



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Lígia Maria de Oliveira Nazar

**O NOVO CRIME DE ESTUPRO EM SEUS PRINCIPAIS
ASPECTOS PENAIIS**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2011



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

**O NOVO CRIME DE ESTUPRO EM SEUS PRINCIPAIS
ASPECTOS PENAIS**

Lígia Maria de Oliveira Nazar

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, na subárea de Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor *Dirceu de Mello*.

São Paulo

2011

NAZAR, Lígia Maria de Oliveira

O novo crime de estupro em seus principais aspectos penais (dissertação jurídica de conclusão de curso. Exigência para pós-graduação *stricto sensu* em Direito das Relações Sociais, subárea de Direito Penal).

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

São Paulo, 2011.

Banca examinadora:

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Dirceu de Mello, pela dedicação e grande contribuição com seus conhecimentos. Exemplo de devoção ao ensino e estudo do Direito e, sobretudo, exemplo de conduta.

À minha querida e amada família pelo carinho, compreensão e, principalmente, pela presença nas vitórias e adversidades durante essa jornada.

Ao meu namorado, companheiro de todos os momentos, por todo o amor e contribuição dedicados.

RESUMO

O novo crime de estupro em seus principais aspectos penais

Lígia Maria de Oliveira Nazar

A exemplo dos demais bens jurídicos tutelados em nosso ordenamento penal, a dignidade sexual, quando violada, reclama do Estado a perfeita aplicação da norma jurídica, valendo-se, para tanto, do que contempla o Código Penal no Título VI. Recentemente, o mencionado Título foi significativamente alterado pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Foi feita, pois, uma verdadeira reforma na disciplina legislativa dos crimes sexuais no Brasil. Houve a modificação da denominação do Título VI de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”; a revogação dos artigos 214 e 224, ambos do Código Penal; a fusão dos conceitos de atentado violento ao pudor e de estupro em apenas um dispositivo penal; a ampliação do polo passivo do crime de estupro; a criação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A); a inserção de um novo Capítulo (VII) prevendo causas de aumento de pena; bem como a mudança de redação de diversos artigos. O escopo do presente estudo é, partindo do contexto em que foram realizadas as mudanças, de uma análise histórica e da comparação com a disciplina legal de outros países, relatar e examinar os principais aspectos penais do novo crime de estupro, sem a pretensão de esgotá-los, posto que infundáveis as discussões que o circundam, quer na doutrina, quer na jurisprudência. A escolha do tema deveu-se, em parte, por sua exploração teórica menos frequente diante das modificações proporcionadas pela Lei nº 12.015/09, também contribuindo o desejo de realçar e oferecer algumas reflexões para a discussão dos tópicos selecionados para debate. Não obstante a meta principal do trabalho seja fazer uma releitura do que já se escreveu a respeito, incidentalmente a dissertação propõe a discussão dos aspectos positivos e negativos da reforma legislativa no tocante ao crime de estupro. Para este fim, foi realizada pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre os temas analisados. A conclusão desta dissertação não se reveste de caráter absoluto, refletindo apenas o estudo e a abordagem dos principais aspectos penais que norteiam a proteção da dignidade sexual no tocante ao crime de estupro em sua novel disposição.

(Palavras-chave: estupro, dignidade sexual, Lei nº 12.015/09)

ABSTRACT

New approaches to rape crime in Brazilian criminal law

Lígia Maria de Oliveira Nazar

Similarly to other legal goods treated in our criminal order, sexual dignity, when violated, demands the perfect application of the existing law, using the provisions which can be found in the Criminal Code, Title VI. Recently, the above mentioned Title has been significantly modified by the Law nº 12.015, published on the August 7, 2009. There has been a substantial change in the legislative discipline concerning the sexual felonies in Brazil. Title VI's previous denomination of "Sexual Felonies" has been changed to "Sexual Dignity Felonies"; articles 214 and 224, both from the Penal Code, have been revoked; the concepts of violent attempt against modesty and rape have been fused in one criminal device; there has been a magnifying of the passive pole related to the rape crime; there has been the creation of a new felony, which is the rape of people under vulnerable conditions (article 217-A); the insertion of a new Chapter (VII) foreseeing new situations which could demand the increase of the penalty; and many other articles have been written differently. Analyzing the context in which these changes took place as a starting point, this research aims, by means of historical analyses and comparison with other countries' legal discipline, to examine the main criminal aspects of the rape crime in the revised criminal code, without the pretension to exhaust the subject, for endless are the discussions about it, be in the doctrine, be in the jurisprudence. This theme was chosen given the rarity of theoretical analyses of the changes proposed by the Law nº 12.015/09 and the desire to contribute to reflections and discussions about this subject. Although the main objective of this study is to do another reading of what was written about before, incidentally the essay proposes to discuss the positives and negatives aspects of the legislative reform in the rape crime. To this purpose, research was performed on doctrinal and jurisprudential issues analyzed. The conclusion of this dissertation reflects only the research and the approach of the mains aspects that guide the protection of the sexual dignity concerning the felony of rape in its new disposition.

(Keywords: rape, sexual dignity, Law nº 12.015/09)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - HISTÓRICO	14
1.1. Panorama mundial.....	14
1.2. Panorama brasileiro.....	17
CAPÍTULO 2 - DIREITO COMPARADO	25
2.1. Direito Penal francês.....	25
2.2. Direito Penal espanhol.....	27
2.3. Direito Penal português.....	28
2.4. Direito Penal brasileiro.....	29
CAPÍTULO 3 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DO CRIME DE ESTUPRO	31
CAPÍTULO 4 - TIPO OBJETIVO	36
CAPÍTULO 5 - TIPO SUBJETIVO	49
CAPÍTULO 6 - CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	51
CAPÍTULO 7 - SUJEITOS DO CRIME	53
7.1. Sujeito ativo.....	53
7.2. Sujeito passivo.....	58
CAPÍTULO 8 - CONCURSO DE CRIMES	66
8.1. Estupro e estupro.....	66
8.2. Estupro e assédio sexual.....	80
8.3. Estupro e sequestro ou cárcere privado.....	82
8.4. Estupro e homicídio ou lesões corporais.....	84

CAPÍTULO 9 - FORMAS QUALIFICADAS.....	86
9.1. Qualificadora em razão da lesão corporal de natureza grave ou morte.....	86
9.2. Qualificadora em razão da idade da vítima.....	90
CAPÍTULO 10 - CAUSAS DE AUMENTO DE PENA.....	92
10.1. Causas de aumento de pena do artigo 226 do Código Penal.....	92
10.2. Causas de aumento de pena do artigo 234-A do Código Penal.....	94
CAPÍTULO 11 - VIOLÊNCIA PRESUMIDA E DIREITO INTERTEMPORAL.....	96
CAPÍTULO 12 - AÇÃO PENAL.....	103
12.1 A ação penal do estupro qualificado pelo resultado.....	107
12.2 Direito intertemporal.....	109
CAPÍTULO 13 - CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117
ANEXO (LEIS).....	124

INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade nestas últimas décadas acarretou novas e graves preocupações em relação à tutela de bens jurídicos pelo Estado. Assim, por exemplo, em vez de procurar proteger a virgindade das mulheres, como se fazia com o revogado crime de sedução, agora é preciso dar conta de outros desafios, como o combate à exploração sexual.

Com efeito, a exploração sexual é uma das maiores formas de violação de direitos humanos existentes na atualidade. No Brasil, tal prática movimentou vultosas somas de dinheiro e fez inúmeras vítimas, que têm suas vidas e sonhos destruídos, causando, inclusive, repercussão negativa no cenário mundial.

Ademais, pesquisas comprovam que a exploração sexual está intimamente ligada a outras mazelas da sociedade moderna, como a violência sexual, a violência doméstica, o consumo de álcool e de drogas ilícitas. As histórias de vida e o dia-a-dia de pessoas em situação de exploração sexual comercial apresentam uma série de violações de direito e, nesse cenário de vulnerabilidade e exposição a variados riscos, é quase inevitável o incremento de outras ilicitudes, como o estupro, a violência doméstica, o tráfico de entorpecentes.

Algumas redes de exploração sexual empregam substâncias que causam dependência física como estratégia para deixar as pessoas ainda mais vulneráveis e suscetíveis ao comércio sexual. Outra situação comum é o incentivo ao consumo de álcool e de drogas a fim de estimular a ida a casas de programas e aumentar o lucro desses estabelecimentos. Além disso, tendo em vista que o consumo de entorpecentes enfraquece a percepção e a sensibilidade, ele acaba sendo uma alternativa para a pessoa conseguir enfrentar aquela situação de exploração sexual.

Embora não exista um panorama global da relação entre a exploração sexual comercial e o uso de drogas, pesquisas desenvolvidas em diversas localidades apresentam evidências da gravidade desse problema. Um estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho no Chile em 2007 revelou que 57% das meninas e 41% dos meninos explorados

também consomem drogas¹. Tais números preocupam, mas são ainda mais críticos em outros países, como Bangladesh, onde cerca de 75% dos meninos explorados sexualmente fazem uso de alguma substância que promova dependência, de acordo com estudo produzido pela ECPAT Internacional sobre a exploração sexual infantil masculina no país².

No caso brasileiro, é possível encontrar situações semelhantes. Do universo de 328 crianças e adolescentes participantes de uma pesquisa realizada em 2007 na cidade turística de Fortaleza por órgãos governamentais do município e do estado, 73,2% dos entrevistados usam algum tipo de droga. E tão preocupante quanto o número de vítimas de exploração sexual que consomem drogas é o nível de toxicidade das substâncias às quais elas têm acesso. De acordo com a pesquisa em Fortaleza, 19,9% faz uso contínuo do crack. Em outra cidade do Nordeste brasileiro, Recife, esse número pode ser ainda maior. Um estudo desenvolvido em 2008 pela ONG Centro de Prevenção às Dependências, sob encomenda do Ministério do Turismo, constatou que 93% dos meninos e meninas nessa situação podem ter experimentado a substância³.

Diante desse panorama assustador, em 2004, por solicitação do então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, e como ação prioritária do governo, alguns ministérios passaram a atuar em favor da proteção e no enfrentamento da exploração sexual contra crianças e adolescentes.

Atendendo a esta solicitação, o Ministério do Turismo lançou, no final do mesmo ano, o Programa Turismo Sustentável e Infância (TSI), com os objetivos de prevenção e de enfrentamento da exploração sexual de crianças e adolescentes no turismo, possuindo como princípios o desenvolvimento sustentável, a responsabilidade social corporativa e os direitos da criança⁴.

¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Pesquisa sobre a exploração sexual de adolescentes no Chile. Disponível em: http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/est_demanda_esci_cl.pdf. Último acesso em 02/02/2011.

² END CHILD PROSTITUTION CHILD PORNOGRAPHY AND TRAFFICKING OF CHILDREN FOR SEXUAL PURPOSES (ECPAT). Informe da ECPAT sobre a exploração sexual de meninos em Bangladesh. Disponível em: http://www.humantrafficking.org/uploads/publications/Bangladesh_Part1.pdf. Último acesso em 02/02/2011.

³ DIOGENES, Gloria. *Os sete sentimentos capitais – Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes*. 1ª ed. São Paulo: Annablume. 2008, p. 51.

⁴ MINISTÉRIO DO TURISMO. Programa Turismo Sustentável e Infância. Disponível em: http://www.turismo.gov.br/turismo/programas_acoes/programa_sustentavel_infancia/atuacao.html. Último acesso em 02/02/2011.

Aliada a estas medidas, a gravidade da situação motivou a instauração, no Congresso Nacional, de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) com a finalidade de investigar as situações de violência e as redes de exploração sexual, sobretudo de crianças e adolescentes, nos diversos estados membros da federação. Essa CPMI encerrou oficialmente seus trabalhos em agosto de 2004 e trouxe à tona relatos assustadores, culminando na edição do Projeto de Lei nº 253/04, o qual após algumas alterações veio a se converter na Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.

A nova legislação surgiu com o intuito de atualizar e conferir tratamento normativo adequado às questões relacionadas aos crimes sexuais, visando, entre outros exemplos, acabar com a violência e a exploração sexuais.

Vale mencionar que os conceitos de “exploração sexual” e “violência sexual” não se confundem ainda que estejam intimamente correlacionados - ambos promovem a degradação do ser humano sob o aspecto da sexualidade. A última se dá quando ocorrem crimes sexuais, como o estupro, situação em que o sujeito passivo é violentado em sua liberdade de autodeterminação. A primeira, por sua vez, assemelha-se à prostituição⁵. Tal diferenciação foi, inclusive, a razão do veto ao artigo 234-C da Lei em análise, que dispunha que “para os fins deste Título, ocorre exploração sexual sempre que alguém é vítima dos crimes nele tipificados”.

A Lei nº 12.015/09 promoveu uma verdadeira reforma na disciplina legislativa dos crimes sexuais no Brasil. Houve modificação da denominação do Título VI, que passou de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”; revogação dos artigos 214 e 224, ambos do Código Penal; fusão dos conceitos de atentado violento ao pudor e estupro em apenas um dispositivo penal; ampliação do polo passivo do crime de estupro; criação do delito de estupro de vulnerável (artigo 217-A); inserção de um novo Capítulo (VII) prevendo causas de aumento de pena; mudança de redação de diversos artigos.

Enfim, verificou-se uma mudança significativa no Título VI do Código Penal, que cuida dos crimes contra a dignidade sexual da seguinte forma:

⁵ A expressão “exploração sexual” foi utilizada no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 244-A (“submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual”). O termo consubstancia elemento normativo do tipo penal que dá ensejo à chamada interpretação analógica, na qual é utilizado de um exemplo e, em seguida, uma fórmula genérica.

1. Capítulo I - Dos crimes contra a liberdade sexual (artigos 213 a 216-A)
2. Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável (artigos 217-A a 218-B);
3. Capítulo IV – Disposições gerais (artigos 225 a 226);
4. Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoa para o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual (artigos 227 a 231-A);
5. Capítulo VI – Do ultraje público ao pudor (artigos 233 a 234);
6. Capítulo VII – Disposições gerais (artigos 234-A a 234-B).

Não obstante a meta principal deste trabalho seja fazer uma releitura do que já se escreveu a respeito, a dissertação propõe, incidentalmente, a discussão dos aspectos positivos e negativos da reforma legislativa no tocante ao crime de estupro sem a pretensão de esgotar o tema, uma vez que infundáveis são as discussões que o circundam, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Para tanto, é relatado já nesta introdução o contexto em que a reforma ocorreu. Ademais, será elaborada uma breve digressão histórica sobre o tratamento normativo conferido à questão, no exterior e no Brasil, bem como se procederá a uma análise das legislações estrangeiras sobre o assunto.

A partir do contexto em que a reforma ocorreu, da digressão histórica, e também da comparação com a disciplina legal de outros países, serão analisados os principais aspectos penais da nova disposição do delito.

No último Capítulo, serão trazidas algumas reflexões sobre as alterações processadas, bem como sobre a importância do aplicador do Direito no trato com a matéria.

A conclusão desta dissertação não se reveste de caráter absoluto, refletindo apenas o estudo e abordagem dos principais aspectos penais que norteiam a proteção da dignidade sexual no tocante ao crime de estupro em sua novel disposição.

CAPÍTULO 1 - HISTÓRICO

1.1. Panorama mundial

A proteção à dignidade sexual não é tema novo, pois na Antiguidade diversos ordenamentos já previam a conduta do estupro - crime sempre severamente punido pelos povos antigos, com variadas sanções (conforme os usos, costumes, etnia, origem, histórico e valores de cada povo) para aquele que cometesse o delito. No panorama mundial, é possível destacar o Código de Hamurabi, a Legislação Mosaica, o Direito Canônico, a *Lex Julia de vi publica*.

O Código de Hamurabi é um dos mais antigos conjuntos de leis escritas já encontrado e um dos exemplos mais bem preservados deste tipo de documento da antiga Mesopotâmia. Segundo estimativas, foi elaborado pelo rei Hamurabi por volta de 1700 a.C. Foi encontrado por uma expedição francesa em 1901 na região da antiga Mesopotâmia em local correspondente à cidade de Susa, atual Irã. O objetivo deste Código era, juridicamente, garantir a unidade do reino, bem como uma cultura comum.

Este diploma expunha as normas e as respectivas sanções. A punição ou pena era diferente para cada classe social. As leis não toleravam desculpas ou explicações para erros ou falhas e, por isso, apesar de poucas pessoas saberem ler naquela época, o Código era exposto livremente, à vista de todos, de modo que ninguém pudesse alegar sua ignorância.

Do Código de Hamurabi foram traduzidos 281 artigos a respeito de relações de trabalho, família, propriedade e escravidão. Este diploma é conhecido por ser o primeiro corpo de leis de que se tem notícia, fundamentado no princípio da Lei de Talião, que estabelecia a equivalência da punição em relação ao crime. O termo talião é originado do latim e significa tal ou igual, daí a expressão "olho por olho, dente por dente".

O artigo 130 do Código Antigo estabelecia que “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido,

este homem deverá ser morto e a mulher irá livre”⁶. Constata-se, pois, a severidade da punição àquele que cometesse o crime.

Igualmente, diversas práticas sexuais eram objeto de regulação jurídico-penal por esta ordenação. Conforme destaca José Henrique Pierangeli⁷, a relação entre mãe e filho era punida com a morte pelo fogo (artigo157), e penas extremamente graves eram cominadas a outros comportamentos sexuais proibidos.

Observa-se, destarte, que a prática não consentida de atos libidinosos também era punida em tempos remotos, conquanto o conceito destes variasse entre os povos primitivos.

Verifica-se, ainda, que algumas partes da Lei Mosaica abordavam aspectos mais apurados de algumas seções do Código de Hamurabi, como a questão do estupro⁸.

Com efeito, na Legislação Mosaica, conforme explica Luiz Regis Prado⁹, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que tivesse encontrado na cidade, ambos eram apedrejados até a morte (pena de lapidação). Mas se o homem tivesse encontrado esta donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato usando de violência física, somente ele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem, o homem ficava obrigado a se casar com ela, sem jamais poder repudiá-la, e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 siclos de prata ao pai da moça.

⁶ PRADO, Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. v. 2. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.597.

⁷ *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. v.2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 471.

⁸ Devido a isso, alguns especialistas sugerem que os hebreus tenham derivado sua Lei do Código. Segundo os historiadores, a Lei Mosaica não apresenta nenhum elemento novo, sendo a maior parte de seu conteúdo adaptações e transcrições encontradas de documentos (códigos legislativos e morais) mais antigos, como aqueles utilizados pelos egípcios (excertos do Livro Egípcio dos Mortos), hindus (Código de Manu), babilônicos (Lei de Talião) e por outras civilizações (Código de Hamurabi). Segundo alguns críticos, a Legislação Mosaica foi estabelecida por Moisés, o qual, visando iniciar o processo civilizador da nação israelita, criou leis severas e rígidas com o objetivo de disciplinar e manter pelo temor o povo. Para dar autoridade às suas leis, atribuiu-lhes origem divina, assim como o fizeram todos os legisladores de povos primitivos; a autoridade do homem deveria se apoiar sobre a autoridade de Deus. (WIKIPEDIA. Informações disponíveis em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Mosaica. Último acesso em 02/02/2011). No entanto, o livro Documents from Old Testament Times (Documentos da época do Antigo Testamento, tradução livre) diz: “não existe fundamento algum para se assumir qualquer empréstimo pelos hebreus dos babilônios. Mesmo se os dois conjuntos de leis diferem pouco na prosa, eles diferem muito no espírito”. (WIKIPÉDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi. Último acesso em 02/02/2011).

⁹ *Op. cit.*, p.253.

O Direito Canônico, por sua vez, também previa o crime de estupro quando houvesse o emprego de violência e a ofendida fosse virgem; em mulher deflorada não ocorria esse delito. O cristianismo, ao declarar a castidade como uma das mais sublimes virtudes, instituindo o culto da Virgem Mãe, elevou a mulher, garantiu a honra feminina e moralizou os costumes públicos.

Outrossim, o Direito Penal Romano é de suma importância para que se entenda a evolução do Direito Penal, sendo a base para o estudo do Direito no mundo, como ensina Cezar Roberto Bitencourt¹⁰:

O Direito Romano oferece o ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Roma é tida como a síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o mundo moderno.

Com efeito, o *nomen juris* do atual crime de estupro deriva do termo do Direito Romano *stuprum*, que abrangia, em sentido lato, todos os atos sexuais, compreendendo até mesmo a pederastia e o adultério. Em sentido estrito, alcançava apenas o coito com mulher virgem ou não casada, mas honesta¹¹.

Os práticos classificavam o delito em *violentum* e *voluntarium*, podendo ser o último *proprium* (caso ocorresse a *defloratio*, isto é, o defloramento) e *improprium* (na hipótese de não ocorrer tal resultado). Denominavam-se *stuprum qualificatum* as cópulas carnavais precedidas de violência, fraude e sedução¹². O *stuprum violentum* era considerado crime vil, reprimido pela *Lex Julia de vi publica* com pena de morte¹³.

Observa-se, destarte, a severidade das penas atribuídas aos infratores, bem como a desigualdade das punições.

Sob o influxo do Iluminismo do século XVIII, que orientava a evolução da humanidade, contrapondo-se ao Absolutismo, e preparando o espírito dos indivíduos para a eclosão da Revolução Francesa, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, de forma

¹⁰ *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.61.

¹¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 106.

¹² MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 07.

¹³ Digesto 48, 6, fr.5, §2 *apud* PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. v. 2. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.597.

impressionante para a época contribuiu, com sua obra *Dei Delitti e Delle Pene* (“Dos Delitos e das Penas”), publicada em Milão, no ano de 1764 e baseada na obra “Contrato Social” de Rousseau, para o processo de humanização das penas, indicando uma finalidade reformadora para elas. Ele defendeu que a sanção devia ser utilizada como profilaxia social, para recuperar o delinquente e não somente intimidar o cidadão. Outrossim, sustentou a proporcionalidade da punição, bem como penas iguais àqueles que praticassem crimes idênticos (princípio da igualdade). Visava, com isso, o fim da barbárie e um regime penal mais brando e respeitador da dignidade humana.

1.2. Panorama brasileiro

Os indígenas brasileiros, quando do descobrimento do Brasil, não ostentavam o avançado grau de desenvolvimento cultural de outros povos, como os incas, astecas e maias. Todavia, nem por isso se lhes pode atribuir ausência total de desenvolvimento e regramento de suas condutas, como o fazem alguns autores.

Ensina José Francisco da Rocha Pombo que a divisão mais geral que se faz dos nossos índios é a que os distingue entre tapuias e tupis, apresentando os últimos um desenvolvimento maior, sendo possível encontrar entre eles punição por homicídio, adultério, mentira, perfídia, deserção e roubo. Ademais, estavam perfeitamente fixadas as relações jurídicas entre o pai e o filho, entre o senhor e o escravo, entre as famílias da mesma *taba*, entre as *tabas* ou tribos da mesma nação e até entre nações diferentes. Nas palavras do autor¹⁴:

Além de um código que estava nos costumes, e que, portanto, se executava por si mesmo, é preciso ainda reconhecer entre os tupis, como entre os germanos, um direito judiciário, isto é, a aplicação de penas por um juiz; e dava-se isto quando o delito assumia proporções de excepcional gravidade, ou importava mais que simples dano individual.

Assim, apenas não existia na sociedade rude das selvas o Direito escrito. Diante desta ausência de leis escritas, pertinente a observação de Carlos José de Assis Ribeiro¹⁵:

Há tantas controvérsias sobre os verdadeiros princípios da “moral indígena” em terras brasileiras; são às vezes, tão desencontradas as notícias a respeito

¹⁴ *História do Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1956, p. 27.

¹⁵ *História do Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Zélio Valverde, 1943, p. 49.

dos índios que ficamos numa situação de insegurança ao afirmar ou contraditar certas questões pertinentes aos costumes dos selvagens, sob o ponto de vista jurídico.

Apesar de não ser possível afirmar com absoluta segurança, em algumas tribos havia a proteção contra o ataque sexual. Com efeito, destaca José Henrique Pierangeli¹⁶:

A virgindade da mulher nem sempre era respeitada entre os nossos silvícolas, pois, enquanto em algumas tribos era integralmente protegida, como observou Anchieta, em outras não merecia qualquer proteção do direito costumeiro, e, nestas, quase nunca a mulher se casava virgem.

De qualquer forma, conforme asseverou Pierangeli, o Direito Penal indígena, por seu primitivismo, em nenhum momento chegou a influir no desenvolvimento do Direito Penal brasileiro¹⁷, pois, quando dois povos intercambiam elementos culturais, frequentemente uma cultura prevalece sobre a outra pela imposição, pela força, por superioridade intrínseca de cultura ou pela astúcia¹⁸. Assim, no Brasil não foi diferente: os portugueses estabeleceram nas novas terras descobertas e conquistadas o seu Direito, consolidado nas Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Afonsinas não tiveram aplicação no Brasil, pois foram revogadas em 1521 pelas Ordenações Manuelinas, e nenhum núcleo colonizador havia ainda se instalado nas novas terras. Apenas em 1532 Martim Afonso de Souza iniciou a colonização, fundando a cidade de São Vicente. De 1534 até 1536 as terras foram divididas em 14 capitanias hereditárias, entregues a 12 donatários que exerciam, nos limites territoriais de suas capitanias, um poder absoluto. Destarte, nesta época vigiam, formalmente, as Ordenações Manuelinas e as compilações de Duarte Nunes de Leão, mas materialmente o Direito aplicado era aquele instituído e executado pelo donatário¹⁹.

Após, de 1603 até o advento do Código Criminal do Império, em 1830, vigoraram as Ordenações Filipinas. Seu Livro V, no Título XXIII, previa o crime de estupro voluntário de mulher virgem ou viúva honesta, o qual acarretava para o autor a obrigação de se casar e, na impossibilidade do casamento, o dever de constituir um dote para a vítima. Caso o autor

¹⁶ *Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 42.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 44.

¹⁸ SILVA, Jorge Medeiros. *Direito Penal Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 106.

¹⁹ PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.*, p. 61.

não dispusesse de bens, mas fosse fidalgo ou pessoa de posição social, era apenas degredado para África. Na hipótese de não ser fidalgo ou pessoa de posição social, somava-se à pena de degredo a de açoite. Nesse sentido:

Do que dorme com mulher virgem, ou viúva honesta per sua vontade

Mandamos, que o homem, que dormir com mulher virgem per sua vontade, case com Ella, se Ella quizer, e se for convinhável, e de condição para com Ella casar.

E não casando, ou não querendo Ella casar com elle, seja condenado para casamento della na quantia, que fôr arbitrada pelo Julgador, segundo sua qualidade, fazenda, e condição de seu pai.

E se não tiver bens, per onde pague, se for Fidalgo, ou de qualidade que não deva ser açoutado será degradado para África até nosa mercê. E se for pessoa em que caibão açoutes, seja açoutado com baraço e pregão pela Villa, e degredado para África até a nosa mercê.

E postoque lhe esta pena seja dada por não ter bens, se depois em vida della, elle houver alguns, será obrigado a pagar a metade da dita condemnação sómente.

Porém, sendo preso pela dita razão, e pondo caução de ouro, ou prata, ou dinheiro em Juízo, que razoadamente possa bastar, segundo a qualidade das pessoas, á virgindade e satisfação de seu casamento, seja solto, e siga o feito pessoalmente, como se andasse per carta de Seguro.

E sendo condenado per sentença final, seja satisfeita essa mulher de sua virgindade por a caução: e não bastando para a condenação e custas, pague-se pelos bens do Juiz, que tão pequena caução tomou.

1. E sendo dado querela obrigatória de algum homem, que per força corrompeo mulher de sua virgindade, responderá preso, até o feito ser findo e desembargado.

E quando achado for, que foi querelado maliciosamente, seja-lhe satisfeito segundo for direito.

Porém, se abertas e publicadas as inquirições, for achado, que a virgindade foi corrompida por vontade della, sem outra força alguma, pondo em Juízo caução idônea de ouro, ou prata, ou dinheiro, segundo acima temos dito; seja solto, e siga pessoalmente o feito, até ser findo.

2. Porém mandamos, que as ditas mulheres, assi corrompidas sem outra força, demandem suas virgindades e satisfação até hum anno, contando do dia que deixarem de ter affeição com ellas, e passado o dito anno, não possão mais demandar suas virgindades e satisfação dellas, salvo per via de restituição, se forem menores de vinte cinco annos, ou tendo justo impedimento, por onde no dito tempo não podessem demandar.

3. E tudo isto, que dito he em este título, haverá lugar em qualquer homem, que dormir com mulher viúva, que honestamente viver, que não passar de vinte cinco annos, stando em poder de seu pai, ou avô da parte do pai.

O estupro violento, por sua vez, foi inserido no Título XVIII do Livro V das Ordenações Filipinas e era reprimido com a pena de morte. Mantinha-se a pena capital mesmo

no caso em que houvesse o matrimônio, com apaziguamento de ambas as partes, tamanha a gravidade do crime²⁰. Nesse sentido:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della ou a leva per sua vontade

Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello.

Porém, quando for com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até nol-o fazerem saber, e per nosso mandado.

E essa mesma pena haverá qualquer pessoa, que para a dita força der ajuda, favor ou conselho.

1. E postoque o forçador depois do maleficio feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado.

E toda esta Lei entendemos em aquellas, que verdadeiramente forem forçadas, sem darem ao feito algum consentimento voluntario ainda que depois do feito consummado consintão nelle, ou dêem qualquer aprazimento: porque tal consentimento, dado depois do feito, não relevará o forçador em maneira alguma da dita pena.

2. E se algum homem travar de alguma mulher, que for per a rua, ou per outra parte, não sendo para dormir com Ella, sómente por assi della travar, seja preso e até trinta dias na cadêa e pague mil réis para o Meirinho, ou Alcaide, ou outra pessoa, que o accusar.

Porém, se além de travar della, trabalhar para dormir com Ella haverá a mais pena, que merecer, segundo disposição de Direito.

3. E o homem, que induzir alguma mulher virgem, ou honesta, que não seja casada, per dádivas, afagos, ou promettimentos, e tirar e levar fora da caza de seu pai, mãe, Tutor, Curador, senhor, ou outra pessoa, sob cuja governança, ou guarda stiver ou de qualquer outro lugar, onde andar, ou stiver per licença, mandado, ou consentimento de cada hum dos sobreditos, ou ella assi enganada, e induzida se for a certo lugar, donde assi levar, e fugir com Ella, sem fazer outra verdadeira força a ella, ou aos sobreditos, e o levador for Fidalgo, ou pessoa posta em Dignidade, ou Honra grande, e o pai da moça for pessoa plebea, e de baixa maneira, ou Official, assi como Alfaiate, çapateiro, ou outro semelhante, não igual em condição, nem stado, nem linhagem ao levador, o levador será riscado de nossos livros e perderá qualquer tença graciosa, ou em sua vida, que de Nós tiver, e será degradado para África até nossa mercê.

E qualquer outro de menor condição, que o sobredito fizer, morra por ello.

E bem assi, haverá lugar a dita pena de morte nas outras pessoas, onde houver igualdade de linhagem.

Porém, se o tal levador, que levou a dita mulher per sua vontade, postoque ella seja de muito menor condição que elle, a levasse contra vontade do pai, mãe, Tutor, Curador, ou senhor, com quem viver ou outra pessoa sob cuja governança, ou guarda stiver, sendo presente cada huma das ditas pessoas, e

²⁰ Ressalta-se que, atualmente, com a revogação dos incisos VII e VIII do artigo 107 do diploma penal pela Lei nº 11.106/05, o casamento do agente com a vítima ou o casamento desta com terceiro também não mais extinguem a punibilidade do infrator.

resistindo-lhe o dito levador, ou bradando cada huma das ditas pessoas, mandamos que morra morte natural.

E por quanto se muitos chamão Fidalgos, e tomão appellidos das linhagens, como lhes apraz, mandamos, que quando tal caso acontecer, e houver duvida em sua Fidalguia, antes que o julguem, nol-o fação saber, para vermos e determinaremos as qualidades entre as pessoas.

Vale mencionar que as Ordenações portuguesas também puniam outros atos libidinosos. Ensina José Henrique Pierangeli²¹:

Estado suserano que era, em Portugal as Ordenações deveriam refletir a tendência de cristianização do direito penal. Destarte, as Ordenações Afonsinas (1446), compilando legislação anterior, principalmente as elaboradas a partir de D. Diniz, e com forte assento da legislação de Justiniano, puniam severamente o adultério e a sodomia. As Ordenações Manuelinas (1505-1514) igualmente puniam a sodomia, e aquele que a praticasse era punido com a morte pelo fogo. As Ordenações Filipinas, exatamente aquelas que foram aplicadas no nosso país, continuaram a punir a prática da sodomia, mas também se preocuparam com outras condutas, como a de *tocamentos desonestos e torpes*, o de travar (agarrar) alguma mulher.

Tal rigor, entretanto, teve fim com o Código Criminal do Império, de 1830. O Capítulo II (Dos crimes contra a segurança da honra) trazia, na Seção I, sob a rubrica genérica “estupro”, seis artigos (do 219 ao 224) com vários delitos sexuais. O crime de estupro propriamente dito estava estabelecido no artigo 222:

Art. 222. Ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas – de prisão por três a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada for prostituta.

Penas – de prisão por um mez a dous annos

O artigo 223, ainda que com punição benevolente e estrutura típica deficiente, trazia a figura que antes da reforma proporcionada pela Lei nº 12.015/09 se denominava atentado violento ao pudor:

Art.223. Quando houver simples offensa pessoal para o fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a cópula carnal.

Penas – de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

²¹ *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v.2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 472.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, no Título VIII (Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor), Capítulo I (Da violência carnal), definiu o crime de estupro:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão cellualar por um a seis annos

§1.º Si a estuprada fôr mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão cellualar por seis mezes a dous annos

§2.º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades physicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether,e, em geral, os anesthesicos e narcoticos.

Vale destacar que mencionado diploma penal também previa em artigo autônomo o atentado violento ao pudor:

Art.266. Attentar contra o pudor da pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena – de prisão cellualar por um a seis annos

Paragrapho único. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menos idade, praticando com Ella ou contra Ella actos de libidinagem.

A atualização do Código de 1890, elaborada pelo Desembargador Vicente Piragibe, resultou na Consolidação das Leis Penais de 1932, que, acerca do crime de estupro, trouxe idêntica previsão no Título VIII (Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor), Capítulo I (Da violência carnal), artigos 268 e 269, além de também distinguir a conduta de atentar contra o pudor, descrita no artigo 266.

Em 1938, o então presidente do Brasil, Getulio Vargas, convidou José de Alcântara Machado de Oliveira para elaborar o Anteprojeto do novo Código Penal brasileiro. Referido projeto foi submetido à Comissão revisora, presidida pelo Desembargador Antonio José da Costa e Silva e integrada, entre outros membros, pelo Desembargador Nelson Hungria e pelo Promotor de Justiça Roberto Lyra²².

²² Posteriormente, o Desembargador Antonio José da Costa e Silva adoeceu e Roberto Lyra substituiu-o na presidência.

Inspirado no Código Rocco da Itália, o Código Penal foi instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942. Sua redação original previa os delitos de estupro e atentado violento ao pudor em tipos penais autônomos.

Em 1961, o presidente Jânio Quadros tomou a primeira iniciativa de reformular o Código Penal. Para tanto, incumbiu tal tarefa ao Ministro Nelson Hungria²³. Apresentado o Anteprojeto em 1963, promulgado em 1969 com previsão de vigência a partir de 1970, passou por sucessivas prorrogações da *vacatio legis* e numerosas emendas, sendo revogado em 1978. Na prática, o diploma não chegou a entrar em vigor, mas também previa os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em tipos penais autônomos²⁴.

Em 1980, o Ministro da Justiça Ibrahim Abi Ackel constituiu Comissão presidida pelo Professor Assis Toledo a fim de rever a Parte Geral do Código Penal instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848/40. Em 11 de julho de 1984, foi publicada a Lei nº 7.209, que promoveu a reforma da Parte Geral do diploma.

O mesmo Ministro formou outra Comissão, com o mesmo presidente, para rever a Parte Especial do Código. Afastando-se por razões particulares, foi substituído pelo Desembargador Luiz Vicente Cernicchiaro. Concluído e publicado o trabalho, recebeu numerosas contribuições da sociedade. Após revisto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, foi republicado por deliberação do Ministro Paulo Brossard. Não foi encaminhado ao Congresso Nacional. Mais tarde, o Ministro da Justiça Maurício Corrêa tentou levar adiante o projeto de atualização. A Comissão encerrou os trabalhos, que receberam o título “Esboço de Anteprojeto do Código Penal – Parte Especial”, ou “Esboço Ministro Evandro Lins”, em homenagem ao presidente da Comissão. Isso foi em 1994. Todavia, mais uma vez a sucessão presidencial, mudando o titular da Pasta da Justiça, interrompeu os trabalhos.

²³ Nelson Hungria foi Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1951 e 1961. Antes, fora Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

²⁴ *In verbis*: “Título VI. Dos crimes contra os costumes. Capítulo I. Dos Crimes contra a liberdade sexual. Estupro **Artigo 236**. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: pena – reclusão, de três a oito anos. Atentado violento ao pudor. **Artigo 237**. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: pena – reclusão, de dois a seis anos”.

Por fim, foi criada nova Comissão e elaborado o Anteprojeto de Lei de 1999, que alterava dispositivos da parte especial do Código Penal e dava outras providências. Referido Projeto mantinha as definições de estupro e atentado violento ao pudor e estabelecia, no que concerne às margens penais, a igualdade da sanção no grau máximo e pena mínima inferior para o atentado. Com isso, levou em conta o princípio da proporcionalidade na cominação da pena, pois, sem dúvida, algumas vezes o atentado violento ao pudor provoca trauma maior na vítima do que o estupro propriamente dito. Todavia, o fato também pode ocorrer por conduta menos grave do que a conjunção carnal. Daí a sugestão de o grau mínimo ser diferenciado, permitindo que a individualização da pena não reste meramente formal²⁵.

Ademais, assim como a Lei nº 12.015/09, o Anteprojeto afastava a presunção de violência, pois considerava que o Direito Penal moderno deve sancionar somente condutas, isto é, o que o homem faz (ação) ou deixa de fazer (omissão), uma vez que o contrário vulneraria os princípios da reserva legal e da pessoalidade, no sentido moderno.

A Lei nº 12.015/09 provocou grandes alterações e rompeu com a tradição do Direito Penal brasileiro de tipificar em dispositivos distintos as condutas de atentado violento ao pudor e estupro. Hoje as condutas uniram-se em apenas um dispositivo penal sob a rubrica de estupro.

²⁵ *In verbis*: “Título II. Dos crimes contra a dignidade sexual. Capítulo I. Dos crimes contra a liberdade sexual. Estupro. **Artigo 160**. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: pena – reclusão, de seis a dez anos. Atentado violento ao pudor. **Artigo 161**. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena: reclusão, de quatro a oito anos”.

CAPÍTULO 2 - DIREITO COMPARADO

Como foi possível verificar no histórico desse trabalho, a punição, a organização e a definição dos crimes sexuais sempre variaram conforme o tempo, o lugar e a cultura da sociedade.

Hoje a situação não é diferente, sendo possível encontrar diversos tratamentos e definições acerca dos delitos contra a dignidade sexual.

2.1. Direito Penal francês

O Código Penal francês traz no Livro II (Dos crimes e delitos contra as pessoas), Título II (Dos atentados contra a pessoa humana), Capítulo II (Dos atentados contra a integridade física ou psíquica da pessoa), Seção III (Das agressões sexuais), os crimes sexuais.

O artigo 222-22 dispõe sobre o que antes da reforma legislativa brasileira era denominado atentado violento ao pudor. Assevera que constitui uma agressão sexual qualquer atentado sexual cometido com violência, coação, ameaça ou surpresa. O artigo 222-27 determina que para estas agressões sexuais serão cominadas as penas de cinco anos de prisão e multa de 500 mil francos²⁶.

²⁶ Os artigos 222-28, 222-29 e 222-30 trazem punições diferentes para outros resultados advindos da agressão sexual (a agressão sexual francesa corresponde ao nosso antigo crime de atentado violento ao pudor). Ademais, o art. 222-31 dispõe que a tentativa dos delitos previstos nos artigos 222- 27 a 222-30 será castigada com as mesmas penas. *In verbis*: “**Artículo 222-27**: las agresiones sexuales distintas de la violación serán castigadas con cinco años de prisión y multa de 500.000 francos. **Artículo 222-28**: la infracción definida en el artículo 222-27 será castigada con siete años de prisión y multa de 700.000 francos: 1º Cuando haya causado una herida o una lesión; 2º Cuando haya sido cometida por ascendiente legítimo, natural o adoptivo, o por cualquier otra persona que tenga autoridad sobre la víctima; 3º Cuando haya sido cometida por una persona abusando de la autoridad que le confieren sus funciones; 4º Cuando la hayan cometido varias personas actuando en calidad de autor o de cómplice; 5º Cuando se haya cometido con uso o amenaza de un arma; 6º Cuando la víctima se haya puesto en contacto con el autor de los hechos gracias a la utilización, para la difusión de mensajes destinados a un público no determinado, de una red de telecomunicaciones. **Artículo 222-29**: las agresiones sexuales distintas de la violación serán castigadas con siete años de prisión y multa de 700.000 francos cuando se cometan: 1º Contra un menor de quince años; 2º Contra una persona cuya especial vulnerabilidad, debido a su edad, a una invalidez, enfermedad, deficiencia física o psíquica o su estado de embarazo, sea aparente o conocida por el autor. **Artículo 222-30**: la infracción definida en el artículo 222-29 será castigada con diez años de prisión y multa de 150.000 euros: 1º Cuando haya causado una herida o lesión; 2º Cuando haya sido cometida por ascendiente legítimo, natural o adoptivo o por cualquier otra persona que tenga autoridad sobre la víctima; 3º Cuando haya sido

O crime de estupro, por sua vez, está, sob a rubrica de violação, definido no artigo 222-23 como todo ato de penetração sexual, de qualquer natureza, que seja praticado sobre outra pessoa com violência, coação, ameaça ou surpresa. Possui pena de reclusão de 15 anos²⁷.

Verifica-se, destarte, que o diploma francês distingue agressão sexual de violação. A primeira, que corresponderia à nossa extinta figura autônoma de atentado violento ao pudor, é punida com menos severidade. A segunda, o estupro propriamente dito, é apenada com mais rigor por ser conduta mais grave.

Além de diferenciar as condutas, conferindo-lhes penas distintas, o Código Penal francês apresenta um conceito amplo e aberto de crime de estupro, pois considera como tal todo constrangimento à penetração sexual, sem definir o ato em si. Deste modo, incluem-se em sua estrutura outros atos libidinosos graves diversos da conjunção carnal, sem, entretanto, haver a determinação destas ações proibidas.

cometida por una persona abusando de la autoridad que le confieren sus funciones; 4º Cuando la hayan cometido varias personas actuando en calidad de autor o de cómplice; 5º Cuando se haya cometido con uso o amenaza de un arma; 6º Cuando se haya cometido en razón de la orientación sexual de la víctima. **Artículo 222-31:** la tentativa de los delitos previstos en los artículos 222-27 a 222-30 será castigada con las mismas penas” (Tradução Juarez Tavares. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf>. Último acesso em 02/02/2011).

²⁷ Os artigos 222-24, 222-25 e 222-26 determinam punições diferentes para outros resultados advindos da violação (o estupro propriamente dito). *In verbis*: “**Artículo 222-24:** la violación se castigará con veinte años de reclusión criminal: 1º Cuando haya provocado mutilación o invalidez permanente; 2º Cuando se haya cometido sobre un menor de quince años; 3º Cuando se haya cometido sobre una persona cuya especial vulnerabilidad, debido a su edad, enfermedad, invalidez, deficiencia física o psíquica o a su estado de gestación, sea aparente o conocida por el autor; 4º Cuando haya sido cometida por ascendiente legítimo, natural o adoptivo, o por cualquier otra persona con autoridad sobre la víctima; 5º Cuando la haya cometido una persona abusando de la autoridad que le confieren sus funciones; 6º Cuando la hayan cometido varias personas actuando en calidad de autor o de cómplice; 7º Cuando se haya cometido con el uso o la amenaza de un arma; 8º Cuando la víctima se haya puesto en contacto con el autor de los hechos gracias a la utilización de una red de telecomunicaciones para la difusión de mensajes destinados a un público no determinado; 9º Cuando se haya cometido en razón de la orientación sexual de la víctima. **Artículo 222-25:** la violación será castigada con treinta años de reclusión criminal cuando haya provocado la muerte de la víctima. Los dos primeros párrafos del artículo 132-23 relativo al periodo de seguridad serán aplicables a la infracción prevista en el presente artículo. **Artículo 222-26:** la violación será castigada con reclusión criminal a perpetuidad cuando vaya precedida, acompañada o seguida de torturas o de actos de barbarie. Los dos primeros párrafos del artículo 132-23 relativo al periodo de seguridad serán aplicables a la infracción prevista en el presente artículo” (Tradução Juarez Tavares. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf>. Último acesso em 02/02/2011).

2.2. Direito Penal espanhol

O Código Penal espanhol também aloca em dispositivos distintos as condutas de agressão sexual (que equivale ao nosso antigo atentado violento ao pudor) e de violação (o estupro propriamente dito).

Com efeito, prevê o artigo 178 que será responsável por agressão sexual, sofrendo pena de prisão de um a quatro anos, aquele que atentar contra a liberdade de outra pessoa - com violência ou intimidação.

O artigo 179, por sua vez, dispõe que se a agressão sexual consistir em acesso carnal por via vaginal, anal ou bucal, ou em introdução de membros corporais ou de objetos por alguma das duas primeiras vias, o responsável será punido por violação (ou estupro), com pena de prisão de seis a doze anos²⁸.

Observa-se, destarte, que além de separar as condutas de agressão e violação, conferindo a cada uma penas diferentes, o Código Penal espanhol, diferentemente do francês, que traz uma definição ampla e aberta para o crime de violação, apresenta conceito amplo e fechado para o delito, ou seja, define com exatidão os vários atos que configuram o estupro.

²⁸ O artigo 180 traz punições diferentes para outros resultados advindos da agressão sexual e violação. *In verbis*: “**Artículo 180:** 1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.^a Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 2.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. 3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años. 4.^a Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. 5.^a Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas. 2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”.

2.3. Direito Penal português

O Código Penal português, republicado pela Lei nº 59/07, de 4 de setembro, distingue ato sexual de relevo de cópula, coito anal ou coito oral. O primeiro é punido com menos severidade, com pena de prisão de um a oito anos. As demais condutas (cópula, coito anal e oral), o estupro propriamente dito, são, por serem mais graves, apenas com prisão de três a dez anos²⁹.

Verifica-se, destarte, que a legislação portuguesa, além de separar as condutas de coação sexual (equivalente à nossa antiga figura autônoma de atentado violento ao pudor) e violação (o estupro propriamente dito) em dispositivos distintos, conferindo-lhes penas diferentes, atribui, assim como o Código Penal espanhol, um conceito amplo e fechado para o delito de estupro, ou seja, define com exatidão os vários atos que configuram a infração.

Destaque-se que o Código Penal português, ao se referir a outros atos sexuais, menciona que estes devem ser de relevo. Com isso, evita que atos de pouca importância sejam punidos criminalmente.

Referida delimitação legislativa observa o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, que deve atuar apenas quando for indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, ou seja, se não for possível a tutela por outros ramos do ordenamento jurídico. O Estado deve utilizar outros ramos do Direito antes de aplicar o sistema repressivo, tendo em vista que a seara criminal nem sempre é a mais adequada para a manutenção da estrutura social.

²⁹ *In verbis*: “Coação sexual. **Artigo 163 – 1** - 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, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. Violação. **Artigo 164 – 1** - 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”.

2.4. Direito Penal brasileiro

No Brasil, antes da reforma estabelecida pela Lei nº 12.015/09, o crime de estupro era definido no artigo 213 do Código Penal como “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Hoje, entretanto, estupro é a conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Assim, ao contrário da legislação estrangeira, que diferencia atos libidinosos do conceito ampliado de estupro, a reforma legislativa brasileira fundiu a normatização de dois artigos em apenas um. Houve, pois, a junção do conteúdo do antigo atentado violento ao pudor à figura do estupro.

Apesar da revogação do artigo 214 do Código Penal, não ocorreu o fenômeno da *abolitio criminis* (supressão da incriminação que acarreta a extinção da punibilidade), porquanto o comportamento definido anteriormente nesta norma penal sob a rubrica de atentado violento ao pudor foi incorporado ao conceito de estupro. Houve, destarte, a equiparação terminológica entre as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor.

Ao que parece, o legislador rendeu-se ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, não distinguia as condutas e denominava o constrangimento à prática de qualquer ato sexual como estupro. Assim, aquilo que na vigência da legislação anterior seria concebido por atentado violento ao pudor era usualmente chamado de “estupro”.

Embora tenha sido rompida a tradição brasileira de se incriminar separadamente tais condutas, a integração dos tipos sob um mesmo conceito atende à ideia de facilitação da classificação jurídica do fato, bem como de interpretação das normas pelo destinatário.

Com efeito, uma vítima criança terá maior capacidade de expressar tecnicamente o nome do crime contra si praticado, bastando-lhe dizer estupro, muito embora ainda seja necessário descrever em que consistiu.

Todavia, ainda que a integração de conceitos tenha facilitado a interpretação das normas pelo destinatário, bem como acabado com a dúvida de classificação de uma conduta, a fusão de dispositivos sob a mesma rubrica também gerou muitas controvérsias, sobretudo no que concerne ao tema concurso de crimes.

Assim, questiona-se a união das condutas atentado violento ao pudor e estupro em apenas um dispositivo penal, pois o benefício de facilitar a classificação jurídica do fato é pequeno diante de todas as celeumas criadas com referida alteração.

Com efeito, o réu defende-se dos fatos descritos na denúncia ou na queixa-crime, e não da capitulação incorporada à peça (princípio da consubstanciação), pois é a perfeita exposição dos acontecimentos que permite a ampla defesa. Assim, considerando-se que a inicial deve conter a demonstração do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, sob pena de rejeição por inépcia (conforme artigo 395, inciso I, do Código de Processo Penal), a simples capitulação é tema de menor relevância e, se incorreta, pode ser corrigida pelos institutos da *emendatio libelli* (artigo 383 do Código de Processo Penal) ou *mutatio libelli* (artigo 384 do mesmo diploma), conforme o caso.

CAPÍTULO 3 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DO CRIME DE ESTUPRO

A Lei nº 12.015/09 modificou, dentre as diversas alterações implementadas, a nomenclatura do Título VI do Código Penal de “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a dignidade sexual”.

Agiu com acerto o legislador, pois além de desatualizada e em descompasso com o restante do ordenamento jurídico, a antiga designação parecia preocupar-se mais com a moralidade pública. De acordo com o termo atual, a questão de fundo passou a ser a proteção da dignidade sexual, entendida como um atributo da dignidade da pessoa humana, em consonância com a Constituição Federal, que em seu artigo 1º a estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A antiga rubrica (“Dos crimes contra os costumes) era lastreada em modelos antiquados de observação comportamental da sexualidade na sociedade em geral, afinal, os costumes representavam a visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente, sob o ângulo da generalidade das pessoas. Inexistia qualquer critério para o estabelecimento de parâmetros comuns e de denominadores abrangentes para nortear o foco dos costumes na sociedade brasileira.

A mudança não se limitou à simples alteração de palavras, ao contrário, encerrou evolução no sentido material, pois, em se tomando os “costumes” como referência, a pessoa, apesar de sua dignidade humana, era posta em plano secundário.

O nome dado a um Título, ou mesmo a um Capítulo do Código Penal, revela-se de singular importância, uma vez que tem o condão de influenciar a análise de cada figura típica nele contida. Por meio de uma interpretação sistêmica, ou até de uma interpretação teleológica, pela qual se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações ali contidas e que agora não poderá descurar da dignidade em prol da moralidade.

A dignidade da pessoa humana é uma unidade de valor de ordem constitucional que deve servir de paradigma das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais, bem como de referência de integração e hierarquização hermenêutico-sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Na lição de Miguel Reale, valores são algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vão assumindo expressões diversas através do tempo. Os valores não existem em si e *de per se*, mas em relação aos homens, entendido como sujeito universal, ou seja, não há que se falar de valor deste ou daquele indivíduo da espécie, mas do “homem que se realiza na história, ao “processus” da experiência humana de que participamos todos, conscientes ou inconscientes de sua significação universal “³⁰.

Ao verificar que o homem é um ser mutável ao longo da História, observa-se que o conceito de dignidade, enquanto valor do ser humano, é também cambiante conforme a época e a região. De acordo com o autor³¹:

Não compreendemos, pois, teoria do valor como algo de formalmente lógico e de esquemático, quase como modelo espectral, mas ao contrário, só admitimos uma teoria do valor inserida no processo histórico, como momento ou expressão da experiência do homem através dos tempos, traduzindo o ser mesmo do homem em toda a sua imprevista atualidade criadora.

Immanuel Kant (1724-1804) forneceu uma das contribuições mais importantes para a noção de dignidade humana³²:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Assim, a concepção de dignidade não admite qualquer possibilidade de quantificação. A ideia de numeração ou quantificação é completamente estranha à unidade de valor constitucional.

³⁰ *Filosofia do Direito*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 209.

³¹ *Op. cit.*, p. 213.

³² *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 65.

A proteção e a promoção da dignidade do homem é que embasam e atestam legitimidade a um Estado e a uma comunidade que tenham na pessoa humana seu fim e fundamento máximos. A dignidade deve revelar-se um critério para a aferição do sentido de uma ordem estabelecida, o qual não pode ser outro que não aquele baseado na unidade de valor mencionada.

Trata-se, portanto, de um princípio estruturante do atual Estado brasileiro (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal). Nesse sentido³³:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, nesse contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa

A Constituição Federal de 1988 mostrou-se receptiva aos anseios de abertura política e conformação democrática, abrigando em seu texto diversos princípios que consubstanciaram essa tendência, entre eles a dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, destarte, que a Carta Magna trouxe o que a doutrina denomina escopos constitucionais, ou seja, vontade constitucional, que possui caráter imperativo e vinculante em razão da força normativa das Constituições.

A Lei nº 12.015/09 veio obedecer ao escopo constitucional, proporcionando a atualização e a compatibilização da legislação infraconstitucional com relação à Carta Maior ao priorizar a preservação da dignidade da pessoa humana, que deve influenciar todo o ordenamento jurídico, sobretudo o sistema penal, para que este opere com respeito aos direitos humanos fundamentais e se assente, precipuamente, no paradigma humanitário.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 72. (grifos no original)

O sistema penal deve incorporar as feições da ideologia constitucional e, com base nelas, estabelecer uma estrutura específica. O ordenamento penal deve demonstrar em sua operacionalização a necessária influência axiológico-normativa determinada pela Constituição, evidenciando que tem os valores constitucionais de um Estado Democrático de Direito como limite, referência e finalidade.

A reforma legislativa do Código Penal referente aos crimes sexuais representou justamente não apenas uma modernização desta lei penal, que já vigorava há mais de 50 anos, mas também sua compatibilização com os preceitos maiores carreados na Constituição Federal.

As alterações perpetradas demonstram a tendência dos ordenamentos jurídicos de se pautarem no reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Esta tendência, reforçada após a Segunda Guerra Mundial, nada mais é do que o reconhecimento pelo Estado Democrático de Direito da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, por intermédio do dispositivo penal protege-se a dignidade sexual, que é um dos aspectos da dignidade da pessoa humana, nas suas três divisões fundamentais: aspecto corporal (seja pela violência, seja pelo ato em si), espiritual (pois atenta conta o âmago do ser, sua vontade, seus atributos de personalidade individualizadores, aspirações profundas e crenças) e mental (pelos danos psicológicos oriundos do ato e da violência grave que ele representa).

Assim, a tipificação da conduta do estupro visa à defesa da integridade física, espiritual e mental, bem como da liberdade sexual e do próprio direito à vida. Ressalte-se que o último é violado não apenas nas hipóteses em que o crime gera a morte, mas também quando causa sequelas que perduram por toda a existência daquela pessoa.

Realmente, é mais adequado punir o crime de estupro pela violação que causa à dignidade da pessoa humana, uma vez que, em caráter coletivo, especialmente diante da grave vulneração constatada em termos de exploração sexual macroanalisada, atinge o bem-estar social, um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Destarte, trata-se de crime que não é punido por violar a moralidade sexual (costumes), mas sim porque abala a dignidade da pessoa humana. Mais que isso, combater a exploração sexual é medida que encontra consonância com o bem estar geral.

Ora, nem seria proporcional punir o estupro como crime hediondo, com o maior rigor admitido pelo ordenamento jurídico, se o bem jurídico tutelado e a razão de punição fossem apenas a moralidade sexual. Pune-se o ato, porque atenta contra um dos fundamentos da Constituição Federal (a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III, Constituição Federal).

O Anteprojeto de Lei de 1999, tamanha a importância do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, chegou a romper com a ordem axiológica entre os bens jurídicos tutelados, evidenciando a “dignidade sexual”, intimamente relacionada com o ser humano. Assim, na nova configuração proposta para o diploma penal, os crimes contra a dignidade sexual aparecem já no Título II, logo após os crimes contra a pessoa, antecedendo, portanto, os crimes contra o patrimônio, restritos à preservação de bens materiais.

A tutela da liberdade sexual visa assegurar a vontade do sujeito passivo e o seu direito de escolha, ou seja, a liberdade de dispor do próprio corpo, a faculdade de livre consentimento nas relações sexuais, bem como o direito de selecionar parceiros e de praticar livremente os atos do sexo.

Assim, denota-se que a dignidade sexual, no particular aspecto da liberdade sexual, é bem jurídico merecedor de tutela especial, ainda mais se considerada a vulnerabilidade intrínseca das vítimas de crimes sexuais, independentemente de sua idade ou condição, indelevelmente estigmatizadas por conduta criminosa hedionda e merecedora de intensa reprovação social.

CAPÍTULO 4 - TIPO OBJETIVO

O estupro, primeiro dos crimes contra a liberdade sexual, trata-se, pois, de um delito de constrangimento ilegal em que se visa à prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, ou seja, é um constrangimento ilegal mais grave e severamente punido em razão do especial fim de agir do autor.

Com efeito, tal delito, previsto no artigo 213 do Código Penal, consubstancia-se, após as alterações realizadas pela Lei nº 12.015/09, em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, e possui pena de reclusão de seis a dez anos.

Constranger significa tolher a liberdade, forçar, compelir, coagir alguém a praticar ou permitir que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Observa-se que a incriminação alcança a ação de praticar, bem como a de permitir que com ela (vítima) se pratique. Portanto, abrange tanto a conduta do agente que constrange a vítima a realizar o ato libidinoso de modo ativo, como a conduta que submete a vítima a uma situação passiva de permitir que com ela se pratique determinado ato.

Todavia, não basta que o agente constranja a vítima, pois o tipo penal exige que o constrangimento seja realizado por meio de violência ou grave ameaça, bem como que exista o dissenso da vítima.

A violência pode ser própria ou imprópria.

Na violência própria, também chamada de violência física (*vis absoluta* ou *corporalis* ou *phísica*), há o emprego de força material sobre a vítima, reduzindo-a à impossibilidade de resistir ao ataque sexual, ou seja, existe o emprego de força física capaz de tolher a capacidade de agir da vítima, o que a impede, em suma, de se desvencilhar do estuprador.

Na violência imprópria, conforme bem define Genival Veloso de França sob a denominação de violência efetiva psíquica ³⁴, o agente conduz a vítima a uma forma de não resistência por inibição ou enfraquecimento das faculdades mentais. São exemplos deste tipo de violência a embriaguez completa, a anestesia, os estados hipnóticos (induzidos ou provocados), a ação das drogas alucinógenas.

A grave ameaça, também denominada violência moral (*vis compulsiva* ou *moralis*), por sua vez, é aquela que age no psíquico da vítima e cuja força intimidadora impede o exercício da faculdade de escolha e de resistência, anulando a capacidade de querer. Trata-se, portanto, da ameaça, que é a manifestação expressa ou tácita, explícita ou implícita, real ou simbólica, escrita, oral ou mímica, direta (quando exercida contra a própria vítima) ou indireta (quando dirigida a terceira pessoa, consistindo em mal prometido a pessoa ligada ao ofendido) do propósito de causar um dano determinado e grave, ou uma situação de perigo capaz de produzir na vítima um temor que a faça ceder. A intimidação deve visar à realização do ato sexual, devendo ocorrer em momento anterior ou simultâneo.

A ameaça deve ser séria e realizável. É preciso que seja grave, ou seja, que o dano prometido seja maior que o próprio ato sexual, não tendo a vítima alternativa senão ceder. O mal prometido deve ser idôneo para obter o efeito moral desejado, bem como o dano anunciado deve ser considerável.

Todas estas características devem ser analisadas sob o ponto de vista da vítima, tendo em vista suas condições físicas e psíquicas. Cada caso exigirá uma análise individual.

Conforme posição dominante, o mal ameaçado pode ser justo (como denunciar crimes praticados pela vítima) ou injusto (como anunciar que vai matá-la); a justiça da ameaça não representa obstáculo para a configuração do estupro. A propósito, destaca Nelson Hungria³⁵:

(...) o agente pode ter a faculdade ou mesmo o dever de ocasionar o mal, mas não pode prevalecer-se de uma ou outro para obter a posse sexual da vítima contra a vontade desta. Não se eximiria à acusação de estupro, por exemplo, o agente de polícia que anulasse a resistência da vítima sob ameaça de

³⁴ *Medicina legal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004, p. 222.

³⁵ *Comentários ao Código Penal*. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 122.

denunciar crime que saiba tenha ela praticado (artigo 66, I, da lei das contravenções penais), hipótese que muito difere daquela em que a mulher, para evitar a denúncia, transige amigavelmente, de sua própria iniciativa, com o ameaçante, dispondo-se à prestação de um favor em troca de outro.

Além do verbo constranger, mediante violência ou grave ameaça, o dispositivo penal traz em seu bojo outros dois elementos que devem ser analisados com cautela: os termos conjunção carnal e ato libidinoso.

Referidas expressões (conjunção carnal e ato libidinoso) constituem elementos normativos extrajurídicos do tipo, ou seja, seu significado não se extrai da mera observação, dependendo, pois, de interpretação, de juízo de valor. Assim, para obtenção de um conceito, é necessária uma valoração extrajurídica, isto é, fora do âmbito expresso e explícito da norma ou de sua literalidade.

A maioria da doutrina compreende como conjunção carnal a cópula normal, ou seja, a introdução do pênis, completa ou incompleta, com ou sem ejaculação, na cavidade vaginal da mulher (*introductio penis intra vas / vaginam*).

Todavia, por não existir um conceito claro e exato sobre a expressão, sempre houve dissenso na doutrina e na jurisprudência acerca da cópula vestibular ou vulvar. Alguns defendiam que ela caracterizava o crime de estupro, pois estaria inclusa no conceito de conjunção carnal. Outros, como o autor Julio Fabbrini Mirabete³⁶, acreditavam que a cópula vestibular caracterizava o crime de atentado violento ao pudor, pois não estaria abrangida no conceito de conjunção carnal, uma vez que esta compreenderia apenas a introdução, mesmo que incompleta, do pênis na vagina da mulher, assim definida como canal que se estende entre o colo do útero e a vulva (parte externa dos órgãos genitais femininos).

Hoje, no entanto, após a alteração proporcionada pela Lei nº 12.015/09, a discussão em torno da natureza jurídica da cópula vestibular (se é conjunção carnal ou ato libidinoso) é apenas teórica, pois uma vez praticada a conduta, estar-se-á diante do crime de estupro. Não há mais discussão se a cópula vulvar caracterizaria o crime de atentado violento ao pudor ou o de estupro, já que ambas as condutas foram cingidas sob uma mesma rubrica.

³⁶ *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. v. 2. 24ª ed. São Paulo: Atlas, p. 408.

Nesse sentido, a alteração feita pela Lei nº 12.015/09 foi positiva, pois nos casos de cópula vestibular ou vulvar, agora não há mais dúvida acerca da correta classificação do crime.

Ato libidinoso, por sua vez, é toda conduta de cunho sexual perpetrada pelo sujeito ativo, como o coito anal, a *fellatio in ore*, o uso de instrumentos ou dedos para a penetração no órgão sexual feminino, entre outras. Aliás, a conjunção carnal não deixa de ser um ato libidinoso, tanto que o tipo penal declara expressamente “ou...outro ato libidinoso” (grifo nosso).

Observa-se, destarte, que o conceito de ato libidinoso também não é exato. Assim, verifica-se que há grande divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da classificação de determinadas condutas, como, por exemplo, a da pessoa que é constrangida a se desnudar para que possa ser observada lascivamente pelo agente. Nesse diapasão³⁷:

(...) a doutrina pátria parece sustentar a existência do delito (...). Para nós, o delito só ocorre na primeira hipótese, quando existe um contato, um toque que seja, com o corpo da vítima. Não nos satisfaz a idéia de que é suficiente obrigar-se uma mulher a desnudar-se e contemplá-la com olhos penetrantes de luxúria. Este é o pensamento da doutrina italiana formada a partir do Código Zanardelli. Sem o encontro de duas realidades corporais, uma que pratica e outra que, constrangida, a admite ou executa, ou sujeita-se, não existe crime de atentado violento ao pudor. A questão, porém, não é pacífica.

(...)

Ao restringir o conceito exigindo que o agente pratique o ato (conduta positiva) ou tolerar a vítima que com ela se pratique o ato (conduta omissiva), o legislador delimitou a proibição. Praticar é realizar, executar, efetuar, cometer, é agir com ou sobre a vítima, indicando, portanto, uma comissão. Tolerar, ao contrário, denota uma submissão, uma passividade, pressupondo, no entanto, uma ação positiva de alguém.

(...)

Evidente que a simples contemplação luxuriosa não cabe nessa proibição, podendo até constituir outro delito, entre eles o de constrangimento ilegal (art. 146).

(...)

Indispensável é que ocorra um contato de peles, que pode materializar-se mesmo por sobre a vestimenta de um ou de ambos os intervenientes.

³⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. v. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 474 e 475.

Nessa seara, o autor ainda adverte que não pratica o crime o indivíduo que obriga a vítima a assistir ao ato de libidinagem executado por terceiros, pois, neste caso, não estaria praticando o ato, tampouco permitindo que com ele fosse praticado.

Outra questão que se coloca durante a análise do conceito de ato libidinoso é a admissibilidade do beijo, mesmo que lascivo, como conduta subsumida ao crime de estupro.

Sobre a questão, Luiz Regis Prado entende que³⁸:

É certo que o beijo lascivo ou lingual obtido contra a vontade da vítima, mediante violência, tem inferior magnitude penal se comparado, por exemplo, com o coito anal. Mas não deixa de ser considerado estupro, conforme a disciplina da lei brasileira vigente, sendo que tal distinção deve ser aferida por ocasião da aplicação da pena.

Outros, como José Henrique Pierangeli, consideram o beijo roubado, isto é, executado contra a vontade, apenas uma contravenção de perturbação da tranquilidade (artigo 65 da Lei de Contravenções Penais), em razão do princípio da proporcionalidade, uma vez que não seria razoável aplicar uma pena de seis anos de reclusão por um beijo não consentido.

Nesse diapasão, vale ressaltar que, para evitar tal discussão, a legislação penal portuguesa determinou que o ato sexual deve ser de relevo para merecer a punição do artigo 163-1³⁹.

Verifica-se, destarte, que o conceito de ato libidinoso varia conforme o tempo, o espaço, a cultura e a interpretação atribuída aos termos constantes na lei. Há condutas tidas como libidinosas num agrupamento social que são aceitas em outros.

Trata-se de tarefa árdua definir, dentre todos os atos humanos sexuais, quais expressam ilicitude e culpabilidade e quais são irrelevantes - especialmente aqueles de natureza moral, dentre os quais há tanto os socialmente aceitos, quanto os insignificantes.

³⁸ *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. v. 2. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 599.

³⁹ Vide Capítulo 2 deste trabalho.

Adverte Renato de Mello Jorge Silveira⁴⁰ que três princípios são de fundamental importância para se tentar executar a difícil tarefa de definir os atos sexuais que devem ser reprimidos pelo direito penal: princípio da intervenção mínima; princípio *in dubio pro libertate*; princípio da tolerância.

Conforme o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve atuar somente diante do fracasso de outros meios de repressão, deve ser a *ultima ratio*, pois não é qualquer conduta que deve merecer uma sanção tão forte e impactante quanto a criminal, que, em última instância, pode privar alguém de sua liberdade. A missão deste ramo do Direito está limitada à proteção dos valores elementares da vida em comunidade.

O segundo princípio citado pelo autor estabelece que o Direito Penal sexual⁴¹ deve limitar-se a casos excepcionais e gritantes, em que não restem dúvidas sobre a sua aplicabilidade; se houver qualquer dúvida sobre a eventual justificativa da reprovação criminal, dever-se-á prescindir desta em favor da liberdade individual. Nunca, pois, deve se render ao fácil discurso criminalizante, que não se adéqua aos pilares de liberdade defendidos no Estado Democrático de Direito.

Assim, nas inúmeras situações que geram dúvidas sobre a real necessidade de criminalização e em casos específicos nos quais se pode perceber a influência maior de aspectos meramente morais, como os exemplos apontados neste trabalho, o princípio demonstraria sua importância.

O Direito Penal sexual não pode punir interesses puramente morais ou próprios de determinados grupos sociais, ou seja, não há de se admitir que grupos fechados (ou religiosos) possam impor suas opiniões particulares como justificantes de formação de crimes, sobretudo no que toca ao Direito Penal sexual. Esta rama específica do Direito Penal deve ser um direito de todos, não podendo ser restrita a interesses próprios e morais, mas sim a genéricos e impessoais.

⁴⁰ *Crimes Sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 178 – 184.

⁴¹ Conforme explica Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi em sua obra *Crimes contra a dignidade sexual*, o estabelecimento de regras para tutelar o comportamento sexual humano pelo Direito Penal deu origem ao que a doutrina passou a denominar de Direito Penal sexual. Nesse ramo do Direito Penal, estão incluídos aqueles subgrupos de crimes cujo núcleo diz respeito a uma ação sexual. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23.

Por fim, o último princípio citado pelo autor (princípio da tolerância) estabelece que o Direito Penal sexual deve pautar-se por uma inegável tolerância por parte do legislador, ou seja, a liberdade em sentido amplo deve ser o critério geral da Ciência Penal, enquanto suas limitações devem ser a exceção.

Explica Silveira que deve-se perceber a sociedade pluralista atual para que, com prudência, seja realizada uma elaboração penal sexual, pois, do contrário, muitas condutas, apenas aparentemente atinentes ao contexto do Direito Penal sexual, seriam punidas com o rigor criminal desnecessariamente, dada a gama de novas percepções da realidade atual.

Em um mundo onde a sexualidade era, por completo, reprimida, poder-se-ia recriminar todo e qualquer ato, mas hoje, na medida em que o comportamento sexual foi se modificando, com novas dimensões sobre a sexualidade, o entendimento sobre os atos sexuais que devem ser proibidos também passou a ser outro. No mundo hodierno, a repressão deve ocorrer em relação às condutas que lesem a dignidade da pessoa humana.

Além dos princípios supramencionados, para a árdua tarefa de definir quais atos sexuais devem ser punidos criminalmente, faz-se necessário analisar a questão sob a perspectiva das principais doutrinas do Direito Penal: o positivismo jurídico, o garantismo penal e o funcionalismo penal.

A doutrina do positivismo jurídico encontra sua origem na Alemanha, com os estudos de Binding, em sua obra *Die Normen und ihre Ubertretung*, maior expoente do positivismo jurídico, que triunfou na década de 70 do século XIX⁴². Demonstra nítida preferência pela cientificidade, excluindo os juízos de valor e limitando seu objeto ao Direito positivo. Afasta de si qualquer contribuição filosófica, psicológica ou sociológica do conceito do delito. Constitui posição extremamente normativista e formal, assim justificada por seus partidários por respeitar excessivamente o princípio da legalidade e a segurança jurídica. Para Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia Pablos de Molina e Alice Bianchini⁴³:

O Direito positivo estuda-se em si mesmo, separado do resto da realidade, isolado desta, como se fosse uma realidade independente. Com o que acaba por se transformar em um formalismo normativista, que se ocupa

⁴² MASSON, Cleber. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Método, 2009, p.71.

⁴³ *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 131.

exclusivamente da norma, afastando-se o jurista (completamente) do social e do valorativo.

Para os positivistas, por exemplo, o beijo lascivo ou lingual obtido contra a vontade da vítima, mediante violência, tipificaria, sem qualquer dúvida, o crime de estupro, pois eles consideram a norma penal uma abstração teórica, justificável exclusivamente por meio do seu sistema interno de coerência, sem interessar qualquer influência externa.

A segunda doutrina importante a ser mencionada nesse trabalho é a do garantismo penal, que tem em Luigi Ferrajoli, com sua obra *Direito e Razão*⁴⁴, a figura do seu principal entusiasta.

Conforme resume Cleber Masson⁴⁵, Ferrajoli assenta seu sistema garantista (também chamado de cognitivo ou de legalidade estrita) em dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, a saber:

- 1) *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) *Nullum crimen sine lege*: princípio da reserva legal;
- 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal;
- 4) *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade do resultado;
- 5) *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- 6) *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) *Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionalidade;
- 8) *Nullum iudicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁴⁵ MASSON, Cleber. *Direito Penal- Parte geral*. São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 73 e 74.

- 9) *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação; e
- 10) *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Verifica-se que a perspectiva garantista, ao contrário da positivista - que apenas considera a norma penal sem se interessar por qualquer influência externa -, tem como um de seus corolários o princípio da ofensividade, que contempla não existir infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos perigo de lesão ao bem jurídico, atentando à delimitação do Direito Penal. De acordo com o ensinamento de Francesco Palazzo⁴⁶, o princípio da ofensividade ou lesividade deve ser observado em nível jurisdicional-aplicativo, para que o juiz exclua a subsistência do crime quando o fato, apesar de se apresentar em conformidade com o tipo penal, concretamente demonstrar-se inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.

Por sua vez, a dogmática do funcionalismo penal pretende abandonar o tecnicismo jurídico no enfoque da adequação típica para possibilitar ao tipo penal desempenhar sua efetiva função de mantenedor da paz social e aplicador da política criminal.

Para tal doutrina, o Direito Penal deve possibilitar o adequado funcionamento da sociedade, e isto é mais importante do que seguir a letra fria da Lei - sem, entretanto, desconsiderá-la totalmente, sob pena de autorizar a atuação arbitrária do Estado. O intérprete deve almejar a real vontade da Lei e empregá-la de forma plena.

No entanto, essa mitigação do texto legal encontra limites e, neste ponto, o funcionalismo apresenta várias concepções, das quais se destacam: 1) funcionalismo moderado, dualista ou de política criminal, delineado por Claus Roxin; e 2) funcionalismo radical, monista ou sistêmico, delineado por Günther Jakobs.

Conforme resumem Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi⁴⁷:

⁴⁶ *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 80.

⁴⁷ *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.

ROXIN afirma que o conceito de bem jurídico é prévio à lei penal, e determina ao legislador um critério político-criminal pelo qual escolherá as condutas que devem ser punidas e aquelas que não devem passar sob o crivo do sistema repressivo. Defende que a Constituição é delimitadora político-criminal do conceito de bem jurídico, na medida em que estabelece o caminho a ser seguido pelo legislador no momento da elaboração da lei penal, limitando o poder punitivo do Estado.

A Constituição como sendo limitadora do bem jurídico implica em duas conseqüências, segundo ROXIN: (a) a que a punição de meras imoralidades, sobretudo no campo do Direito Penal sexual, estariam excluídas; (b) bem como estariam excluídas as contravenções do âmbito do Direito Penal, já que seu objeto de proteção não é preexistente e sim criado pelo Estado, por isso não podendo ser conceituado como bem jurídico

Assim, Claus Roxin defende a existência de um bem jurídico, o qual deve ter sua delimitação estabelecida pela Constituição. O autor estabelece que há um conceito normativo de bem jurídico, mas não estático. Revela que o conceito está aberto às mudanças sociais e aos progressos do conhecimento científico, podendo ser alterado conforme a mudança de opinião da população⁴⁸.

Estabelece, outrossim, que o Direito Penal deve atuar apenas quando for indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, ou seja, se não for possível a tutela por outros ramos do ordenamento jurídico. O Estado deve utilizar outros ramos do Direito antes de aplicar o sistema repressivo, tendo em vista que o Direito Penal nem sempre é o mais adequado para a manutenção da estrutura social. Nesse sentido, enfatiza: “é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela”⁴⁹.

Jakobs, por sua vez, influenciado pelas ideias de Luhmann, contrapôs-se à posição tradicional da doutrina de que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, afirmando que se trata de um sistema autônomo, autorreferente e autopoietico, com regras próprias, às quais se submete, e cujo enfoque metodológico é a missão do Direito Penal, e não a essência dos objetos da dogmática. Os dois pilares básicos de sua perspectiva normativista estão construídos pela função preventiva geral positiva atribuída à pena e pelas normas jurídico-penais como objeto de proteção.

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, Tomo I – Fundamentos. La estructura de La teoria Del delito*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, p. 58.

⁴⁹ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3ª edição. Lisboa: Veja, 2004, p. 29.

Nesse diapasão, vale ressaltar o comentário de Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi⁵⁰:

Muito embora entenda que o direito penal não teria como função a proteção de bens jurídicos, inverídica é a afirmação de boa parte da doutrina brasileira de que JAKOBS se contraponha totalmente ao conceito de ROXIN. É o que se conclui diante da afirmação do próprio JAKOBS de que o bem jurídico teria como função abreviar o dano social do delito, e o que de fato seria importante é que o direito penal não puna aquela conduta que lesa algo que tem valor *de per se*, mas sim aquela ação que efetivamente traz prejuízos à sociedade.

Acreditamos que não seja possível adotar uma postura puramente positivista para definir a abrangência do tipo penal, uma vez que não é possível considerar a norma penal como uma abstração teórica, justificável exclusivamente por seu sistema interno de coerência, sem interessar qualquer influência externa. Se assim o fosse, diante do conceito aberto utilizado no dispositivo do Código Penal brasileiro⁵¹, qualquer ato humano de cunho sexual, por menor gravidade que apresentasse, como um beijo não consentido, configuraria o crime, o que não se pode admitir, pois se trata de crime hediondo com pena de reclusão de no mínimo seis anos. É necessário, portanto, considerar conjuntamente diversos princípios, como o da proporcionalidade, da ofensividade e da intervenção mínima.

Com efeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

⁵⁰ *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 52.

⁵¹ Vale ressaltar que, diferentemente do modelo adotado no Brasil (conceito aberto), alguns países, como a Espanha, optaram por um conceito fechado acerca do crime de estupro, definindo com exatidão quais atos sexuais configuram o crime (Código Penal espanhol – “Estupro. Art. 179. Quando a agressão sexual consista em acesso carnal por via vaginal, anal ou bucal, ou introdução de membros corporais ou objetos por alguma das duas primeiras vias, o responsável será punido como réu de estupro com a pena de prisão de 6 a 12 anos” – tradução livre). Tendo em vista que a análise das vantagens e desvantagens de um conceito aberto ou fechado poderia ser objeto de uma dissertação inteira, este trabalho restringiu-se a examinar a posição a ser adotada diante de um conceito aberto fornecido pelo Diploma Penal brasileiro. Todavia, sem a pretensão de esgotar ou aprofundar o tema, é possível apresentar uma breve análise sobre a questão. O conceito fechado acerca do crime de estupro exclui a possibilidade de interpretações e decisões conflitantes, uma vez que a lei define exatamente quais os atos que devem ser considerados criminosos. Por outro lado, referido conceito possibilita uma rápida desatualização da legislação e não abrange todos os atos que deveria, revelando-se deficitária, por ser impossível enumerar em um rol taxativo todas as condutas que não devem ser admitidas por um ordenamento jurídico. O Código Penal brasileiro, sem descuidar do princípio da legalidade, optou, em regra, por conceitos abertos que se demonstram por meio de termos como conjunção carnal, ato libidinoso, coisa alheia móvel. Vale dizer que esta opção o mantém vigente e aplicável desde 1940 a situações e problemas da sociedade moderna. Exemplifica-se: apesar de não existir no Brasil uma legislação específica para crimes cometidos na internet, realidade imprevista nos idos de 1940, os tradicionais conceitos abertos de furto, estelionato, difamação, injúria, dentre outros, são aplicáveis aos crimes cometidos na rede, justamente por não serem previsões específicas de determinada realidade. O sistema jurídico penal brasileiro, como regra, atribui o detalhamento e especificidades ao aplicador do Direito por meio de doutrina, súmulas e jurisprudência, essas sim capazes de acompanhar o dinamismo e constante evolução da sociedade.

A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em caso de lesões de maior gravidade (STJ. HC 50.863/PE. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. 6ª Turma. j. 04.04.2006).

Ainda sobre a questão, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (STF. HC 92.463/RS. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. j. 16.10.2007).

Deve-se ter em conta não ser possível olvidar-se da análise da sociedade atual, ou seja, para a punição pelo Direito Penal sexual é necessário perceber a sociedade pluralista atual, pois hoje o comportamento sexual é diferente daquele dos tempos remotos, a realidade atual apresenta uma gama de novas percepções, e o Direito deve acompanhar tal evolução para que condutas apenas aparentemente atinentes ao contexto do Direito Penal sexual não sejam punidas com o rigor criminal desnecessariamente. No mundo hodierno, a repressão deve ocorrer em relação às condutas que lesem a dignidade da pessoa humana.

Todavia, vale ressaltar que o uso dos princípios supramencionados não pode servir de alicerce para decisões arbitrárias e manifestamente contrárias à lei, como ocorreu no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sob o fundamento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, foi negada vigência ao artigo 214 (redação anterior à Lei nº 12.015/09), desclassificando a ação para o artigo 233 do Código Penal (ato obsceno), estabelecendo pena de reclusão de três meses à conduta do agente que constrangeu a vítima (menor e portadora de deficiência mental), mediante grave ameaça, a praticar consigo ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente em abaixar sua calça e a da vítima para encostar o pênis no ânus do ofendido. Referida decisão foi acertadamente reformada pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS E PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ATO OBSCENO. IMPOSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DA PROVA. ATO LIBIDINOSO CONFIGURADO.

1. Da análise singela dos autos, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, verifica-se que os fatos atribuídos ao recorrido caracterizam o crime de atentado violento ao pudor, atualmente incluído na redação do artigo 213 do Código Penal.

2. No caso, a denúncia aponta que o acusado teria constrangido a vítima – menor e portadora de deficiência mental – mediante grave ameaça, a praticar consigo atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tendo o Juiz de primeiro grau julgado procedente a exordial acusatória.

3. Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou vigência ao art. 214 do Código Penal (redação anterior à Lei nº 12.015/09), ao entender, com fundamento nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que a ação do recorrido "não alcançou estágio mais avançado que pudesse causar maior resposta ao padrão da culpabilidade", desclassificando a conduta para o art. 233 do mesmo diploma legal.

4. Ora, "não é admissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como ser mais justo e proporcional ao caso concreto, em razão da alegada menor gravidade da conduta, desclassifique o delito de atentado violento ao pudor para contravenção penal" (REsp 1.105.360/SC. Rel. Min. Felix Fischer., DJe 17/8/2009), ou qualquer outro delito menos grave.

5. Recurso especial a que se dá provimento para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória (STJ. REsp. 1.101.758/RS. Rel. Min. O. G. Fernandes. 6ª Turma. j. 03.08.2010).

CAPÍTULO 5 - TIPO SUBJETIVO

O crime é punível a título de dolo, ou seja, quando há vontade livre e consciente de constranger, obrigar, forçar, coagir alguém à conjunção carnal ou, após a reforma, a praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso.

Há autores que entendem que além do dolo é necessário o elemento subjetivo específico, consistente em obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso satisfazendo a lascívia. Argumentam que é o elemento subjetivo específico, calcado na satisfação da libido, que diferencia o crime de estupro do mero constrangimento ilegal (artigo 146, do Código Penal)⁵². Nesse sentido, ponderava Nelson Hungria⁵³:

Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, da parte do agente, uma expansão da luxúria, deixará de ter cunho libidinoso. Não pode existir ato libidinoso sem libidinosidade.

Outros, todavia, entendem que não há elemento subjetivo específico algum. O motivo que levou o agente a praticar o ato é irrelevante. Acreditam que não exista duplo caráter, objetivo e subjetivo, na elementar ato libidinoso. Assim, não exigem que a pessoa tenha a intenção de satisfazer sua lascívia, bastando a prática do ato. Nesse sentido⁵⁴:

O ânimo lúbrico do sujeito ativo, além de não constar do tipo penal do art. 214, já está abrangido pelo dolo do agente, não sendo imprescindível para a configuração do injusto, mesmo porque o autor do crime de atentado violento ao pudor pode agir motivado por outros propósitos – como o de humilhar a vítima, ou por intuito vingativo, e outros desígnios que não sejam o exclusivo fim de satisfazer a lascívia do agente, de contentar seu prazer sexual.

Acreditamos, juntamente com José Henrique Pierangeli, Magalhães Noronha, Galdino Siqueira, Julio Fabbrini Mirabete, Paulo José da Costa Júnior, bem como a jurisprudência majoritária, que, embora essencial que o agente atue com fim libidinoso, não se

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 16.

⁵³ *Comentários ao Código Penal*. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 133.

⁵⁴ FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.044.

faz necessário ele ter o intento de desafogar sua lascívia, uma vez que do tipo não se extrai qualquer exigência de conteúdo anímico do agente.

CAPÍTULO 6 - CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma com a prática do primeiro ato libidinoso envolvendo a vítima capaz de configurá-lo⁵⁵.

Tratando-se de conjunção carnal, o crime estará consumado com a introdução forçada, completa ou incompleta, do pênis na vagina da ofendida (*immissio penis in vaginam*). Basta, pois, a introdução parcial, não se exigindo o orgasmo ou ejaculação (*emmissio seminis*), tampouco o rompimento da membrana himinal. Aliás, em regra, antes da conjunção carnal já ocorrem atos libidinosos, que, por si sós, já caracterizam a consumação do delito.

Vale ressaltar que, no contexto acima mencionado (cometimento exclusivo de coito vaginal), os atos libidinosos praticados como prelúdio da cópula são absorvidos (princípio da consunção).

No tocante a outro ato libidinoso, a forma consumativa é mais ampla, pois as maneiras de cometimento do crime são diversificadas. Basta, então, a prática forçada do primeiro ato libidinoso envolvendo a vítima capaz de configurar o delito.

Para alguns, trata-se de crime de mera conduta, pois a Lei não faz alusão a qualquer resultado naturalístico⁵⁶. Para outros, trata-se de crime material, pois demanda resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento à liberdade sexual⁵⁷.

O crime admite tentativa, embora de difícil comprovação, pois alguém pode dar início à execução do crime e ver frustrada sua intenção por fatores alheios à sua vontade, como quando o agente constringe a vítima a acompanhá-lo a local ermo e lá é surpreendido determinando, mediante grave ameaça, que a vítima abaixe a calça, sem ter nela ainda tocado.

⁵⁵ Sustentou-se no Capítulo 4 deste trabalho não ser possível adotar uma postura puramente positivista para definir a abrangência do conceito de ato libidinoso. Deve-se, pois, considerar os princípios da proporcionalidade, ofensividade, intervenção mínima.

⁵⁶ ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

O delito é praticado em vários atos (crime plurissubsistente). É possível identificar, no mínimo, dois momentos: o inicial, em que há o emprego da violência física ou grave ameaça contra a pessoa, e o posterior, de natureza libidinoso, em que o ato de cunho sexual é praticado. Assim, há a possibilidade de fracionamento da conduta e, conseqüentemente, de reconhecimento do *conatus*.

Desta forma, identificada a tentativa, a pena do crime de estupro deve ser diminuída de um a dois terços, conforme a maior ou menor aproximação com a consumação. O Código Penal adotou como regra a teoria objetiva, ou seja, em razão de crime tentado oferecer menor agressão ao bem jurídico tutelado, sua pena deve ser proporcionalmente diminuída⁵⁸.

Vale lembrar que nada impede que, não havendo prosseguimento da execução do crime por vontade própria do agente, seja caracterizada a desistência voluntária. Neste caso, responderá o sujeito ativo apenas pelos atos até então praticados (artigo 15, Código Penal), podendo, dessa forma, responder, por exemplo, pelo crime de constrangimento ilegal.

Observa-se, por fim, que o convite ou a proposta à prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso não constitui começo de execução de crime de estupro, podendo, em tese, configurar a contravenção de importunação ofensiva ao pudor ou, eventualmente, o crime de assédio sexual (artigo 216-A, Código Penal), conforme o caso.

⁵⁸ Excepcionalmente o Código Penal adota a teoria subjetiva, ou seja, pune com a mesma pena o crime tentado e o consumado em razão de em ambos existir a mesma vontade do agente. São os chamados crimes de atentado, que são expressamente previstos na Lei, como no artigo 352 do Código Penal. Ressalta-se que este não é o caso do crime de estupro, que, como mencionado, deve ter sua pena diminuída conforme a maior ou menor aproximação da consumação.

CAPÍTULO 7 - SUJEITOS DO CRIME

7.1. Sujeito ativo

Antes da reforma proporcionada pela Lei nº 12.015/09, somente o homem podia ser sujeito ativo do crime de estupro - tratava-se de crime próprio -, porque a norma penal tipificava a conduta de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Destarte, só o homem poderia manter com a mulher conjunção carnal, que é o coito normal (introdução do pênis na vagina). A mulher, lésbica, se violentasse outra mulher, não estaria praticando crime de estupro, mas de atentado violento ao pudor, previsto no revogado artigo 214, pois não se poderia falar em cópula vagínica, mas em mera prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Questão polêmica, antes da reforma, era a da conjunção carnal praticada mediante instrumento genital posição pela mulher. Entendia a maioria da doutrina que não havia conjunção carnal, uma vez que não existia o encontro de órgãos naturais, ou seja, a conjunção de carnes. Era a hipótese enquadrada no tipo do atentado violento ao pudor.

Antes da alteração, a mulher apenas respondia pelo crime de estupro se atuasse como coautora, *partícipe* ou autora mediata do delito.

A mulher poderia ser responsabilizada como coautora do crime de estupro quando concorresse eficazmente para sua consumação, ainda que não tivesse mantido relações sexuais com a vítima. Desta forma, se ela constrangesse a vítima praticando a violência ou a grave ameaça descritas no tipo para que um homem a penetrasse, estaria atuando como coautora.

Atuaria como *partícipe* do crime de estupro na hipótese de realizar ação acessória para obter um resultado comum. Assim, se a mulher induzisse, instigasse ou auxiliasse secundariamente um homem a cometer o crime, responderia como *partícipe* do delito.

Por fim, atuaria como autora mediata quando, por meio de um terceiro não culpável, o executasse, ou seja, por meio de um terceiro alienado, débil mental, ou sob coação irresistível, por exemplo, praticasse a conduta.

Hoje, após as modificações operadas pela Lei nº 12.015/09, podem ser sujeitos ativos tanto o homem como a mulher. Trata-se, pois, de crime comum, sem nenhuma restrição típica, podendo ser praticado por qualquer pessoa, de qualquer sexo.

Destarte, é possível que se configure o estupro entre dois homens, entre duas mulheres ou entre pessoas de sexos opostos.

Importante também mencionar a questão acerca da possibilidade de um cônjuge praticar o crime contra o outro. Autores mais antigos, diante do dever de relacionamento sexual entre os cônjuges advindo do casamento, defendiam não existir o crime de estupro. Segundo Nelson Hungria, poder-se-ia transigir com essa solução, para não identificar na hipótese fática o estupro, desde que se reprimisse, isoladamente, a violência física empregada⁵⁹.

Ainda sobre esta premissa, Manfredini propunha a mesma questão no caso de o agente conviver com a ofendida *more uxório*. Entendia o penalista italiano que o concubino, pela constância da prestação sexual mútua, passava a ter um *jus possessionis* em relação à mulher. Por este motivo, também não haveria que se falar em estupro.⁶⁰

Outros autores, por sua vez, ensinavam que, caso a negativa se apoiasse em motivo justo, haveria crime. Seriam, por exemplo, as hipóteses de o marido se encontrar com doença venérea ou ser portador de uma moléstia grave e contagiosa; de a mulher estar doente, menstruada, ou no período pós-parto (impossibilitada de manter relacionamento sexual, portanto). A mulher também poderia negar-se a realizar o ato sexual por razões morais, tais como saber que o marido teve, pouco antes e no mesmo dia, relações sexuais com prostituta ou amante, ou a hipótese de manter relações sexuais no dia da morte do próprio filho. A solução dependeria do caso concreto.

⁵⁹ *Comentários ao Código Penal*. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 116.

⁶⁰ Manfredini. *Delitti contro la moralità pubblica*, p. 132 *apud* COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal – Parte Especial*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 101.

A maioria dos autores modernos, todavia, entende que o melhor posicionamento acerca da questão é de que ocorre estupro sempre que houver constrangimento de um cônjuge, mediante violência ou grave ameaça, para a realização da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, por constituir o fato abuso de direito.

Nesse sentido, ensina Celso Delmanto⁶¹:

(...) o crime de estupro nada mais é do que o delito de constrangimento ilegal (CP, artigo 146), mas visando à conjunção carnal, sendo que esta, por si mesma, não é crime autônomo. Assim, embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o **constrangimento ilegal** empregado para realizar a conjunção carnal à força **não constitui exercício regular de direito** (CP, artigo 23, inciso III, 2º parte), **mas sim, abuso de direito**, porquanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges.

Embora a conjunção carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e criminosa a coação para a prática do ato, por ser incompatível com a dignidade da pessoa humana, com o direito à inviolabilidade de seu corpo, bem como com a respeitabilidade do lar. Apesar de o casamento gerar o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, para o ato sexual. Não fica o cônjuge, em razão do casamento, sujeito aos caprichos do outro em matéria sexual, obrigado a manter relações sexuais quando e onde este quiser. Não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual. Como remédio ao cônjuge rejeitado injustificadamente caberá apenas o divórcio.

Assim, sempre que não houver o consentimento para conjunção carnal ou outro ato libidinoso e, mediante violência ou grave ameaça, um cônjuge constranger o outro ao ato sexual, caracterizar-se-á o crime de estupro.

Com efeito, diante da nova redação dada ao inciso II do artigo 226 pela Lei nº 11.106/05, o estupro praticado pelo marido ou companheiro contra a esposa ou companheira passou a ser punido mais severamente, com o aumento da pena de metade.

⁶¹ *Código Penal comentado*. 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2002, p.459.

Por fim, vale mencionar que a prova do crime de estupro deve sempre ser analisada com minúcia e cautela, em especial nesses casos em que o delito ocorre entre cônjuges ou companheiros. Isto porque, muitas vezes, as supostas vítimas fazem afirmações inverídicas com o escopo de atingir finalidades vedadas pelo ordenamento jurídico em benefício próprio ou apenas com o intuito de prejudicar aquele a quem atribuem a infração penal de cunho sexual. Assim, são exemplos a ex-mulher que diz ter sido estuprada pelo ex-marido apenas por ressentimento; o genitor que imputa à genitora a prática de atos libidinosos com o filho comum para a obtenção da guarda da criança; a prostituta que imputa o crime ao cliente por desinteligência quanto ao valor do programa; e outras inúmeras hipóteses.

Dessa forma, o aplicador do Direito deve sempre analisar pormenorizadamente e com cautela todas as provas existentes em cada caso concreto, pois se trata de imputação de crime hediondo⁶², com punição severa.

A prova do crime de estupro nem sempre é tarefa fácil, por se tratar de ato clandestino, realizado às ocultas, que nem sempre deixa vestígios.

Ainda assim, é possível identificar alguns tipos de provas costumeiras quando o assunto é o delito de estupro. Sua valoração e suficiência para o édito condenatório variam conforme a situação específica.

O depoimento da vítima merece ter grande valor probatório, pois crimes contra a dignidade sexual, por sua própria natureza, em regra não são cometidos na frente de testemunhas, razão pela qual a palavra do ofendido assume vital importância no esclarecimento do ocorrido. Ademais, a vítima, em regra, não tem razão para incriminar falsamente o agressor, principalmente se considerarmos que para tal incriminação ela expõe para delegado, promotor de justiça, juiz uma grave violação de sua dignidade, geralmente vexatória e traumatizante. Nesse sentido:

Os crimes contra os costumes são dos que se procura cometer entre quatro paredes às ocultas, horas mortas, sem vigília de ninguém. Bem por isso as vítimas são suas grandes testemunhas. Descrer delas, só quando se

⁶² Vale lembrar que a alteração inserida no artigo 1º, inciso V, da Lei 8.072/90, foi significativa para terminar com a anterior discussão a respeito da hediondez do delito de estupro na forma simples. Confirmou-se a posição majoritária da doutrina e jurisprudência: o estupro, em qualquer de suas modalidades, é crime hediondo.

arregimentam elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional (TJ/SP. AC. Rel. Des. Geraldo Roberto. RT 455/332).

Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida têm valor probante, máxime quando encontram apoio em elementos de prova existentes nos autos (TJ/SC. AC. Rel. Des. Aloysio de Almeida. RT 614/336).

Em tema de delitos sexuais é verdadeiro truísmo dizer que quem pode informar da autoria é quem sofreu a ação. São crimes que exigem o isolamento, o afastamento de qualquer testemunha, como condição mesma de sua realização, de sorte que negar crédito à ofendida quando aponta quem a atacou é desarmar totalmente o braço repressor da sociedade (TJ/SP. AC. Rel. Des. Acácio Rebouças. RT 442/380).

Tendo em vista que em muitas oportunidades o crime de estupro deixa vestígios, o exame pericial também pode ser excelente aliado para a busca da verdade real.

A perícia pode detectar as provas de violência ou de luta apresentadas pela vítima nas mais diversas regiões do corpo: equimoses e escoriações, mais evidenciadas nas faces internas das coxas, nos braços, na face, derredor do nariz e da boca – como tentativa de fazer calar os gritos da vítima -, escoriações na face anterior do pescoço - quando existe a tentativa de esganadura ou como forma de amedrontamento⁶³.

Além disso, a presença de espermatozoides no fundo da cavidade vaginal é prova incontestável da cópula vagínica. Mesmo em hipóteses em que não há espermatozoides, seja pela ausência de ejaculação, seja pelo fato de o agente ser vasectomizado, Genival Veloso de França⁶⁴ ensina que é possível, na primeira situação, detectar células epiteliais (epidérmicas) masculinas, oriundas do pênis, no lavado vaginal e que no segundo caso – agente vasectomizado – é possível constatar a ejaculação no fluido vaginal.

O exame físico também pode detectar se houve coito anal violento por meio da presença de espermatozoides ou da análise de equimoses e sufusões (*rágades*) na margem do ânus, escoriações, hemorragias por roturas ou esgarçamento das paredes anorretais e perineais, congestão e edemas das regiões circunvizinhas, infecções secundárias, dilatação brusca do ânus, dentre outros.⁶⁵

⁶³ FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina legal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004, p. 222.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 222.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 224.

Por fim, entre diversas outras perícias possíveis, encontra-se a possibilidade de realização do exame das vestes das vítimas do crime, principalmente à procura de sangue ou esperma como meio de apontar a violência e o ato.

7.2. Sujeito passivo

Antes da reforma, somente a mulher poderia ser sujeito passivo do crime de estupro, uma vez que apenas ela poderia ser obrigada a realizar cópula vaginal. A cópula anal e outros atos libidinosos praticados contra homens, com violência ou grave ameaça, configuravam o crime de atentado violento ao pudor.

Diante desta realidade em que apenas a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, diversas questões eram debatidas na doutrina e jurisprudência.

Uma das discussões que se colocava era se transexuais que efetuaram cirurgia para mudança de sexo poderiam figurar como vítima deste crime. Apesar de opiniões em contrário, entendia-se que sim, uma vez que eram capazes de sofrer conjunção carnal, ou seja, introdução do pênis na vagina, assim definida como canal que se estende entre o colo do útero e a vulva, pouco importando, para efeitos penais⁶⁶, a existência ou não de órgãos internos femininos, como, por exemplo, o útero.

Outro tema controverso antes da reforma legislativa dizia respeito à questão de o homem ser constrangido, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, a praticar com mulher conjunção carnal. Sobre o tema, a doutrina se dividia.

Uma primeira corrente, defendida, entre outros, por Julio Fabbrini Mirabete⁶⁷, entendia que a mulher responderia pelo crime de constrangimento ilegal (artigo 146, Código Penal). Argumentavam os adeptos desta posição que não poderia responder pelo crime de estupro, uma vez que só homem poderia praticá-lo e somente a mulher poderia ser sujeito passivo. Também não poderia responder por atentado violento ao pudor, porque o artigo 214

⁶⁶ Para efeitos civis, tal distinção possui relevância, tendo em vista o instituto do casamento, o intuito de reprodução, entre outras questões que cercam o tema.

⁶⁷ *Manual de direito penal – parte especial*. v. 2. 24ªed. São Paulo: Atlas, p. 418.

era expresso ao dizer “(...) ato libidinoso diverso da conjunção carnal (grifo nosso)”. Nesse sentido⁶⁸:

se tiver sido praticada somente a conjunção carnal, o fato se enquadrará na norma do artigo 146 do código penal, uma vez que não é possível o emprego de analogia em norma incriminadora, com o fim de prejudicar o agente. Se a lei usa a expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, não há como entender que a conjunção carnal é elemento do tipo. Por outro lado, se, além da relação sexual, forem praticados outros atos de libidinagem, aí sim responderá a mulher como autora de atentado violento ao pudor. À vista disso, conclui-se que, em face da omissão do legislador, houve tratamento mais brando nessa hipótese do que em relação ao estupro cometido por homem contra a mulher, distorção que não pode ser corrigida devido ao princípio da reserva legal.

Uma segunda corrente, defendida, entre outros, por Nelson Hungria, entendia que a mulher responderia por atentado violento ao pudor, não obstante a ocorrência de conjunção carnal, pois, mesmo abstraindo-se esta, já o simples contato do pênis com a vulva representaria ato libidinoso⁶⁹.

Todavia, após as modificações realizadas pela Lei nº 12.015/09 essas questões perderam sentido, uma vez que atualmente qualquer pessoa pode ser vítima do crime, conforme se afere da nova redação do artigo 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”.

Verifica-se, destarte, que a Lei nova ampliou o polo passivo do crime de estupro. Hoje, o dispositivo penal tutela a dignidade sexual da mulher e do homem, ou seja, ambos têm o direito de se negar à prática da conjunção carnal ou outros atos libidinosos que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento de qualquer pessoa, inclusive do cônjuge.

Ao que parece, o legislador se rendeu ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, usualmente denominava de “estupro” o que na vigência da legislação anterior seria concebido por atentado violento ao pudor, a exemplo da hipótese de um homem ser violentado sexualmente. Agora, não importa se o sujeito passivo é do sexo feminino ou do

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, v. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 06.

⁶⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 130.

masculino, pois, se houver o constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do artigo 213 do diploma repressivo, estar-se-á diante do crime.

O Código Penal de 1830 falava em mulher honesta e o de 1890 estabelecia, em seu artigo 268, §1º, uma pena mais branda se a ofendida fosse prostituta. Hoje, no entanto, o atual diploma não faz tal distinção, tampouco exige qualquer qualidade especial para que uma pessoa seja vítima de estupro. Isto porque nenhuma qualificação que possua a vítima anula o direito de dispor do próprio corpo quando e como bem quiser.

Vale salientar, no entanto, que se a vítima do estupro for menor de 18 e maior de 14 anos, a pena de reclusão será maior (de 8 a 12 anos). Outrossim, se o agente realizar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, configurar-se-á o crime de estupro de vulnerável, descrito no artigo 217-A.

Outro importante tema a ser analisado em relação ao sujeito passivo é o que concerne ao dissenso à prática do ato, ou seja, é preciso a falta de consentimento sincero e positivo quanto à realização da conjunção carnal ou outros atos libidinosos. A resistência deve ser inequívoca e veemente, demonstrando a vontade da vítima de evitar o ato desejado pelo agente.

Os práticos sustentam que deve haver uma resistência séria e constante. Séria por dever exprimir uma vontade decisivamente contrária. Constante, vale dizer, por ser mantida até o derradeiro momento. Importa, pois, que não haja a adesão à vontade do agente.

Ressalte-se, conforme a lição de Julio Fabbrini Mirabete, que não faz desaparecer o delito de estupro o fato posterior suscetível de fazer presumir o consentimento, como quando a vítima aceita dinheiro ou outra recompensa após a conjunção carnal forçada; ou se a violência foi praticada originariamente para fim diverso (roubo, extorsão, etc.). Todavia, a violência praticada durante a conjunção carnal consentida (atentado sádico) não configura o crime sexual, mas, eventualmente, lesão corporal ⁷⁰.

⁷⁰ *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. v. 2. 24ª ed. São Paulo: Atlas, p. 409.

O comportamento passivo da vítima não necessariamente descaracteriza o crime, pois muitas vezes o temor causado pode ocasionar a paralisação dos seus movimentos, ou ela pode, em decorrência do pânico provocado, perder os sentidos e desmaiar.

Vale mencionar que não se exige heroísmo, levando a resistência às últimas consequências. Não se exige atitude de mártir, ou seja, de quem em defesa de sua honra deva arriscar a própria vida. Não consente, por exemplo, a vítima que se entrega ao estuprador por exaustão de suas forças ou por medo.

Ilustrando a situação acima, Guilherme de Souza Nucci diz⁷¹:

se a mulher, levada para lugar ermo, sob ameaça de arma de fogo, prestes a sofrer conjunção carnal forçada, pedir ao agente que utilize preservativo, é evidente que há estupro e não relação consensual. Afinal, percebendo ser inútil qualquer reação, mais prudente se torna precaver-se, pelo menos, de doenças sexualmente transmissíveis, algumas fatais (como a AIDS).

Diante da impossibilidade de conter a ação do estuprador, o pedido da vítima para que o agente utilize preservativo, com o intuito de diminuir as consequências do ato, não importa seu consentimento. O crime continua configurado, pois, conforme mencionado, não se exige heroísmo da vítima, tampouco que ela se exponha a doenças sexualmente transmissíveis para que seja caracterizado o estupro. Sob essa ótica, é curial afastar todo tipo de preconceito e posições hipócritas, pretendendo defender uma resistência sobre-humana por parte da vítima, a fim de comprovar o cometimento do estupro.

Ao contrário de demonstração de concordância, o pedido de uso de preservativo mostra-se prudente para evitar o contágio de doença venérea ou mesmo a possibilidade de engravidar. Nota-se que tais preocupações são tão pertinentes que o próprio legislador passou a se ocupar do assunto ao inserir dentre as causas de aumento da pena o resultado gravidez ou transmissão de doença.

Assim, o pedido de uso de preservativo não implica o consentimento da vítima ao ato. Muito pelo contrário, a sua falta de utilização pode resultar em aumento de pena.

⁷¹ *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 760.

O grau de resistência do ofendido deve ser avaliado sob critérios sensatos, sem exigência de atitude heroica. O importante é ter em mente que o dissenso da vítima é fundamental para que se configure o delito.

Acerca do consentimento da vítima, vale ainda mencionar a questão das denominadas “pulseiras do sexo”. Trata-se de um jogo sexual que veio da Inglaterra e está se difundindo no Brasil. Consiste no uso de pulseiras de silicone, sendo que cada cor indica o ato que a pessoa que a utiliza está disposta a praticar com aquele que conseguir retirar a pulseira de seu braço.

Nesse diapasão, faz-se necessário distinguir algumas situações: 1) pessoa maior de 14 anos que pratica o ato sexual prometido pelo uso da pulseira, sem haver qualquer tipo de violência ou grave ameaça; 2) pessoa maior de 14 anos que, apesar de usar a pulseira, nega-se veementemente à prática do ato sexual; 3) pessoa menor de 14 anos que pratica o ato sexual prometido pelo uso da pulseira, sem qualquer violência ou grave ameaça; 4) pessoa menor de 14 anos que, apesar de usar a pulseira, nega-se à prática do ato sexual.

Evidente que a primeira situação proposta não configura o crime de estupro, por haver o consentimento da pessoa que utiliza a pulseira. Diferente é a segunda hipótese em que, se o agente, mediante violência ou grave ameaça, constranger o usuário da pulseira ao ato sexual, configurar-se-á o crime de estupro. A terceira situação proposta, conforme o que estabelece o artigo 217-A, configura o crime de estupro de vulnerável, pois a Lei estabelece que o consentimento do menor de 14 anos não é válido⁷². Por fim, a última situação não gera dúvida acerca da configuração do crime previsto no artigo 217-A, com violência real ou grave ameaça.

⁷² Vide Capítulo 96.

Vale ressaltar que na terceira situação é possível haver o erro de tipo essencial que, quando escusável, exclui o dolo e a culpa e, quando inescusável, exclui somente o dolo. Considerando que o crime de estupro de vulnerável possui como elemento subjetivo somente o dolo (não se punindo a forma culposa), conclui-se que o erro de tipo essencial, ou seja, aquele que incide sobre elementares ou circunstâncias do crime, de forma que o agente não tenha consciência de que está cometendo um delito ou incidindo em alguma figura qualificada ou agravada, sempre afasta a punição pelo crime de estupro de vulnerável, uma vez que o erro de tipo (escusável ou inescusável) sempre afasta o dolo e o crime do artigo 217-A somente é punível a este título.

Assim, em todos os casos de estupro de vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental sem discernimento ou acometido de outra causa de redução da capacidade de resistência) é fundamental a abrangência do dolo do agente. O autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer dessas situações descritas no artigo 217-A. Se tal não se der, ocorre o erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, uma vez que inexistente a forma culposa.

Por fim, vale ressaltar a correlação da culpabilidade entre a vítima e o infrator, ou seja, relacionar a conduta do agente com a atitude da vítima, pois, em alguns casos, há uma relação inversa entre a culpabilidade do agressor e a do ofendido.

Embora o tipo penal do estupro não faça referência a nenhum resultado advindo do comportamento do sujeito passivo, bem como a legislação não exija qualquer qualidade especial para ser sujeito passivo do crime em tela, em algumas ocasiões o comportamento da vítima deve ser considerado. Nesse sentido, estabelece o artigo 59 do Código Penal:

Artigo 59. O juiz, atentando, à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao **comportamento da vítima**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I- as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV- a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifos nossos)

Evidente que o fato de a vítima, por exemplo, usar roupas provocantes não retira o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual. Privar esta vítima de proteção seria tolher sua liberdade sexual, bem como sua liberdade de escolha com relação à prática de atos sexuais.

Sob esta premissa, também caracteriza o crime de estupro a situação em que a pessoa permite um relacionamento mais íntimo, todavia, ao negar-se à conjunção carnal ou outro ato libidinoso, o parceiro, mediante violência ou grave ameaça, a constrange à realização do ato. Neste caso, contudo, deveria, a fim de não quantificar da mesma maneira casos diferentes, a dosimetria da pena ser inferior à de um agente que, por exemplo, aborda a vítima na rua, obriga-a a acompanhá-lo para um lugar ermo, e ali a estupra.

Dentre os diversos critérios valorativos para determinar a imputação a tipo penal, não é a observância da autocolocação em perigo da vítima que deve ser elemento fundamental para a tipificação ou não da conduta, mas a verificação da presença ou não do consentimento para a prática de atos sexuais. Esta é a análise fundamental para determinar a existência ou não do crime. O consentimento, nos delitos contra a liberdade sexual, atua como causa de exclusão da tipicidade⁷³, pois, quando permitido pelo ordenamento jurídico - que reconhece a capacidade de disposição do titular do bem jurídico -, o consentimento significa que a pessoa assente para que haja interferência da conduta de terceiro na esfera de um bem jurídico seu. Nessa seara⁷⁴:

(...) o consentimento do ofendido pode ser considerado a base de todo sistema desses crimes, sendo o primeiro referencial para o legislador na tarefa de tipificar condutas e, principalmente, para o intérprete na concretização do fenômeno da subsunção típica.

⁷³ “Vários são os argumentos utilizados para considerar o consentimento como causa de exclusão de tipicidade e não como causa de justificação. O argumento decisivo, para, ROXIN, que justifica a aceitação de todo o consentimento eficaz é causa de exclusão de tipicidade, está baseada na teoria liberal do bem jurídico, referida a pessoa humana. Para essa teoria, os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento de cada indivíduo no contexto social. Sendo assim, jamais poderá existir qualquer tipo de lesão “quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não reduz seu desenvolvimento, senão, pelo contrário, constitui expressão”, optar de forma contrária é confundir objeto material com objeto jurídico”. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo:Atlas, 2010, p. 92.

⁷⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel, *op. cit.*, p. 76.

Assim, para a caracterização do crime de estupro independe a análise sobre se foi ou não o comportamento da vítima que incitou o agente a praticar o crime. A autocolocação em perigo não se confunde com o consentimento da vítima. Destarte, a análise do comportamento do ofendido deve ser realizada para a aplicação da pena, e não para tipificar ou não a conduta, sob pena de se responsabilizar a vítima criando critérios supralegais de atipicidade.

Todavia, o tema sobre a autocolocação da vítima em risco não é pacífico, e tem sido objeto de debates, principalmente na Alemanha, requerendo um estudo aprofundado que foge do alcance dessa exposição. O problema é saber até que ponto o comportamento de quem se arrisca converte a conduta do terceiro em um risco juridicamente permitido, excluindo, portanto, a imputação.

No caso específico proposto neste tópico da dissertação, acreditamos que a conduta de constranger, mediante violência ou grave ameaça, a ato sexual não consentido, ainda que a vítima tenha permitido anteriormente um relacionamento mais próximo com o agente, há a caracterização do crime.

CAPÍTULO 8 - CONCURSO DE CRIMES

8.1. Estupro e estupro:

Com a revogação do artigo 214 e o novo tipo penal do artigo 213, que englobou os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal, surgiram algumas questões referentes à possibilidade de existir concurso de delitos entre essas condutas.

Inicialmente, é importante lembrar que a revogação do artigo 214 não proporcionou o fenômeno denominado *abolitio criminis* (supressão da incriminação que gera a extinção da punibilidade), porquanto o comportamento definido anteriormente nesta norma penal sob a rubrica de atentado violento ao pudor fora incorporado ao conceito de estupro. Houve, pois, a fusão de dois dispositivos penais em apenas um.

Com efeito, operou-se o que alguns autores denominam continuidade normativo-típica, ou, para outros, continuidade típico-normativa da conduta, uma vez que a nova descrição dos elementos do atual artigo 213 do Código Penal mantém a antiga conduta prevista no revogado artigo 214. Portanto, não há dúvida de que o tipo legal do estupro hoje engloba as duas condutas anteriormente previstas em dois dispositivos autônomos. Nesse sentido:

Nova definição legal dada aos crimes sexuais pela Lei nº 12.015/09. Delito de estupro que passou a abranger a figura típica do antigo art. 214 do CP (atentado violento ao pudor). Conduta que permanece criminalizada (TJ/RS. RvCrim. 70030727788/2009. Rel. Des. Danúbio Edon Franco. 4º Grupo de Câmaras. j. 28.8.2009).

Referida ressalva é de extrema relevância, pois se tivesse ocorrido a extinção da figura penal pela superveniência da Lei nº 12.015/09, tal alteração retroagiria (artigo 2º do Código Penal e artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal), fazendo desaparecer todos os efeitos penais, principais e secundários, bem como a presente discussão acerca do concurso de crimes.

O concurso de crimes sexuais sempre foi questão controvertida.

Heleno Cláudio Fragoso⁷⁵ acreditava que o estupro não poderia concorrer com o atentado violento ao pudor. Argumentava ser este sempre uma ofensa menor ao mesmo bem jurídico, configurando-se, assim, um crime progressivo.

Todavia, Júlio Fabbrini Mirabete⁷⁶ e a maioria da doutrina defendiam que a hipótese de o agente praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal comportaria duas situações: (a) se as carícias preliminares estivessem dentro do mesmo desdobramento causal da subsequente conjunção carnal, haveria absorção do atentado violento ao pudor pelo estupro por força do princípio da consunção, funcionando os atos anteriores como meio necessário e atos preparatórios da relação sexual posterior; (b) se, entretanto, os atos libidinosos fossem bem destacados da conjunção carnal, tratando-se de mais um ato e não simplesmente de prelúdio da cópula vagínica, responderia o agente pelos dois crimes em comento, mesmo em se tratando de situação de tempo e lugar semelhantes (por exemplo, o agente que submetesse a vítima à prática de conjunção carnal e, em seguida, à prática de coito anal). Nesta última situação, a prática anormal não se encontraria na linha de desdobramento causal do estupro, tratando-se de ato independente e, dessa forma, comportando o concurso de crimes. Nesse sentido existiam decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo:

(...) acusados que após estuprarem a vítima com ela praticarem atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Delitos, portanto, autônomos. Quando o ato libidinoso se destaca como perversão, fora do prelúdio para a conjunção carnal, passa a constituir entidade autônoma, a prevista no artigo 214 do CP (TJ/SP. AC. Rel. Des. Camargo Sampaio. RT 513/379).

(...) nem se argumente que o delito de atentado violento ao pudor estaria absorvido pelo estupro, porquanto, em verdade, não se trata de crimes da mesma espécie e a “fellatio in ore” não constitui mero prelúdio da conjunção carnal, até porque foi posterior (TJ/SP. AC. Rel. Des. Jarbas Mazzoni. RJTJSP 126/461 e RT 652/275).

Reconhecida a existência de dois contextos distintos e, portanto, de crimes autônomos, também havia divergência na doutrina e jurisprudência acerca do concurso a ser reconhecido: material, formal ou crime continuado.

⁷⁵ *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. v. 3. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 06.

⁷⁶ *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. v.2. 24ª ed. São Paulo: Atlas, p. 411.

Havia posicionamento minoritário que entendia que, sendo o estupro e o atentado violento ao pudor crimes contra os costumes e visando, um e outro, a satisfação do instinto sexual mediante violência, tratava-se de continuação delituosa, sobretudo se praticados contra a mesma vítima.

Entretanto, a maioria da doutrina e jurisprudência considerava inaceitável tal continuidade. Defendia não serem crimes da mesma espécie, pois os desígnios eram diversos: no estupro o fim era a prática da conjunção carnal; já no atentado violento ao pudor, o fim era diferente. Nesse sentido:

Embora do mesmo gênero, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor não são da mesma espécie, o que afasta a continuidade e corporifica o concurso material. Habeas Corpus conhecido; pedido indeferido (STJ. HC 10.162. Rel. Min. Edson Vidigal. 5ª Turma. j. 02.09.1999, p. 106. No mesmo sentido: STF. HC 74.630/ MG. Rel. Min. Ilmar Galvão. 1ª Turma. DJU, 7.3.1997).

Acreditava-se que somente poderia ser reconhecida a continuidade delitiva se houvesse a prática de diversos estupros, na forma simples ou qualificada, tentados ou consumados; ou diversos atentados violentos ao pudor, na forma simples ou qualificada, tentados ou consumados.

Além disso, havia quem entendesse tratar-se não de crime continuado, nem de concurso material, mas sim formal, pois o agente, mediante uma só ação, praticava dois crimes.

Por fim, a doutrina e jurisprudência majoritárias defendiam o entendimento de que o agente, mediante mais de uma ação, praticava mais de uma infração, configurando-se, destarte, o concurso material de crimes. Neste sentido:

Estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra a mesma vítima. Crimes de espécies diferentes. Configuração do concurso material de crimes e não do crime continuado. (...) Se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal não configura elemento constitutivo, conduta inicial ou meio para a realização do crime de estupro, deve o agente responder por este e pelo crime de atentado violento ao pudor. Nesse caso, por se tratarem de crimes de espécies diferentes, aplica-se a regra do concurso material (CP, artigo 69), ainda que cometidos contra a mesma vítima. Recurso conhecido e provido (STJ. REsp. 303.246/RS. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. 5ª Turma. j. 23.04.2002. DJ, 10.6.2002. p. 244).

Penal e processual penal. Recurso especial. Estupro e atentado violento ao pudor contra a mesma vítima. Concurso material. Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de **praeludia coiti**, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da mesma espécie e homogeneidade de execução (STJ. Resp. 297.581/SP. Rel. Min. Félix Fischer. 5ª Turma. j. 01.10.2002. DJ, 04.11.2002. p. 227).

(...) é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prática, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de estupro e atentado violento ao pudor, não configura hipótese de continuidade delitiva, mas, sim, de concurso material, dada a desarmonia de espécie dos crimes considerados. Recurso conhecido e parcialmente provido (STJ. Resp. 227.437/SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ, 23.6.2003. p. 451).

Hoje, após da reforma do Código Penal no tocante aos crimes sexuais, discute-se se o novo artigo 213 é um tipo misto alternativo ou um tipo misto cumulativo.

Guilherme de Souza Nucci, posicionou-se, em recente obra, a favor da alteração da interpretação anterior, considerando o atual dispositivo penal como um tipo misto alternativo e, conseqüentemente, entendendo tratar-se de um crime único caso o autor do delito pratique, na mesma vítima, ambas as condutas descritas no tipo penal. Nas palavras do autor⁷⁷:

O concurso de crime altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima. No caso supra mencionado, merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal.

Para os que assim entendem, a Lei nº 12.015/09 é norma penal benéfica, pois, sob essa orientação, quem comete a conjunção carnal e outro ato libidinoso qualquer contra a mesma vítima, no mesmo cenário, pratica um único delito, cuja pena mínima é de seis anos e máxima de dez anos de reclusão. Antes, como já mencionado, os Tribunais pátrios, em sua

⁷⁷ *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

maioria, inclinavam-se pela posição segundo a qual a prática de estupro e atentado violento ao pudor, implicava o concurso material, por serem crimes de espécies diferentes, e, dessa forma, aplicava-se o mínimo de 12 anos de reclusão quando ambos eram cometidos.

Assim, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, em se adotando esse entendimento a Lei nova deve retroagir para atingir fatos anteriores, mesmo que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Em sentido contrário, Vicente Greco Filho, em artigo recentemente veiculado, intitulado “Uma interpretação de duvidosa dignidade”, defende ser o artigo 213 um tipo misto cumulativo, e, conseqüentemente, possível o concurso material de crimes na hipótese de agente praticar a conjunção carnal e outros atos libidinosos contra a vítima. Explica o autor⁷⁸:

Assim, o tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexo causal, teremos, então, delitos autônomos.

(...)

A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.

Não houve, pois, *abolitio criminis*, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos.

⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*. Artigo disponível em vários sítios da internet, dentre os quais: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>. Último acesso em 04/02/2011.

A divergência não é apenas doutrinária. A jurisprudência também está dividida.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o novo crime de estupro constitui tipo misto cumulativo, devendo, destarte, as condutas serem punidas individualmente, somando-se as penas. O entendimento é de que as condutas de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, embora reunidas em um mesmo artigo de Lei, com uma só cominação de pena, serão punidas individualmente se o agente praticar ambas, pois se tratam de ações distintas.

Considera também ser impossível reconhecer a continuidade delitiva entre as ações que antes tipificavam o estupro e o atentado violento ao pudor. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o legislador tê-las inserido num só artigo da Lei. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. EXPERIÊNCIA DAS VÍTIMAS. CRIME HEDIONDO. LEI Nº 12.015/2009. ARTS. 213 E 217-A DO CP. TIPO MISTO ACUMULADO. CONJUNÇÃO CARNAL. DEMAIS ATOS DE PENETRAÇÃO. DISTINÇÃO. CRIMES AUTÔNOMOS. SITUAÇÃO DIVERSA DOS ATOS DENOMINADOS DE PRAELUDIA COITI. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE (...)

IV - A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novel tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo.

V - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, *de per se*, a forma mais reprovável da incriminação.

VI - Sem embargo, remanesce o entendimento de que os atos classificados como “praeludia coiti” são absorvidos pelas condutas mais graves alcançadas no tipo.

VII - Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras. Ordem denegada (STJ. HC 104724/MS. Rel. Min. Jorge Mussi. 5ªTurma. j. 22.06.2010).

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.º, § 2.º DA LEI N.º 8.072/90.

1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um **tipo misto cumulativo**, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).

2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.

3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como “praeludia coiti” – e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2.º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional.

5. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena (STJ. HC 78667/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª Turma. j. 22.06.2010).

A posição adotada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, diverge da posição adotada em casos análogos pela Sexta Turma da mesma Corte, que vem entendendo ser crime único a prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso contra a mesma vítima em uma mesma oportunidade, sendo permitida, ainda, se praticados dois ou mais crimes mediante mais de uma ação e preenchidos os requisitos legais, a continuidade delitiva.

Com efeito, a Sexta Turma considera o atual artigo 213 tipo misto alternativo. Sustenta a existência de um núcleo comum – caracterizado pelo verbo *constranger* – a ambas as práticas criminosas – conjunção carnal e ato libidinoso diverso. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. CONDUTAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO. CRIME ÚNICO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 144.870/DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro.

2. Tendo em vista que o paciente foi condenado por ter praticado, mediante grave ameaça, conjunção carnal e coito anal contra a mesma vítima e no mesmo contexto, é de rigor, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o afastamento da condenação pelo atentado violento ao pudor.

3. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei nº 12.015/2009, destacando que deverá ser refeita a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (STJ. HC 167517/SP. Rel. Min. Haroldo Rodrigues. 6ª Turma. j. 17.08.2010).

Consideramos que a razão está com a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Preliminarmente, faz-se oportuno transcrever, quanto à natureza do novel tipo legal, a lição de Heleno Cláudio Fragoso⁷⁹:

Classificam-se também os tipos em simples e mistos. Tipos simples são aqueles que descrevem uma única espécie de conduta punível (ex. art. 215). Tipos mistos são os que descrevem mais de uma espécie de conduta. Fala-se aqui em tipos mistos alternativos e cumulativos. 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 tome 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

⁷⁹ *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 158 e 159.

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"); em 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, 21-8, 326.

Outrossim, vale destacar a diferenciação feita por James Tubenchlak acerca dos tipos alternativo e cumulativo⁸⁰:

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.).

(...)

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").(...)

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.

⁸⁰ *Teoria do crime – o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 34 e 35.

Diante das explicações fornecidas pelos juristas supramencionados, acreditamos que dúvidas não haja de que o artigo 213 do Código Penal constitui um tipo misto cumulativo, ou seja, dois tipos legais estão contidos em uma única descrição típica. Desse modo, constranger alguém à conjunção carnal não será o mesmo que constranger à prática de outro ato libidinoso (sexo oral ou anal, por exemplo). Assim, não é admissível reconhecer a fungibilidade (que é característica dos tipos mistos alternativos) entre as diferentes formas de atos sexuais.

Em suma, a realização de diversos atos libidinosos distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato esgota, *de per se*, a forma mais reprovável da incriminação.

O entendimento de que se trata de tipo misto alternativo e, portanto, crime único a prática de diversos atos sexuais contra a mesma vítima, enfraquece a proteção que deve ser dispensada ao bem jurídico tutelado, o que se revela inaceitável, posto que a dignidade sexual é um dos atributos do conceito maior de dignidade da pessoa humana.

Tal interpretação fere o estabelecido na própria Constituição Federal, que estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana⁸¹. Ademais, revela-se incompatível com o cenário assustador da exploração sexual no Brasil⁸². Nesse sentido, vale mencionar as palavras de Vicente Greco Filho⁸³:

Como toda lei nova suscitará interpretações inusitadas inclusive para o legislador, porque, como dizia o saudoso Ewelson Soares Pinto, “a Lei é como o samba do malandro, veste uma camisa listrada e sai por aí”, libertando-se da vontade do legislador. O que deve ser buscado é a vontade da lei, na sua realidade e seu contexto mediante a aplicação de métodos técnicos mas antes ou mais que tudo mediante o respeito à sua razão de ser no mundo jurídico.

Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes.

⁸¹ Sobre a dignidade da pessoa humana, vide Capítulo 3.

⁸² Sobre o cenário de exploração sexual no Brasil, vide Introdução deste trabalho.

⁸³ GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*. Artigo disponível em vários sítios da internet, dentre os quais: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>. Último acesso em 04/02/2011.

Ameaça-se, contudo, uma interpretação que os nega e prestigia a violência sexual, a dignidade da criança e da mulher especialmente e, mais que tudo, afronta o bom senso e o princípio do respeito à proporcionalidade e preventividade do Direito Penal.

Resta claro que não foi o objetivo do legislador conferir um tratamento mais brando aos crimes sexuais. Este não é o espírito da Lei.

Fato é que o intérprete não está atrelado às intenções do legislador, pois, adquirindo vida o antigo Projeto de Lei, por meio de sua sanção, publicação e decurso da *vacatio legis*, se liberta do seu criador e passa a ter a sua interpretação ditada, em último grau, pelo Poder Judiciário, que dirimirá as dúvidas que surgirem⁸⁴. Nesse sentido⁸⁵:

Com o ato legislativo, dizem os objetivistas, a lei desprende-se do seu autor e adquire sua existência objetiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás de sua obra. A obra é o texto da lei, “a vontade da lei tornada palavra”, o “possível e efetivo conteúdo de pensamento das palavras da lei”. Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo. Com efeito, só ele se constituiu e legalizou de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas do autor da lei, que em volta dele pairam, não adquiriram caráter vinculativo algum.

(...)

O sentido incorporado na lei pode ser também mais rico do que tudo aquilo que os seus autores pensaram ao realizar o seu trabalho (...). A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer fato histórico passado, mas são algo de vivo e mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação.

Todavia, a compreensão sobre a dinâmica que norteou o processo legislativo pode oferecer alguns indicadores, sobretudo em relação ao âmbito de proteção jurídica a que se refere a nova Lei, nos termos de lição de Carlos Maximiliano, que admite o valor dessa análise⁸⁶:

Pelas razões expostas, quanto mais antiga é a norma escrita, menos se recorre, em sua exegese, aos Materiais Legislativos. Interpreta-se hoje o texto vetusto de modo que melhor corresponda às necessidades do presente; basta que o sentido atual se coadune com a letra primitiva. Mudou o ambiente, o meio; o fim colimado é outro: a Hermenêutica precisa acompanhar a evolução geral.

Sucedo o contrário com a lei nova: as circunstâncias que rodearam a

⁸⁴Relatora Ministra Laurita Vaz no HC 78667/SP, 5ª Turma, STJ, j. 22.06.2010.

⁸⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, pp. 142/143.

⁸⁶ *Hermenêutica e aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria Globo, 1925, pp. 152/153.

elaboração do texto persistem ainda: atuam os mesmos fatores sociais; nenhum progresso apreciável; perduram, para a coletividade, os objetivos econômicos, as aspirações justas, os hábitos adquiridos, os usos e costumes. Por outro lado, falta, no caso, ao prático o apoio fácil, o travesseiro habitual e macio da jurisprudência. Eis porque se recorre com freqüência, talvez demasiada, ao elemento histórico. Assim aconteceu na Alemanha, logo após a promulgação do Código Civil; fenômeno idêntico se observa no Brasil atual.

Assim, embora a Lei desprenda-se do seu autor, adquirindo existência objetiva, quando a legislação é nova demonstra-se imperativo analisar as razões e circunstâncias que a permearam. No caso em tela, é o cenário assustador da exploração sexual no Brasil.

Ademais, trata-se de crime hediondo que representa uma das maiores formas de violação de direitos humanos existente na atualidade, deixa marca indelével em suas vítimas, e merece, destarte, as devidas atenção e repressão por parte do Estado.

Considerar que várias condutas configuram crime único implica quase um estímulo para os agentes realizarem diversas ações contra a vítima.

Afirmar que a submissão da vítima à realização de conjunção carnal tem o mesmo conteúdo de injusto do constrangimento, por exemplo, ao exercício da cópula anal é ignorar o fato de que tal prática é carregada de estigma social, decorrente de sua associação com humilhação, submissão e rebaixamento moral⁸⁷.

Verifica-se a inexistência de unidade de conduta, ou seja, há a pluralidade de atos com modos de execução distintos. A prática cumulativa das ações descritas no tipo resulta num aumento qualitativo do tipo de injusto, e não meramente quantitativo.

Outrossim, aplicar a pena de um único estupro isolado quando o fato implicou a prática de mais de uma conduta fere o princípio da proporcionalidade, na medida em que não confere uma resposta penal justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito, bem como o princípio da isonomia, uma vez que não segue o brocardo de tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, ou seja, pessoas em igual situação devem receber idêntico tratamento jurídico, e aquelas que se encontram em

⁸⁷ Relatora Ministra Laurita Vaz no HC 78667/SP, 5ª Turma, STJ, j. 22.06.2010.

posições diferentes merecem um enquadramento diverso tanto pelo legislador, como também pelo juiz.

Evidencia-se, assim, que entre a conjunção carnal e o ato libidinoso autônomo não há fungibilidade ou equivalência.

Por conseguinte, estabelecida a natureza do tipo, outra questão não menos polêmica surge do novo quadro normativo: a possibilidade ou não de se permitir, agora, o reconhecimento da continuidade delitiva entre os atos outrora previstos separadamente nos tipos de estupro e atentado violento ao pudor.

Reunidas as condutas em um único tipo, argumentam alguns que agora, por serem referidos atos da mesma espécie, não haveria óbice ao reconhecimento da aludida ficção jurídica.

O Ministro Jorge Mussi, apesar de não reconhecer o crime único na prática de vários atos libidinosos não considerados como *praeludia coiti*, após a Lei nº 12.015/09, com a unificação do antigo atentado violento ao pudor e estupro em apenas um dispositivo penal, reconheceu, em voto vencido neste particular aspecto⁸⁸, a possibilidade da continuidade delitiva entre os atos que antes configuravam delitos distintos. Todavia, se o caso for de estupro de vulnerável, por entender que este posicionamento só restou possível após a reforma legislativa, afirmou que o benefício da continuidade delitiva somente pode incidir sobre a nova pena estabelecida no artigo 217-A, pois, incidir sobre a antiga classificação (artigos 213 ou 214 combinados com o artigo 224) configura combinação de leis, instituto rechaçado pelo Tribunal Superior. Nas palavras do Ministro⁸⁹:

Esta egrégia Quinta Turma, entretanto, na mencionada hipótese da Lei de Drogas, vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei n. 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n. 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da Lei n.11.343/06.
(...)

⁸⁸ A 5ª Turma, no julgamento do HC 104.724/MS, não reconheceu a possibilidade de crime continuado entre atos que antes configuravam crimes distintos, por não preencher um dos requisitos do benefício: mesmo modo de execução.

⁸⁹ Voto proferido pelo Ministro Jorge Mussi, no julgamento do HC 104.724/MS. 5ª Turma STJ j. 22.06.2010.

Em razão do entendimento exposto nos paradigmas colacionados, deve ser utilizado o preceito secundário do artigo 217-A do Código Penal, cuja superveniência no ordenamento jurídico tornou possível o reconhecimento da continuidade delitiva aos condenados pela prática do crime de atentado violento ao pudor e estupro com violência presumida, passando-se, então, à nova dosimetria da pena.

Não obstante, outros acreditam não ser essa a solução a ser dada à controvérsia.

Conforme a nova redação do tipo (artigo 213 ou 217-A), o agente poderá praticar a conjunção carnal ou outros atos libidinosos. Assim, se praticar por mais de uma vez cópula vaginal, a depender do preenchimento dos requisitos do artigo 71 *caput* ou parágrafo único, do Código Penal, poderá, eventualmente, configurar-se a continuidade delitiva. Ou, então, se constranger a vítima a mais de um ato libidinoso (sexo anal, por exemplo, por duas vezes) de igual modo, nos mesmos termos, poderá ser beneficiado com a pena do crime continuado.

Contudo, se praticada, por exemplo, uma penetração vaginal e outra anal, neste caso jamais será possível a caracterização da continuidade, assim como já sucedia com o regramento anterior, uma vez que a execução de uma forma nunca será similar à da outra. Trata-se de condutas distintas por natureza.

Com efeito, conforme a disposição do artigo 71 do Código Penal, a continuidade delitiva somente estaria configurada se iguais fossem as "condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes", o que, a toda evidência, não será possível no caso de conjunção carnal e outro ato libidinoso, pois entre eles não se identificará a maneira de execução e outras semelhantes.

Assim, em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e outros atos libidinosos, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras.

Por fim, vale ressaltar que é unânime entre os aplicadores do Direito que se os atos libidinosos estiverem dentro do mesmo desdobramento causal da subsequente conjunção carnal, funcionando os atos anteriores como meio necessário e atos preparatórios da relação sexual posterior (*praeludia coiti*), haverá crime único (princípio da consunção).

8.2. Estupro e assédio sexual

Apesar de o concurso entre os crimes de estupro e assédio sexual ser um tema polêmico devido às inúmeras dúvidas que permeiam a descrição típica do último, acreditamos ser ele possível em algumas situações.

O crime de assédio sexual foi introduzido no Código Penal, pela Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, no Capítulo dos crimes contra a liberdade sexual.

Artigo 216 – A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função.

O núcleo do tipo é o verbo constranger. Sobre seu conceito penal no dispositivo, Damásio Evangelista de Jesus destaca duas correntes: (a) o legislador empregou o verbo constranger no sentido de tolher a liberdade de, obrigar, forçar, compelir, coagir, como nos delitos de constrangimento ilegal, estupro etc.; (b) o verbo constranger, na figura típica, significa acanhar-se, incomodar, embaraçar, envergonhar, causar vexame⁹⁰.

Segundo o autor, certamente o legislador não pretendeu empregar a expressão em seu segundo sentido, pois, caso contrário, constituiria delito o fato de o patrão contar uma piada picante à sua funcionária, presentes a intenção libidinosa e as outras elementares do tipo.

Assim, acredita que o verbo constranger deve ser entendido como compelir, forçar, coagir, como no delito de estupro.

Contudo, ao adotar a primeira posição, uma enorme dificuldade de interpretação no sentido de diferenciar o delito de assédio sexual de outros crimes que empregam o mesmo verbo foi criada.

⁹⁰ JESUS Damásio Evangelista de. *Crime de assédio sexual*. Artigo disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2386/crime-de-assedio-sexual>. Último acesso em 04/02/2011.

Com efeito, a norma de conduta do crime de assédio deixou de fazer menção ao meio por intermédio do qual a ação se pode dar (constranger alguém por meio de), como ocorre, por exemplo, na descrição do delito de estupro. Ainda, a ideia de constranger implica uma conduta que passa a existir por meio de algum ato realizado pelo agente (constranger por intermédio de algo - palavras, gestos etc.). Entretanto, não há previsão daquilo a que a vítima venha a ser constrangida (constranger alguém a algo), tampouco o meio utilizado para tanto, como ocorre no constrangimento ilegal, extorsão, estupro.

Assim, caracteriza-se o assédio sexual como um crime de forma livre, ou seja, o constrangimento tendente a tal delito pode se dar por quaisquer das formas de comunicação (verbal, escrita ou mímica).

Embora seja livre o tipo de execução, ressalta Damásio Evangelista de Jesus, com acerto, que o meio de realização do crime não poderia ser a violência física e nem a grave ameaça, cuja presença conduziria ao estupro⁹¹.

Todavia, apesar de a hipótese do crime de assédio sexual cometido mediante violência ou grave ameaça conduzir ao crime de estupro e, portanto, à impossibilidade de se reconhecer o concurso de crimes, é possível reconhecê-lo em outras situações.

Sob essa perspectiva, Damásio Evangelista de Jesus⁹² descreve a hipótese de o chefe, superior hierárquico ou de ascendência em relação à vítima, em decorrência de emprego, cargo, ou função, constranger a secretária, com o especial fim de obter vantagem ou favorecimento sexual, tolhendo-lhe um determinado direito ao qual ela faz jus. Estar-se-ia diante do crime de assédio sexual, uma vez que este é um crime formal (o tipo descreve a conduta e o resultado visado pelo sujeito, mas não o exige) e independe do resultado, ou seja, consuma-se o assédio sexual com a conduta de constranger, independentemente de obter ou não o autor os favores sexuais pretendidos. A conduta da vítima não é exigida.

⁹¹ *Crime de assédio sexual*. Artigo disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2386/crime-de-assedio-sexual>. Último acesso em 04/02/2011

⁹² *Ibidem*.

Prosseguindo-se com o exemplo do autor, imaginando-se frustrado o intuito do agente (de obter vantagem ou favorecimento sexual), este, para satisfazer seus instintos bestiais, mediante violência ou grave ameaça, constringe a vítima à conjunção carnal.

Ora, no exemplo supramencionado não há dúvidas quanto ao concurso de crimes, eis que presentes todos os elementos que configuram ambos os delitos.

Acerca do assunto, entretanto, inúmeros posicionamentos são possíveis. Há quem argumente tratar-se não de concurso de crimes, mas sim de um delito progressivo.

Acreditamos, assim como aludido autor, que o legislador visou proteger não somente a liberdade sexual, mas também a honra e o direito a não ser discriminado no trabalho ou nas relações educacionais (delito pluriofensivo). Assim, a incriminação feita pelo dispositivo do assédio sexual oferece proteção a bem jurídico diverso da figura do estupro.

Dessa forma, consideramos admissível, em algumas situações, o concurso entre estupro e assédio sexual, pois entendimento contrário implicaria não admitir a existência do crime previsto no artigo 216-A, que, sob esta premissa, apenas configuraria uma etapa de um delito progressivo.

8.3. Estupro e sequestro ou cárcere privado

O concurso entre referidos crimes é perfeitamente possível e admissível.

Todavia, não há que se falar em concurso se a restrição à liberdade da vítima é momentânea ou é exclusivamente o meio suficiente empregado para o cometimento do crime sexual. Neste caso, responderá o agente apenas pelo crime contra a dignidade sexual e haverá absorção da restrição à liberdade pelo estupro por força do princípio da consunção, funcionando a privação como meio necessário da relação sexual posterior.

Se, entretanto, antes ou depois do crime sexual a privação da liberdade da vítima é excessiva para aquela finalidade, pode-se verificar o concurso de infrações (por exemplo, o

agente que após o estupro priva a vítima de sua liberdade com a finalidade de evitar a denúncia). No exemplo mencionado, na lição de Júlio Fabbrini Mirabete⁹³, o agente responderia pelo artigo 148, *caput*, combinado com o 213, ambos do Código Penal, em concurso material.

A mesma solução se imporia se, durante o sequestro ou cárcere privado praticado por outro motivo (por exemplo, vingança, ódio etc.), o agente cometesse um crime de estupro.

Vale ressaltar que no cárcere privado a vítima fica em local fechado, sem a possibilidade de deambulação, ao contrário do sequestro, em que a vítima fica privada de sua liberdade, mas em local aberto.

Outra hipótese a ser verificada é a do sequestro praticado com fins libidinosos previsto pelo artigo 148, §1º, V, do Código Penal (inciso introduzido pela Lei nº 11.106/05).

Esta infração consuma-se com a privação da liberdade da vítima. Assim, para Júlio Fabbrini Mirabete⁹⁴, se o agente cometer neste intervalo um crime contra a dignidade sexual, responderá por este em concurso material com aquele (artigos 148, §1º, inciso V e 213, combinado com o artigo 69, todos do Código Penal), à semelhança do que ocorria no rapto (artigo 219), em razão do artigo 222, que previa expressamente o concurso material entre o crime de rapto e outra infração praticada contra a raptada (artigos estes revogados pela Lei nº 11.106/05).

Entendem os adeptos desta posição que a Lei nº 11.106/05, que inseriu a qualificadora para o crime de sequestro e cárcere privado e, concomitantemente, revogou o crime de rapto violento, não teve o objetivo de conferir tratamento mais brando para aquele que sequestra com fins libidinosos e realiza atos sexuais contra a vítima. Tanto o objetivo não foi conferir tratamento mais brando que a pena para aquele que priva a pessoa de sua liberdade foi aumentada de reclusão de dois a quatro anos (antiga pena do rapto) para reclusão de dois a cinco anos.

⁹³ *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. v.2. 24ª ed. São Paulo: Atlas, p. 169.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 170.

Argumentam que o escopo da Lei foi atualizar e conferir tratamento normativo adequado para a conduta. Com efeito, pela nova redação da norma jurídica a vítima pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, enquanto no rapto apenas mulheres podiam ser sujeitos passivos. Além disso, o novo texto não exige que a vítima seja pessoa honesta no âmbito sexual. No rapto a ação penal era, em regra, privada, enquanto no sequestro é pública incondicionada.

Ademais, a figura qualificada tutela bem jurídico diverso do crime sexual. Inclusive, a conduta deixou de ser tratada como crime sexual, tendo sido deslocada do Título dos crimes contra a dignidade sexual para aquele que trata dos crimes contra a pessoa – mais especificamente para o Capítulo dos crimes contra a liberdade individual.

Assim, acreditam que o agente deva responder pelo delito sexual e pelo de sequestro qualificado em concurso material (artigos 148, §1º, inciso V, e 213, ambos do Código Penal), como previa o revogado artigo 222 do Código Penal.

Todavia, há autores que defendem o entendimento de que por se tratar de um mesmo contexto, em que o delito é cometido para a prática de outro, não há que se falar na qualificadora, mas somente no crime de sequestro do artigo 148, *caput*, porque o fim libidinoso se realiza e se esgota no cometimento do crime contra a dignidade sexual, justificando-se, em consequência, a absorção da qualificadora por este e a punição do agente pelo delito sexual e pelo sequestro em concurso material (artigos 148, *caput*, e 213, ambos do Código Penal). Não sendo praticado nenhum ato libidinoso, ou não se constituindo crime o eventualmente praticado, há somente o crime de sequestro qualificado.

8.4. Estupro e homicídio ou lesões corporais

O concurso desses crimes também é possível em duas hipóteses: (a) se o agente, após estuprar a vítima, resolver matá-la, haverá o concurso material de crimes. Esta hipótese se difere daquela em que, em decorrência das lesões do crime sexual, advém a morte da vítima, pois, neste caso, haverá a forma qualificada do estupro; (b) se o agente, após estuprar a vítima, resolver lesioná-la, haverá concurso material de crimes. Esta hipótese é distinta da

situação em que, em decorrência do estupro, resultam lesões corporais de natureza grave, pois, neste caso, há a forma qualificada do estupro.

Portanto, se ocorrer lesão corporal de natureza grave ou morte como eventos preterdolosos, estar-se-á diante do crime de estupro na forma qualificada (artigo 213, §1º e §2º, do Código Penal), e não diante de concurso de crimes. Por outro lado, se ocorrer lesão corporal ou morte como resultado de uma conduta dolosa, estar-se-á diante do concurso de crimes, e não do crime de estupro na forma qualificada.

Vale destacar que as lesões corporais de natureza leve, resultantes da violência empregada são absorvidas na violência física que compõe o tipo penal. O mesmo se diz das simples *vias de fato*, pois são consideradas meios necessários para os atos libidinosos.

Apesar de ser esse o entendimento majoritário de doutrina e da jurisprudência, inclusive o nosso, vale mencionar o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci, que defende existir o crime de estupro qualificado pelo resultado tanto quando a finalização (resultado mais grave) advém de conduta culposa, quanto de dolosa. Argumenta que todo o resultado qualificador pode ser alcançado por dolo ou culpa, exceto quando o legislador deixa bem claro a exclusão do dolo, tal como fez no artigo 129, §3º, do Código Penal⁹⁵.

⁹⁵ *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 25 e 26.

CAPÍTULO 9 - FORMAS QUALIFICADAS

A reforma proporcionada pela Lei nº 12.015/09 revogou o artigo 223 do Código Penal e passou a prever as formas qualificadas do crime de estupro nos § 1º e § 2º do artigo 213 do mesmo diploma. Hoje, são qualificadoras do delito a lesão corporal de natureza grave na vítima, sua idade (menor de 18 e⁹⁶ maior de 14), bem como sua morte.

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

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

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

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

§2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

9.1. Qualificadora em razão da lesão corporal de natureza grave ou morte

O revogado artigo 223 apresentava redação defeituosa. No *caput*, tratando do resultado qualificador consistente em lesões corporais de natureza grave, mencionava: “se da violência resulta...”. No parágrafo único, cuidando do resultado qualificador consistente na morte da vítima, incluía: “se do fato resulta...”. A diferença gerava intensos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade ou não de se qualificar o crime se a lesão corporal de natureza grave adviesse da grave ameaça e não da violência; ou ainda se o termo “fato” abrangeria a violência e grave ameaça ou somente a violência.

Acerca do assunto, a maioria da doutrina defendia que o fato referido no parágrafo único era a violência, como no *caput*, pois o legislador, embora tivesse diversificado as expressões, não teria motivo para excepcionar a hipótese do resultado qualificador morte fazendo abranger a grave ameaça.

⁹⁶ Observe-se o equívoco da inserção da partícula alternativa “ou”, quando o correto é “e”. Afinal, como bem observou Guilherme de Souza Nucci, o menor de 14 anos, se estupro, incide na figura do artigo 217-A (estupro de vulnerável). *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

Todavia, sustentavam Edgard Magalhães Noronha e Júlio Fabbrini Mirabete que se deveria respeitar a distinção feita pelo legislador que, por considerar o resultado morte mais sério do que a lesão, qualificara o crime pelo resultado morte havendo ou não a presença de violência. A expressão fato, que é menos do que a violência, permite a conclusão que quem pode ser responsabilizado pelo menos com muito mais razão pode ser responsabilizado pelo mais também. Dessa forma, o dispositivo abrangeria a morte fruto de fato não violento, assim como a morte fruto de violência real. Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete⁹⁷:

na verdade, há de se distinguir onde a lei distingue, embora o faça sem maior razão. É possível a ocorrência da morte sem que decorra ela da violência, apesar da existência do nexo causal com o fato. Fazendo o agente com que a vítima ingira, sem perceber, um narcótico violento, para adormecê-la, causando-lhe a morte não querida ou assumida, o êxito letal deve ser atribuído ao agente ainda que não resulte da violência, mas do fato. Ocorrendo, nessa hipótese, apenas lesão grave, o agente não será responsabilizado pela forma qualificada (não houve violência), mas por eventual concurso com outro crime (lesão culposa).

Entendimento diverso ao exposto levaria a uma situação injusta, já que a soma dos delitos de estupro e homicídio culposo receberia pena menor do que o estupro qualificado. No exemplo citado por Mirabete, adotando-se o entendimento de que somente qualificaria o estupro se a morte adviesse do emprego de violência, o autor do delito teria pena menor do que a de um indivíduo que praticasse o mesmo crime, mas com o resultado morte decorrente do emprego de violência. Estar-se-ia tratando de forma diferente casos extremamente semelhantes.

A questão, no entanto, foi solucionada pela nova redação conferida pela Lei nº 12.015/09 aos § 1º e § 2º do artigo 213 do Código Penal. Eliminaram-se as expressões violência e fato, adotando-se o termo conduta. Portanto, se da conduta do agente (constrangimento exercido com violência ou grave ameaça) resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, atinge-se o crime qualificado pelo resultado.

Vale lembrar que as lesões corporais de natureza leve resultantes da violência empregada são absorvidas na violência física que compõe o tipo penal. O mesmo se diz das simples vias de fato, pois são consideradas meios necessários para os atos libidinosos.

⁹⁷ *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. v. 2. 24ª ed. São Paulo: Atlas, p. 442.

Portanto, a lesão corporal de natureza leve ou a mera contravenção penal de vias de fato não ensejam a qualificação, pois são resultados implícitos na disposição (princípio da consunção).

Como visto no tópico de concurso de crimes entre estupro e homicídio ou lesões corporais, se do crime de estupro resultar lesão corporal de natureza grave (vale dizer que, ao falar lesão corporal de natureza grave, a Lei se refere às de natureza grave e gravíssima, o que significa que a expressão está empregada em sentido *lato*) ou morte como eventos preterdolosos, o crime passa a ser qualificado, sendo a pena sensivelmente aumentada. Referidos resultados devem envolver o sujeito passivo do crime contra a dignidade sexual (e não terceiro, como o policial que intervém no ato para prender o estuprador e acaba morto na troca de tiros com este). Se ocorrer lesão corporal de natureza grave ou morte de terceira pessoa, haverá concurso material de delitos. No exemplo mencionado, a morte do policial produzirá crime autônomo (artigo 121, §2º, inciso V, do Código Penal), em concurso com o estupro.

O preterdolo é uma das modalidades do crime qualificado pelo resultado. Chamam-se crimes qualificados pelo resultado aqueles para os quais a Lei comina uma pena mais severa no caso de ocorrência de um resultado mais grave do que o descrito no tipo fundamental. Se o resultado mais grave tiver ocorrido por culpa do agente (negligência, imprudência ou imperícia), tem-se o crime preterdoloso, também denominado de preterintencional, ou seja, o crime que se caracteriza pelo dolo em relação à figura fundamental (antecedente) e culpa em relação ao resultado mais grave (consequente). Há preterdolo, portanto, quando o resultado excede culposamente a intenção do agente.

Caso o agente atue com dolo (direto ou eventual), lesionando gravemente a vítima ou a eliminando, é entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência que deixa de existir a forma qualificada, ocorrendo o concurso material de crimes, devendo esta última hipótese (estupro em concurso material com homicídio doloso) ser julgada pelo Tribunal do Júri.

Entendimento diverso levaria a uma situação injusta, uma vez que o estupro qualificado recebe pena menor do que a resultante da soma dos delitos dolosos autonomamente praticados. Com as qualificadoras, o legislador objetivou apenar mais severamente (porém com penas inferiores do que a resultante do concurso material de crimes,

em razão dos desígnios autônomos) a situação em que existe um resultado agravador, mas este é cometido *ultra voluntatem*.

Referida interpretação não fere o princípio da legalidade, pilar do Direito Penal, eis que não cria qualquer situação imprevista pelo legislador. Ao contrário, confere a cada situação o tratamento adequado previsto pelo ordenamento jurídico, que atribui pena mais severa para circunstâncias de maior gravidade.

Outra não poderia ser a interpretação da legislação penal neste momento nacional de violência de todas as formas e preocupação com o respeito à dignidade da pessoa humana.

Apesar de ser entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência que a qualificadora se dá exclusivamente na forma preterdolosa (ou seja, o resultado mais grave deve dar-se somente por culpa do agente), vale mencionar o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci de que a imputação do resultado (lesão corporal de natureza grave ou morte) pode dar-se a título de dolo ou culpa, nos termos do disposto no artigo 19 do Código Penal. Nesse sentido⁹⁸:

Temos por certa a idéia de que todo resultado qualificador pode ser alcançado por dolo ou culpa, exceto quando o legislador deixa bem clara a exclusão do dolo, tal como fez no art. 129, §3º, do Código Penal. No mais, como se dá no contexto do art. 157, §3º, do CP, o resultado qualificador pode ser atingido com dolo ou culpa, mantendo-se a figura do crime qualificado pelo resultado. Não vemos sentido em adotar critério dúplice para situações similares. Ilustrando: a) se o agente do roubo, durante a prática da violência, atinge a vítima de maneira fatal, atuando com dolo ou culpa, responde por latrocínio; b) se o agente do estupro, durante a prática do ato sexual com violência, atinge a vítima de modo fatal, atuando com dolo ou culpa, deve responder por estupro qualificado pelo resultado morte (art. 213, §2º, CP). Constitui equívoco, em nosso entendimento, pretender a divisão, na última hipótese, em concurso de crimes, vale dizer, levar o agente a responder por estupro em concurso com homicídio, desde que haja dolo quanto ao resultado morte. Afinal, o crime qualificado pelo resultado existe como figura típica autônoma e destacada justamente para permitir ao legislador fixar a pena adequada a esses delitos com resultado duplo, num mesmo contexto, sem que o juiz se valha do instituto do concurso de crimes. Separar o crime qualificado pelo resultado, a bel prazer, significa lesão ao princípio da legalidade.

⁹⁸ *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 25/26.

Por fim, vale mencionar que para aqueles que entendem que a qualificadora se dá exclusivamente na forma preterdolosa, ficará afastada a possibilidade de tentativa, uma vez que o delito preterintencional não a admite. Por outro lado, para aqueles que entendem existir a qualificadora mesmo quando o resultado advém de conduta dolosa, o *conatus* será possível nesta situação⁹⁹.

9.2. Qualificadora em razão da idade da vítima

Além do resultado lesão de natureza grave, o §1º do artigo 213 também pune mais severamente o agente quando a conduta é perpetrada contra vítima menor de 18 e maior de 14 anos.

Para a incriminação pelo artigo 213, §1º, do Código Penal, diferentemente do que ocorre no artigo 217-A¹⁰⁰ do mesmo diploma, que não exige o emprego de violência ou grave ameaça, não basta o simples contato sexual com pessoas nessa faixa etária (menor de 18 e maior de 14), é necessário também o emprego de violência ou grave ameaça.

Ao confrontar os artigos 213, §1º, e 217-A, verifica-se que há uma injustificável lacuna na Lei: a classificação jurídica do ato libidinoso forçado praticado com pessoas de exatos 14 anos (vale dizer, no dia do 14º aniversário da vítima). Isto porque o primeiro dispositivo fala em ofendido maior de 14 anos, e o segundo fala em menor.

Acerca do assunto a doutrina se divide.

Uma primeira posição, diante da vedação do uso da analogia para incriminar condutas não abrangidas pelo texto legal para reconhecer qualificadoras ou quaisquer outras agravantes (analogia *in malam partem*), em razão do respeito ao princípio da legalidade, pilar do Direito Penal, considera que o agente que estupra pessoa com exatos 14 anos deve responder pelo crime previsto no *caput* do artigo 213, vale dizer, não deve ser alcançado pela

⁹⁹ André Estefam admite a tentativa quando o resultado qualificador advém de conduta dolosa. *Crimes sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.

¹⁰⁰ Vide Capítulo 11 deste trabalho.

qualificadora do §1º, tampouco enquadrado no crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A.

Uma segunda posição entende que a *mens legis* jamais pretendeu conferir tratamento mais brando para o agente que estupra pessoa de exatos 14 anos. Assim, tendo em vista a possibilidade de subsumir a conduta ao estupro qualificado ou ao estupro de vulnerável, considerando que o primeiro revela pena menor, entende, por analogia *in bonam partem*, que a correta tipificação da conduta seria inseri-la no artigo 213, §1º. Nesse sentido¹⁰¹:

Uma interpretação puramente literal poderia conduzir à (errônea) conclusão de que há estupro simples. Fundamento: quem possui exatos 14 anos não é alcançado pela qualificadora do §1º (a qual exige pessoa maior de 14), e, de modo similar, não há estupro de vulnerável (art. 217-A), porque este somente existe quando o sujeito passivo é menor de 14. O absurdo dessa conclusão, todavia, demonstra que com ela não se pode anuir. A caracterização do estupro simples deve, desde logo, ser afastada; caso contrário, constringer adolescente no dia de seu 14º aniversário à prática de ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça, seria punido menos severamente que fazê-lo no dia seguinte (até que completasse a idade adulta). É evidente que a *mens legis* jamais foi a de “presentear” a vítima com semelhante proteção deficiente.

Remanescem, então, duas possibilidades: considerar a subsunção ao estupro qualificado (art. 213, §1º) ou ao estupro de vulnerável (art. 217-A). A pena menor cominada ao primeiro revela que, por analogia *in bonam partem*, somente pode ser essa a solução.

Verifica-se, destarte, a urgente necessidade de correção desse lapso legislativo, a fim de conferir uma proteção normativa adequada à situação em tela.

¹⁰¹ ESTEFAM, André. *Crimes sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

CAPÍTULO 10 - CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

10.1. Causas de aumento de pena do artigo 226 do Código Penal

A pena dos delitos contra a dignidade sexual sofre uma majoração quando se encontram presentes circunstâncias que denotam maior desvalor da conduta.

Prevê o artigo 226 do Código Penal, para determinadas circunstâncias, algumas causas de aumento de pena em relação aos crimes sexuais: número de agentes que executaram o episódio criminoso e as específicas qualidades desses agentes.

Com a nova redação dada pela Lei nº 11.106/05, estabelece o dispositivo do diploma penal:

Artigo 226. A pena é aumentada:

- I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas;
- II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;
- III – revogado.

O primeiro caso de aumento de pena é o concurso de agentes, isto porque se considera que o ato traz mais perigo para a vítima, torna mais fácil a prática do delito e denuncia maior periculosidade dos agentes.

Entendia Nelson Hungria¹⁰² que só teria lugar o aumento de pena se os coautores praticassem atos de execução, não bastando (como no concurso em geral) a simples participação secundária.

Acreditamos, todavia, como bem pontuado por Heleno Cláudio Fragoso¹⁰³, que não seja necessária a presença de todos em atos de execução, bastando que os *participes* tenham, de qualquer forma (por exemplo, pela instigação, conselho, planejamento etc.),

¹⁰² *Comentários ao Código Penal*. v. 8. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1954, pp. 240 e 241.

¹⁰³ *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. v 3. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.46.

concorrido para o crime, segundo a regra do artigo 29 do Código Penal. Não fosse assim, o legislador teria utilizado redação semelhante à do artigo 146, §1º.

O fundamento da exasperação da pena, em quaisquer das hipóteses previstas no inciso II do supramencionado artigo, é evidente. O crime sexual nesses casos é praticado por aqueles mesmos que tinham o dever de vigilância, guarda ou especial respeito para com a vítima. Há um intolerável abuso de relações domésticas, de intimidade, de confiança, de sujeição ou de autoridade, o que acresce a gravidade do crime e traduz maior perversidade do agente. Convergindo com tal entendimento:

(...) justifica-se a exasperação punitiva – como prevê o art. 226, II, do CP – na prática de delito sexual pelo amásio da mãe da vítima, que sobre esta exercia autoridade de fato, notadamente se também concorrera para tanto abuso de confiança nas relações domésticas (TJ/SP. AC. Rel. Des. Gonçalves Nogueira. RT 713/331 e JTJ-LEX 172/311).

Ressalta-se que a Lei nº 11.106/05 incluiu no inciso II o tio, a madrasta, o cônjuge e o companheiro, que não eram mencionados na redação original do dispositivo, e excluiu a referência ao pai adotivo. Com a inclusão do cônjuge e do companheiro, tornou-se evidente a possibilidade de configuração do crime de estupro quando praticado pelo marido da vítima, questão que era objeto de controvérsia na doutrina e jurisprudência¹⁰⁴.

Embora o incesto não seja, por si só, crime, a Lei agrava a pena quando um dos crimes sexuais é praticado entre parentes próximos, seja o parentesco natural, seja civil.

Percebe-se que a norma utiliza uma fórmula casuística seguida de outra cláusula genérica, consubstanciada na expressão “ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”. Há, portanto, um permissivo legal à interpretação analógica¹⁰⁵ e, assim, todo aquele que, de alguma forma, exerce autoridade de direito ou de fato sobre a vítima e pratica com ela algum delito sexual terá a pena majorada.

¹⁰⁴ Vide item 7.1 deste Trabalho.

¹⁰⁵ A interpretação analógica, espécie do gênero interpretação extensiva, ocorre quando, dentro do próprio texto legal, após uma seqüência casuística, o legislador se vale de fórmula genérica, que deve ser interpretada de acordo com os casos anteriores.

A existência da causa de aumento de pena exclui as agravantes genéricas correspondentes referidas pelo artigo 61, inciso II, alíneas *e* (ascendente, descendente, irmão ou cônjuge), *f* (com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica) e *g* (com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão), diante do princípio do *non bis in idem*.

Por fim, previa o artigo 226 uma terceira qualificadora, a de ser o agente casado. Todavia, o inciso III foi expressamente revogado pela Lei nº 11.106/05.

10.2. Causas de aumento de pena do artigo 234-A

A Lei nº 12.015/09 acrescentou ao Título VI o Capítulo VII, que contém causas de aumento de pena (artigo 234-A), bem como disposições sobre a existência de segredo de justiça nos feitos relativos às infrações penais nele contidas (artigo 234-B).

Duas das exasperantes mencionadas no artigo 234-A foram vetadas pelo Presidente da República, pois que se sobreporiam a outras, de semelhante teor, já inseridas nas disposições gerais do Título VI¹⁰⁶. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuiria para a regulamentação da matéria e daria ensejo ao surgimento de inúmeras controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor.

As remanescentes são as seguintes: aumento de metade, quando do crime resulta gravidez; aumento de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Demonstra o legislador a preocupação em punir de forma mais gravosa aquele que pratica um crime sexual e acaba por gerar como resultado uma gravidez indesejada, fruto de uma conduta delitativa. Essa situação coloca a gestante diante de uma séria decisão, no caso de

¹⁰⁶ Redação dos incisos vetados: “I - da quarta parte se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”.

estupro, entre abortar ou não (artigo 128, inciso II, do Código Penal). Ademais, mesmo se optar por não fazê-lo, o contato com o pai será inexistente ou extremamente desgastante.

Desse modo, justifica-se a majorante pelos efeitos lesivos da conduta no que tange à própria integridade corporal da vítima, bem como às consequências oriundas de uma gravidez.

O novo dispositivo penal também instituiu um aumento de pena no caso de transmissão à vítima de doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, diante do desvalor da conduta do agente. Para existir o aumento, o legislador determinou, ao dispor “... de que sabe ou deveria saber...”, que é necessário que o ofensor atue com dolo direto ou eventual; caso contrário, não incidirá o aumento.

CAPÍTULO 11 - VIOLÊNCIA PRESUMIDA E DIREITO INTERTEMPORAL

A Lei nº 12.015/09, dentre as outras inúmeras modificações que proporcionou na disciplina dos crimes sexuais, revogou o artigo 224 do Código Penal. Previa o extinto dispositivo três hipóteses em que se presumia a violência para a configuração dos crimes contra a dignidade sexual: vítima não maior de 14 anos; vítima alienada ou débil mental, com ciência do agente; vítima que, por qualquer outra causa, não pudesse oferecer resistência. Era a chamada violência ficta ou presumida.

Tratava-se de uma presunção legal do emprego de violência, pois, se não havia a capacidade para consentir ou resistir, pressupunha-se que o ato era violento. Diferia da violência real, pois naquela não havia efetiva coação física ou moral.

Assim, a tipificação do crime de estupro ou atentado violento ao pudor contra pessoas que se encontravam nessas circunstâncias era feita por extensão: artigos 213 ou 214 combinado com o artigo 224.

Com a revogação do artigo em análise, encerrou-se a polêmica que havia nos Tribunais, principalmente os Superiores, no que dizia respeito à natureza da presunção de violência. Discutia-se se referida presunção era absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (possibilitando a prova em contrário).

Tal debate era mais intenso no contexto da idade. Em defesa da presunção absoluta (*juris et de jure*) de violência, argumentava-se que era sempre inválido o consentimento de um menor de 14 anos, mesmo que tivesse um desenvolvimento físico e psíquico avançado para sua idade, em razão de a menoridade da vítima ser elementar do tipo penal. Em defesa da presunção relativa (*juris tantum*) de violência, argumentava-se que o dispositivo tinha como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de não ter completado 14 anos, apresentasse evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não haveria por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades.

Todavia, o legislador não deixou de conferir especial tutela penal no campo sexual às pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro aos atos sexuais, pois além de revogar o artigo 224, a Lei nº 12.015/09 criou o delito de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal.

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

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

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

§2º (vetado)

§3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Assim, com o novo dispositivo o legislador conferiu especial defesa à vítima que tem menor possibilidade de reação, sem mais falar em presunção - termo que sempre gerou polêmica em Direito Penal. Visou garantir a defesa pública onde está comprometida a defesa particular do ofendido, tendo em vista que este não tem capacidade para consentir validamente ou não tem capacidade de resistência.

Verifica-se que o incapaz de consentir validamente para o ato sexual obteve uma denominação própria: vulnerável (considerados assim o menor de 14 anos; o enfermo ou deficiente mental sem discernimento para a prática do ato; ou aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência). O novo dispositivo reproduziu o disposto no artigo 224, mas substitui os inadequados termos “alienada ou débil mental” por “enfermo ou deficiente mental, sem discernimento”, bem como eliminou a expressão “violência presumida”.

Em relação ao vulnerável menor de 14 anos, Guilherme de Souza Nucci entende que¹⁰⁷:

a proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de

¹⁰⁷ *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.

Quanto à enfermidade ou deficiência mental, é necessário ressaltar que a nova redação exige a ausência de discernimento para a configuração do delito previsto no artigo 217-A. A enfermidade ou deficiência mental deve mostrar-se uma barreira à percepção do ofendido. Caso isso não ocorra, não estará configurado o delito, vale dizer, não basta a simples enfermidade ou deficiência, deve haver também a falta de discernimento, pois, do contrário, haveria privação ao deficiente que pode querer, e mais, deve merecer manter relação sexual.

Por fim, em relação à incapacidade de oferecer resistência, deve-se ponderar o grau de vulnerabilidade da vítima, ou seja, se sua incapacidade de resistir era absoluta ou relativa. Na primeira hipótese, não há dúvidas quanto à configuração do delito previsto no artigo 217-A. Já em relação à segunda hipótese, há quem sustente ser possível a desclassificação para o crime previsto no artigo 215 do Código Penal¹⁰⁸.

Em todos os casos (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento, ou acometido de outra causa de redução de capacidade de resistência), é fundamental a abrangência do dolo do agente. O autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com uma pessoa em quaisquer das situações descritas no artigo 217-A. Se tal não se verificar, ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, uma vez que inexistente a forma culposa.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

O artigo 217-A também uniu os antigos conceitos de estupro e atentado violento ao pudor sob apenas uma rubrica, nos mesmos moldes já realizados com o artigo 213.

O dispositivo não exige para a caracterização do crime o emprego de violência ou de grave ameaça; para a subsunção à conduta típica basta a prática de conjunção carnal ou outros atos libidinosos. Assim, o dispositivo proíbe completamente o relacionamento sexual com o vulnerável.

Ao que parece, o legislador tentou, além de outros objetivos, acabar com a exploração sexual infantil que assola o país¹⁰⁹.

Ainda, elevou-se a pena para reclusão de oito a quinze anos. Todavia, deixou de ser aplicável o aumento de pena previsto no artigo 9º da Lei nº 8.072/90¹¹⁰ (Lei dos Crimes Hediondos), devido à revogação do artigo 224 do Código Penal. Assim, colocou-se fim à discussão sobre a possibilidade do aumento da pena em decorrência do artigo 9º para as hipóteses de crimes por presunção de violência. A antiga discussão sobre o pretense *bis in idem* está superada. O estupro de vulnerável recebe pena autônoma e superior ao estupro comum.

Diante do novo quadro legislativo, surge a questão: como classificar a prática de conjunção carnal ou outros atos libidinosos cometidos contra o incapaz de consentir ou resistir ocorrida antes da reforma proporcionada pela Lei nº 12.015/09? A conduta seria enquadrada no novo artigo 217-A ou nos antigos artigos 213 ou 214 (conforme a ação praticada) combinado com o artigo 224?

Existe divergência sobre o assunto.

Há um primeiro posicionamento que entende ser aplicável o novo panorama legislativo decorrente das alterações proporcionadas pela Lei nº 12.015/09, ou seja, entende ser aplicável o artigo 217-A, sem o aumento decorrente do artigo 9º da Lei nº 8.072/90, que foi tacitamente revogado¹¹¹.

¹⁰⁹ Vide Introdução deste trabalho.

¹¹⁰ Houve a revogação tácita do dispositivo.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 68.

Tais defensores argumentam que a nova classificação é mais benéfica para o réu, pois, apesar de a pena *de per se* ser maior do que a antiga pena prevista com a combinação dos artigos 213 ou 214 com o 224, a pena final é menor em razão da impossibilidade de incidência da causa de aumento de pena prevista na Lei de Crimes Hediondos.

Assim, diante da premissa constitucional de que a Lei posterior que de qualquer modo favoreça o agente aplica-se aos fatos anteriores, deve ser aplicada às condutas antigas o tratamento normativo dispensado pela nova legislação.

Com efeito, para esse entendimento, antes da revogação tácita do artigo 9º da Lei nº 8.072/90 efetuada pela Lei nº 12.015/09, o aumento era plenamente aplicável aos agentes que cometessem o crime sexual com violência presumida. Sua aplicação a estes casos não configurava *bis in idem*.

O artigo 224 servia apenas de referência para o legislador indicar quando a reprovação ao ato deveria ser mais seriamente considerada, agravando-se a pena. Dessa forma, quem estuprava menor de 14 anos, alienada ou débil mental (conhecendo o agente esta circunstância), ou quem por qualquer outra causa não pudesse oferecer resistência, teria a pena aumentada da metade.

A aplicação da causa de aumento de pena não caracterizava o *bis in idem*. Havia somente a utilização de um mecanismo remissivo para tratar da causa de aumento de pena. O fato de a pessoa não poder consentir validamente, permitindo a tipificação do delito de estupro, não eliminava outra consequência distinta, que era a de o crime sexual ter se consumado contra vítima menor de 14 anos. Assim, entendiam perfeitamente possível a consideração da idade tanto para tipificar o delito sexual violento (artigo 213), como para aumentar a pena¹¹².

A presunção somente integrava o estupro simples, sem aumentar a pena. Dessa forma, a majoração do artigo 9º da Lei de Crimes Hediondos se fazia única e, assim, não havia *bis in idem*¹¹³. Nesse sentido:

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 67.

¹¹³ Também pela não ocorrência do *bis in idem*, vide: RT 692/265, 706/340, 767/514.

(...) ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 9º DA LEI 8.072/1990. ORDEM DENEGADA. (...)II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o crime de estupro, tanto na sua forma simples como na qualificada é crime hediondo. Precedentes. III - Não há bis in idem no fato de a idade da vítima ser levada em conta para tipificar o crime de estupro pela violência presumida nos termos do art. 224 do Código Penal e também como causa de aumento de pena consoante dispõe o art. 9º da Lei 8.072/1990. IV - Inexistindo nulidade ou ilegalidade flagrante a ser sanada, não se pode admitir o habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, ante a verificação do trânsito em julgado do acórdão que tornou definitiva a condenação. V - Ordem denegada. (STF. HC 97788/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 1ª Turma. j. 25.05.2010).

Entretanto, um segundo posicionamento acerca da atual classificação de crimes praticados antes da vigência da Lei nº 12.015/09 com violência presumida entende que deva ser aplicado o tratamento normativo antigo, ou seja, a nova legislação não deve retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência, uma vez que não é mais benéfica para o réu.

Argumentam tais defensores que o artigo 9º da Lei nº 8.072/90, mesmo antes de sua revogação tácita pela Lei nº 12.015/09, já não se aplicava aos crimes praticados com violência presumida, pois ocorreria um *bis in idem*, ou seja, se as hipóteses do artigo 224 já estavam sendo levadas em consideração para tipificar o crime de estupro (violência presumida), não poderiam novamente ser levadas em conta para aumentar a pena¹¹⁴.

Assim, tendo em vista que a pena cominada no artigo 213 ou 214 combinado com o artigo 224 era inferior e que, por este entendimento, já não se aplicava o aumento decorrente da Lei de Crimes Hediondos para crimes sexuais com presunção de violência, a nova legislação não deve retroagir para alcançar os fatos anteriores à sua vigência, devendo, destarte, ser aplicado o antigo tratamento normativo.

Vale mencionar um ponto de convergência entre os dois posicionamentos acima mencionados: para ambos os entendimentos, é aplicável a previsão do artigo 217-A se o estupro do vulnerável for cometido mediante violência ou grave ameaça. Nesse sentido¹¹⁵:

¹¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹¹⁵ CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*, p. 51.

Antes da Lei 12.015/2009, se o estupro ou atentado violento ao pudor de pessoa vulnerável fosse praticado sem violência real, incidia a presunção do art. 224 do CP, respondendo o agente pelo art. 213 ou 214, a depender do caso, com pena de 6 a 10 anos, não incidindo, de acordo com a maioria, o aumento de 1/2 trazido pelo art. 9º da Lei 8.072/90 (evitando *bis in idem*). A nova Lei, portanto, nessa hipótese, é mais gravosa, não alcançando fatos anteriores. Havendo violência real, dispensava-se a presunção do art. 224, respondendo o agente pelo crime do art. 213 ou 214, conforme a conduta, majorado de 1/2 de acordo com a determinação prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, gerando uma baliza punitiva de 9 a 15 anos. A nova pena é mais benéfica (8 a 15 anos), retroagindo (art. 2º, parágrafo único, do CP).

Com efeito, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.102.005/SC, entendeu que ao estupro praticado contra menor de 14 anos cometido com violência ou grave ameaça antes da reforma legislativa é aplicável o aumento decorrente do artigo 9º da Lei nº 8.072/90. Assim, considerando-se que com o aumento de metade a baliza punitiva da antiga previsão passa a ser maior do que a prevista no novo artigo 217-A, em razão do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, a pena a ser aplicada deve ser a prescrita pela nova legislação. Nesse sentido:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009.

I - Esta Corte firmou orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio *ne bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, seria aplicável a referida causa de aumento. (Precedentes).

II - Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009 restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP).

III - Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, *ex vi* do art. 2º, parágrafo único, do CP. Recurso parcialmente provido (STJ. REsp. 1.102.005/ SC. Rel. Min. Felix Fischer. j. 29.09.2009).

CAPÍTULO 12 - AÇÃO PENAL

Os crimes do Título VI do Código Penal antes da reforma eram, em regra, de ação penal exclusivamente privada, conforme se auferia da antiga redação do artigo 225, *caput*. Além disso, o mesmo dispositivo trazia em seus § 1º e § 2º, um abrandamento da regra geral.

Artigo 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§1º. Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§2º. No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Assim, o *caput* do artigo 225 estatuiu a regra, e seus parágrafos a exceção, permitindo que a ação penal pudesse ser pública incondicionada ou condicionada à representação da vítima ou de quem tivesse qualidade para representá-la. Era pública incondicionada quando o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (artigo 225, §1º, inciso II). Era pública condicionada à representação caso a vítima ou seus pais não possuíssem recursos suficientes para prover as despesas do trâmite processual sem que ficasse privada de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (artigo 225, §1º, inciso I).

Ainda existiam outras hipóteses, além das previstas na antiga redação dos § 1º e § 2º do artigo 225, em que a persecução penal em juízo era desencadeada pelo Órgão Ministerial, mediante o oferecimento de denúncia.

A primeira hipótese ocorria quando da prática de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, definidos, respectivamente, nos artigos 213 e 214, resultasse lesão corporal de natureza grave ou morte. Isto porque o artigo 223 e seu parágrafo único, que determinavam a qualificação dos delitos em razão dos resultados agravadores, encontravam-se no Capítulo IV, do Título VI - não abrangidos, portanto, pela regra do antigo artigo 225, uma vez que este

último, ao se referir à ação penal, fazia menção expressa aos delitos sexuais dos Capítulos precedentes, apenados na sua forma simples.

Assim, aos crimes sexuais, qualificados na forma do revogado artigo 223 e parágrafo único, não se aplicava a disciplina do antigo artigo 225 e seus parágrafos, mas tão somente a regra geral estabelecida no comando do artigo 100, *caput*, do Código Penal, que estatui ser pública incondicionada a ação penal nos crimes sobre os quais não exista expressa dicção legal para que se proceda mediante queixa.

A outra hipótese em relação à qual era permitido ao Ministério Público ofertar denúncia por crime sexual encontrava-se na súmula 608 do Supremo Tribunal Federal (“no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”).

Em que pese a clareza da súmula, sempre existiram inúmeras divergências em relação a sua aplicabilidade, discutindo a doutrina se a ação penal nos crimes de estupro com violência real seria pública ou privada.

Os autores pátrios, bem como a jurisprudência, davam dupla interpretação quanto à aplicabilidade da referida súmula.

Um primeiro posicionamento entendia que aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor cometidos com violência real (vias de fato ou lesão corporal leve) aplicava-se a súmula.

Os adeptos desta corrente embasavam-se no disposto no artigo 101 do Código Penal, que se refere à ação penal no crime complexo, para justificar a aplicação do enunciado do Supremo Tribunal Federal. Assim, se praticado o crime de estupro mediante violência real consistente em lesão corporal leve, estar-se-ia diante de um crime complexo, autorizando o *Parquet* a intentar ação penal pública, justificada pelo crime componente em relação ao qual cabe denúncia (lesão corporal leve - artigo 129, *caput*, do Código Penal).

Note-se que a súmula fora editada antes da Lei nº 9.099/95, que transmudou a ação penal de lesão corporal dolosa leve de pública incondicionada para pública condicionada

à representação (artigo 88 da Lei mencionada). Entretanto, mesmo com a superveniência da Lei dos Juizados Especiais, nossa Corte Suprema manteve a súmula 608.

Consoante a tese ora analisada, dentre os crimes que integrariam o estupro como elemento do tipo, o constrangimento ilegal (artigo 146, do Código Penal) ainda legitimaria a atuação do Ministério Público independentemente de qualquer condição.

Um segundo posicionamento entendia que a ação penal no crime de estupro com violência real era sempre de iniciativa privada (salvo as exceções dos § 1º e § 2º do artigo 225), uma vez que as lesões corporais leves e as vias de fato seriam absorvidas pelo crime sexual praticado. Ademais, entendia esta corrente que o crime de estupro não era crime complexo, não se justificando a aplicação do artigo 101. Assim, era de flagrante impropriedade a súmula 608. Nesse sentido¹¹⁶:

entendemos que a regra do art. 225 deveria preponderar sobre a do art. 101, e não o contrário. Firmamos nosso posicionamento pela consideração de que o art. 101 é inaplicável aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, pois nenhuma dessas duas figuras penais é, em verdade, crime complexo(...). Como outro argumento, mesmo que se entenda o estupro e o atentado violento ao pudor como crimes complexos, a regra do art. 225 do CP é de natureza especial, prevalecendo sobre a norma geral do art. 101 (...) pelos dois motivos indicados, continuamos pensando que a regra do art. 225 deveria prevalecer sobre a do art. 101.

Ocorre que a Lei nº 12.015/09 alterou radicalmente a normatização da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

Com efeito, os delitos tornaram-se, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, conforme se auffle da atual redação do artigo 225, *caput*. Ainda, o parágrafo único do mesmo dispositivo assevera que se procede mediante ação penal pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Artigo 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.
Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

¹¹⁶ DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2002, p 192.

Houve, pois, a alteração da política criminal no cenário dos crimes sexuais. Afastou-se a ação penal privada, que dava ensejo a argumentos de proteção à intimidade, evitando-se o escândalo do processo, para se definir que toda a ação passa a ser pública condicionada à representação. Normatização esta mais coerente com a efetiva proteção da vítima, pois confere ao Ministério Público a tutela do bem jurídico sem desrespeitar a opção do ofendido de manter sua intimidade preservada se não representar aos órgãos oficiais.

Diante do novo regime jurídico da ação penal nesses crimes, alguns autores passaram a considerar revogada a súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, pois em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Tal súmula era fruto de Política Criminal, que tinha o objetivo de proteger a mulher estuprada. Hoje, após a reforma trazida pela Lei nº 12.015/09, não há mais razão técnica para a subsistência do preceito sumular, pois a nova legislação conferiu proteção à vítima estuprada. Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar¹¹⁷.

Outros, entretanto, entendem que a súmula não foi revogada pela Lei nº 12.015/09, devendo ser aplicada tão somente nos casos em que do estupro resultar lesão corporal grave ou morte¹¹⁸.

O fundamento do entendimento sumular residia no fato de o delito de estupro ser considerado crime complexo. Em face disso, incidia a regra do artigo 101 do Código Penal. Assim, se praticado o crime de estupro mediante violência real, consistente em lesão corporal leve, estar-se-ia diante de um crime complexo, autorizando o *Parquet* intentar ação penal pública, justificada pelo crime componente em relação ao qual cabe denúncia (lesão corporal leve - artigo 129, *caput*, do Código Penal).

Mesmo com a superveniência da Lei dos Juizados Especiais, que transmudou a ação penal de lesão corporal dolosa leve de pública incondicionada para pública condicionada à representação (artigo 88 da Lei mencionada), nossa Corte Suprema manteve a súmula 608.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 62/63.

¹¹⁸ ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

A rigor, o advento da Lei nº 9.099/95 permitiu a distinção de duas situações: a) estupro com lesão leve (ação penal pública condicionada à representação); b) estupro com lesão grave ou morte (ação penal pública incondicionada).

Assim, para esse entendimento, com o advento da Lei nº 12.015/09, que alterou a natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual tornando-a, em regra, pública condicionada à representação, a diferenciação acima exposta deverá prevalecer. Significa dizer: o estupro com lesão leve se procede por ação penal pública condicionada à representação; contudo, se houver lesão grave ou morte, a ação penal será pública incondicionada, por força do enunciado sumular¹¹⁹.

12.1. Ação penal do estupro qualificado pelo resultado

Pela leitura da Lei, o crime de estupro qualificado pelo resultado lesão corporal de natureza grave ou morte é de ação penal pública condicionada à representação (artigo 225, *caput*, do Código Penal), pois o parágrafo único do dispositivo que cuida do assunto não excepcionou estas hipóteses.

Para aqueles que não consideram revogada a súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, bastaria aplicá-la para se considerar a ação penal pública incondicionada. Todavia, para aqueles que a consideram revogada, o entendimento é de que, realmente, se trata de crime de ação penal pública condicionada à representação, sobretudo porque o artigo 101, que permitiria outra interpretação, é norma geral e anterior e, portanto, não subsiste à norma especial e posterior contida no artigo 225 do Código Penal.

Assim, considerando o artigo 101 do Código Penal inadequado para solucionar a questão, uma vez que o novel artigo 225 veicula norma posterior e especial em relação à contida naquele dispositivo, bem como, por idêntica razão, a inaplicabilidade da súmula 608, o Procurador Geral da República protocolou, em 17 de setembro de 2009, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301, com pedido de liminar, contra a redação dada ao artigo 225 do Código Penal pela Lei nº 12.015/09 por ofensa aos

¹¹⁹ ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por parte do Estado.

A impugnação dirigiu-se especificamente contra a nova previsão de que, no crime de estupro do qual resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, deve-se proceder mediante ação penal pública condicionada, e não mais por meio de ação penal pública incondicionada.

Em suma, sustentou-se que apesar de a Lei nova ter representado, em alguns termos, um avanço na disciplina legislativa dos crimes sexuais, houve um grave retrocesso em relação aos crimes de estupro que causem lesão corporal de natureza grave ou morte, uma vez que a persecução penal nesses casos, antes incondicionada, passou a depender de representação da vítima ou de seu representante legal.

Alegou-se que referida condição de procedibilidade em tais casos – de alto nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade – constitui franca transgressão ao postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade.

Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando esta se apresenta manifestamente deficiente.

O tema ganhou destaque no voto do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento no qual a Corte recusou a extensão, à união estável, da aplicação de dispositivo do Código Penal (hoje revogado) que previa a extinção de punibilidade do crime de estupro sempre que o autor se casasse com a vítima.

A ofensa aos princípios da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), e da dignidade da pessoa humana materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal de natureza grave ou morte, tornando vulneráveis bens jurídicos da mais alta importância – vida e saúde - sem uma razão suficientemente forte que justifique a opção legislativa.

Sob outro ângulo, sustentou-se na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade que a falta de razoabilidade ainda decorre da constatação de que, nos demais crimes definidos na legislação penal, cujos resultados são lesão corporal de natureza grave ou morte, ou nos próprios crimes de homicídio e de lesão corporal grave, inclusive culposos, a ação penal é pública incondicionada. Destarte, o tratamento diferenciado para o delito de estupro qualificado não se sustenta, visto que a conduta antecedente não tem força para atenuar o enorme interesse público decorrente do resultado do crime.

Assim, em razão das considerações expostas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade pretende que o Supremo Tribunal assente que no estupro qualificado por morte ou lesão grave a ação penal seja pública incondicionada. Para tanto, requereu a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* do artigo 225 do Código Penal, na redação que lhe fora conferida pela Lei nº 12.015/09, para excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal de natureza grave ou morte, de modo a restaurar, em relação a tais modalidades delituosas, a regra geral da ação penal pública incondicionada (artigo 100 do Código Penal e artigo 24 do Código de Processo Penal).

A ação foi distribuída para o ministro Joaquim Barbosa e encontra-se conclusa para julgamento.

12.2. Direito intertemporal

As normas relativas à natureza da ação penal têm caráter misto ou híbrido, ou seja, possuem reflexos na órbita do Direito Penal e do Direito Processual. Submetem-se, pois, ao princípio geral da retroatividade benéfica, que determina que se a norma for mais favorável retroagirá para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência.

Com efeito, existem casos em que a nova regulamentação proporcionada pela Lei nº 12.015/09 é mais benéfica e, portanto, retroagirá para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência. O melhor exemplo é o crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal de natureza grave. Antes da alteração legislativa, era crime de ação penal pública

incondicionada. Após a reforma, passou a ser de ação penal pública condicionada à representação. Assim, sendo incontestável o caráter mais favorável da nova norma, o dispositivo alcança fatos anteriores e, portanto, os processos relativos a esses crimes, atualmente em tramitação, passaram a depender da anuência da vítima ou seu representante legal¹²⁰.

Nos casos em que a nova disposição não é mais benéfica, a normatização anterior continua a reger a situação. Assim, por exemplo, os casos já atingidos pela decadência, que após a alteração legislativa tornaram-se crimes de ação penal pública incondicionada, não serão atingidos pela nova regra.

Verifica-se, destarte, que deve ser analisado, no caso concreto, se a nova norma é favorável ao réu. Somente neste caso, em respeito ao preceito constitucional (artigo 5º, inciso XL), retroagirá para alcançar fatos anteriores à sua vigência, respeitando-se, todavia, a coisa julgada (porque normas mistas ou híbridas, embora sujeitas à retroatividade benéfica declarada no Texto Maior, somente se aplicam antes do trânsito em julgado; isso decorre do fato de se vincularem a uma disposição de natureza processual, o que as torna dependentes da existência de um processo ainda não concluído). Do contrário, ocorrerá a ultratividade do antigo dispositivo.

Por fim, em que pesem respeitáveis posicionamentos que entendem possível o instituto da combinação de Leis, por estar o aplicador do Direito apenas atuando dentro do contexto normativo oferecido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou contrário a esta hipótese, ou seja, entendeu não ser possível utilizar, em um mesmo caso, os aspectos positivos de dois ou mais regramentos distintos, combinando-os e estabelecendo um terceiro. Referida técnica fere a tripartição de Poderes estabelecida pela Constituição Federal. Assim, o aplicador do Direito deve ponderar os regramentos passíveis de aplicação e, estabelecido o mais favorável para o réu, utilizá-lo por inteiro. Nesse sentido foi o informativo nº 570 da Corte:

¹²⁰ Para evitar que os processos em tramitação continuem a exigir a anuência da vítima ou seu representante legal, o Procurador Geral da República, na ADIN nº 4301, pleiteou liminar ao Supremo Tribunal Federal contra a nova redação conferida ao art. 225 do Código Penal (vide item 12.1 deste trabalho).

Tráfico de Drogas e Combinação de Leis Incriminadoras

A Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de condenada à pena de 4 anos de reclusão por tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 6.368/76, art. 12) em que pleiteava a diminuição da pena para o mínimo legal (3 anos), tendo em vista ser ela primária e preponderarem circunstâncias judiciais favoráveis. Requeria-se, também, por idênticas razões, a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, que possibilita a redução da pena de um sexto a dois terços em tais casos. Considerou-se que a sentença condenatória estaria devidamente fundamentada, com motivação suficiente para a elevação da pena-base acima do mínimo legal. Rejeitou-se, de igual modo, o pleito de incidência do novo dispositivo da Lei 11.343/2006, pois a causa especial de diminuição nele estabelecida tem como parâmetro a nova pena imposta ao crime de tráfico de entorpecentes pelo diploma legal em questão, que parte do mínimo de 5 anos. Assim, combinar referida norma com a pena imposta à paciente, sob a égide da Lei 6.368/76, significaria criar uma terceira pena, não estabelecida em lei, o que seria vedado ao órgão julgador, por força dos princípios da separação dos poderes e da reserva legal. (STF. HC 96844/MS. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 04.12.2009).

Na mencionada hipótese da Lei de Drogas, o Superior Tribunal de Justiça também vem decidindo pela impossibilidade de combinação das Leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna trazida pela Lei nº 11.343/06 ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei nº 6.368/76, mas somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS. PENA CONCRETIZADA EM 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CRIME DE TRÁFICO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76 REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO §4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS).

INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA A ACUSADA OU SENTENCIADA. [...]. ORDEM CONCEDIDA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a sua aplicação retroativa à aquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.

3. Na hipótese, o § 4o. faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

4. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2o. do CPB e 5o., XL da CF/88), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor à acusada ou sentenciada.(...)

9. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de redução da pena com fulcro no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecer a paciente, (...) (STJ HC 96.242/SP. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. j. 20.05.2008).

Ainda, vale ressaltar que o Ministro Jorge Mussi, após a superveniência Lei nº 12.015/09, que unificou o antigo atentado violento ao pudor e o estupro em apenas um dispositivo penal, reconheceu a possibilidade de continuidade delitiva entre os atos que antes configuravam delitos distintos. Todavia, se o caso for de estupro de vulnerável, por entender que este posicionamento só restou possível após a reforma legislativa, afirmou que o benefício da continuidade delitiva somente poderia incidir sobre a nova pena estabelecida no art. 217-A, pois incidir sobre a antiga classificação (artigo 213 ou 214 combinado com o artigo 224) configuraria combinação de leis, instituto rechaçado pelo Tribunal Superior. Nas palavras do Ministro¹²¹:

Esta egrégia Quinta Turma, entretanto, na mencionada hipótese da Lei de Drogas, vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei n. 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n. 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da Lei n.11.343/06.
(...)

Em razão do entendimento exposto nos paradigmas colacionados, deve ser utilizado o preceito secundário do artigo 217-A do Código Penal, cuja superveniência no ordenamento jurídico tornou possível o reconhecimento da continuidade delitiva aos condenados pela prática do crime de atentado violento ao pudor e estupro com violência presumida, passando-se, então, à nova dosimetria da pena.

¹²¹ Voto proferido pelo Ministro Jorge Mussi, no julgamento do HC 104.724/MS. 5ª Turma STJ j. 22.06.2010.

CAPÍTULO 13 - CONCLUSÃO

Ao tipificar o crime de estupro, o Direito Penal visou não apenas proteger o sujeito passivo, resguardando sua liberdade sexual, integridade física e psíquica, enfim, a sua dignidade sexual (um dos aspectos da dignidade da pessoa humana, pilar de um Estado Democrático de Direito), mas também visou à prevenção de crimes, bem como à diminuição da violência social, por meio da ameaça da pena e de sua imposição.

A reforma legislativa teve o objetivo, em um momento nacional de violência de todas as formas, de preocupação com o respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia, exploração e violência sexual em especial, de atualizar e conferir tratamento normativo adequado às questões relacionadas aos crimes sexuais.

Conquanto bem intencionada, encerra a Lei nº 12.015/09, pensamos, vários equívocos no que se refere ao crime de estupro, objeto deste trabalho.

Ocorreu uma fusão de conteúdos em somente um dispositivo sob a rubrica de estupro, sem muita técnica e sem a preocupação de definir ou delimitar o que seriam “outros atos libidinosos”, como o fez, por exemplo, o Código Penal português, que mencionou que estes devem ser de relevo. Nesse diapasão, observa Luiz Regis Prado¹²²:

É certo que o beijo lascivo ou lingual obtido contra a vontade da vítima, mediante violência, tem inferior magnitude penal se comparado, por exemplo, com o coito anal. Mas não deixa de ser considerado estupro, conforme a disciplina da lei brasileira vigente, sendo que tal distinção deve ser aferida por ocasião da aplicação da pena

Nas palavras de Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi¹²³:

Perdeu o legislador a oportunidade de qualificar, na segunda modalidade, o constrangimento para a prática de ato libidinoso, a gravidade desse ato, eis que não respeita a proporcionalidade a pena igual para atos de tão diferente gravidade. Há atos de conteúdo libidinoso que podem ser avaliados como mais gravosos para a vítima do que a conjunção carnal, mas há outros de muito menor consequência. Nos termos da Lei, essa distinção, como antes já

¹²² *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. v 2. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 599.

¹²³ *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 146.

ocorria com o revogado art. 214, ficará restrita à dosagem da pena entre o mínimo e o máximo fixada pelo juiz.

Ao que parece, o legislador, como ocorre em diversas legislações estrangeiras, tentou ampliar o conceito de estupro, entretanto, ao invés de fazê-lo por meio de uma reestruturação completa do conjunto de delitos sexuais, apenas fundiu dois dispositivos penais, com o que gerou muita polêmica e controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca de diversos temas, como o concurso de crimes.

Apesar de algumas alterações confeccionadas pela Lei nº 12.015/09 terem sido muito positivas e representarem um avanço e atualização da legislação brasileira, como a mudança da rubrica do Título VI do Código Penal e a ampliação do polo passivo do crime sexual, poderia realmente o legislador ter reestruturado por inteiro o conjunto dos delitos sexuais em uma versão de sistematização mais moderna e de superior técnica, diferenciando condutas mais graves de menos graves, inclusive com a cominação de penas distintas.

Ao analisar as legislações de outros países, verifica-se que a maioria possui um conceito ampliado acerca do crime de estupro, ou seja, o delito abrange outros atos sexuais graves além da conjunção carnal. Entretanto, não deixam de ter outro dispositivo com pena menos severa para outros atos libidinosos menos invasivos, porém de relevo e que, portanto, também merecem a tutela estatal.

O Anteprojeto de Lei de 1999, que altera essencialmente a Parte Especial do Código Penal brasileiro, em melhor técnica mantém as definições de estupro e atentado violento ao pudor em dispositivos distintos. Outrossim, mesmo sem a ampliação do conceito do primeiro e a delimitação do segundo, estabelece no que concerne às margens penais, a igualdade da sanção no grau máximo e pena mínima inferior para o atentado. Com isso, levou em conta o princípio da proporcionalidade na cominação da pena, pois, sem dúvida, algumas vezes o atentado violento ao pudor provoca trauma maior na vítima do que o estupro propriamente dito. Todavia, o fato também pode ocorrer por conduta menos grave do que a conjunção carnal. Daí a sugestão de o grau mínimo ser diferenciado, permitindo que a individualização da pena não reste meramente formal

Ainda, referido Anteprojeto rompe com a ordem axiológica entre os bens jurídicos tutelados, evidenciando a “dignidade sexual”, intimamente relacionada com o ser humano.

Assim, na nova configuração proposta para o diploma penal, os crimes contra a dignidade sexual aparecem já no Título II, logo após os crimes contra a pessoa, antecedendo, portanto, os crimes contra o patrimônio, restritos à preservação de bens materiais.

Evidente que mesmo com outra estruturação legislativa novas questões surgiriam, uma vez que a Lei nova sempre suscitará interpretações inusitadas, inclusive para o legislador, porque, como mencionou Vicente Greco Filho citando o saudoso Ewelson Soares Pinto, “a Lei é como o samba do malandro, veste uma camisa listrada e sai por aí”¹²⁴.

Fato é que a atuação do aplicador do Direito tem fundamental relevância para, por meio de técnicas de Hermenêutica, adaptar e executar as normas jurídicas no plano fático. Às vezes, mais do que a observância estrita da Lei, é necessária a interpretação do Direito e o uso do bom senso com o intuito de realmente alcançar o real significado da palavra Justiça. Deve-se analisar caso a caso, repudiando sempre o uso de fórmulas exatas e soluções massificadas, uma vez que incompatíveis com a Ciência Humana do Direito.

O juiz, nas sendas do Direito, está, sem dúvida, submetido à Lei, entretanto, deve ter como fim também a Justiça.

Aliás, tal pensamento converge com os princípios e normas contidos em nosso Diploma Maior, qual seja, a Constituição Federal de 1988, Lei Fundamental de nosso Estado.

Deve-se buscar soluções por meio de uma interpretação sistemática, orientada por princípios constitucionais. O Direito é um ordenamento e, mais do que isso, um verdadeiro sistema de normas, que deve ser observado como um todo regido pela Constituição Federal.

O hermenauta também deve levar em consideração a história, as ideologias e as realidades sociais, econômicas e políticas do Estado para definir o verdadeiro significado do texto constitucional e, por conseguinte, das normas infraconstitucionais.

Assim, a Hermenêutica do Direito é um pressuposto com que deve atuar o intérprete, não podendo desempenhar sua atividade sem admiti-la, sob pena de mal

¹²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*. Artigo disponível em vários sítios da internet, dentre os quais: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>. Último acesso em 04/02/2011.

desempenhá-la, sendo a interpretação jurídica em sede do novo crime de estupro de extrema importância para sua compreensão e boa aplicação, e foi o que se buscou fazer neste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTO DONNA, Eduardo. *Delitos contra La integridad sexual*. 2ª ed. Santa Fé: Culzoni, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Sênio Manuel dos Reis. *Crimes sexuais: notas e comentários aos arts. 163 a 179 do Código Penal*. Coimbra: Almedina, 1995.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e Das Penas*. Trad. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BERTOLINO, Marta. *Liberta sessuale e tutela penale*. Milano: Giuffrè, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial*. v. 4. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. v. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Francisco José Viveiros. *Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual*. 4ª ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

_____. *Os delitos contra a honra da mulher*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

CHAUI, Marilena. *Repressão sexual: essa nossa desconhecida*. 12ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal – Parte Especial*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DELMANTO Celso. *Exercício e abuso de direito no crime de estupro*. In RT 536/258.

_____ ; e outros. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal ante el sexo (Limites, criterio de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*. Barcelona: Bosch, 1998.

DIOGENES, Gloria. *Os sete sentimentos capitais – Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes*. 1ªed. São Paulo: Annablume, 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

ESTEFAM, André. *Crimes sexuais – comentários à lei 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*. v. 6. Rio de Janeiro, 1961;

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. v. 3. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina legal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Pulseiras do sexo: brincadeira ou crime hediondo?* Artigo disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14672/pulseiras-do-sexo-brincadeira-ou-crime-hediondo>. Último acesso em 04/02/2011.

_____; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Direito penal sexual: fundamentos e fontes*. Curitiba: Juruá, 2003.

GUSMÃO, Chrysolito. *Dos crimes sexuais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro Greco. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ ; RASSI, João Daniel. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*. Artigo disponível em vários sítios da internet, dentre os quais: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>. Último acesso em 04/02/2011.

HEFENDHEL, Roland (editor literario) e outros. *La teoria del bien juridico – fundamento de legitimacion del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HUNGRIA Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 8. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1954.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general. Fundamentos y teoria de La imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESUS Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Especial*. v. 3. 12ª ed. São Paulo: Saraiva.

_____. *Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Crime de assédio sexual*. Artigo disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2386/crime-de-assedio-sexual>. Último acesso em 04/02/2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. *Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente, Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no Direito Penal – A hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1964.

MASSON, Cleber. *Direito Penal – Parte geral*. São Paulo: Método, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria Globo, 1925.

MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. v.2. 24ª ed. São Paulo: Atlas.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da e outros. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª edição. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

NATSCHERADETZ, Karl. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra: Almedina, 1985.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Crime Contra os Costumes*. São Paulo: Saraiva, 1943.

_____. *Direito Penal*. v. 3. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015/09*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. v. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

POMBO, Rocha. *História do Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1956.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. v. 3. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro – Parte Especial*. v. 2. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

RIBEIRO, Carlos José de Assis. *História do Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Zélio Valverde, 1943.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Derecho penal – parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3ª ed. Lisboa: Veja, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais - bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Por um novo direito penal sexual*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 33.

SILVA, Jorge Medeiros. *Direito Penal Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

TAIAR, Rogério. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal – A Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: SRS, 2008.

TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime e estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Páginas da Internet:

ECPAT. Informe sobre a exploração sexual de meninos em Bangladesh. Disponível em: http://www.humantrafficking.org/uploads/publications/Bangladesh_Part1.pdf. Último acesso em 02/02/2011.

OIT. Pesquisa sobre a Exploração Sexual de Adolescentes no Chile. Disponível em: http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/est_demanda_esci_cl.pdf. Último acesso em 02/02/2011.

Ministério do Turismo. Programa Turismo Sustentável e Infância. Disponível em: http://www.turismo.gov.br/turismo/programas_acoes/programa_sustentavel_infancia/atuacao.html

Wikipédia. Disponíveis em: http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi e http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Mosaica. Último acesso em 02/02/2011.

Código Penal francês. Tradução Juarez Tavares. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf>. Último acesso em 02/02/2011.

ANEXOS



Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.106, DE 28 DE MARÇO DE 2005.

Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 148, 215, 216, 226, 227 e 231 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 148.....

§ 1º

I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;

.....

IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

V – se o crime é praticado com fins libidinosos.

....." (NR)

"Posse sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude:

....." (NR)

"Atentado ao pudor mediante fraude

Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

.....
Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos." (NR)

"Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

III – (revogado)." (NR)

"CAPÍTULO V DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOAS

Art. 227.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

....." (NR)

"Tráfico internacional de pessoas

Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º.....

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º (revogado)." (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 231-A:

"Tráfico interno de pessoas

Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei."

Art. 3º O Capítulo V do Título VI – DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com o seguinte título: "DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOAS".

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Ficam revogados os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do **caput** do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Brasília, 28 de março de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos
José Dirceu de Oliveira e Silva

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 29.3.2005.



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009.

Mensagem de veto

Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 2º O Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“TÍTULO VI
DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estupro

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

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

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

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

“Violação sexual mediante fraude

[Art. 215.](#) Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

“Assédio sexual

Art. 216-A.

.....

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.” (NR)

“[CAPÍTULO II](#) DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

[Art. 218.](#) Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. [\(VETADO\).](#)” (NR)

“Ação penal

[Art. 225.](#) Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.” (NR)

“CAPÍTULO V DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

.....

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

[Art. 228.](#) Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

.....” (NR)

[“Art. 229.](#) Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

.....” (NR)

“Rufianismo

Art. 230.

.....

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.”
(NR)

“Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

“Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

Art. 3º O Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 217-A, 218-A, 218-B, 234-A, 234-B e 234-C:

“Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 2º [\(VETADO\)](#)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

“Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

[Art. 218-A.](#) Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

[Art. 218-B.](#) Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no **caput** deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no **caput** deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.”

“CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES GERAIS

Aumento de pena

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – (VETADO);

II – (VETADO);

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.”

“Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.”

“Art. 234-C. (VETADO).”

Art. 4º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei de Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

.....” (NR)

Art. 5º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no **caput** deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no **caput** deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.”

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

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

Brasília, 7 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro