vez e por isso apenas um estupro foi consumado.

Assim, concluiu, por um lado, que “a única argumentação harmônica à ideia de cumulatividade do tipo penal do art. 213 seria defender que conjunção carnal não é um ato libidinoso” (2009) e, por outro, que a alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009, por ser produto de política criminal legislativa legítima e por não ofender a Constituição Federal, deve ser seguida pelos Tribunais nas sendas do princípio da legalidade, “escudo protetor do indivíduo” e “marco inicial do Estado Democrático de Direito, cuja principal missão é tutelar a dignidade da pessoa humana” (2009).

Em complemento a essas anotações de NUCCI, vale observar as conclusões alcançadas por FÁBIO AGNE FAYET, na obra *O delito de estupro*, na qual ele ressaltou que na hipótese fática delimitada no início desse trabalho não há mais de uma lesão aos bens jurídicos liberdade e dignidade sexual, mas uma única lesão, mais grave quanto maior o número de atos libidinosos praticados:

Com a nova redação, o crime de estupro passou a ter múltiplas ações e, na atualidade, se o agente além da cópula vagínica intentar outro ato libidinoso contra a mesma vítima, no mesmo contexto de ação, haverá crime único. Isso porque, insiste-se, a lesão ao bem jurídico tutelado é a mesma. A diversidade de ações praticadas contra o mesmo sujeito passivo não fará aparecer outra lesão ao bem jurídico, mas sim, maior lesão. E isso deve ser repreendido com a medida da pena. (2011, p. 120)

Valendo-se de comparação entre os delitos de estupro e de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, assim como fez NUCCI entre os crimes de roubo e estupro, MATHEUS SILVEIRA PUPO, no trabalho intitulado *O novo artigo 213 do CP, uma verdadeira novatio legis in mellius*, avaliou que é único o delito sexual praticado mediante mais de uma das condutas antevistas na redação do artigo 213 do CP.

Nesse sentido, expôs que para o crime previsto no artigo 122 da codificação criminal (induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça) a doutrina já pacificou o entendimento segundo o qual “ainda que o agente pratique mais de uma ação, o crime será único (tipo alternativo)” (DELMANTO *apud*, 2009).

Também em harmonia com as ideias defendidas por NUCCI, VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO, no artigo *O crime de estupro e a Lei nº. 12.015/09: um debate desenfocado*, oportunamente teceu as seguintes considerações:

[...] se a expressão ‘conjunção carnal’ for mentalmente excluída do tipo penal, não há qualquer modificação típica, a demonstrar que não se trata de verdadeira elementar do tipo ou descrição de outra conduta, mas, apenas, significar a expressão da técnica legislativa de exemplificação dos atos libidinosos, como ocorre em outros tipos penais. E nem poderia ser de outra maneira, pois a alteração legislativa teve como finalidade tutelar penalmente a dignidade e a liberdade sexual de todos os indivíduos, sejam eles do sexo masculino ou feminino, ante a inexistência de hierarquia valorativa entre a dignidade e a liberdade sexual da mulher ou do homem, nos termos do art. 5º, caput, e inciso I, da CF. (2009)

A partir desse e de outros argumentos o autor buscou demonstrar que a principal divergência jurídica atinente à interpretação do novo art. 213 do CP, qual seja classificar o tipo em misto alternativo ou em misto cumulativo, não tem relevância, uma vez que o delito de estupro sequer foi redigido sob a forma de tipo misto, já que sua redação prevê a prática do crime mediante uma única ação, a de constranger.

Não obstante tenha usado meio diverso, VINICIUS PELUSO alcançou o mesmo resultado dos penalistas que se prenderam ao argumento do tipo misto alternativo, qual seja afirmar que há crime único na hipótese fática delimitada na introdução deste trabalho.

Com contribuição igualmente relevante, LUIZ FLÁVIO GOMES também se contrapôs às decisões proferidas nos *Habeas Corpus* nº 78.667/SP e nº 104.724/MS, relatados pelos ministros Felix FISCHER e LAURITA VAZ, nos quais se defendeu, essencialmente, que há concurso material entre as condutas previstas no art. 213 do estatuto repressivo.

No trabalho intitulado *Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?*, o renomado doutrinador reconheceu a possibilidade de

crime único entre as várias ações previstas pela norma penal enfocada. Todavia, assim como VINICIUS PELUSO, divergiu da maioria da doutrina quanto à classificação do novo tipo como misto alternativo.

Primeiramente, classificou os tipos penais em simples e compostos. Disse que são simples os que contêm um único verbo, como o crime preceituado no art. 121 do CP (matar alguém), e que são compostos ou mistos os que possuem vários verbos, como o tipificado no art. 122 do estatuto repressivo (induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça).

A partir disso, afirmou que o tipo penal do art. 213 da codificação é misto, pois descreve várias ações, que são *constranger a ter conjunção carnal*, *constranger a praticar outro ato libidinoso* e *constranger a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*.

Na sequência, qualificou o delito de estupro como tipo misto cumulativo. Para isso seguiu a definição de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, segundo a qual o fator distintivo dos tipos mistos “passa por saber se a segunda (ou outra) conduta agrega ou não maior desvalor ao fato”. Nesse sentido, consignou que se essa segunda conduta agregar maior desvalor ao fato, o tipo será misto cumulativo, se não agregar, será misto alternativo. Como exemplo dos tipos mistos alternativos apresentou o crime de tráfico de drogas, no qual “se o sujeito importa a droga e a mantém em depósito e depois transporta, em nada se altera o injusto (não existe maior desvalor da conduta ou do resultado)” (2010).

LUIZ FLÁVIO GOMES, no entanto, não só adotou o critério de LUZÓN PEÑA, mas também o complementou. De acordo com o autor brasileiro “para além do maior desvalor do fato há outros dados muito relevantes: saber se se trata do mesmo contexto fático ou não, da mesma vítima ou não, do mesmo bem jurídico ou não” (2010). A partir dessa compreensão, apresentou a seguinte classificação:

- (a) tipo misto cumulativo unitário (ou seja: maior desvalor do fato, em razão da prática de várias condutas) + contexto fático único + vítima única + mesmo bem jurídico = crime único punido mais severamente. Aqui teríamos um tipo misto cumulativo unitário (porque se trata de crime único, punido mais gravemente, em razão do maior desvalor do fato);
- (b) tipo misto cumulativo concursal (ou seja: maior desvalor do fato, em razão da prática de várias condutas) + contextos fáticos diferentes ou vítimas diferentes ou bens jurídicos diferentes = crimes diferentes, pluralidade de crimes. Aqui teríamos um tipo misto cumulativo concursal (porque conduz a um concurso de crimes). (2010)

Daí, o penalista rotulou o art. 213 do CP, na hipótese em que a mesma vítima é constrangida a praticar coito anal e vaginal, no mesmo contexto fático, como tipo misto cumulativo unitário. Nesse caso, a pluralidade de condutas e de ofensas deve ser considerada na dosagem da pena, nos termos do art. 59 do CP, tendo em vista que o estupro praticado mediante coito vaginal e anal é evidentemente mais grave que o estupro praticado unicamente mediante conjunção carnal.

Assim embasado, combateu o entendimento sustentado no *Habeas Corpus* nº 104.724/MS, pelo ministro FÉLIX FISCHER, ao asseverar que a pluralidade de penetrações (vaginal, anal, oral etc.) consumadas contra a mesma vítima, no mesmo contexto de constrangimento, não significa pluralidade de crimes:

O concurso de crimes pressupõe pluralidade de crimes e a pluralidade de crimes pressupõe pluralidade de fatos, não só de ações (ou omissões). O concurso de crimes, por força do princípio da razoabilidade, já não pode ser fundado única e exclusivamente na pluralidade de ações (tal como defendia a clássica doutrina italiana: Bettiol etc.). A ação é uma parte do fato. O fato é composto de uma ação, de um autor, de uma vítima, de um contexto fático, de um resultado jurídico etc. O concurso de crimes, no entanto, gira em torno do todo, não da parte (da ação). O todo (o fato completo) é o que importa (para o efeito de haver ou não concurso de crimes). A valoração jurídica tem que recair sobre a totalidade do fato, não sobre uma parte dele. [...] O concurso de crimes pressupõe uma pluralidade de crimes? Não há dúvida. A pluralidade de ações (várias ações: coito vaginal e coito anal, v.g.) conduz necessariamente ao concurso de crimes? Não necessariamente. Por quê? Porque o relevante é o todo (o fato), não a parte (unicamente a ação). O concurso de crimes não pode ter como referência a parcialidade, sim, a totalidade. Não é a estrutura da ação que define a existência (ou não) do concurso de crimes. Sim, a estrutura do fato. (2010)

Ainda com relação aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, destacou que a Quinta Turma acertou ao perceber que o estupro está previsto em um tipo misto cumulativo, mas errou, por um lado, ao apontar a existência de concurso de crimes no caso concreto então analisado, no qual a mesma vítima fora constrangida a mais de uma modalidade de ato libidinoso grave em um mesmo contexto fático, e, por outro, ao refutar a aplicação do crime continuado.

Por fim, resumiu suas explicações com a seguinte anotação:

O art. 213, diante de tudo quanto foi exposto, retrata um tipo penal misto cumulativo unitário, quando se trata do mesmo contexto fático, mesma vítima e mesmo bem jurídico. Retrataria, distintamente, um tipo penal

misto cumulativo concursal, quando não se trata do mesmo contexto fático ou da mesma vítima ou do mesmo bem jurídico. (2010)

De todo o exposto, não há dúvidas que as categorias de tipos mistos nortearam as discussões acerca da nova tipificação do estupro, bem como que os conceitos de tipo misto cumulativo e de tipo misto alternativo não foram definidos com uniformidade, especialmente pela doutrina.

1.5 Insuficiência das categorias de tipos mistos para a interpretação da norma do art. 213 do CP

As alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009 foram comentadas por diversos autores e interpretadas de variadas formas. Nesse contexto, as divergências foram inevitáveis, conforme observado nas seções anteriores, especialmente com relação à quantidade de estupros que o novo tipo penal prevê nos casos em que o mesmo agente constrange a mesma vítima, no mesmo contexto fático, a praticar com ele conjunção carnal e outros atos libidinosos igualmente graves.

Entre as opiniões contrastantes, há aqueles que tentam justificar a pluralidade de crimes, essencialmente por meio da conceituação do tipo misto cumulativo, e aqueles que buscam amparar a unidade de delitos, fundamentalmente com a conceituação do tipo misto alternativo.

No entanto, também quanto a essas categorias (misto cumulativo e misto alternativo) não há consenso, seja entre os defensores da unidade, seja entre os adeptos da pluralidade de crimes.

Nesse sentido, conforme lembrado pela ministra LAURITA VAZ, no *Habeas Corpus* nº 78.667/SP, há advertência de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, segundo a qual, “embora haja certa imprecisão doutrinária na formulação dos critérios para reconhecimento dos tipos cumulativos, não há dúvida quanto à sua existência”.

FRAGOSO ressalta que a terminologia *tipo misto cumulativo* é imprópria. Para ele, a nomenclatura mais adequada para as disposições legais constituídas por figuras típicas independentes ou autônomas é tipo acumulado. Como exemplo

desses tipos acumulados apresenta o art. 180 do CP, no qual ele identifica dois crimes, que praticados pelo mesmo agente dão ensejo ao concurso material, quais sejam a receptação própria (adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime) e a imprópria (influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte).

JAMES TUBENCHLAK, por sua vez, define os tipos cumulativos como aqueles que prescrevem um complexo de condutas que devem ser executadas conjuntamente pelo agente para que o crime seja consumado. Exemplifica sua definição com o delito tipificado no art. 242 do CP (dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil), pois o agente, para consumir esse crime, deve primeiro dar parto alheio como próprio e depois, necessariamente, suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil do recém-nascido.

Além dessa dificuldade terminológica, conforme realçou FRAGOSO, não há precisão conceitual quanto aos critérios de reconhecimento dos tipos mistos cumulativos.

Tal imprecisão ganha corpo nas palavras de LUIZ FLÁVIO GOMES, que, divergindo da aparente maioria, define, a partir dos ensinamentos de LUZÓN PEÑA, duas modalidades de mistos cumulativos, os unitários, caracterizados pelo maior desvalor do fato, em razão da prática de vários atos, somado à existência de contexto fático, vítima e bem jurídico únicos, e os concursais, identificados pelo maior desvalor do fato, também decorrente da prática de vários atos, somado à existência de contexto fático, ou vítimas, ou bens jurídicos diferentes. Portanto, o que a maior parte da doutrina define como tipo misto alternativo, GOMES define como tipo misto cumulativo unitário.

Se os critérios abraçados por esse autor não refletem os adotados pela maioria, isso não quer dizer que eles são mais duvidosos ou menos ponderados. Com efeito, enquanto FRAGOSO e GRECO FILHO escoram-se nos escólios de EDMUND MEZGER para classificarem os tipos mistos e defenderem a aplicação do concurso material quando os preceitos primários das normas cumulativas são violados pelo mesmo agente, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

adverte que há imprecisões nos ensinamentos do doutrinador alemão, que, inclusive, discrepam das definições dadas por FRAGOSO:

Embora Edmund Mezger, analisando esses tipos mistos, falasse de “lei mista alternativa” e de “lei mista cumulativa”, dando como exemplo deste último o crime de lesão corporal, que, entre nós, está redigido tal qual no Código alemão – ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem -, deixou entrever não existir, na hipótese, concurso. Verbis: “En el § 223 (maltratar en el cuerpo o perjudicar la salud) se deberán admitir dos variedades de un caso solo y no dos casos independientes” (Derecho Penal, Parte General, trad. Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Edi. Bibliográfica Argentina, 1958, p. 153). Vale dizer: no art. 129 há duas condutas no mesmo tipo, e não dois tipos independentes. A prática de qualquer uma das condutas constitui crime. E se o agente, ao ofender a integridade corporal acarreta dano à saúde da vítima, o crime continua o mesmo. Bem diversos os exemplos dados por Heleno Fragoso: arts. 135, 180, 242, etc. todos do CP (Lições de Direito Penal, Parte Geral, São Paulo, Bushatsky, 1978, p. 178), uma vez que nessas disposições legais há várias figuras típicas, ensejando, assim, o concurso material. (TOURINHO FILHO, 2010)

GRECO FILHO, embora aparentemente influenciado pelas supostamente ambíguas glosas de MEZGER, reconhece esse quadro de imprecisão conceitual. Ao fundamentar sua compreensão acerca das normas penais conjuntas nas explanações de DELOGU e MANSINO PUNZO, lembra que há divergência entre esses doutrinadores quanto à existência dos tipos mistos alternativos:

Enquanto para o primeiro [Delogu] “admiti-los equivaleria a aceitar que algumas violações devam ficar impunidas” e a desprezar “o princípio segundo o qual a cada violação deve corresponder uma sanção”, do que conclui “que a conjugação de normas é unicamente fruto de considerações de técnica legislativa, devendo ser consideradas como normas autônomas”, para o segundo [Mansino Punzo] “não se pode negar que o legislador, ao punir de forma equiparada atos preparatórios ou atos de execução, já previu que a consumação representa a violação, também, das incriminações anteriores, daí ter previsto normas conjuntas alternativas” (2009, p. 60)

Em decorrência dessas inconsistências doutrinárias, agravadas pela falta de técnica legislativa, GRECO FILHO, assim como GOMES, inova ao classificar o tipo penal do estupro, em sua atual redação, ora como misto cumulativo, ora como misto alternativo:

O problema é agravado em virtude da precariedade da técnica legislativa; muitas vezes um mesmo tipo é, em algumas hipóteses, cumulativo e, em outras, alternativo, e, por exemplo, num parágrafo vamos encontrar ora uma norma alternativa porque poderia ser contida no caput em outra incriminação, ora normas de aplicação independente. Assim, o tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis. (2009, p. 60)

Nesse mar de incertezas e inconsistências, a proposta de VINICIUS PELUSO parece a mais atraente e a que mais se harmoniza com a questão abordada na presente seção, uma vez que se desprende da dicotomia entre misto alternativo e misto cumulativo. Para ele, o debate apresentado até aqui se encontra “desenfocado”, tendo em vista que explicar a existência de crime único na hipótese delimitada na introdução independe da classificação dos tipos mistos:

A discussão parte da premissa de que o novo tipo penal é um tipo misto, ou seja, estaríamos diante de um tipo que apresenta uma pluralidade de condutas, ora alternativas, ora cumulativas. Todavia, após uma análise mais detida sobre a recente redação do art. 213 do CP, s.m.j., chega-se à conclusão de que tal controvérsia está desenfocada. [...] Pode-se concluir que a única conduta do agente é a de constranger alguém para a prática ativa ou passiva de atos com fins libidinosos, esse é o fator final que dá sentido aos atos do sujeito ativo e que os abarca em um sentido unitário, para os efeitos da proibição (fator normativo), dado pelo tipo penal. [...] Está-se diante de uma nova figura típica que não se confunde com os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. E mais, está-se diante de um tipo penal com uma única conduta e não diante de um tipo misto (alternativo ou cumulativo), pois, como visto, não há descrição de uma conduta constrangedora para a prática de conjunção carnal e outra para a prática de atos libidinosos, mas unicamente há a descrição da conduta constrangedora para a prática de todo e qualquer ato libidinoso; conseqüentemente, a prática de vários atos libidinosos (p. ex. conjunção carnal + coito anal) em um mesmo contexto fático importa na prática de apenas um crime, por corresponder aos exatos termos da única conduta descrita no tipo. (2009)

De fato, o pensamento de PELUSO coaduna-se com o deste estudo, que não adotará as categorias de tipos mistos para interpretar e aplicar a norma do art. 213 do CP, tendo em vista sua fragilidade conceitual, bem como sua prescindibilidade para a solução do problema prático para o qual se busca uma solução, entre a unidade e a pluralidade delitiva.

Saliente-se que o abandono das categorias de tipos mistos no presente trabalho não se deve apenas a impropriedades terminológicas, mas também a inconsistências conceituais.

Conforme delineado anteriormente, enquanto FRAGOSO entende que há tipo misto cumulativo no art. 180 do CP e, conseqüentemente, dois crimes nas hipóteses em que as condutas conhecidas como receptação própria e receptação imprópria são consumadas pela mesma pessoa, TUBENCHLAK compreende que há tipo misto alternativo e que, nas mesmas circunstâncias fáticas, a prática das duas modalidades de receptação configura crime único.

Além disso, enquanto LUIZ FLÁVIO GOMES desenvolve critério cunhado por LUZÓN PEÑA, segundo o qual a diferença entre os tipos mistos cumulativos unitários (mistos alternativos) e concursais (mistos cumulativos) encontra-se essencialmente em considerações quanto ao desvalor do fato, GRECO FILHO alinha-se a critério proposto por DELOGU e MANSINO PUNZO, de acordo com o qual a solução para definir o tipo como misto alternativo ou cumulativo encontra-se primordialmente na análise do princípio da consunção.

Não bastassem essas divergências encontradas entre penalistas renomados, a advertência feita por TOURINHO FILHO, acima apresentada, demonstra que possivelmente a importação para o direito pátrio de estruturas conceituais cunhadas por doutrinadores estrangeiros não foi realizada de forma cuidadosa. De acordo com o autor, não obstante FRAGOSO siga os ensinamentos de MEZGER, o que o mestre alemão classifica como tipo misto cumulativo, o doutrinador brasileiro qualifica como tipo misto alternativo.

2 UNIDADE OU PLURALIDADE DELITIVA?

Como visto, as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais examinadas prenderam-se, em regra, ao estudo das categorias de tipos mistos para interpretar e aplicar a norma do art. 213 do estatuto repressivo a casos análogos ao delimitado na introdução. Isto para definir a quantidade de estupros cometidos nessas circunstâncias e as consequências penais decorrentes dessa quantificação. Para isso, todavia, não se restringiram a essa análise. Trataram também iterativamente da estrutura da própria conduta típica, das regras atinentes ao concurso de crimes e dos princípios penais aplicáveis à matéria.

No que tange à conduta típica, LUIZ FLÁVIO GOMES, conforme apresentado no capítulo anterior, pondera que o juízo de unidade ou pluralidade de delitos deve levar em consideração o fato criminoso como um todo, isto é, a ação enquanto elemento da conduta típica (também compreendida por um sujeito ativo, por um sujeito passivo, por um contexto fático, por um resultado jurídico etc.) e não enquanto simples movimento corporal (2010).

Logo, segundo o autor, examinar a ação isoladamente não é suficiente para responder se em determinado caso concreto há unidade ou pluralidade de crimes. No mesmo sentido leciona JUAREZ CIRINO DOS SANTOS:

“O comportamento humano pode ser apresentado como um *continuum* de atividades e de passividades, cuja delimitação em unidade de ações típicas pressupõe simultaneamente o conceito de ação e o conceito de tipo legal. Assim, o tema da unidade e da pluralidade de ações típicas deve ser estudado a partir de seus elementos estruturantes: a correlação entre ação, como conteúdo determinante, e tipo legal, como forma determinada, na formação do conceito de ação típica” (2002, p. 286)

Com se vê, também para SANTOS não há como obter uma resposta segura a respeito da unidade e da pluralidade de delitos unicamente por meio do conceito de ação, compreendida enquanto realidade anterior à valoração jurídica, em outros termos, enquanto movimento corporal avalorado, ainda que direcionado à consecução de determinado fim.

Apenas o conceito de ação dirigida pela vontade não resolve, por exemplo, o problema no qual a mesma vítima é constrangida, por meio de violência ou grave ameaça, no mesmo contexto fático, a praticar dois atos libidinosos diferentes. Nesse cenário, o uso exclusivo do conceito de ação admite tanto um quanto dois crimes de estupro, pois não traz em si os limites da conduta típica, dado pelos elementos objetivos e subjetivos do tipo. É possível defender que a ação penalmente relevante abarca os dois atos libidinosos descritos, do que decorre um único crime, assim como é admissível dizer que a conduta penalmente relevante abrange cada ato libidinoso, de forma singularizada, do que resultam dois crimes. Isso acontece porque em ambas as possibilidades há fator final, que dirige os movimentos do agente para a consecução de objetivos por ele predefinidos, e relevância social, decorrente dos reflexos danosos dessas práticas não só para as pessoas envolvidas, mas para toda a coletividade.

Além disso, a insuficiência do conceito de ação para definir a quantidade de condutas típicas em hipóteses nas quais há mais de um movimento corporal ocorre porque vários movimentos podem representar uma ou várias condutas, pois uma conduta pode abranger “um período mais ou menos longo da vida de uma pessoa, ou um único momento, uns poucos movimentos ou uma grande multiplicidade deles” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 720).

E aqui emerge a importância do tipo legal, pois somente por meio do tipo atos ou movimentos corporais precipuamente independentes podem ser integrados para estruturar um crime, para formar uma conduta punível, uma vez que no tipo encontram-se os aspectos objetivos e subjetivos que caracterizam e delimitam as ações puníveis. Pode-se dizer, por conseguinte, que a função primordial do tipo é exatamente valorar penalmente certas condutas ou determinados complexos de condutas humanas, para conferir-lhes relevância penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 444).

LUIZ REGIS PRADO, alinhando-se ao pensamento de WELZEL, também entende que a determinação da unidade ou da pluralidade de ação deve ter como parâmetro a valoração da ação a partir do tipo legal:

É cediço, no entanto, que o conceito de unidade de ação é eminentemente valorativo. As opiniões divergem, no entanto, quanto ao ponto de vista responsável por essa valoração. Parte da doutrina defende o critério da concepção natural da vida, pelo qual a unidade de ação é determinada pela sociedade, por seus usos normais, com base na unidade de propósito e na conexão espaço temporal. De outro lado, sustenta-se que o critério pelo qual se afere a unidade de ação deva ser jurídico, ou seja, decorre do sentido dos tipos correspondentes. Para Welzel, há dois fatores que definem a unidade de ação: a) o fator finalista, segundo o qual todos os atos humanos dirigidos a um mesmo fim constituem uma única ação; b) fator normativo que, como critério corretivo, consiste na valoração jurídico-penal encerrada nos tipos penais. (2010, p. 472)

No mesmo sentido, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS arremata que “a fórmula adequada estaria na fusão dos conceitos de ação e de tipo legal, integrados na unidade do conceito de ação típica” (2002, p. 287).

Nessa senda, se o que se busca é delimitar a conduta punível no caso hipotético de violência sexual definido na introdução, para saber quantos crimes de estupro há em tais circunstâncias, nada mais lógico que examinar a ação e os elementos que a ela se integram na composição da conduta típica.

2.1 Ação típica

O conceito de conduta típica faz parte de um conceito maior, o de fato punível. Ao definir fato punível, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS escreve que há “duas categorias elementares do fato punível: o tipo de injusto e a culpabilidade” (2002, p. 2). Essa compreensão decorre de uma conceituação operacional indispensável para identificar “os elementos constitutivos do fato punível, necessários como método analítico para determinar a existência concreta de ações criminosas” (2002, p. 2) e, portanto, imprescindível para obter as respostas aqui perquiridas.

O tipo de injusto, uma das categorias do fato punível, é constituído pelos conceitos de ação, tipicidade e antijuridicidade. Para este trabalho, o conceito de

antijuridicidade não tem importância, uma vez que para a solução do caso hipotético analisado pressupõe-se que a conduta do agente seja antijurídica, isto é, que sobre ela não incidam causas de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito e consentimento da vítima).

Da mesma forma, aqui não tem relevância o conceito de culpabilidade enquanto “reprovação do autor pela realização não-justificada de um crime, fundado no poder de agir conforme a norma, em condições de normalidade do fato” (SANTOS, 2002, p. 173-174). Isso porque se pressupõe que na hipótese fática examinada o agente seja imputável, tenha consciência real ou potencial da ilicitude do seu ato e dele seja exigível conduta diversa.

Assim, nas linhas subsequentes serão desenvolvidos apenas os conceitos de ação e de tipicidade. Esses, sim, fundamentais para o alcance do resultado desejado neste trabalho, pois, conforme já dito, indispensáveis à compreensão da conduta típica.

2.1.1 Ação humana

Em linhas gerais, a doutrina contemporânea considera a conduta humana como conceito central do fato punível e a compreende como exercício de atividade voluntária e direcionada a determinado fim.

Nesse sentido, não constituem ação relevante para o direito penal acontecimentos da natureza; ataques de animais movidos por seus próprios instintos, ou seja, não manipulados como instrumento de agressão; atos de pessoas jurídicas; atos psíquicos não exteriorizados no mundo real; atos decorrentes de coação física ou moral e movimentos corporais involuntários.

Outro não é o entendimento de LUIZ REGIS PRADO, para quem tão somente a ação humana realizada com consciência e vontade pode ser penalmente relevante:

O delito só existe enquanto ação humana (Direito Penal do fato) e não como estado, condição social, modo de ser ou atitude (Direito Penal do autor), mormente em uma sociedade livre e democrática, em que vige o primado da lei e do respeito inarredável aos direitos e garantias fundamentais do homem. Ademais, o simples querer ou pensar, sem qualquer exteriorização, sequer pode ser objeto de consideração no campo penal [...] A norma penal não pode vedar a simples causação de resultados, mas apenas ações controladas pela vontade. (2010, p. 270)

Nesse cenário, em que a ação humana é a base sobre a qual incide a valoração penal promovida pelo tipo, conhecer o conceito de ação albergado pelo direito penal pátrio é, de fato, um passo necessário. Para compreendê-lo, serão examinadas as teorias causal e final da ação.

Vale ressaltar que outras teorias dedicam-se à conceituação da ação penalmente relevante, como a teoria social, a teoria da ação significativa e as teorias funcionalistas. Contudo, a limitação desse estudo ao conceito de ação proposto pelas teorias causal e final deve-se às suas posições centrais na dogmática jurídico-penal e à suficiência da teoria finalista, preponderante no cenário contemporâneo, para os objetivos aqui perseguidos.

2.1.1.1 Teoria causal

A doutrina causal define ação como movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior. Nessa concepção, a ação é composta de vontade, movimento corporal e resultado, em que a vontade ou voluntariedade não passa de um impulso mecânico, de uma inervação muscular que provoca a ação, mas não a conduz, isto é, não a direciona finalisticamente. O conteúdo dessa ação, que é o elo subjetivo ou psicológico entre conduta e agente, não se encontra nela, mas na culpabilidade (PRADO, 2010, p. 273).

Frise-se que, segundo essa concepção, a ação cinde-se em dois segmentos autônomos: “de um lado, o ‘querer interno’ do agente; de outro, o ‘processo causal’ visível, isto é, a conduta corporal do agente e o seu ‘efeito’ ou

resultado” (TOLEDO, 2010, p. 93), sendo que o primeiro segmento encontra-se no âmbito da culpabilidade e o segundo no do injusto.

Nas palavras de VON LISZT, o elaborador do conceito causal de ação, citado por BITENCOURT:

A volição que caracteriza a manifestação de vontade e, por conseguinte, a ação significa, simplesmente, no sentido desta concepção, o impulso da vontade. Pode-se defini-la fisiologicamente como a inervação, e pode-se concebê-la psicologicamente como aquele fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos as causas. (*apud*, 2010, p. 259)

Nesse sentido, complementa MEZGER, citando BELING:

[...] a teoria jurídico-penal da ação limita-se a perguntar o que foi causado pelo querer do agente, qual é o efeito produzido por dito querer. Todos os efeitos do querer do sujeito que atua são partes integrantes da ação. Para a teoria jurídico-penal da ação é irrelevante se estes efeitos são também conteúdo da consciência e do querer do agente, e até que ponto o são [...] para se afirmar que existe uma ação basta a certeza de que o sujeito atuou voluntariamente. O que quis (ou seja, o conteúdo de sua vontade) é por ora irrelevante: o conteúdo do ato de vontade somente tem importância no problema da culpabilidade. (BITENCOURT *apud*, 2010, p. 260)

Do exposto, percebe-se que para a teoria causal a vontade do agente funciona tão somente como nexos causal/psicológico entre o movimento corporal e o resultado, em nada se relacionando com o fim desejado pelo autor dos fatos. A voluntariedade, nesse cenário, indica apenas “ausência de coação física absoluta” (SANTOS, 2002, p. 10).

Destarte, são centros de gravidade dessa concepção a ausência de elementos subjetivos na ação; a causalidade puramente objetiva, que relaciona o movimento corporal voluntário com o resultado produzido por esse movimento, e a ação como simples produção do resultado, o qual, por si só, determina o tipo de crime praticado.

Essa é a base conceitual do modelo causalista de ação, que era adequado à época em que foi criado, pois oferecia alicerce seguro para a primitiva concepção de tipo, proposta por BELING, que se limitava a descrever a imagem

externa ou o resultado da ação penalmente relevante, sem quaisquer considerações valorativas e subjetivas.

O tipo avalorado de BELING, no entanto, passou a ser criticado a partir da “descoberta dos elementos anímicos, subjetivos, do tipo, nos denominados ‘delitos de intenção’” (TOLEDO, 2010, p. 95), que “revelaram uma dimensão subjetiva na área do injusto, então reservada aos elementos objetivos” (SANTOS, 2002, p. 11). Vale ressaltar que os delitos de intenção compreendem determinados atos que podem ser justos ou injustos, a depender da intenção do agente no momento de sua prática. Em outros termos, “um comportamento, que externamente é o mesmo, pode ser justo ou injusto, segundo o seu aspecto interno, isto é, de acordo com a intenção com que é praticado” (BITENCOURT, 2010, p. 322).

Essas críticas ganharam corpo com a compreensão do dolo como elemento subjetivo do injusto, a partir dos estudos do dolo na tentativa, e se intensificaram em razão de contribuições filosóficas como as do austríaco FRANZ BRENTANO, que diferenciou, a partir da característica da intencionalidade, os fenômenos psíquicos dos físicos:

Para Brentano, diversamente do que ocorre com os fenômenos físicos, todo ato psíquico aponta para um objeto: pensar é pensar algo; querer é querer algo; sentir, amar ou odiar, é sentir, amar ou odiar algo; e assim por diante. Dessa forma, reelaborando a noção de intencionalidade, tomada de empréstimo aos escolásticos, Brentano a erige em atributo necessário de todo e qualquer verdadeiro ato psíquico. (TOLEDO *apud*, 2010, p. 94)

Ideias como as de BRENTANO contribuíram para a compreensão de que a ação situa-se entre os fenômenos psíquicos e, em consequência, de que o fim desejado pelo autor de um delito (intencionalidade) é atributo indispensável para a compreensão dos atos que compõem a conduta humana relevante para o direito penal.

Nesse cenário de incisivos ataques às fundações do sistema causal, claramente alicerçado na distinção estanque entre causal-objetivo e anímico-subjetivo, outro resultado não poderia ser esperado, senão o seu abandono.

Assim, a concepção causal de ação foi substituída pela finalista, que, embora a tenha sucedido, não a negou. Na verdade, complementou-a com o requisito da intencionalidade ou finalidade, substituindo a mera causalidade pela causalidade dirigida.

2.1.1.2 Teoria finalista

Diferentemente dos causalistas, os finalistas centralizam a análise da conduta penalmente relevante na própria ação e não no resultado. Com isso, o processo causal perde importância na determinação da lesão do bem jurídico e o desvalor do resultado deixa de individualmente caracterizar o injusto. O resultado passa a ser tão somente elemento do tipo, enquanto lesão ao bem jurídico, e ter sua relevância limitada pelo desvalor da ação (CAMARGO, 2002, p. 64).

Para o finalismo a ação deve ser percebida de um ponto de vista ontológico, isto é, como uma realidade dada, anterior ao direito, sobre a qual deve recair a valoração jurídica, que visa a delimitar as ações penalmente relevantes para possibilitar a tutela penal. Dentro dessa concepção, a ação humana ontologicamente considerada é a realização de atividade final. Nas palavras de WELZEL, seu idealizador:

Ação humana é exercício de atividade final. Ação é, por isso, acontecimento final, não meramente causal. A finalidade ou o sentido final da ação se baseia no poder humano de prever, em determinados limites, por força de seu saber causal, os possíveis efeitos de sua atividade, propor-se diferentes fins e dirigir, planificadamente, sua atividade para realização destes fins. [...] Porque a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, em determinados limites, as consequências da intervenção causal, e através desta, dirigi-la planificadamente para a realização do fim, a vontade consciente do fim, que dirige o acontecer causal, é a espinha dorsal da ação final. (SANTOS *apud*, 2002, p. 13)

Vale lembrar que a doutrina finalista, de acordo com o próprio WELZEL, baseia-se na teoria da ação de SAMUEL VON PUFFENDORF, segundo a qual a

ação humana é somente aquela *dirigida* pelo intelecto e pela vontade (BITENCOURT *apud*, 2010, p. 261).

Por isso LUIZ REGIS PRADO assevera que a finalidade, à qual corresponde a ação humana, é vidente e que a causalidade, à qual corresponde um mero acontecer causal, é cega (2010, p. 276). Em complemento, observa JUAREZ CIRINO DOS SANTOS que somente a ação dirigida pela vontade humana pode ser objeto de resposta penal, pois a ação meramente causal não pode ser compreendida como ação típica ou injusta (2002, p. 15-16).

Daí, o conceito finalista de ação opõe-se ao conceito causalista especialmente por considerar inadmissível a separação entre a vontade e seu conteúdo (BITENCOURT, 2010, p. 262-263).

O finalismo, no entanto, não nega os processos causais que ligam a ação ao resultado. Pelo contrário, considera que eles são meios necessários para a consecução da ação finalisticamente direcionada. Nesse cenário, a ação humana, base ontológica do finalismo, é determinada por um objetivo, que para ser alcançado pelo agente exige dele a realização de determinados processos causais conscientemente dirigidos. BITENCOURT define duas fases para a realização dessa direção final da ação:

1ª) subjetiva (ocorre na esfera intelectual): a) antecipação do fim que o agente quer realizar (objetivo pretendido); b) seleção dos meios adequados para a consecução do fim (meios de execução); c) consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado (consequências da relação meio/fim); 2ª) objetiva (ocorre no mundo real): execução da ação real, material, efetiva, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento. Em outros termos, o agente põe em movimento, segundo um plano, o processo causal, dominado pela finalidade, procurando alcançar o objetivo proposto. (2010, p. 262)

Essas duas fases (subjetiva e objetiva) da ação humana justificam a estrutura do tipo penal, também integrada por uma parte subjetiva e outra objetiva, o que ainda será analisado neste trabalho. Por isso JUAREZ CIRINO DOS SANTOS afirma que um dos méritos do modelo finalista foi harmonizar a ação com a ação típica (ação adequada a um tipo legal).

Além disso, vale repisar que o sistema finalista teve o mérito de inserir no tipo o dolo e a culpa, elementos subjetivos até então compreendidos como nexos psicológico da culpabilidade, e de tornar prescindível a análise do resultado no âmbito da ação, o que possibilitou justificar adequadamente os crimes formais, ou seja, aqueles em que não há um resultado material, nos quais a consumação ocorre com a simples ação ofensiva ao bem jurídico.

Nada obstante os avanços produzidos pelo finalismo, a teoria welzeniana não conseguiu fornecer um modelo plenamente seguro para diversas questões atinentes à teoria do crime, especialmente relacionadas à culpa *stricto sensu*, ao dolo eventual e ao dolo indireto, por serem hipóteses nas quais o agente não pode direcionar sua ação a um fim determinado (SANTOS, 2002, p. 16).

Por outro lado, o sucesso da teoria finalista para a compreensão dos crimes comissivos é notório, inclusive, reconhecido pelos adeptos da teoria da imputação objetiva proposta por CLAUS ROXIN, reconhecidamente a mais abalizada posição doutrinária contrária ao finalismo.

Nesse sentido, ANTONIO LUÍS CHAVES CAMARGO, um dos expoentes dessa teoria no Brasil, reconhece que “nos delitos dolosos a aplicação dessa teoria [*finalista*] não encontrou dificuldades maiores, tendo esbarrado em obstáculos para explicar as ações imprudentes, sob o prisma da finalidade” (2002, p. 65, destaques no original). E, complementa linhas à frente que “embora as críticas tenham sido severas, em alguns aspectos, serviram somente para possibilitar o desenvolvimento da teoria do delito, mantendo a base da estrutura final da ação” (2002, p. 90).

Com efeito, a teoria da ação finalista é reconhecida como a mais adequada pela maioria da doutrina brasileira, seja por seu sucesso metodológico, seja por sua adoção pelo Código Penal Brasileiro (SANTOS, 2002, p. 7). Claramente a ela vinculam-se penalistas de escol, como CEZAR ROBERTO BITENCOURT, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS e LUIZ REGIS PRADO.

Inclusive, PRADO rebate as críticas de ROXIN quanto ao caráter ontológico da ação finalista, destacando que não há como negar que ela confere significação social, por meio de juízos de valor, à ação humana, isto é, à realidade, tomada pelo finalismo não como elemento perfeito e acabado, mas apenas como ponto de partida para o trabalho de valoração penal:

Não há dúvida que a doutrina finalista sempre assinalou um sentido à finalidade, contrariamente do que se costuma afirmar. O que ocorre é que o legislador, nos delitos de resultado, pretende que esses últimos não venham a se produzir, operando-se uma superposição (= coincidência) entre sentido e causação. Reafirmando em outras palavras: a doutrina finalista não reduz a finalidade a uma mera ontologia separada totalmente do mundo de significado social (como pensa Roxin, por exemplo), mas para ela, “o mundo de significado social é inseparável do mundo das representações subjetivas do autor”. (2010, p. 276)

Ainda em prol do finalismo, após analisar as diversas teorias que conceituam a ação, conclui JUAREZ CIRINO DOS SANTOS:

“A definição da ação como atividade dirigida pelo fim (nobre ou abjeto, altruísta ou egoísta, legal ou criminoso) destaca o traço que diferencia a ação de todos os demais fenômenos humanos ou naturais, e permite delimitar a base real capaz de incorporar os atributos axiológicos do conceito de crime, como ação típica, antijurídica e culpável. Ao contrário, a exclusão da finalidade como propósito consciente que unifica os movimentos particulares em um conjunto significativo, destrói a especificidade da ação como fenômeno exclusivamente humano. Os critérios da causalidade, da relevância social, da evitável não-evitação ou da manifestação da personalidade não parecem possuir o poder definidor próprio do critério da finalidade, que permite integrar qualquer sequência de atos isolados na unidade psicossomática da ação humana”. (2002, p. 26-27)

Nesse contexto, de insuficiência do conceito causal de ação e de preponderância do conceito final, indiscutivelmente insuperável no âmbito dos crimes comissivos dolosos, entre os quais se encontra o delito de estupro, não há como negar-lhe acolhida para a consecução do objetivo proposto neste trabalho.

2.1.2 Tipo legal

Conforme reiteradamente defendido nas linhas anteriores, a importância do estudo do tipo legal para a solução do problema hipotético delineado na introdução decorre de sua função individualizadora de condutas penalmente relevantes, a partir de movimentos corporais aparentemente independentes, por meio do incremento de caracteres descritivos e normativos à ação humana valorada:

O tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas). (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2001, p. 443)

Depois de desenhar um breve histórico da evolução das teorias do tipo, CEZAR ROBERTO BITENCOURT apresenta a recente etapa em que se encontram tais teorias, conhecida como fase do finalismo, na qual se insere a denominada tipicidade complexa:

Finalmente, com o surgimento do finalismo, pode-se até falar em uma quinta fase, que não chegou a ser destacada por Asúa, na qual se admitem tipos dolosos e tipos culposos, com dolo e culpa integrantes destes. O tipo, na visão finalista passa a ser uma realidade complexa, formada por uma parte objetiva – tipo objetivo –, composta pela descrição legal, e outra parte subjetiva – tipo subjetivo –, constituída pela vontade reitora, com dolo ou culpa, acompanhados de quaisquer outras características subjetivas. A parte objetiva forma o componente causal, e a parte subjetiva o componente final, que domina e dirige o componente causal. (2010, p. 303)

Segundo esse modelo de tipicidade, portanto, encontra-se abstratamente normatizada no tipo a conduta penalmente relevante, com seus elementos objetivos e subjetivos, nos quais se inserem seus componentes causal e final.

Assim, será considerada típica, depois de se fazer o que se chama de juízo de tipicidade, a conduta humana que se adequar perfeitamente à hipótese normatizada. Nas palavras de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “há tipicidade

quando o fato se ajusta ao tipo, ou seja, quando corresponde às características objetivas e subjetivas do modelo legal, abstratamente formulado pelo legislador” (2006, p. 189). Fala-se, nesse ponto, em subsunção do fato (ação humana) à norma (tipo penal).

No presente trabalho, por exemplo, o fato é o da introdução, no qual a mesma vítima é constrangida a praticar atos libidinosos de penetração diversos, no mesmo contexto fático, e a norma, a do art. 213 do CP. Já o juízo de tipicidade pode recair, a depender da posição doutrinária adotada, em cada ato libidinoso singularmente considerado (pluralidade delitiva e delitos de estupro autônomos em concurso) ou em todos os atos libidinosos conjuntamente considerados (unidade delitiva e delito de estupro único).

Para definir qual juízo de tipicidade é o mais adequado e determinar quantas condutas típicas existem nessa hipótese fática, torna-se importante compreender os elementos que compõem o tipo comissivo doloso, gênero do qual o tipo penal do delito de estupro é espécie.

2.1.3 Tipo de delito comissivo doloso

Nos dizeres de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, o estudo dos “diversos elementos do tipo realiza-se na parte especial. Sua sistematização constitui, no entanto, importante tarefa, podendo configurar uma parte geral da parte especial” (2006, p. 200).

Assim, será estudada, primeiro, a estrutura típica dos crimes comissivos dolosos (apenas o que interessa ao objetivo proposto neste trabalho) e, depois, a composição típica do estupro.

O tipo de crime doloso, de acordo com o finalismo, pode ser didaticamente entendido a partir de duas partes componentes, uma objetiva e outra subjetiva. O tipo objetivo é uma representação da esfera ôntica do delito, enquanto o tipo subjetivo, uma representação da esfera volitiva. Nesses termos, o tipo objetivo

descreve a conduta penalmente relevante e o tipo subjetivo atribui sentido e direção a ela.

2.1.3.1 Elementos objetivos do tipo de delito comissivo doloso

No caso dos crimes comissivos, o tipo objetivo é composto de um elemento principal ou nuclear, que é a ação, representada por um verbo, e de elementos complementares ou periféricos, que são os sujeitos, ativo e passivo; o bem jurídico; o objeto material; o nexa causal; o resultado e as circunstâncias de tempo, lugar, meio e modo de execução (PRADO, 2010, p. 329).

O verbo do tipo é a descrição da conduta incriminada, o núcleo da ação penalmente relevante, que, por sua vez, é o núcleo objetivo de todo crime.

O sujeito ativo é a pessoa que realiza a conduta típica, o autor do crime. Ao passo que o sujeito passivo é a vítima, a pessoa contra a qual se realiza o fato punível, que é o titular do bem jurídico violado.

A conduta penalmente relevante somente será imputada ao sujeito ativo se entre a ação por ele realizada e o resultado socialmente danoso, que a norma penal busca evitar, houver uma relação de causalidade juridicamente relevante, uma vez que nem toda causalidade necessária à configuração da ação típica tem relevância penal (BITENCOURT, 2010, p. 312). Por exemplo, o comerciante que vende uma arma utilizada para constranger uma vítima de um delito de estupro, bem como o pai e a mãe que geram o autor de um crime dessa espécie praticam ações imprescindíveis para a ocorrência do resultado juridicamente desvalioso, o que evidencia uma relação de causalidade entre suas ações e esse resultado. Contudo, a causalidade aí presente não é penalmente relevante, “porque a relevância penal da causalidade encontra-se limitada, dentro da própria categoria do tipo, pelo tipo subjetivo, isto é, pelo querer do resultado” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2001, p. 472). Assim, tanto o vendedor da arma quanto os

genitores do esturador não realizam condutas típicas, pois ao praticarem suas ações não preveem ou não querem os resultados típicos.

O resultado pode ser material ou jurídico, nada obstante essa distinção não seja amplamente adotada (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2001, p. 470). O resultado material representa a manifestação da ação que altera o mundo físico ou a realidade fática. No crime de homicídio, por exemplo, a alteração do mundo real concretiza-se na morte do sujeito passivo, que, inclusive, tem seu corpo como objeto material da conduta homicida, uma vez que o objeto material é o ente físico sobre o qual incide a ação penalmente proibida. O resultado jurídico, por outro lado, representa a violação do bem jurídico tutelado pela norma penal (BITENCOURT, 2010, p. 312).

O bem jurídico penalmente tutelado é, de acordo com BITENCOURT, “todo valor da vida humana protegido pelo direito” (2010, p. 308). Com uma definição mais analítica, REGIS PRADO o entende como “um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência ou desenvolvimento do homem” (2010, p. 259-260). Essas compreensões, que percebem o bem jurídico como um valor socialmente relevante e, por isso, penalmente protegido, são amplamente aceitas e serão aqui adotadas.

Nada obstante não se adote nesta monografia a compreensão minoritária de bem jurídico defendida por ZAFFARONI e PIERANGELI, segundo a qual bem jurídico não é um bem em si considerado, mas o direito de dispor livremente de um bem, as notas feitas por esses autores a respeito da intensidade de lesão incidente sobre os bens jurídicos pode ser ampliada sem percalços à compreensão majoritária, aqui representada nas palavras de REGIS PRADO.

Nesse passo, o bem jurídico admite graus de afetação, que variam de acordo com a intensidade da ofensa, o que fica evidente no cotejo entre os tipos básicos, qualificados e privilegiados (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2001, p. 467). Exemplo de tipo qualificado pode ser visto no inciso III do § 2º do art. 121 do CP, em que se pune com maior severidade o sujeito ativo que comete homicídio com emprego de meio insidioso ou cruel ou que possa resultar perigo comum. Já

exemplo de tipo privilegiado pode ser observado no § 2º do art. 155 do mesmo diploma legal, no qual se abre possibilidade de punir com menor rigor o autor de crime de furto que afete com menor intensidade o patrimônio do sujeito passivo, tendo em vista o pequeno valor da coisa subtraída.

Por derradeiro, vale lembrar que as circunstâncias de tempo, lugar, meio e modo de execução podem ou não estar descritas no tipo. No art. 123 do CP, por exemplo, está expresso, como circunstância de tempo, que o crime pode ser praticado, tão somente, durante ou logo após o parto. Segundo FABIO AGNE FAYET, circunstância de lugar “é todo o espaço ocupado por uma coisa, ou que possa vir a sê-lo”; circunstância de tempo, “a duração, ou o período, ou o prazo, ou a época, ou o momento, ou a oportunidade em que se registram as coisas ou os fatos”; circunstância de meio de execução, “o instrumento de que se serve o agente para a prática da ação criminosa” e circunstância de modo de execução, “a maneira pela qual o sujeito ativo realiza o verbo nuclear, a forma de se realizar o tipo” (2011, p. 60-61).

Saliente-se que esses elementos objetivos são classificados, em regra, como descritivos ou normativos. Frise-se que tal classificação é reconhecida pela maioria dos penalistas, sendo certo que há autores que a ampliam, como FRAGOSO, que cuida de elementos descritivos-normativos (2006, p. 195), e PRADO, que trata de elementos normativos jurídicos e normativos empírico-culturais (2010, p. 329-330). A respeito dessas classificações, salutar o escólio de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO:

São objetivos todos aqueles elementos que devem ser alcançados pelo dolo do agente. Dividem-se em descritivos e normativos. Os primeiros – os descritivos – são os que exprimem juízos de realidade, isto é, fenômenos ou coisas apreensíveis diretamente pelo intérprete (exemplo: ‘matar’, ‘coisa’, ‘filho’, ‘mulher’ etc.). Os segundos – os normativos – são os constituídos por termos ou expressões que só adquirem sentido quando completados por um juízo de valor, pré-existent em outras normas jurídicas ou ético-sociais (exemplo: ‘coisa alheia’, ‘propriedade’, ‘funcionário público’, ‘mulher honesta’ etc.) ou emitido pelo próprio intérprete (exemplo: ‘dignidade’, ‘decoro’, ‘reputação’, etc.). (2010, p. 153-154)

Contemplados, em linhas gerais, os elementos objetivos do tipo comissivo doloso, falta examinar os elementos subjetivos.

2.1.3.2 Elementos subjetivos do tipo de delito comissivo doloso

O tipo subjetivo compreende as representações anímicas do agente no momento em que realiza a conduta típica. No caso dos delitos comissivos dolosos, pode-se falar em elemento subjetivo geral (dolo) e em elementos subjetivos especiais (especiais fins de agir, como ânimos e tendências).

O dolo pode ser entendido como “a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto” (BITENCOURT, 2010, p. 314). Em outras palavras, compreendido como “saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal” (SANTOS, 2010, p. 126).

Dessas definições percebe-se, em primeiro plano, que o tipo subjetivo e o tipo objetivo são reciprocamente dependentes (um não tem sentido sem o outro), razão pela qual analisá-los separadamente tem finalidade meramente didática. Em segundo lugar, verifica-se que dois elementos compõem o dolo: o saber (conhecimento dos elementos do tipo objetivo) e o querer (vontade de realizar o tipo objetivo), sendo que o primeiro é pressuposto do segundo.

O elemento cognitivo (saber) abarca apenas as circunstâncias de fato necessárias à perfectibilização da conduta típica. Em outros termos, compreende a “representação total do fato, tal como se apresenta na parte objetiva do tipo” (PRADO *apud* MAURACH, 2010, p. 333). Portanto, o dolo, enquanto elemento intelectual pressupõe que o agente conheça, ao realizar a conduta penalmente relevante, tanto os elementos descritivos quanto os normativos.

Aqui surge um problema para o intérprete, qual seja a forma de representação dos elementos normativos do tipo no momento de subsunção do

fato à norma, notadamente dos elementos normativos compreendidos a partir de conceitos jurídicos, estranhos ao leigo.

Quanto aos elementos descritivos, perceptíveis pelos sentidos, não há maiores problemas, pois eles devem ser interpretados na forma de sua existência natural. Por outro lado, com relação aos elementos normativos, existentes como conceitos jurídicos, a solução não é tão simples. Isso porque tais elementos devem ser entendidos pelo intérprete “conforme seu significado comum, segundo uma valoração paralela ao nível do leigo – e não no sentido da definição jurídica respectiva, porque, então, somente juristas seriam capazes de dolo” (SANTOS, 2010, p. 127).

Ainda no tocante ao elemento cognitivo, vale lembrar que ele não abrange a consciência da ilicitude, que pode ser potencial, diferente da consciência elementar do dolo, que deve ser efetiva. Com efeito, dolo não é saber que determinada conduta é um ilícito penal. Dolo é conhecer todas as peculiaridades dessa conduta, o que abrange seu objeto material e seus meios de execução, por exemplo. Outro não poderia ser o alcance do elemento cognitivo do dolo, tendo em vista que o finalismo, abraçado pelo ordenamento jurídico-penal pátrio, deslocou a consciência da ilicitude para a culpabilidade, na qual, indiscutivelmente, deve ser considerado o juízo de reprovação feito pelo próprio agente sobre sua conduta.

De outra banda, o elemento volitivo (querer) se materializa na ação, no resultado e no nexos causal, pois “a vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal” (BITENCOURT, 2010, p. 317). Assim, apenas pode interessar ao direito penal o curso causal no qual o agente tem ingerência, ou seja, no qual o agente pode direcionar sua ação para atingir certo resultado e lesionar determinado bem jurídico.

Percebe-se dessas considerações que o elemento volitivo do dolo aproxima o tipo penal da ação finalista. Enquanto, no âmbito do tipo, o dolo direciona a conduta para a realização do tipo objetivo, no âmbito da ação, a finalidade encaminha a conduta para a realização do resultado. Daí falar que “todo dolo de tipo é uma vontade finalista da ação, mas nem toda finalidade é um

dolo de tipo” (BITENCOURT *apud* WELZEL, 2010, p. 334) e concluir que o dolo é uma representação típica da finalidade.

A respeito desse elemento de vontade no dolo, arremata FRAGOSO:

A vontade de realização da conduta típica compreende aquilo que o agente pretende alcançar como objetivo de sua ação; o meio e o resultado necessário para alcançar esse objetivo bem como o resultado possível que assumiu o risco de produzir. (2006, p. 211)

Apresentado o dolo, elemento subjetivo geral, no que interessa a esta monografia, importa tratar brevemente dos elementos subjetivos especiais, com destaque para as tendências intensificadas, que, segundo a doutrina, informam o delito de estupro.

Os elementos subjetivos especiais são requisitos subjetivos distintos do dolo. Tais elementos complementam o dolo na caracterização da conduta típica “pelo fato de a intenção do sujeito ativo, no momento da prática do delito, extrapolar (ir além) os limites de seu âmbito objetivo” (PRADO, 2010, p. 339). Assim, esses elementos devem impregnar o psiquismo do agente e, juntamente com o dolo, orientar finalisticamente a ação.

Entre essas características psíquicas complementares diferentes do dolo estão as denominadas tendências intensificadas, que identificam o delito pela existência de determinados ânimos psíquicos, inclusive inconscientes, que intensificam o caráter lesivo da conduta típica. Assim, nos chamados crimes de tendência não se exige que o agente persiga um resultado ulterior ao previsto no tipo (no furto, a intenção de apropriar-se da coisa subtraída, por exemplo), “senão que o autor confira à ação típica um sentido (ou tendência) subjetivo não expresso no tipo, mas deduzível da natureza do delito” (BITENCOURT, 2010, p. 323).

Exemplos dessa espécie de infração penal são os crimes contra a honra, nos quais a tendência intensificada encontra-se no propósito de ofender (arts. 138, 139 e 140 do CP). Outros exemplos encontram-se nos crimes sexuais, conforme destaca JUAREZ CIRINO DOS SANTOS:

Nos crimes sexuais, a tendência voluptuosa adere à ação típica, atribuindo o caráter sexual ao comportamento do autor, cuja ação aparece carregada de libido. A presença dessas características psíquicas especiais decide sobre a definição jurídica de ações objetivamente idênticas: agarrar violentamente os seios de uma mulher no elevador pode constituir crime sexual (se com tendência lasciva), crime de injúria (se com intenção de ofender a honra) ou crime de lesões corporais (se com dolo de ferir). (2010, p. 154)

Não obstante a presença recorrente dessa categoria de elemento subjetivo (tendência intensificada) nos compêndios jurídicos, sua relevância dogmática é discutível, seja porque não é imediata a constatação nas hipóteses exemplificadas de “algo que caracterize ou possa ser identificado com uma tendência do sujeito ativo, representado pelo fim especial de ofender” ou de satisfazer a lascívia, seja porque identificar, nesses casos, delitos de tendência “não acresce nem diminui absolutamente nada em termos dogmáticos, mormente para um direito penal da culpabilidade que repele fundamentos ou injunções identificados com o direito penal do autor” (BITENCOURT, 2010, p. 323).

Os elementos objetivos e subjetivos acima apresentados e genericamente considerados devem ser analisados casuisticamente, isto é, de forma singularizada em cada tipo penal da parte especial, o que será feito neste trabalho para o delito de estupro.

2.2. Ação típica no delito de estupro

Conforme destacado, nos crimes comissivos, entre os quais se insere o delito de estupro, o tipo objetivo é composto de ação, nexos causal, resultado, bem jurídico, objeto material, sujeito ativo, sujeito passivo, circunstâncias de tempo, lugar, meio e modo de execução. Já o tipo subjetivo é formado pelo dolo e pelos especiais fins de agir.

O tipo examinado, do art. 213 do CP, tem a seguinte redação: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

2.2.1 Ação penalmente relevante - *constranger*

Inicialmente, para compreender a conduta penalmente relevante no crime de estupro, vale retomar os apontamentos feitos com relação às teorias causal e final da ação.

A ação a ser analisada, de saída, deve ser voluntária, isto é, não pode ser movida por irresistível coação física ou moral. Se não for assim, torna-se impossível imputar o delito de estupro ao agente que executa (diretamente) atos libidinosos contra a vítima constrangida, o que não se adéqua aos objetivos propostos neste trabalho.

Apenas a voluntariedade, no entanto, não é suficiente, pois atos voluntários podem não ser controlados pela vontade do agente, que deve estar presente no caso concreto por ser elemento indispensável à valoração penal de qualquer ação típica. Em outras palavras, para se valorar penalmente qualquer conduta típica deve-se agregar aos atos voluntários praticados pelo autor do crime um fator final que os norteie à consecução de um objetivo ilícito.

Compreender a ação humana como simples ato voluntário é confundi-la com meros movimentos corporais ou inervações musculares, que remetem à vetusta teoria causal, descompassada com a dogmática penal contemporânea e insuficiente para alcançar a complexidade que a figura típica do estupro pode adquirir, como na hipótese fática problematizada nesta monografia.

Portanto, além de voluntária, essa conduta deve ser planejada em direção à satisfação dos desejos sexuais do agente, em outros termos, à satisfação da lascívia do sujeito ativo. Isso quer dizer, por um lado, que a ação deve ser conduzida a um fim, que é indispensável para que a sequência de atos de

violência, grave ameaça e libidinagem praticados pelo agente seja integrada na unidade psicossomática da conduta típica. Quer mostrar, por outro lado, que essa finalidade deve ser dirigida por processos causais conscientes, isto é, por atos planejados pelo agente e direcionados para a realização do fim inicialmente proposto, motivo pelo qual o autor do estupro deve, desde o momento em que constrange a vítima até o instante em que consuma o primeiro ato libidinoso, ter consciência de seus movimentos e poder se determinar para executá-los de forma livre.

Presentes esses requisitos, tidos como pressupostos do caso hipotético delimitado neste trabalho, as representações subjetivas do autor se desdobram em uma ação com significado social, isto é, com relevância não limitada à relação coagido/coator. Daí ressaí sua importância para o direito penal, cuja existência e cujo alcance podem ser encontrados apenas com a análise do tipo.

Dentro da estrutura típica do art. 213 da codificação penal, a ação encontra-se representada no verbo núcleo do tipo *constranger*, o qual significa forçar, compelir, obrigar, subjugar a vítima ao ato sexual. Nas palavras de NUCCI, “constranger significa tolher a liberdade, implicando na obtenção forçada de conjunção carnal ou outro ato libidinoso” (2010, p. 49).

A partir da análise do verbo *constranger*, ROGÉRIO GRECO ressalta que o estupro não passa de uma modalidade especial de constrangimento ilegal, com o qual se diferencia, tão somente, pelo fim específico do agente, de obter sucesso na prática de determinados atos libidinosos (2012, p. 644). O mesmo destaque é feito por GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2010, p. 46).

O constrangimento ilegal encontra-se tipificado no art. 146 do CP, nos seguintes termos: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

Ao tratar do constrangimento ilegal, LUIZ REGIS PRADO assinala:

O núcleo da descrição típica reside no constrangimento, que violenta a vontade alheia e submete o coato ao querer do coator, já que aquele tem

tolhida ou cerceada sua capacidade de resolver, de decidir e de manifestar essa resolução de vontade no mundo exterior.

[...]

Consuma-se o constrangimento ilegal com a efetiva realização, pelo coagido, da conduta visada pelo agente. É preciso que a vítima inicie a execução da conduta imposta pelo coator (delito de resultado). Agregue-se, porém, que, embora o comportamento desejado seja parcial, e não integralmente realizado pela vítima, tem-se como consumado o delito. (2011, p. 311 e 314)

Para o penalista citado, portanto, o cerceamento da vontade ou da capacidade de livre manifestação da vítima dá início ao constrangimento ilegal, que cessa com a liberação da pessoa ofendida, isto é, com o fim do cerceamento de sua vontade.

O mesmo raciocínio pode ser usado para o delito de estupro. Disso resulta que os atos de execução do crime sexual têm início com o cerceamento da liberdade da vítima; que o primeiro ato consumativo consubstancia-se com a prática de qualquer dos atos libidinosos punidos pela norma e que a prática do delito somente chega ao fim com a liberação da vítima, mais especificamente quando ela não mais se vê obrigada a realizar os desejos sexuais do agressor.

Dessa forma, a ação de constranger tem início com o fim da liberdade da vítima e término com o restabelecimento da liberdade sexual dessa mesma pessoa. Nesse sentido, pode-se dizer que a situação de constrangimento delimita o contexto fático em que o crime ocorre. Isso significa que a uma situação de constrangimento corresponde uma gama de atos ilícitos praticados em sequência ininterrupta e integrados na unidade psicossomática da ação punível promovida pelo agente. Assim, a ação de constranger não tem seus marcos inicial e final em cada ato libidinoso, mas em cada complexo de atos delimitados entre a privação e a liberação sexual da vítima.

2.2.2 Nexa de causalidade e resultado material

Com relação ao nexa causal, essa ação (constranger) alcança, por meio de uma relação de causalidade penalmente relevante, consubstanciada nos movimentos corporais do agente realizados com o fim de praticar com a vítima atos libidinosos quaisquer, um resultado, que se divide, conforme visto, em material e jurídico.

O resultado material concretiza-se com a penetração ou com alguma conduta libidinoso a ela equiparada em gravidade, pois, sendo o estupro uma espécie de constrangimento ilegal, a consumação ocorre com o início da realização, pela pessoa coagida, dos atos visados pelo indivíduo coator. No caso desse crime sexual, portanto, o resultado material confunde-se com a prática de qualquer ato libidinoso grave, que representa o modo como essa espécie de constrangimento ilegal pode ser executada. De acordo com ZAFFARONI e PIERANGELI, no que tange ao delito sexual focado “não se pode separar o resultado da ação” (2001, p. 471).

2.2.3 Resultado jurídico como violação à dignidade e à liberdade sexual

O resultado jurídico, por outro lado, materializa-se na lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma violada, entendidos como valores ao mesmo tempo relevantes para o indivíduo que os titulariza e para a sociedade. Os bens jurídicos atingidos pela infração penal enfocada são, segundo NUCCI, a dignidade, a honra, a liberdade, a integridade física, a saúde e, em último grau, a vida da vítima (2010, p. 45-46). Entre esses bens jurídicos, de acordo com o mesmo autor, destacam-se no âmbito de proteção do art. 213, do CP, a dignidade e a liberdade sexual.

O Título VI do CP trata da tutela da dignidade sexual, que tomou posição central, em substituição aos costumes, no âmbito de proteção das normas penais que tipificam os crimes sexuais.

Essa substituição, dos costumes pela dignidade, representou, na opinião da maior parte dos penalistas, grande avanço, pois evidenciou que o direito penal não deve prender-se a critérios moralistas. Inclusive, ZAFFARONI e PIERANGELI, em obra doutrinária anterior à alteração legislativa aqui discutida, já afirmavam que os costumes não podem ser considerados bens jurídicos, pois “a moral é questão eminentemente individual e o direito não pode ir além do que possibilitá-la, mas de modo algum tratar de impô-la, o que, por outro lado, seria irrealizável” (2001, p. 466).

Somente no sentido de sentimento de pudor a moral pode ser compreendida como bem jurídico, “na medida em que o sujeito passivo experimente este sentimento e não tenha consentimento na ofensa” (2001, p. 466). Um exemplo ajuda a entender melhor essa compreensão:

Se uma pessoa convida seus vizinhos adultos a assistirem-no mantendo relações sexuais com sua mulher, e estes de bom grado aceitam o convite, não comete ela com isto qualquer delito, porque não afeta bem jurídico algum. Inversamente, se mantém relações sexuais com a janela aberta para a rua, com o intuito de que um terceiro involuntariamente o veja, comete delito, porque pode afetar o sentimento de pudor do transeunte desprevenido que presencia, ou vê o espetáculo. De nada importa que a relação em si enquadre-se em tal ou qual norma ética. (2001, p. 465)

Ante essas considerações, pode-se defender que a proteção dos costumes sexuais supostamente aceitos pela maioria das pessoas encontra-se dissociada da realidade, pois a sociedade contemporânea, caracterizada pela diversidade, não admite preconceitos de outrora quanto à autodeterminação sexual de seus integrantes, que têm liberdade para dispor de sua sexualidade da forma que entenderem melhor. Disso decorre a impossibilidade de se diferenciar a conjunção carnal, entendida como coito vaginal, de atos libidinosos igualmente graves, como a penetração anal e oral.

Conforme defendido em muitas das obras doutrinárias examinadas no primeiro capítulo desta monografia, a situação era diversa no contexto anterior, notadamente quando prevaleciam conceitos como os de mulher virgem e honesta, pois era possível diferenciar a gravidade da conjunção carnal, então tipificada como estupro, da gravidade dos demais atos libidinosos, então tipificados como atentado violento ao pudor, com fundamento em política criminal respaldada na moral pública ou nos costumes socialmente dominantes.

Destarte, se a tutela penal dos crimes sexuais, após as mudanças inauguradas pela Lei nº 12.015/2009, se destina à proteção da dignidade e não dos costumes, não há mais que se falar em tipificação diferenciada para qualquer ato libidinoso grave praticado mediante violência ou grave ameaça.

Além disso, no cenário contemporâneo, caracterizado pela diversidade e pela tolerância, a dignidade sexual ocupa importante papel na formação da personalidade dos indivíduos e associa-se à liberdade, à respeitabilidade, à autoestima, à intimidade e à vida privada.

Daí, a tutela penal, para possibilitar o bom desenvolvimento da personalidade, destina-se à inibição e à punição de práticas sexuais não consentidas. A norma penal proíbe, portanto, apenas a conduta sexual praticada mediante constrangimento, por tolher a liberdade de escolha da vítima, invadindo sua privacidade, reduzindo sua autoestima, afrontando sua respeitabilidade e destruindo sua vida privada. “O ponto específico de tutela penal, enfim, é a coerção não consentida para o ato sexual” (NUCCI, 2010, p. 42).

Assim, no âmbito da dignidade, sobressai a liberdade sexual, que confere ao indivíduo capacidade de autodeterminação sexual, garantindo-lhe os meios necessários à plena realização dessa liberdade, que, segundo CARMONA SALGADO, significa:

A capacidade do sujeito “de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, ou seja, a capacidade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante à relação em si, como no concernente à escolha de seu parceiro, [...] na capacidade de se negar a executar ou a tolerar a realização por parte de outro de atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo-se, pois, ao

constrangimento de que é objeto exercido pelo agente”. (PRADO *apud*, 2011, p. 800)

Aqui, ganha amparo a ideia, acima proposta, de delimitar o início e o fim da ação constrangedora na redução da liberdade da vítima. Se o início do constrangimento é marcado pelo fim da liberdade da vítima e se o fim do constrangimento é balizado pela retomada dessa liberdade, parece lógico que a liberdade é retirada da vítima uma única vez. Então, pode-se dizer que há uma única lesão ao bem jurídico liberdade sexual, que pode ser mais ou menos intensa, a depender da quantidade e da qualidade dos atos libidinosos praticados.

Conforme se observou para o delito de homicídio, as circunstâncias do crime podem qualificá-lo, por representarem lesão mais intensa ao bem jurídico. Assim, no âmbito do crime contra a vida, circunstâncias relacionadas à motivação (torpe ou fútil), ao modo de execução (emprego de veneno ou fogo) e ao meio de execução (emboscada ou dissimulação) alteram o patamar punitivo previsto pelo tipo básico (o intervalo de pena passa de seis a vinte anos para doze a trinta anos).

Para o delito de estupro a situação não é diferente, isto é, circunstâncias diversas também podem resultar em aumento da pena aplicada ao crime sexual, por consubstanciarem maior ofensa ao bem jurídico. Para essa espécie delitiva, no entanto, apenas uma circunstância, consistente na idade da vítima, encontra-se tipificada, especificamente na segunda parte do § 1º do art. 213 do CP, e altera (de seis a dez anos para oito a doze anos) as penas mínima e máxima cominadas pelo tipo básico.

Por outro lado, circunstâncias relacionadas aos meios (violência ou grave ameaça) e aos modos (conjunção carnal ou outros atos libidinosos) de execução também interferem na pena cominada ao crime sexual, contudo, incidem não como qualificadoras, mas como circunstâncias judiciais, e restringem-se à pena máxima fixada no caput do já mencionado art. 213. Tais circunstâncias, portanto, afetam em grau mais elevado o bem jurídico liberdade sexual e devem ser

valoradas pelo magistrado, durante a dosimetria da pena, que deve ser individualizada segundo os critérios do art. 59 do estatuto repressivo.

2.2.4 Objeto material, sujeito ativo e sujeito passivo - *alguém*

Saliente-se que cada ato de violência física, grave ameaça e libidinagem altera o grau de afetação dos bens jurídicos tutelados pelo art. 213 do CP, em especial da dignidade e da liberdade sexual, não só porque representam maior intromissão na liberdade de escolha e na privacidade da vítima ou maiores prejuízos à sua autoestima e respeitabilidade, mas também porque resultam em maiores danos ao seu corpo, objeto material desse crime sexual.

No caso do delito de estupro, o objeto material se confunde com o sujeito passivo, qual seja a pessoa que sofre o constrangimento, que pode ser de qualquer sexo (FAYET, 2011, p. 60). Igualmente, pode ser tanto homem quanto mulher o sujeito ativo. A esse respeito, NUCCI destaca que “o delito admite o cometimento do homem contra a mulher; do homem contra o homem; da mulher contra o homem; da mulher contra a mulher” (2010, p. 53).

2.2.5 Modos de execução – *ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso*

Além de admitir a diversidade de gênero nos polos ativo e passivo, a nova redação do delito de estupro acolhe a heterogeneidade de formas ou modos de execução, que, a depender das peculiaridades do caso concreto pode resultar em crime único com exasperação da pena-base ou em concurso de crimes, na modalidade crime continuado.

Assim, o delito pode ser executado com a realização de qualquer ato libidinoso cuja gravidade seja equiparada à da conjunção carnal, elemento

normativo do tipo entendido pela doutrina como penetração do pênis na vagina (GRECO, 2012, p. 213). Isso porque o elemento normativo *conjunção carnal* nada mais é que espécie do gênero ato libidinoso e possui função exemplificativa no tipo penal, o que limita ao juízo de tipicidade do estupro somente atos realmente graves (PELUSO, 2009).

Inviável, portanto, defender a maior gravidade intrínseca deste ou daquele ato libidinoso, pois a intensidade lesiva de cada prática sexual não consentida depende da análise do caso concreto. Pode ser que ao masturbar a vítima o autor do estupro lacere o órgão genital da pessoa constrangida. Assim como pode ser que ao consumir um coito anal o agente penetre seu órgão genital apenas uma vez no ânus da vítima. Outrossim, pode ser que, ao consumir uma conjunção carnal, o agente use ou não preservativo, engravidando ou não, infectando com doença venérea ou não a pessoa ofendida.

Sendo assim, não se pode falar, como pretendem VICENTE GRECO FILHO, ALESSANDRA GRECO e JOÃO RASSI, que os atos libidinosos tipificados pelo art. 213 do CP são infungíveis em razão dos diferentes níveis de gravidade que possuem enquanto estruturas abstratas. Isso porque eventual juízo de fungibilidade entre esses atos, tendo como parâmetro a gravidade, pode ser realizado apenas à luz do caso concreto. Logo, entender que o próprio tipo penal prevê atos infungíveis, com base em uma escala de gravidade entre os diversos atos libidinosos abstratamente previstos, significa exceder não só os limites da norma incriminadora, mas também o seu escopo, alinhado à tutela da dignidade e da liberdade sexual e estranho a quaisquer preconceitos de cunho moral, que parecem nortear a distinção feita pelos autores citados.

2.2.6 Meios de execução – *mediante violência ou grave ameaça*

Os meios pelos quais o autor do estupro pode realizar o crime, diferente dos modos de execução, não foram alterados. São ainda a violência e a grave ameaça, ambas necessárias para vencer a resistência da vítima (GOMES;

CUNHA; MAZZUOLI, 2009, p. 38). A primeira entendida como violência física e a segunda como violência moral, que pode ser exercida por meio de “ameaça de morte, de lesão corporal grave, de significativo prejuízo econômico, de revelação de conduta desonrosa” (PRADO, 2011, p. 313).

2.2.7 Circunstâncias de tempo e lugar

As circunstâncias de tempo e de lugar contextualizam o fato no tempo e no espaço. No dispositivo legal examinado não estão expressamente previstas. Por isso, para delimitá-las deve-se recorrer às peculiaridades do caso concreto, que permitirá definir o espaço físico e o intervalo temporal no qual se desenvolve a conduta punível.

2.2.8 Dolo e especial fim de agir

No que tange aos componentes subjetivos do tipo, o dolo, como fator final que unifica os atos do agente em direção a determinado objetivo, pode ser entendido, no estupro, como o elemento que dirige a conduta do sujeito ativo, conhecedor das circunstâncias fáticas envolvidas em seu plano de ação, ao constrangimento da vítima e à prática ativa ou passiva de atos libidinosos, tendo como finalidade a satisfação de sua lascívia.

Com relação aos elementos normativos do tipo, que se inserem entre as circunstâncias fáticas previstas no plano de ação do autor do crime de estupro, a ressalva, feita anteriormente, com relação à valoração desses elementos ao nível do leigo para a adequada subsunção do fato à norma deve ser aqui retomada.

No crime sexual examinado, são elementos normativos as expressões *conjunção carnal* e *outros atos libidinosos*, que, ao nível do leigo, devem ser consideradas fungíveis, isto é, não podem ser diferenciadas quanto à sua

natureza ou gravidade, o que já foi ressaltado na parte em que se analisou tais atos como modos de execução do crime de estupro.

O leigo aqui representa a pluralidade das pessoas submetidas à aplicação da norma penal enfocada, materializado na redação do tipo pela expressão *alguém*, o que impede qualificar, de forma absoluta, qualquer dos atos libidinosos subsumíveis ao dispositivo legal de acordo com sua gravidade. Isso porque um dos escopos da Lei nº 12.105/2009 foi justamente extirpar qualquer preconceito moral do âmbito dos delitos sexuais, tendo em vista que a sociedade contemporânea, que tem na liberdade sexual uma de suas características fundamentais, não admite falar que um ato sexual é, em absoluto, mais ou menos grave que outro. Exemplificando, enquanto o sexo oral é percebido como tabu por muitas pessoas, a penetração vaginal é vista por outras muitas como um ato mais invasivo à intimidade, que exige maior confiança para sua prática que a necessária à realização do sexo oral.

Além disso, se o leigo considerado no delito de estupro é o sujeito ativo, que age com total egoísmo e desprezo com relação à liberdade sexual da pessoa ofendida, pois o que lhe interessa é apenas satisfazer-se sexualmente, não é razoável dizer que ele (agente) faça algum juízo diferente quanto à gravidade desse ou daquele ato libidinoso.

Dessa forma, definir que determinado ato libidinoso é mais ou menos grave que a conjunção carnal, é desconsiderar o significado plural de repugnância moral que esses atos podem ter ao nível do leigo e, por conseguinte, tornar a realização do tipo penal do estupro possível apenas aos juristas, que, ao serem os únicos conhecedores do significado interpretado dos elementos normativos do crime de estupro, seriam os únicos capazes de dolo.

Por último, importa destacar que ao dolo se adere o especial fim de agir, que é a tendência voluptuosa no caso do crime de estupro, a qual atribui caráter sexual ao comportamento do autor, cuja ação aparece carregada de libido.

Todavia, a classificação do estupro como crime de tendência não tem relevância para a solução do problema prático proposto no presente trabalho. Isso

porque o caso hipotético para o qual se busca uma solução tem como pressuposto a tendência lasciva do agente, o que torna irrelevante perquirir o seu ânimo específico ao praticar os atos libidinosos previstos nessa hipótese fática. Assim, no que tange os elementos subjetivos, apenas o dolo tem pertinência para os objetivos deste trabalho.

2.3 Ação típica na hipótese fática delimitada

O problema prático para o qual se busca uma solução, entre punir o agente por um ou por vários crimes de estupro, foi delimitado na introdução nos seguintes termos: *uma mesma vítima, em um mesmo contexto fático, é constrangida, mediante violência e grave ameaça, por um mesmo agente, a praticar conjunção carnal e outros atos libidinosos de intensa gravidade.*

Um exemplo mais concreto ajuda a perceber melhor esse caso hipotético: *O sujeito ativo, após abordar o sujeito passivo em via pública, em local com pouca iluminação, o obriga, por meio de ameaça exercida com arma de fogo e violência consistente em agressões físicas, a consumir inúmeros atos libidinosos de penetração, dentro do lapso de duas horas, no interior de um prédio abandonado e, depois de satisfazer seu desejo sexual, liberta o sujeito passivo.*

Nessa hipótese, na qual um único sujeito ativo, de forma sequenciada, mediante inúmeros atos violentos e ameaçadores, tolhe a liberdade de um único sujeito passivo, para com ele praticar diversos atos libidinosos, necessários e suficientes para satisfazer sua lascívia, pode-se dizer, prontamente, que há unidade de ação, de bem jurídico, de sujeito ativo, de sujeito passivo, de objeto material, de circunstância de tempo, de circunstância de lugar e de elemento subjetivo.

Com efeito, a ação de constranger se inicia quando o sujeito passivo é abordado (em via pública) pelo sujeito ativo e só termina quando o primeiro não mais se vê obrigado a satisfazer os desejos sexuais do segundo. Nesse intervalo, durante o tempo em que o sujeito passivo encontra-se subjugado pelo sujeito ativo, isto é, sem capacidade de manifestar livremente sua própria vontade sexual

no mundo exterior, prolonga-se a situação de constrangimento. Dessa forma, a capacidade de autodeterminação sexual do sujeito passivo encontra-se ininterruptamente cerceada, o que configura uma única conduta constrangedora.

Com a execução dessa conduta constrangedora, o sujeito ativo consoma, por meio de atos ameaçadores, violentos e libidinosos, que formam a causalidade penalmente relevante do delito de estupro, diversas penetrações, que compõem o resultado material desse crime sexual. Ao proceder dessa forma, o sujeito ativo atinge diversos bens jurídicos titularizados pelo sujeito passivo, como a dignidade, a honra, a liberdade, a integridade física, a saúde e, eventualmente, a vida. Conforme visto na seção anterior, neste rol ganham destaque a dignidade e a liberdade sexuais.

Ao serem praticados nas circunstâncias acima previstas, não há dúvidas que tais atos de penetração lesam a dignidade sexual do sujeito passivo, pois reduzem sua liberdade, sua respeitabilidade, sua autoestima e sua intimidade, abalando sua personalidade e sua vida privada. Da mesma forma, é inequívoco que, desde a substituição dos costumes pela dignidade no âmbito de tutela penal do art. 213 da codificação criminal, a maior variedade de atos de penetração intensifica a lesão ao bem jurídico dignidade sexual, mas não a diversifica.

Caso a norma penal discutida fosse ainda direcionada à tutela dos costumes, seria defensável a existência de ofensa diferenciada entre a conjunção carnal e os outros atos libidinosos, tendo em vista a posição central que aquele ato sexual ocupava no âmbito da moral pública. Todavia, a partir do momento em que a tutela penal sexual passa a se dedicar à proteção da dignidade, no contexto de uma sociedade plural e tolerante, não há espaço para defender que a consumação não consentida da conjunção carnal é mais importante para a coletividade ou que ela atinge em maior grau a dignidade sexual da vítima que a dos demais atos libidinosos.

Assim, se não há diferença entre as gravidades abstratas dos atos libidinosos tipificados como estupro e se o foco da tutela penal não está no ato em si, mas na coerção não consentida para sua prática, não se pode falar, na hipótese problematizada, em multiplicidade de ofensas à dignidade sexual do

sujeito passivo. Por outro lado, pode-se pensar em ofensa mais ou menos intensa, tendo em vista que a prática de uma única forma de penetração é menos danosa à personalidade desse sujeito que a consumação de diversas formas, que, inclusive, reduzem por maior tempo sua liberdade sexual.

Daí já se observa que a liberdade sexual também não é atingida mais de uma vez em razão da execução de diversos atos de penetração, mas por uma única vez por tempo mais prolongado. De fato, no contexto de constrangimento desenhado, tal bem jurídico é violado uma única vez, pois o sujeito passivo somente readquire o pleno gozo de sua liberdade sexual quando se vê livre para expressá-la da forma que bem entender, quando não mais tem que satisfazer o desejo lascivo do sujeito ativo.

Assim como é única a lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma do art. 213 do CP, são singulares o sujeito ativo e o sujeito passivo, o que, inclusive, é condição necessária para que exista unidade de lesão à dignidade e à liberdade sexual. Ademais, se há apenas um sujeito passivo, também há apenas um objeto material, qual seja o corpo do próprio sujeito passivo, sobre o qual recaem os diversos atos libidinosos de penetração.

A multiplicidade de modos de execução, caracterizada pela diversidade de atos libidinosos, não resulta, na hipótese exemplificada, em pluralidade de crimes sexuais. Isso porque o que delimita a quantidade de crimes é a ação típica (o todo) e não os atos que a compõem (as partes). Visto que o constrangimento é um só, bem como que o bem jurídico é violado uma única vez, não há como defender que a pluralidade de atos libidinosos resulta em pluralidade de crimes.

Entender que nos limites da hipótese fática desenhada há vários crimes de estupro, singularizados em cada ato libidinoso de penetração, é adotar uma noção naturalista de ação e desconsiderar os demais elementos constitutivos do tipo penal.

Se até mesmo o conceito final de ação isoladamente considerado, enquanto movimento corporal avalorado, mas direcionado a determinado fim, é insuficiente para dar resposta adequada à unidade ou pluralidade de crimes, o que se dirá do conceito meramente causal, caracterizado por simples movimentos corporais, cuja concretização prescinde do fim buscado pelo agente.

Assim, no exemplo dado, a multiplicidade de atos de execução não se desdobra em pluralidade de crimes, pois não caracteriza isoladamente a ação típica. Pelo contrário, apenas a complementa ou a integra.

O mesmo pode ser dito quanto à diversidade de meios de execução, que não proporciona maiores problemas para a definição do número de estupros, pois a grave ameaça pode ser seguida da violência, se isso for necessário para subjugar a vítima, sem resultar em pluralidade de delitos sexuais.

A variedade e a intensidade das agressões poderá, apenas, ensejar o aumento da pena em razão das circunstâncias, o que atrai a valoração dos critérios do art. 59 do CP, ou dos desdobramentos do crime, o que reclama a aplicação dos §§ 1º e 2º do art. 213, da mesma codificação, que qualificam o estupro pelos danos à integridade física e pela morte da vítima, respectivamente.

Diferentemente dos meios e modos de execução, as circunstâncias de tempo e lugar são únicas no caso hipotético delimitado, no qual a conjunção carnal e os outros atos libidinosos graves formam uma sequência espaço-temporal ininterrupta. Isso significa que a circunstância de tempo não se interrompe ao longo da consumação do crime e que a circunstância de lugar não se altera no decorrer da prática delitiva, o que representa desdobramento da existência de apenas uma ação de constrangimento movida por um único fim lascivo.

Com efeito, há no caso hipotético unidade de dolo, que, alinhada à singularidade de ação, abrange tanto o fim, consubstanciado na satisfação da lascívia, quanto os meios planejados pelo sujeito ativo, concretizados na utilização de arma de fogo, na realização de agressões físicas e na consumação de inúmeros atos libidinosos de penetração.

Esse fim (satisfação lasciva) é intrínseco ao delito de estupro, encontra-se presente em qualquer hipótese concreta subsumida a essa espécie delitiva e, em uma sequência contínua de atos sexuais, é atingido uma única vez, quando o sujeito ativo se satisfaz sexualmente, o que no exemplo dado antecede a libertação do sujeito passivo.

Nesse cenário, os atos libidinosos executados pelo sujeito ativo não passam de meios adequados para a consecução do fim perseguido e podem ser encontrados no plano desenhado pelo agente antes e durante o momento

consumativo. Portanto, inserem-se no conjunto dos elementos cognitivos do dolo, notadamente por estarem descritos no tipo objetivo, e compõem o processo causal previsto ou previsível pelo agente como necessário para o alcance do objetivo proposto. Nesse passo, o dolo unifica os diversos atos praticados pelo sujeito ativo em direção à satisfação de sua lascívia.

Ante todo o exposto, se a conduta típica deve ser entendida a partir da conjugação da ação e dos elementos constitutivos do tipo legal, é certo que no caso hipotético examinado, no qual todos os elementos do tipo penal indicam a existência de uma única ação típica, há um único crime de estupro.

A pena do autor do delito sexual consumado nessas circunstâncias, portanto, deve respeitar os parâmetros tipificados no preceito secundário do art. 213 do CP, pena mínima de seis anos e máxima de dez anos de reclusão. Além disso, a quantidade e a qualidade dos atos libidinosos praticados contra a vítima devem incidir sobre a pena-base, isto é, devem ser consideradas na primeira fase da dosimetria da pena, em conformidade com os critérios fixados pelo art. 59 do estatuto repressivo, assim como fez a ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA ao julgar o Habeas Corpus nº 63.384/SP.

Sendo este o único caminho adequado para aplicar a pena privativa de liberdade devida ao autor do crime de estupro praticado nas circunstâncias fáticas predefinidas neste trabalho, não há como discorrer sobre as possíveis consequências penais que resultariam da pluralidade delitiva, quais sejam o concurso material e o crime continuado, sem desenvolver outras categorias conceituais que, por si, exigiriam outra monografia.

CONCLUSÃO

Como visto, a pluralidade e a unidade de crimes deve ser analisada a partir do estudo da ação e do tipo penal, tendo em vista que a ação humana integrada pelos elementos do tipo compõe a estrutura da conduta típica, a qual é justamente o que se busca delimitar para definir, com segurança, se em determinada hipótese há unidade ou pluralidade delitiva, pressupondo-se que além de típica essa conduta seja antijurídica e culpável.

Dessa forma, tendo em vista que o estudo da ação típica é suficiente para definir a quantidade de crimes praticados em determinado caso concreto, torna-se prescindível perquirir se determinado dispositivo legal descreve um tipo misto cumulativo ou alternativo, uma vez que o objetivo dessa classificação também é delimitar a unidade ou pluralidade de infrações penais em determinada situação fática. Além disso, para se alcançar esse objetivo, a análise da conduta típica mostra-se mais segura que a classificação dos tipos penais em mistos cumulativos e alternativos.

Isso porque não há consenso, entre os penalistas brasileiros, quanto à terminologia e aos critérios de classificação dos tipos mistos, ao que parece, importados da doutrina estrangeira sem uniformidade e sem maiores cuidados, o que se observa das ressalvas feitas por TOURINHO FILHO.

Com relação à terminologia, predominam as nomenclaturas *tipo misto cumulativo* e *tipo misto alternativo*. Contudo, o primeiro termo sofre críticas de FRAGOSO e TUBENCHLAK, que o substituem por *tipo cumulado*. Por outro lado, GOMES inova e propõe a divisão entre *tipos mistos cumulativos unitários* e *tipos mistos cumulativos concursais*, respectivamente relacionados aos *tipos mistos alternativos* e aos *tipos mistos cumulativos*. Ainda, há outras terminologias, como a usada pelo ministro GILMAR MENDES, no *Habeas Corpus* nº 102.199/SP, no qual se referiu a *crime de conteúdo variado* ou de *ação múltipla* ao tratar do *tipo misto alternativo*.

Quanto aos critérios de classificação o cenário de inconsistências persiste. Conforme observado no primeiro capítulo, FRAGOSO e TUBENCHLAK discordam quanto à cumulatividade da primeira e da segunda parte do art. 180 do Código Penal. Por outro lado, GOMES e GRECO FILHO adotam critérios diferentes ao classificarem os tipos mistos. Enquanto o primeiro escora-se, principalmente, no desvalor do fato como parâmetro de classificação, o segundo fundamenta-se nos princípios usados para a solução do conflito aparente de normas, especialmente no princípio da consunção. Além disso, GRECO FILHO propõe que no caso do crime de estupro é possível tanto o tipo misto cumulativo quanto o tipo misto alternativo, a depender das peculiaridades do caso concreto.

Assim, depois de analisar as principais opiniões jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas à definição da unidade ou da pluralidade delitiva na hipótese do crime de estupro, mais especificamente no caso hipotético em que um mesmo sujeito passivo, em um mesmo contexto fático, é constrangido, por meio de violência e grave ameaça, a praticar com um único sujeito ativo diversos atos libidinosos graves, conclui-se pela inaplicabilidade dos tipos mistos cumulativos e alternativos para a solução desse problema prático.

Em decorrência disso, para definir a quantidade de crimes sexuais consumados na hipótese fática acima descrita, conforme destacado no começo dessa conclusão, faz-se necessário o estudo da conduta tipificada no art. 213 do Código Penal.

Saliente-se, por oportuno, que a conduta típica também foi objeto de análise dos textos doutrinários e jurisprudenciais dedicados especificamente ao problema enfocado neste trabalho, entre os quais se destacou o esforço desenvolvido por GOMES, para quem é necessário observar o crime de estupro não só a partir da ação, mas a partir do fato típico como um todo, que envolve uma ação, um sujeito ativo, um sujeito passivo, um resultado e vários outros elementos que compõem o tipo penal. Além disso, não só GOMES, mas também SANTOS e PRADO entendem que a conduta típica é a base para se explicar a unidade ou a pluralidade delitiva.

Nessa esteira, considerando que a conduta típica é composta de ação, nexos causal, resultado material e jurídico, sujeito ativo e passivo, objeto material, circunstâncias de meio, modo, lugar e tempo, dolo e especial fim de agir, importa lembrar que cada uma dessas categorias na hipótese fática delimitada admite a existência de uma única conduta típica, portanto, de um único crime de estupro.

Com efeito, a ação tipificada para o delito de estupro, ao ser cotejada com a ação prevista para o crime de constrangimento ilegal, da qual, em essência, não se diferencia, demonstra que, no contexto fático delimitado no caso hipotético problematizado neste trabalho, há apenas uma ação de constrangimento, tendo em vista que o cerceamento da vontade ou da capacidade de livre manifestação do sujeito passivo tem início com seu constrangimento ilegal a partir do primeiro ato de execução e término com o último ato libidinoso, isto é, com o fim do cerceamento da vontade sexual do sujeito passivo, do qual normalmente se segue sua liberação.

Aliado a esse cotejo entre constrangimento ilegal e estupro, os bens jurídicos dignidade e liberdade sexual também indicam um único crime, pois são violados uma única vez nas circunstâncias do caso hipotético, embora com maior ou menor intensidade, a depender da quantidade de atos libidinosos consumados pelo sujeito ativo. Nesse cenário, o início do constrangimento marca o momento em que a dignidade e a liberdade sexual da vítima correm risco de ser violadas, ao passo que o primeiro ato libidinoso grave marca o início da lesão a esses bens jurídicos, que somente chega ao fim no instante em que o sujeito passivo não mais se vê cerceado em sua autodeterminação sexual, o que se confunde com o fim de sua obrigação de realizar os desejos sexuais do sujeito ativo.

Dessas considerações nota-se que o dolo do sujeito ativo, elemento subjetivo do crime de estupro, também singulariza apenas um crime sexual, o qual tem início com o planejamento ou a projeção, pelo sujeito ativo, das circunstâncias de tempo, lugar, meio e modo de execução necessárias para constranger o sujeito passivo, e término com a consecução do fim lascivo buscado pelo sujeito ativo.

Nesse cenário de unidade de ação, de lesão aos bens jurídicos protegidos pela norma e de unidade de elemento subjetivo, a pluralidade de modos de execução não tem o condão de definir em cada ato libidinoso crimes autônomos. Com efeito, esses vários atos libidinosos consumados pelo mesmo sujeito ativo, contra o mesmo sujeito passivo, em determinadas circunstâncias de tempo e lugar encontram-se contextualizados pela ação constrangedora, pela lesão aos bens jurídicos tutelados e pelo fim lascivo buscado com o crime.

Além disso, com fundamento no estudo do elemento subjetivo e dos bens jurídicos tutelados pela criminalização do estupro, mostra-se impossível inserir esses atos libidinosos em uma escala abstrata de gravidade, em que uns são intrínsecamente mais graves que outros. Daí decorre a impossibilidade de considerá-los infungíveis, enquanto estruturas abstratas. Conseqüentemente, daí emerge a inviabilidade de sustentar que tais atos representam singularmente a forma mais grave da infração penal. Com isso, a prática de dois atos libidinosos graves diferentes (coito anal e vaginal, por exemplo) resulta em violação múltipla da norma do art. 213 do Código Penal, mas em violação mais intensa que o normal.

Ante todo o exposto e especialmente a partir da compreensão de que a conduta típica constitui-se da conjugação da ação e dos elementos do tipo legal, que, na hipótese fática da introdução, apontam a existência de uma única ação típica, conclui-se que há nessas circunstâncias um único crime de estupro e, portanto, uma única pena, limitada a dez anos de reclusão e condicionada aos critérios do art. 59 do Código Penal, cuja incidência deve levar em consideração a quantidade e a qualidade dos atos libidinosos praticados contra o sujeito passivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. **A nova figura do estupro**. Publicado em 14 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2009/a-nova-figura-do-estupro-juiz-fernando-brandini-barbagalo>. Acesso em: 24 de agosto de 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. Ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. (CP). Brasília: Senado, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 63.384/SP**, julgado em 6 de setembro de 2011. Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 22 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 78.667/SP**, julgado em 22 de junho de 2010. Rel. Min. LAURITA VAZ. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 21 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 104.724/MS**, julgado em 22 de junho de 2010. Rel. Min. Jorge MUSSI. Rel. designado Min. FÉLIX FISCHER. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 21 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 114.054/MT**, julgado em 5 de abril de 2010. Rel. Min. OG FERNANDES. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 22 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 139.334/DF**, julgado em 3 de maio de 2011. Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 21 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 144.870/DF**, julgado em 9 de fevereiro de 2010. Rel. Min. OG FERNANDES. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 22 de agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 178.051/SP**, julgado em 6 de setembro de 2011. Rel. Min. OG FERNANDES. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 22 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 99.165/SP**, julgado em 8 de setembro de 2009. Rel. Min. CEZAR PELUSO. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 22 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 102.199/SP**, julgado em 31 de agosto de 2010. Rel. Min. GILMAR MENDES. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 22 de agosto de 2012.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?** Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106 – 01 de julho de 2010. Acesso em: 27 de agosto de 2012.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. Ed. 2. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Rogério. **CP: comentado**. Ed. 6. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Uma interpretação de duvidosa dignidade**. Disponível em: http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf. Acesso em: 22 de agosto de 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **CP interpretado**. Ed. 7. São Paulo, Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. Ed. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____(coord.). **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)**. Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, Dez/2010, DTR/2010/923.

_____. **O estupro como crime único e a dignidade da pessoa humana**. Publicado em 2 de outubro de 2009. Disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estupro-como-crime-unico-e-a-dignidade-da-pessoa-humana/4779>. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **O crime de estupro e a Lei nº. 12.015/09: um debate desenfocado**. In Boletim IBCCRIM, ano 17, n. 203. São Paulo: IBCCRIM, out/2009, p. 02-03. Disponível em <http://www.adepolalagoas.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-e-lei-n%C2%BA-1201509-um-debate-desenfocado.html>. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. Ed. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249**. Ed. 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PUPO, Matheus Silveira. **O novo artigo 213 do CP, uma verdadeira novatio legis in mellius**. In Boletim IBCCRIM, ano 17, n. 205, São Paulo: IBCCRIM, dez/2009, p. 13-14. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/matheuspupo/2012/01/23/o-novo-artigo-213-do-codigo-penal-uma-verdadeira-novatio-legis-in-mellius/>. Acesso em 26 de agosto de 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Ed. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. Ed. 4. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. **Concurso material de estupro na Lei n.º 12.015/2009**. Elaborado em outubro de 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13658/concurso-material-de-estupro-na-lei-n-o-12-015-09>. Acesso em: 21 de agosto de 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. Ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Crimes Contra a liberdade sexual, em face da nova lei**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre: Magister, v. 6, n. 33, p. 78-84, dez./jan. 2010. Disponível em <http://piauihp.com.br/?p=72>. Acesso em 27 de agosto de 2012.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Ed. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.