

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS CRIMES SEXUAIS E A LEI N.º 12.015 DE 2009**

Karen Nathali da Silva Clementino

Presidente Prudente/SP

2010

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS CRIMES SEXUAIS E A LEI N.º 12.015 DE 2009**

Karen Nathali da Silva Clementino

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2010

## **OS CRIMES SEXUAIS E A LEI N.º 12.015 DE 2009**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Rodrigo Lemos Arteiro  
Orientador

---

Jurandir José dos Santos  
Examinador

---

Marcos Akira Mizusaki  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 29 de novembro de 2010.

**"Não-violência não quer dizer renúncia a toda forma de luta contra o mal. Pelo contrário. A não-violência, pelo menos como eu a concebo, é uma luta ainda mais ativa e real que a própria lei do talião - mas em plano moral".**

Mahatma Gandhi

**"É quase impossível conciliar as exigências do instinto sexual com as da civilização."**

Sigmund Freud

**"Abuso Sexual: sem palavras para descrever, sem tempo para esquecer"**

Micaelle Souza Santos, 13 anos, aluna do 8º ano do ensino fundamental –  
Vencedora de um concurso de frases promovido pelo Conselho Tutelar dos Direitos da Criança e do Adolescente

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus pais, Mauro Lucas e Marcia, por todo amor e apoio a mim concedidos, sacrificando, por vezes, projetos e interesses pessoais.

Dedico também a Caroline, minha irmã, amiga de todas as horas, que está sempre ao meu lado, entendendo minhas lágrimas e meus sorrisos, me ouvindo e aconselhando, sem fazer julgamentos.

Amo vocês!

## AGRADECIMENTOS

Especialmente a Deus e os motivos dessa gratidão são inumeráveis e incomensuráveis.

Ao meu namorado e amigo “Kadu”, pela paciência que teve comigo durante essa fase da minha vida, a qual, sem dúvida, deixa os humores à flor da pele. Com certeza o seu amor e companheirismo ajudaram a dissipar os medos e anseios inerentes a esta etapa. Meu amor.

Ao Dr. Eduardo Gesse, pelo estímulo, auxílio, carinho, enfim, por representar pra mim não somente um amante do direito, mas uma segunda figura paterna.

Ao Richardson e à Naiara, mais que colegas de trabalho, verdadeiros amigos com os quais convivo e aprendo dia-a-dia, graças ao curso de Direito.

A querida amiga Juliana, por somar alegrias e subtrair tristezas da minha vida.

Ao Dr. Marcos Akira Mizusaki, Promotor de Justiça com o qual eu estagio e integrante da Banca Examinadora do presente trabalho, por dividir comigo seu vasto conhecimento, não só jurídico, mas como ser humano, me ensinando e sendo um exemplo a ser seguido.

Ao professor Jurandir José dos Santos, que aceitou o meu convite para integrar a Banca Examinadora.

Ao meu orientador, professor Rodrigo Lemos Arteiro, que proporcionou todo apoio técnico necessário à produção desta obra. Obrigada por confiar na minha capacidade.

## RESUMO

O presente trabalho almeja discorrer sobre as principais alterações que a Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009 fez no Título VI do Código Penal, bem como na Lei dos Crimes hediondos (Lei n.º 8.072 de 11 de dezembro de 1990), analisando erros e acertos do legislador, bem como as controvérsias superadas e geradas com o advento da nova lei. Observa o deslocamento do bem jurídico tutelado que deixou de ser “os costumes”, passando a proteger-se a “dignidade sexual”. Expõe sobre os delitos atualmente tipificados nos artigos 213, 215 e 217-A do Código Penal, ante a maior lesividade que as condutas neles descritas, quando praticadas, causam ao bem jurídico tutelado. Analisa a fusão entre os primitivos crimes de Estupro (artigo 213 do Código Penal) e Atentado violento ao pudor (artigo 214 do Código Penal), bem como os de Posse sexual e Atentado ao pudor, ambos cometidos mediante fraude, anteriormente previstos nos artigos 215 e 216 (Código Penal). Discorre sobre o antigo dispositivo que tratava da presunção de violência (artigo 224 do Código Penal), atualmente revogado, e sobre a criação de um novo tipo, autônomo, denominado Estupro de Vulnerável (artigo 217-A do Código Penal). Dedicada especial atenção aos aspectos penais da nova lei, mas entende imprescindível comentar, mesmo que de forma sucinta, a modificação da ação penal utilizada para provocar o Estado-Juiz a fim de que este exerça o *jus puniendi*, a qual passou, em regra, de privada para pública condicionada à representação. Relaciona as normas gerais, aplicáveis a todos os crimes em estudo. Examina a reforma no tocante à Lei n.º 8.072, em especial a omissão do legislador quanto às causas de aumento de pena previstas no artigo 9º. Discorre quanto à adequação ou não, da nova lei a alguns princípios constitucionais e ao contexto histórico-social vivido hodiernamente. A presente obra não tem o escopo de esgotar o assunto escolhido, mas apenas tratar sobre o tema de forma ampla, expondo e tentando dissipar as discussões.

**Palavras-chave:** Dignidade sexual. Estupro. Atentado violento ao pudor. Violação sexual mediante fraude. Estupro de vulnerável. Presunção de violência. Ação penal. Crimes hediondos.

## ABSTRACT

This monography aims to broach about the main changes that the Law 12.015 of August 7, 2009, has made to the Title VI of the Criminal Code, as well as on the Heinous Crimes law (Law 8.072 of December 11, 1990), analyzing the rights and wrongs made by the legislator, as well as the controversies that were overcome and generated by the new law. It observes the displacement of the protected legal interest, that it stop protecting the costumes, to protect the "sexual dignity". Also aims to expose the delicts that are currently typified on the Articles 213, 215 and 217-A of the Criminal Code because this crimes describes conducts that causes bigger lesivity to the protected legal interest. As well as analyzes the fusion of the crimes of Rape (Article 213 of the Criminal Code) and Violent Indecent Assault (Article 214 of the Criminal Code), as well as the crimes of sexual property and indecent assault, those last two committed by fraud, before seen on article 215 and 216 of the Crime code. It discuss the already repealed Article 224 of the Criminal Code that described the presumption of violence on sexual crimes, and the creation of a new type, Rape of Vulnerable (Article 217-A of the Criminal Code). Special attention is given to the criminal aspects of the new legislation, and in the same time, it's vital to discuss another modification brought by the new law, that's the change on the holder of the right to prosecute, to provoke the State, so that it can carry out the *jus puniendi*, which has changed with the advent of the new legislation, in most cases, from private to public conditioned to representation. Another goal is to interrelate the general norms, that are applicable to all the crimes in study. It examines the changes regarding to the Law 8.072, in particular regarding to the omission of the legislator on the causes of increase on the criminal penalty, that are provided by the Article 9. It also broaches out on the adequation of new law to the constitutional principles and to the historic-social context of nowadays. This work doesn't aims to exhaust the subject, but to speak about the theme on a broad way, exposing and trying to dispel the discussions.

**Keyword:** Sexual Dignity, Rape, Indecent Assault, Sexual Violation through Fraud, Rape of Vulnerable, Presunction of violence, Criminal Suit. Heinous Crimes.



# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2 BEM JURÍDICO TUTELADO</b>	<b>12</b>
2.1 ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR	14
2.2 POSSE, ATENTADO AO PUDOR E VIOLAÇÃO SEXUAL – MEDIANTE FRAUDE	24
2.3 VIOLÊNCIA PRESUMIDA E ESTUPRO DE VULNERÁVEL	26
<b>3 DISPOSIÇÕES GERAIS</b>	<b>33</b>
<b>4 AÇÃO PENAL</b>	<b>36</b>
4.1 Considerações gerais	36
4.2 Mudanças trazidas pela reforma	37
<b>5 REFLEXOS NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS</b>	<b>44</b>
<b>6 CONCLUSÃO</b>	<b>49</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Na comunidade jurídica as controvérsias são sempre constantes e, sem dúvida, quando uma nova lei entra no ordenamento, esse meio se agita, pois surgem novas teorias, novos posicionamentos e amplia-se, assim, o campo das discussões, dos debates.

Com o advento da Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009 não foi e nem é diferente.

Deste modo, o presente trabalho tem por escopo discorrer sobre os principais aspectos penais dos crimes mais lesivos à dignidade sexual, bem como quanto aos reflexos processuais gerados pelas alterações trazidas pela nova lei, mas não almeja abordar todas as alterações que ela trouxe no campo dos antigos crimes contra os costumes.

O método utilizado para abordagem do tema foi o dedutivo cumulado com o comparativo, pois se partiu de uma visão geral do ordenamento para chegar-se a conclusões específicas, principalmente por meio da comparação entre os dispositivos antigos e novos, referentes aos crimes que punem o ato sexual praticado de forma ilícita, procurando explicar determinados temas expondo e, talvez, dirimindo algumas divergências.

Assim, no que tange ao direito material, elege-se os artigos que tratam dos crimes de Estupro (artigo 213), de violação sexual mediante fraude (artigo 215) e de Estupro de vulnerável, devido a sua maior nocividade ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual, e à aversão social que a prática das condutas descritas nesses tipos gera, até mesmo no interior da penitenciárias, onde estupradores e afins são violentados e assassinados. Discorre-se, ainda, sobre alguns aspectos importantes que a lei gerou na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990).

O estudo do tema mostra-se adequado principalmente ante a recenticidade da Lei n.º 12.015 de 2009. Além disso, a tutela da liberdade e da dignidade, garantidas constitucionalmente, no âmbito sexual é de suma importância, no que se refere a adultos e também a jovens, sendo imprescindível que a legislação se ajuste ao contexto social vivido atualmente.

Entre os pontos abordados nesta pequena obra está a adequação dos novos dispositivos ao princípio da igualdade, de modo que não há mais qualquer distinção de gênero, como antes ocorria no delito de estupro, que incriminava a conduta de constranger mulher a praticar conjunção carnal. Neste diapasão, foi também exposta a divergência sobre a possibilidade do marido cometer crime sexual contra a esposa.

Outro ponto polêmico que abrange os três tipos estudados é a classificação dos tipos em simples ou mistos e se forem mistos, mistos alternativos ou cumulativos, bem como o impacto gerado por essa discussão no campo do concurso de crimes.

No tocante ao crime de Estupro, foram tratadas também as formas qualificadas pelo resultado lesão grave ou morte, bem como pela condição da vítima (menor de 18 de maior de 14), tecendo-se comentários acerca do resultado mais grave ser doloso ou culposos (crime preterdoloso).

Na análise do crime de Violação sexual mediante fraude salientou-se a evolução que a nova lei trouxe quanto à discriminação de gênero e aos preconceitos morais da sociedade. Foi exposta a dificuldade gerada na identificação do dispositivo a ser aplicado ao caso concreto, ante a semelhança dos artigos 215 e 217-A, § 1º, bem como a pouca aplicabilidade do parágrafo único do artigo 215, todos do Código Penal.

No capítulo em que se tratou do estupro de vulnerável e da violência presumida foi abrangida a criação de um crime autônomo e a revogação do primitivo artigo 224 do Código Penal, o qual trazia os casos de violência ficta. Foi feita uma análise sistemática do novo artigo frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, no que concerne à idade limítrofe de proteção absoluta do menor, discorrendo, também, sobre a presunção absoluta e relativa. Quanto aos enfermos e deficientes mentais foi apresentado o dilema da possível vedação de uma vida sexual a estas pessoas.

Apesar de discorrer-se no decurso deste trabalho de forma bem mais aprofundada no campo penal da lei, seria impossível e insuficiente não expor os aspectos processuais da reforma, uma vez que a espécie de ação penal destinada ao processamento de determinado crime, o modo pela qual o Estado exercerá seu *jus puniendi*, é escolhida conforme o direito material violado.

Assim, achou-se por bem analisar os aspectos da ação penal que teve sua natureza completamente modificada, passando de privada, em regra, para pública condicionada à representação. Foi apresentado o princípio da proibição da proteção deficiente que se contrapõe ao da intervenção mínima, os quais constituem os dois lados do princípio da proporcionalidade. Foram tecidos breves comentários sobre a Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4301, a qual aponta a regra da ação penal pública condicionada à representação, mesmo nos casos que resultem lesão grave ou morte, como flagrantemente inconstitucional. Discorreu-se, ainda, acerca da ausência de uma norma de transição.

Foram abordadas também as disposições gerais como, v.g., as causas de aumento de pena e a regra que impõe o segredo de justiça dos processos que visem a apurar os crimes ora estudados.

Considerando as alterações que a Lei n.º 12.015 fez e perdeu a oportunidade de fazer na Lei dos crimes hediondos, um dos capítulos deste trabalho destinou-se a fazer breves considerações sobre os reflexos da reforma na Lei n.º 8.072 de 1990.

Saliente-se que foram feitas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais para confecção desta obra, mas, que, houve certa dificuldade na obtenção de material, pois a lei ainda é recente e a produção é escassa, sendo expostas no decorrer do trabalho ideias pessoais.

Importante enfatizar, ainda, que a presente obra não tem a pretensão de esgotar o tema escolhido, mas sim apresentar de forma ampla as principais discussões geradas no que tange aos artigos selecionados.

## 2 BEM JURÍDICO TUTELADO

O Código Penal foi publicado em dezembro de 1940 e discorre sobre os atos sexuais praticados de forma ilícita em seu Título IV, incriminando diversas condutas.

Com o passar dos anos, a sociedade evoluiu em todos os seus aspectos, refletindo tal avanço, substancialmente, no comportamento sexual das pessoas.

Entretanto, apenas em 2005 com a Lei n.º 11.106 foi que o contexto legislativo começou a se adaptar à realidade social. Houve grande evolução no que tange aos preconceitos e moralismos exacerbados, pois o legislador revogou artigos como o de sedução (que incriminava a prática de conjunção carnal com mulher virgem maior de quatorze anos e menor de dezoito aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança - artigo 217 do Código Penal) e o de raptamento (que punia a conduta de raptar mulher honesta mediante violência, grave ameaça ou fraude – artigos 219 a 222, do Código Penal).

Referida Lei revogou, ainda, as causas extintivas da punibilidade anteriormente previstas no artigo 107, incisos VII e VIII, do Código Penal. Tais dispositivos previam a punibilidade do agente seria extinta caso o ele se casasse com a vítima ou esta se casasse com terceiro, nos casos dos crimes previstos nos Capítulos I, II e III do título que tratava dos crimes contra os costumes.

Com o advento da Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009, mais adaptações foram introduzidas no Código Penal, as quais influenciaram também na Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990, a qual trata dos crimes hediondos.

Esta lei traduz uma visão menos preconceituosa e moralista da sociedade, menos machista sob muitos ângulos e suprimiu qualquer resquício de referência à honestidade ou virgindade da vítima.

A evolução trazida pela nova lei é visível já no que diz respeito à nomenclatura utilizada no Título VI do Código Penal, que antes da reforma denominava-se “Dos crimes contra os costumes” e, hodiernamente, passou a “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Tal mudança demonstra o deslocamento do bem jurídico tutelado. Vejamos qual é o conceito de bem jurídico, segundo Luís Regis Prado (2008, fl. 56):

O bem jurídico pode ser conceituado como ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem, e, por isso, jurídico-penalmente protegido.

É certo que a tutela do bem jurídico deve se adaptar aos valores contidos na Constituição Federal e foi exatamente isso que o legislador fez, percebendo que o verdadeiro objeto de tutela não deve ser os costumes, mas sim a dignidade sexual de cada pessoa, individualmente, em si considerada.

A dignidade da pessoa humana é consagrada pela nossa Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que vivemos e se consubstancia na:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2002, p. 60).

A dignidade sexual é um desdobramento da dignidade da pessoa humana que deve ser protegida, de modo que a nova nomenclatura do título se harmoniza muito mais com Constituição Federal de 1988, bem como com o contexto histórico e a tutela que objetiva, a qual, atualmente, não é mais a “dos costumes”.

Além disso, a mudança da nomenclatura do título e, conseqüentemente, do bem jurídico protegido, teve reflexos na quebra de outros estereótipos, como a distinção de gênero que não está mais presente nos dispositivos, havendo, assim, uma compatibilização maior com relação ao princípio da igualdade positivado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I.

Igualmente, o novo título se adapta bem melhor à garantia da intimidade, da vida privada e da honra, previsto no inciso X, do artigo 5º, também da Carta Magna, pois tais valores não estão relacionados à proteção dos costumes, mas, com certeza, se atrelam à defesa da dignidade sexual.

Deste modo, ainda que tardiamente, a lei deixou para trás os conservadorismos excessivos, a falta de atualização do modelo legislativo à

realidade atual, começando pela alteração do nome dado ao Título IV do Código Penal.

## 2.1 Estupro e Atendado Violento ao Pudor

O delito de estupro, que abre o capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, foi profundamente alterado pela Lei nº. 12.015 de 07 de agosto de 2009.

Antes de discorrer sobre o assunto, importante analisar as redações antiga e atual do delito em estudo.

A redação anterior era a seguinte, *in verbis*:

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:  
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Com o advento da nova lei, o artigo passou a seguinte forma, *in verbis*:

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.

Analisando a mudança, ainda que de maneira perfunctória, vemos que surge um novo tipo penal.

O bem jurídico tutelado (objeto jurídico) é a liberdade sexual e o objeto material é a pessoa que sofre o constrangimento.

O antigo artigo 213 tutelava a liberdade sexual da mulher que é o direito que ela possui de dispor de seu corpo, de seu desejo sexual, autonomamente, independentemente de qualquer constrangimento exercido por terceiro.

A conduta prevista no primitivo artigo abrangia apenas a cópula sexual, a conjunção carnal, ou seja, o contato pênis-vagina.

A redação do delito em estudo não deixava margem para dúvidas. O sujeito ativo do crime era sempre o homem, por ser inviável, biologicamente, uma mulher forçar outra à penetração, sendo que o tipo era claro ao descrever que a vítima seria sempre do sexo feminino. A mulher só poderia ser agente no delito como partícipe, no concurso de pessoas, auxiliando, instigando um homem a praticar a conduta descrita no preceito primário da norma (Código Penal, artigo 29).

Com a Lei nº. 12.015 houve uma fusão entre os antigos tipos penais previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

O primitivo artigo 214, que foi revogado pelo artigo 7º da Lei em comento, tinha a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:  
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

O *nomen juris* do dispositivo acima era Atentado Violento ao Pudor e referido tipo tutelava a liberdade sexual não só da mulher, como também do homem, não fazendo distinção de gênero, abrangendo todos os outros atos libidinosos que não a conjunção carnal.

Assim, qualquer pessoa, homem ou mulher, poderia ser vítima ou agente neste delito. Até mesmo se uma mulher, por exemplo, compelisse um homem a praticar consigo a conjunção carnal sua conduta estaria tipificada neste artigo e não no de estupro, em função da particularidade do sujeito passivo neste (constranger “mulher”).

Neste tipo se incluíam os atos libidinosos diversos da cópula vagínica, tais como o sexo oral, o coito anal, a masturbação, os contatos voluptuosos, entre outros.

Com a união dos artigos 213 e 214 num só tipo, denominado estupro e previsto atualmente no artigo 213, surgem novas teorias, novas discussões, caindo outras por terra.

O artigo 213 passou a tipificar condutas de modo amplo, que podem ser cometidas por homens ou mulheres (crime comum) e também terem como vítima pessoa de qualquer gênero. Contudo, para Artur de Brito Gueiros Souza, se o objetivo do legislador era igualar os sexos, ele deveria ter adotado um novo *nomen iuris*, como delito de agressão sexual, por exemplo, devido à carga simbólica que a



expressão estupro continuará a produzir, mesmo que sob novas elementares (representação de inconstitucionalidade em face da Lei n.º 12.015 de 2009).

O tipo passou a ser mais justo sob este aspecto, analisando-se constitucionalmente, visto que o artigo 5º da Magna Carta consagra:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...].

Assim, o artigo 213 em vigor se amolda ao Princípio da Igualdade que visa a um estado ideal de coisas que repudia a discriminação de gênero.

Saliente-se que a vítima do novo estupro pode ser qualquer pessoa, com exceção dos vulneráveis, ou seja, os menores de quatorze anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental não possuam capacidade de entender a prática do ato e de se autodeterminar, que atualmente são tutelados pelo artigo 217-A, denominado Estupro de Vulnerável.

Quanto à possibilidade de estupro de marido contra sua esposa, o assunto sempre foi controverso. De um lado alguns defendiam não ser possível o crime neste caso, por haver um dever conjugal, não configurando a cópula ou qualquer outro ato libidinoso, ato ilícito. Haveria exercício regular de direito, previsto no artigo 23, II, do Código Penal, o qual exclui a ilicitude do fato. Muitos tribunais decidiam neste sentido, conforme se observa da ementa transcrita a seguir:

Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida. (...) (RT 461/44 apud MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 1246).

Esta corrente se abrandava apenas quando houvesse motivo relevante, justas razões que justificassem a oposição da mulher, tais como se o marido fosse portador de doença venérea ou que os atos por ele pretendidos saíssem da esfera da normalidade, sendo muito subjetiva a análise do que seriam atos sexuais normais ou anormais.

Existia, entretanto, entendimento diametralmente oposto, sustentando que o crime seria totalmente possível sempre que houvesse o constrangimento

mediante violência ou grave ameaça, pois tal ato constituiria abuso de direito. A postura adequada quando há oposição da esposa e o casamento já não mais satisfaz o cônjuge varão rejeitado seria a separação judicial, agora o divórcio, pois ninguém é obrigado a manter qualquer tipo de relação sexual contra sua vontade, sem consentimento. Haveria uma violação inadmissível da liberdade da esposa. Era o entendimento majoritário, representado, por exemplo, por Guilherme de Souza Nucci: “Tal situação não cria o *direito de estuprar* a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento” (p. 655)<sup>1</sup>.

No mesmo sentido é o entendimento de Celso Delmanto<sup>2</sup>:

Quanto à possibilidade de o marido ser agente de crime de estupro praticado contra a esposa, a doutrina tradicional entende que não pode sê-lo, porquanto seria penalmente lícito constranger a mulher à conjunção carnal, sendo que esta, por si só, 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, art. 23, II, 2 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 (2000, p. 413).

Evidente que com as mudanças inseridas pela Lei n.º 12.015 de 2009, o legislador pretendeu prestigiar ainda mais o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Assim, o primeiro posicionamento, demasiadamente machista, se tornou ainda mais ultrapassado no atual contexto histórico e legislativo. Saliente-se que uma vez admitida a possibilidade de estupro do marido contra a mulher, o inverso, agora, também será possível.

O tipo previsto no artigo 213 em vigor pune o constrangimento à conjunção carnal, bem como à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

O ato libidinoso é analisado sob o aspecto objetivo. Assim, não importa qual é o grau de pudor, de malícia da vítima. Assim, mais uma vez o legislador demonstra a adequação do tipo ao tempo, sendo irrelevante o conceito de honestidade da vítima. Qualquer pessoa pode ser sujeito passivo neste delito, até mesmo a prostituta.

---

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 655-657

<sup>2</sup> DELMANTO, Celso et. al. *Código penal comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 413.

Para configuração do delito são imprescindíveis a violência ou a grave ameaça e que, ante o constrangimento, a vítima se oponha com seriedade, veemência, certeza, ao ato sexual pretendido pelo criminoso. O dissenso do ofendido deve durar até o final do ato sexual. A simples recusa de modo passivo impede a configuração do crime, sendo necessário que o ofendido seja coagido, indiscutivelmente, à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. Contudo, a hipocrisia e o preconceito devem ser deixados de lado quando da análise desta oposição, pois não se deve exigir da pessoa que está sendo coagida uma atitude heroica, uma oposição sobre-humana, por tratar-se de um contexto de grande violência psicológica.

Se o constrangimento se der pela ameaça, esta deverá ser grave, séria, com capacidade de intimidar, sendo que o mal prometido deve ser possível e dependente do agente. Na apreciação da ameaça deve-se sempre ter em vista o caso concreto, atentando-se às condições do agente e do ofendido.

A prova do ilícito se faz, na modalidade de violência, necessariamente, por meio de perícia. Quando tratar-se de ameaça, evidentemente, a perícia é desnecessária. Saliente-se ser especialmente importante o relato da vítima, já no crime em estudo, no mais das vezes, há ausência de testemunhas presenciais.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo que, segundo Damásio é “o estado anímico que discrimina, subjetivamente, o justo do injusto” (2009, p. 272), há na doutrina a discussão sobre a necessidade ou não do dolo específico de satisfazer a própria lascívia.

Damásio ensina que “dolo genérico, de acordo com parte da doutrina, é a vontade de realizar fato descrito na norma penal incriminadora; dolo específico é a vontade de produzir um fim especial (específico)” (2009, p. 289).

A divergência decorre da necessidade do dolo específico de satisfação da lascívia. Mirabete entende ser irrelevante se o agente praticou o ato para satisfazer sua luxúria ou vingar-se da vítima, por exemplo. Ele afirma:

Não está inserido no tipo penal o conteúdo intencional da conduta, caracterizando-se o crime independentemente das circunstâncias subjetivas que levaram o agente a praticá-lo. O motivo em mira pode ser outro, que não satisfazer a lascívia, como o desprezo, o ridículo da vítima, embora a intenção seja sempre a mesma: praticar o ato de natureza sexual (2010, p. 392).

Parece ser realmente este o entendimento mais coerente, pois o legislador, nos tipos em que objetivava descrever a intenção do agente, o fez por meio de expressões tais como “com o fim de” (Código Penal, artigo 131), “com o intuito de” (Código Penal, artigo 158), ou ainda, “para satisfazer” (Código Penal, artigo 319). O estado de injustiça que a necessidade do dolo específico gera é sem dúvida insustentável, pois o agente que constrangesse a vítima à conjunção carnal ou a qualquer outro ato libidinoso com o escopo de humilhá-la não teria sua conduta enquadrada no artigo 213, cometendo, tão somente, o crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal, com pena abstrata de três meses a um ano ou multa.

Quanto ao momento da consumação do delito de estupro este é de resultado (material) e instantâneo. No crime material o “tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação” (DAMÁSIO, 2009, p.187). Crime instantâneo é aquele que se consuma num só momento, sem se protrair no tempo.

Assim, não há divergências acerca da consumação do estupro, a qual se dá com a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. Na conjunção carnal ocorre com a penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, sendo irrelevante a ruptura do hímen ou a ocorrência da ejaculação (“imissio seminis”). Quanto aos atos libidinosos, a consumação acontece no momento da efetiva prática dos atos. É dispensável o contato físico entre agente e vítima, configurando-se a conduta, por exemplo, quando o sujeito ativo obrigar o sujeito passivo, mediante ameaça, a masturbar-se, com a finalidade de contemplar lascivamente o ato.

A discussão se dá quanto à possibilidade de tentativa. Alguns afirmam ser impossível, outros a admitem e, há, ainda, os que defendem ser de difícil ocorrência, pois, antes de atingir a conduta almejada, o agente pratica outros atos que por si só consumam o crime. No entanto, para Mirabete:

A tentativa é possível em relação a ambas as formas de conduta. Evidentemente, se, empregada a violência, ou exteriorizada a ameaça, o agente é impedido de prosseguir, frustrando-se, de todo, o momento libidinoso, o que se pode reconhecer é a tentativa, como nas hipóteses de fuga e imediata e eficaz reação da vítima. Não se justifica, assim, a dúvida quanto à possibilidade de tentativa de estupro. Havendo constrangimento para a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, não obtida alheias à vontade do agente, há tentativa de estupro [...] o delito estará consumado, porém, desde que o sujeito leve a cabo qualquer prática libidinoso (2010, p.392).

Parece-nos ser este o melhor entendimento, pois se o agente não dá início à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, por circunstâncias alheias a sua vontade, configura-se o crime de estupro na modalidade tentada, conforme dispõe o artigo 14 do Código Penal. Portanto, no caso concreto deverá ser analisado o *iter criminis*, com base no elemento subjetivo do agente, observando-se qual era o fim desejado por este.

Evidente que referido crime, na forma tentada, será de ainda mais difícil comprovação. Contudo este é o grande problema quando se trata de crimes desta natureza. A formação da convicção, necessária para que o Ministério Público denuncie o possível agente e o magistrado condene é demasiadamente complicada.

Nesses delitos, a conduta é, no mais das vezes, praticada às escondidas, sem que haja por perto testemunhas, sendo complexa a formação da *opinio delict* e o enfrentamento do *princípio in dubio pro reu*, na fase do julgamento, principalmente quando o agente constrange a vítima utilizando-se de ameaça. O impasse consiste geralmente em duas versões antagônicas, quais sejam, a palavra do criminoso contra a da vítima. Tanto o promotor, quanto o juiz deverão, no exercício de suas funções, analisar a conduta social de cada um dos envolvidos, o comportamento de ambos e verificar qual deles passa maior credibilidade, não havendo, pois, como se afastar o imperialismo da subjetividade no momento da apreciação das provas. É neste ponto que a condenação de alguém acusado por praticar estupro contra prostituta é amarrada, devido à falta de confiabilidade que a sociedade, de modo geral, deposita na mulher que exerce este ofício, mesmo não sendo ilícito, é inquestionavelmente imoral.

Com a junção das condutas num só tipo (crime de forma livre), também surgiu a discussão se este seria único ou misto e, sendo misto, cumulativo ou alternativo.

Antes de adotar uma posição acerca do assunto, importante esclarecer que o tipo unívoco ou simples é aquele que apresenta um único modo para sua realização, expondo somente uma espécie de conduta punível; por sua vez, o tipo misto é o que descreve mais de uma conduta punível. Este tipo pode ser conjunto ou alternativo, quando há mais de uma variedade do mesmo caso, ou cumulativos, quando há mais de um caso (OSHIRO, 2010).

Alguns autores alegam que pelo fato da conduta ser o verbo constranger, que é o núcleo, não há motivo para se falar em tipo misto, posto que o artigo 213 descreve uma única conduta, sendo as elementares “a ter conjunção carnal” e “a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” apenas complementos do ação nuclear.

No entanto, a doutrina majoritária leciona que o tipo é misto e não unívoco, restando a discussão acerca da alternatividade ou da cumulação. Para Mirabete:

[...] o artigo 213 descreve um tipo misto cumulativo, punindo, com as mesmas penas, duas condutas distintas, a de constrangimento á conjunção carnal e a de constrangimento a ato libidinoso diverso. A utilização, no caso, de um único núcleo verbal (constranger) decorre da técnica legislativa, resultando da concisão propiciada pelo conteúdo das duas figuras típicas [...] trata-se, em realidade, de crimes distintos, embora da mesma espécie, punidos num único dispositivo (2010, p. 288).

Contudo, há entendimento jurisprudencial afirmando ser o tipo misto alternativo, que é aquele em que a consumação do delito é possível de diversas maneiras, sem desunificá-lo, refletindo este posicionamento de forma benéfica para o réu, pois se tornam inviáveis o concurso de crimes e o crime continuado, uma vez que a prática de conjunção carnal e coito anal, por exemplo, configurará sempre crime único, devendo a segunda conduta ser utilizada na dosimetria da pena. É o que ocorre no crime de Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, positivado no artigo 122 do Código Penal, v.g., que também é delito de ação múltipla; caso o agente pratique mais de uma conduta, como instigar e prestar auxílio, será processado somente por um delito. Este foi o posicionamento adotado no julgamento do habeas corpus 144.870 DF:

**HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE<sup>3</sup>.**

---

<sup>3</sup> Disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/stj\\_hc144870.pdf](http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/stj_hc144870.pdf)>. Acesso em: 05 de out. de 2010.

Contudo, o posicionamento de Mirabete nos parece o mais acertado, ao comentar:

Diante da natureza do bem jurídico protegido, a liberdade sexual individual como aspecto da dignidade sexual, e da redação dada ao tipo, que mantém a distinção entre a conjunção carnal e outros atos libidinosos, é possível inferir não apenas que a prática de cada ação típica é suficiente para provocar lesão ao bem protegido, mas, também, que a realização de ambas, configura, em princípio, dúplice violação à liberdade sexual da vítima, ofendendo mais gravemente a sua dignidade sexual.(2010, p.289).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 86110, 2ª Turma, j. 02/03/2010, reconheceu a continuidade delitiva em um crime semelhante ao exemplo acima exposto, ficando clara sua tendência à posição que considera o novo estupro um tipo misto cumulativo. Transcrevemos abaixo a ementa de referida decisão:

**EMENTA: AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo.**

Importante salientar, ainda, que as mudanças da Lei nº. 12.015 apontam para uma maior coerência neste posicionamento, pois, em grande parte, a nova lei modificou a situação do sujeito para pior, agravando-a – *novatio legis in pejus* – evidenciando a tendência do legislador, sendo que o tipo misto alternativo indica uma *reformatio in mellius*, o que não nos parece ser o objetivo da alteração.

A discussão antes da Lei nº. 12015, no que concerne ao concurso de crimes, estava na possibilidade de sua ocorrência, defendendo, parte da doutrina, que os atos libidinosos cometidos antes da conjunção carnal deveriam ser considerados preliminares desta, sendo absorvidos pelo delito de estupro. Absurda a posição da impossibilidade do concurso, pois leva à falta de preservação da dignidade sexual da vítima. É certo que a prática forçada do sexo oral, v.g., não pode ser considerada conduta subsidiária em relação à cópula vaginal, sendo, por vezes, mais ultrajante para o sujeito passivo. Uma segunda corrente defendia que haveria, quando praticados atos libidinosos e a conjunção carnal, o concurso

material de crimes, previsto no artigo 69 do Código Penal, no qual “o agente mediante mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”. Neste caso as penas dos delitos dos artigos 213 e 214 deveriam ser cumuladas, somadas, sendo esta a corrente menos favorável ao agente. Por último, havia os adeptos do posicionamento que defendia a existência de crime continuado, que ocorre quando o:

[...] agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (Código Penal artigo 71, caput).

Os críticos desta corrente sustentavam a impossibilidade de crime continuado, pois os artigos 213 e 214 não seriam da mesma espécie.

Hodiernamente, este último posicionamento é, sem dúvida, o melhor. Assim, no caso concreto, o mais acertado, para que não haja *bis in idem*, é proceder à análise dos atos praticados. Se os atos perpetrados antes do coito vagínico puderem ser considerados precursores deste, haverá crime único. Contudo, se os atos, apesar de praticados dentro do mesmo contexto, forem autônomos, haverá concurso de crimes – crime continuado se for a mesma conduta ou concurso material, caso se tratem de condutas diversas.

Quanto às formas qualificadas, estas também foram alteradas com a nova lei e passaram do revogado artigo 225 para o corpo do delito de estupro, nos parágrafos primeiro e segundo.

As circunstâncias qualificadoras se encontram sempre na parte especial do código e têm como escopo aumentar a pena abstrata cominada a quem pratica a conduta prevista no tipo.

O parágrafo primeiro do artigo em estudo visa a punir mais severamente o agente em função do resultado do crime ou da idade da vítima, tratando-se, portanto, de um resultado qualificador e uma qualificadora, respectivamente. A pena, que no *caput* do artigo é de seis a dez anos, aqui é de oito a doze. Essa majoração, quanto ao resultado do crime, ocorrerá se da conduta resultar lesão grave ao ofendido (Código Penal, artigo 129, parágrafos 1º e 2º). Dispensável a discussão acerca do motivo do agravamento neste caso. Por sua vez, no que concerne à idade da vítima, o legislador objetivou punir mais rigorosamente



quem pratica o estupro contra maior de quatorze anos e menor de dezoito. Isso se deve ao fato de que a vítima nessa faixa etária, apesar de quase formado o seu caráter, na maioria das vezes, ainda é mais vulnerável, sendo que esta conduta tem maior potencialidade de influenciar negativamente no desenvolvimento de sua personalidade, de sua atitude social, de sua formação como pessoa digna.

No segundo parágrafo, também relacionado à consequência do crime, há previsão de pena de doze a trinta anos, se da conduta do agente resultar a morte do ofendido, devendo sempre estar presente o nexos causal e, no mínimo, culpa no resultado mais grave (Código penal, artigo 19).

A doutrina diverge se o resultado deve ser doloso ou apenas culposos, para que a conduta do agente seja tipificada nestes parágrafos. Há os que defendem que se for doloso (direta ou eventualmente), não estaria configurado o estupro qualificado, mas sim o concurso de crimes entre o artigo 129, parágrafos primeiro e segundo e o estupro, no caso da lesão grave, por exemplo, restando as qualificadoras do estupro apenas para os crimes preterdolosos, que são aqueles em que não há dolo em relação ao resultado mais grave. Contudo, para outros o resultado, assim como ocorre no latrocínio, previsto no artigo 157, § 3º, do Código Penal, pode ser tanto doloso, quanto culposos, pois se tratam de figuras típicas autônomas, criadas justamente para proporcionar a punição do agente, dentro de um mesmo contexto sem que haja a necessidade de utilizar as figuras do concurso de crimes.

## **2.2 Posse, Atentado ao Pudor e Violação Sexual – Mediante Fraude**

Este crime também integra o capítulo I, que trata dos crimes contra a liberdade sexual. Os delitos anteriormente previstos denominavam-se posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude. No primeiro o agente utilizava-se de fraude para ter conjunção carnal com mulher; no segundo a fraude era utilizada para induzir a vítima, homem ou mulher, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. As condutas eram anteriormente tipificadas nos artigos 215 e 216 do Código Penal, respectivamente.

Com o advento da Lei n 12.015, na mesma esteira do que ocorreu com os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, houve a unificação dos dois

crimes supra citados em um só tipo denominado violação sexual mediante fraude, positivado no artigo 215 do Código Penal.

Aqui, para conseguir que a vítima pratique consigo o ato sexual, consistente na conjunção carnal (*intromissio penis in vaginam*) ou outro ato libidinoso, ao invés da violência ou da grave ameaça, o agente se utiliza da fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima. O ofendido é induzido em erro, devido ao uso artifício, artil ou qualquer outro meio fraudulento utilizado pelo sujeito ativo para iludir a vítima. Devido à semelhança com o meio empregado no crime previsto no artigo 171 do Código Penal, a violação sexual mediante fraude é chamada pela doutrina de estelionato sexual.

Com a unificação verificou-se uma grande evolução no tocante à discriminação de gênero. Agora, o crime pode ser cometido por homem ou mulher, contra homem ou mulher, tratando-se, pois, de crime comum e de forma livre. Além disso, foi eliminada do Código qualquer referência aos termos “mulher honesta” ou “mulher virgem”. Antes da reforma de 2005, o crime de posse sexual previa em seu preceito primário a seguinte redação: “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”. Assim, o juiz deveria fazer um juízo de valor acerca o elemento normativo “mulher honesta”. Com a Lei nº 11.106 de 2005, o artigo passou a dispor da seguinte forma: “ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”. Aparentemente uma evolução, mas só aparentemente. No parágrafo único do mesmo artigo o legislador trouxe uma forma qualificada se o agente praticasse a conduta contra mulher virgem. Com a Lei nº 12.015, o tipo deixou para trás preconceitos e machismos, adequando-se melhor ao contexto histórico vivido atualmente, extinguindo-se a última referência desta espécie que ainda restava no Código Penal.

A mesma divergência quanto tratar-se de tipo simples ou misto, e, sendo o último caso, cumulativo ou alternativo, exposta no capítulo referente ao delito de Estupro, aplica-se ao caso, bem como suas consequências no campo do concurso de crimes.

Contudo, apesar de todos os pontos positivos, o artigo também se mostra confuso ao usar a expressão “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. O artigo 217-A do Código Penal, também trazido ao ordenamento pela lei ora discutida, incrimina no seu parágrafo 1º, segunda parte, quem tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com

alguém que por “qualquer outra causa não possa oferecer resistência”. Deste modo, fácil atrapalhar-se com a semelhança entre os dois artigos, principalmente no momento da aplicação da lei ao caso concreto. O mais acertado é que seja analisado o grau de resistência da vítima e de sua livre manifestação. Se a resistência for relativa, bem como a perturbação de sua capacidade de consentir, deverá ser aplicado o artigo 215, por haver consentimento inválido. Caso a resistência seja nula com uma perturbação absoluta da manifestação de vontade o consentimento deverá ser tido como inexistente, enquadrando-se a conduta do agente no artigo 217-A, § 1º, segunda parte.

Outro ponto em que o legislador agiu, no mínimo de forma estranha, foi na criação de um novo parágrafo único, no qual prevê que se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, deverá também ser aplicada a pena de multa. De acordo com Mirabete a hipótese é de difícil caracterização. (Manual de direito penal, parte especial. V.2, editora atlas, Julio Fabbrini Mirabete, p. 402).

É certo que, comparando-se o novo tipo com o antigo, sopesando as vantagens e desvantagens, a reforma trouxe uma melhora significativa na incriminação do ato sexual praticado por meio fraudulento.

### **2.3 Violência Presumida e Estupro de Vulnerável**

Os crimes sexuais, quando cometidos contra menores de 14 anos, deficientes mentais e pessoas com potencialidade de resistência diminuída, foram profundamente modificados pela Lei n.º 12.015 de 2009. Houve a criação de um novo capítulo, denominado “dos crimes sexuais contra vulnerável”, no qual diversas condutas são tipificadas, com novas denominações e sob uma nova sistemática.

As mudanças, de modo geral, objetivam dar ainda maior proteção às pessoas que possuem sua capacidade restringida devido à idade ou outras causas. Desta forma, a concordância dessas pessoas com o ato sexual não tem validade.

Entre as pessoas consideradas vulneráveis está o menor de quatorze anos.

É certo que os menores merecem proteção especial, conforme dispõe o artigo 227, § 4º, da Magna Carta, o qual possui o seguinte texto: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do

adolescente”. Assim, inquestionável a necessidade de um tratamento diferenciado, uma punição mais severa àqueles que cometerem crimes contra crianças e adolescentes. Importante esclarecer que, de acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade. Essas pessoas merecem uma tutela especial devido ao caráter delas ainda estar em formação, havendo uma imaturidade quanto ao melhor a se fazer, sendo questionáveis suas manifestações de vontade.

A punição neste crime independe do agente utilizar ou não violência, grave ameaça ou fraude. Ante a vulnerabilidade dos aqui tutelados, considera-se a anuência deles com o ato sexual insuficiente, configurando-se o crime mesmo com o consentimento do ofendido.

Antes da reforma ora comentada, a punição nestes casos se dava com o enquadramento da conduta no artigo 213 (estupro) ou 214 (atentado violento ao pudor) combinado com uma das condições da vítima, previstas no artigo 224, o qual estatua:

Art. 224: Presume-se a violência, se a vítima:

- a) Não é maior de quatorze anos;
- b) É alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Tal artigo se intitulava presunção de violência e não mais se aplica hoje.

Para punir as pessoas que mantiverem conjunção carnal ou praticarem qualquer outro ato libidinoso com as pessoas supra mencionadas, o legislador criou o tipo penal autônomo denominado estupro de vulnerável. Agora a conduta do agente se amolda a um só crime, sem que haja necessidade de combinação. O texto deste dispositivo é o seguinte:

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

§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.

Desta forma, não mais se fala em presunção de violência, mas sim em vulnerabilidade.

Quanto ao menor de quatorze anos, surge a controvérsia acerca da viabilidade de uma análise de sua formação psicológica, sua maturidade com relação à vida sexual, levando ao debate acerca da presunção de violência, se esta é absoluta ou relativa. Esse tema era amplamente discutido antes da vigência da nova norma.

Assim, divergia a doutrina se deveria ser analisado, na apreciação da conduta do possível agente, se a vítima, menor de quatorze anos possuía ou não maturidade, experiência sexual, capacidade de consentir na consumação do ato sexual.

Para os adeptos da corrente que defendia ser a presunção de violência absoluta, ou seja, *iuris et de iure*, não seria admitida prova em contrário; a vítima, menor de quatorze anos sempre teria seu consentimento viciado, não sendo ele, em hipótese alguma, válido, independentemente de suas características bio-psico-sociais.

Houve julgados neste sentido, conforme demonstra a ementa transcrita a seguir:

ESTUPRO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE – INCAPACIDADE DE CONSENTIMENTO – PRESUNÇÃO QUE NÃO CEDE EM FACE DA CONSIDERAÇÃO DA EXPERIÊNCIA SEXUAL DA OFENDIDA – (INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 213 E 224 “A”, DO CP). PRESUNÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA, QUE NÃO CEDE EM FACE DA CONSIDERAÇÃO DA EXPERIÊNCIA SEXUAL DA OFENDIDA. RECURSO PROVIDO PARA CONDENAR-SE O RÉU. RE 116.649-5-PR – 1ª Turma – j 09.09.1988 – relator Min. Octavio Galloti – DJU 14.10.1988 (apud Luis Flávio Gomes, 2001, p. 20).

Esta teoria conflita, indubitavelmente, com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado antes da sentença condenatória transitar em julgado. Essa presunção é relativa e cabe ao Ministério Público produzir prova em sentido contrário.

Não obstante, o pensamento majoritário, contrapondo-se à tese absolutista e radical, havia os que entendiam tratar-se de presunção relativa, *iuris tantum*, a qual admite prova em contrário. Neste diapasão é o entendimento abaixo:

Plenamente possível que o menor, entre 12 e 14 anos de idade, possa apresentar sinais definidores da puberdade que assegurem biologicamente a prática de ato sexual, caso em que deverá ser avaliado seu desenvolvimento psicosssexual. (Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho, violência sexual presumida, 2006, p. 150).

O que deverá ser debatido agora é a relatividade não da presunção de violência, mas da vulnerabilidade da vítima, porque a mudança legislativa não vai extinguir as discussões neste sentido, posto que o problema continua existindo de fato. O questionamento é inevitável, apesar de existirem os que defendam não mais ser possível falar-se em presunção neste caso.

A reforma continua demonstrando uma falta de adequação social neste aspecto, devido à realidade contemporânea vivida pelos adolescentes.

Além disso, ao se fazer uma análise conjunta deste dispositivo com o artigo 112 do ECA, verifica-se uma incoerência que deveria ter sido superada pelo legislador da Lei n.º 12.015 de 2009. O absurdo consiste em ser possível a aplicação de medida socioeducativa para os maiores de 12 anos, caso estes cometam ato infracional. A medida é socioeducativa apenas no que concerne à nomenclatura, pois, na prática, trata-se de verdadeira sanção. Ora, se o adolescente com idade entre 12 e 14 anos tem capacidade de discernimento para escolher praticar ou não determinada conduta considerada ilícita pelo ordenamento, podendo receber reprimenda do Estado (até mesmo prisão - "internação"), não se vislumbra motivo para que não possa compreender e decidir também no âmbito sexual. Assim, para que não houvesse este contrassenso, a idade de tutela deveria ser a de 12 anos e então não haveria divergências sobre o tema. Vejamos o exemplo esdrúxulo que traz Luiz Flávio Gomes:

Se um adolescente de treze anos pratica uma relação sexual com uma adolescente da mesma idade, aquele é punido porque (consoante o ECA) entende (ainda que relativamente) o caráter ilícito do fato, é dizer, o sentido ético da atividade sexual; ao mesmo tempo, absurdamente, é punido justamente porque a vítima, da mesma idade, (em razão de uma presunção do legislador de 1940), não entende o sentido ético do ato. São dois adolescentes da mesma idade: há punição de um deles porque tem consciência (embora restritivamente) do que faz; a punição, ademais, tem por fundamento a presunção de que o outro não sabe o que faz. Que paradoxo gritante! Nenhum ordenamento jurídico que se valorize pode

conviver com tamanha anomalia aporética! O menor de treze anos é punido porque sabe (em termos relativos) o que faz e, ao mesmo tempo, porque a menor não sabe o que faz! Afinal, o adolescente de treze anos sabe ou não sabe o que faz? O ECA (de 1990) diz; o CP (de 1940) diz não. Qual prevalece? [...] (p. 40, 2001).

Verifica-se que a aporia persiste. A sociedade evoluiu, envelheceu, mas a lei penal atrelou-se unicamente ao critério cronológico ao tratar da idade limítrofe de proteção do menor e continuou tratando os menores de quatorze anos como se fossem coisas, sem liberdade e capacidade de escolha no campo sexual, conforme faz desde 1940.

Deste modo, apesar de ser grande a controvérsia e haver uma tendência indicando não ser mais possível discutir-se a capacidade volitiva sexual do vulnerável menor de quatorze anos (Julio Fabbrini Mirabete), é certo que continua sendo, não só possível, como necessário se proceder à análise da maturidade da vítima, se esta tiver idade entre doze e quatorze anos.

Entretanto, no caso da criança, a presunção é absoluta e toda e qualquer forma de ato sexual praticado com ela deve ser repelida e severamente punida.

A segunda alínea do artigo 224 revogado trazia mais uma hipótese de presunção de violência ao falar da vítima alienada ou débil mental. É o caso dos inimputáveis, descrito no artigo 26, *caput*, do Código Penal. Estas pessoas são agora tuteladas no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal.

Neste caso, a presunção era relativa, pois o legislador utilizou a expressão “e o agente conhecia esta circunstância”. Deste modo, o retardo mental da vítima deveria ser manifesto, de modo que pudesse ser percebido por pessoas sem conhecimento técnico no ramo psiquiátrico.

Atualmente, o legislador continuou presumindo relativamente a falta de capacidade de consentir de forma racional, segura e plena dessas pessoas. Para se referir a elas usou os termos enfermidade ou deficiência mental. Porém, trouxe no próprio tipo a necessidade de aferir o discernimento da vítima (“não tiver o necessário discernimento para a prática do ato” – artigo 217-A, § 1º do Código Penal).

Um problema significativo surge aqui, qual seja, a proibição pelo legislador de uma vida sexual para os enfermos ou doentes mentalmente, pois quem praticar ato sexual com eles estará cometendo crime. Além disso, há outro ponto a

ser considerado, no que tange ao erro de proibição, previsto no artigo 21, que discorre sobre o desconhecimento da lei. Sobre o assunto, pondera Guilherme de Souza Nucci:

[...] o relacionamento sexual consentido com enfermo ou deficiente mental é ponto problemático. Nem todo mundo tem exata noção da vedação posta em lei. O deficiente, em razão de síndrome de Down, por exemplo, apresenta retardamento mental e necessita de muitos cuidados durante a maior parte da vida. Estaria privado de ter relação sexual? O mesmo se diga de pessoa com deficiência mental que se una a outra, considerada normal. [...] A análise deve ser feita em cada caso concreto a depender do tipo de enfermidade ou doença mental. Conforme a situação, enfim, é perfeitamente escusável o eventual erro de proibição, devendo ser afastada a culpabilidade, nos termos do artigo 21 do Código Penal (2010, fls. 39/40).

Assim, a liberdade sexual dos enfermos e doentes mentais deve ser protegida o máximo possível, pois, a sexualidade vivida de forma saudável, quando possível, torna suas vidas mais dignas. O caso deve ser observado cuidadosamente, considerado na sua individualidade, para que seja garantida a igualdade positivada na nossa Lei Maior.

A nova lei, por último, tratou da impossibilidade do sujeito passivo de oferecer resistência (artigo 217-A, § 1º, segunda parte).

Neste caso, a relatividade ou não da vulnerabilidade da vítima, muda o enquadramento da conduta do agente. Se o ofendido possuía alguma capacidade de se opor ao ato, há um consentimento inválido, configurando-se o crime de posse sexual mediante fraude (artigo 215). Contudo, se a sua oposição era absolutamente inexistente, a conduta deve ser tipificada no artigo 217-A, § 1º.

Segundo Mirabete (2010, p. 410):

[...] a última fórmula legal abrange tanto as pessoas que se encontram em estados permanentes ou episódicos de supressão de consciência ou vontade (coma, desmaio, anestesia, hipnose, etc.) como aquelas que, embora presente o dissenso interior, se encontram incapacitadas de atuar a sua vontade de se opor à conduta do agente (hemiplegia, drogas que paralisam, etc.).

Desta forma, se por qualquer causa, não provocada pela própria vítima e que não seja qualquer das outras hipóteses de vulnerabilidade, o ofendido não puder oferecer resistência (absolutamente), de modo que o agente não precise recorrer à violência, grave ameaça ou fraude, sua conduta se ajustará neste tipo.



Importante, em todos os casos de vulnerabilidade, é que o sujeito ativo conheça a condição da vítima, qualquer das situações descritas no artigo 217-A, *caput* e parágrafo 1º do Código Penal. Se o agente pratica ato sexual com alguém que por suas características físicas e psicológicas tem certeza ser maior de quatorze anos, v.g., não comete nenhum crime, por não haver previsão de estupro de vulnerável na forma culposa. Haverá, no caso, erro de tipo, instituto previsto no artigo 20 do Código Penal. Contudo, se o autor pratica os atos sexuais num estado de incerteza, mesmo pairando sobre a condição do sujeito passivo, responderá pelo crime, estará configurado o dolo eventual.

Os parágrafos 3º e 4º dispõem sobre as formas qualificadas pelos resultados lesão grave e morte, respectivamente. A discussão exposta no capítulo no qual discorreremos sobre o estupro, no que tange ao resultado ser doloso ou culposos, estende-se a este crime.

Quanto ao crime ser unívoco ou misto e, sendo misto, alternativo ou cumulativo, no que concerne ao concurso de crimes, no que se refere à tentativa, enfim, às demais generalidades compatíveis, remetemos o leitor ao capítulo no qual foi exposto o delito de Estupro.

### 3 DISPOSIÇÕES GERAIS

O capítulo IV trata de algumas das disposições gerais aplicáveis aos delitos expostos acima.

O artigo 223, que tratava dos resultados qualificadores lesão corporal de natureza grave e morte, foi revogado, de modo que as formas qualificadas passaram a integrar o texto dos tipos estupro (artigo 213) e estupro de vulnerável (artigo 217-A), de forma autônoma.

O artigo 224, denominado presunção de violência, também foi revogado pela Lei 12015 de 2009, pois foi criado o delito de estupro de vulnerável, sobre o qual já discorreremos.

A regra da ação penal, positivada no artigo 225, foi completamente alterada, mas o tema será tratado em capítulo específico.

Por sua vez, o artigo 226 traz algumas causas de aumento de pena. Possui a seguinte redação:

Artigo 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.

Assim, o crime for cometido mediante concurso de pessoas, as penas dos coautores e partícipes serão aumentadas. Essa causa de aumento de pena se justifica devido à maior restrição à possibilidade de reação da vítima, ao maior perigo a que esta é submetida, pois duas ou mais pessoas estão aliadas contra ela. Não é necessário que todos os envolvidos na prática do crime cometam atos de execução, sendo também punido com o aumento de pena o agente que instiga, induz ou auxilia, embora haja posicionamento no sentido contrário. O artigo 29 do Código Penal positiva a Teoria Monista, segundo a qual “todos que concorrem para um crime são autores dele. A participação não é entendida como acessória” (PRADO, 2010, p. 444). Assim sendo, em obediência a esta teoria, todos que colaborarem com o delito deverão ser submetidos ao aumento de pena aqui previsto.

Por sua vez, o aumento do de pena previsto no inciso II, visa a punir de modo mais severo, de início, os crimes cometidos no âmbito familiar, nos quais há relação de parentesco. Esta sanção mais severa almeja dar maior proteção para os valores morais e sociais, valorizando as relações de intimidade e confiança que devem estar presentes nestes casos. Na segunda parte do inciso, o legislador se refere a situações em que o agente está, por alguma causa, em situação de superioridade, tem autoridade, em relação à vítima. Nestas hipóteses, o legislador quis garantir um pouco mais a proteção ao ofendido, que já se encontra em posição menos favorecida.

Importante salientar que na hipótese do crime ser cometido contra mulher no ambiente familiar, aplicar-se-ão as disposições da Lei n.º 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha).

Além destas regras gerais, o legislador criou, ainda, o capítulo VII.

O artigo 234-A, do Código Penal, traz também causas de aumento de pena.

Os incisos I e II foram vetados, pois o assunto a que se referiam já foi tratado no artigo 226, do Código Penal.

O inciso III do mesmo artigo prevê o aumento de metade, se do crime resultar gravidez. Isso se deve ao infortúnio que uma gravidez originada de um estupro pode causar na vida da vítima. Nestes casos o legislador autoriza o aborto, conforme dispõe o artigo 128, II, do Código Penal, chamado pela doutrina de aborto sentimental. Assim, o transtorno psicológico da vítima é muito maior quando da prática do ato sexual resultar gravidez, devendo ela escolher entre ter um filho de um criminoso e recorrer ao aborto.

Ainda no inciso III, o aborto é permitido também quando a vítima for vulnerável e o crime não for cometido mediante violência ou grave ameaça, sendo necessária apenas a comprovação da vulnerabilidade (certidão de nascimento, perícia medica, etc).

No inciso IV, o legislador prevê um aumento de um sexto até a metade se “o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador”. Para incidência desta causa é imprescindível que a vítima tenha mesmo sido infectada, devendo ser realizada perícia médica.

Caso o criminoso que pratica o ato sexual esteja contaminado, sem, contudo, transmitir sua doença para o ofendido, não há que se falar nesta causa de

aumento de pena, mas sim em concurso formal (artigo 70, do Código Penal) do crime de estupro, v.g, com o de perigo de contágio venéreo, previsto no artigo 130 ou perigo de contágio de moléstia grave, previsto no artigo 131, todos do Código Penal.

Caso a doença leve à vítima à morte ou lhe cause lesão corporal de natureza grave, haverá estupro ou estupro de vulnerável qualificado pelo resultado, não incidindo esta causa de aumento ou concurso de crimes, dependendo do elemento subjetivo do agente e da conduta praticada por este.

É necessário que no momento da conduta o agente tenha conhecimento de sua doença, ou, ao menos, condições de saber que era infectado (elemento normativo do tipo).

O artigo 234-B do Código Penal trata do segredo de justiça nos processos para apurar os crimes definidos no título dos crimes contra a dignidade sexual.

Os artigos 5º, inciso LX e 93, inciso IX da Constituição Federal positivam a regra da publicidade dos atos processuais e a limitam nos casos em que for prejudicial ao interesse público ou à intimidade do interessado.

O artigo 201, § 6º do Código de Processo Penal dispõe sobre a possibilidade de decretação do segredo de justiça em prol da preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do ofendido.

Todos estes artigos visam a evitar, em determinados casos, o *strepitus iudicii* e, ao criar o artigo 234-B, o legislador almejou garantir, mais uma vez, o direito à intimidade, aqui, de forma específica. Não cabe ao juiz, na apuração de crimes sexuais, verificar a necessidade de que o processo se desenvolva em segredo de justiça, pois este é obrigatório, ante o transtorno que a exposição traz ao ofendido nestes casos. O segredo também deve ser preservado na fase inquisitorial, embora a lei utilize o termo processos, pois, do contrário, o dispositivo seria inócuo.

## 4 AÇÃO PENAL

### 4.1 Considerações Gerais

A ação penal é o direito de requerer ao Estado-Juiz a prestação jurisdicional, com a conseqüente aplicação da lei penal ao caso concreto.

Ela se divide em três grandes grupos: pública, pública condicionada e privada.

No primeiro caso é o Ministério Público quem promove a ação, sem necessidade de anuência do ofendido ou de qualquer outra pessoa. Essa é a regra e encontra previsão legal no artigo 100, *caput*, do Código de Processo Penal. Essa ação é utilizada para os crimes de grande relevância social, de interesse geral, sempre que a lei não dispuser de forma diversa.

Quando para propositura da ação penal for necessário que a vítima ou seu representante legal autorize o Ministério Público, a ação penal denomina-se pública condicionada à representação, conforme dispõe o artigo 100 em seu parágrafo 1º. Neste caso há violação da estrutura social, mas, ao mesmo tempo, a vítima é violada de modo mais amplo e imediato. Há também a ação penal pública condicionada à representação do Ministro da Justiça, na qual não pretendemos ingressar, por ser alheia ao assunto ora discutido.

Por sua vez, quando o bem jurídico violado adentra sobremaneira na intimidade do ofendido, de forma que só a ele cabe analisar a conveniência da instauração de um processo crime, a lei lhe confere a titularidade da ação penal, *jus persecuendi*, embora o Estado ainda continue com o direito de punir, *jus puniendi*. A ação penal será privada e encontra previsão no artigo 101, § 2º do Código Penal. Isso ocorre para que o Estado não intervenha na esfera de intimidade da pessoa de modo que acabe criando uma situação pior que a falta de punição do criminoso. Nesses casos, a vítima é quem decidirá se quer suportar o *streptus judicii*, ou seja, o escândalo que o processo pode gerar, que, por vezes, pode causar mais prejuízo ao ofendido do que a não propositura da ação penal e a impunidade do agente. Trata-se, portanto, de legitimidade extraordinária ou substituição processual. Este instituto verifica-se quando alguém postula um interesse alheio em nome próprio. Neste

caso, a vítima propõe a ação penal e almeja a punição do delinquente, sendo que este interesse pertence ao Estado.

Por último, existe a ação penal privada subsidiária da pública a qual se destina aos casos em que o crime se processa mediante ação penal pública, mas o Ministério Público queda-se inerte e não oferece a inicial acusatória num prazo razoável. Assim, ocorre a legitimação extraordinária mais uma vez, pois a lei autoriza o ofendido a oferecer queixa crime supletiva. Contudo, a ação penal continua regendo-se pelos princípios da ação penal pública; não se transforma em ação privada.

## 4.2 Mudanças Trazidas pela Reforma

A ação penal nos crimes contra os costumes, hoje crimes contra a dignidade sexual, antes da reforma ora estudada encontrava diversas variações.

A regra geral era a ação penal privada, mesmo quando da conduta resultassem lesões corporais leves (artigo 225, *caput* – *Código Penal, antiga redação*). Se a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo, sem prejuízo à manutenção própria ou da família, a ação penal seria pública condicionada à representação (artigo 225, § 1º, I c.c. § 2º - *Código Penal, antiga redação*). Por sua vez, a ação seria pública incondicionada se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (artigo 225, § 1º, II - *Código Penal, antiga redação*). Além disso, seria também pública incondicionada caso ocorresse o resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima.

No último caso, a ação penal escolhida era a pública incondicionada, em primeiro lugar, devido à análise sistemática que deveria ser feita do Código Penal. Isso se deve ao fato do artigo 225 mencionar “capítulos anteriores”. Como as formas qualificadas (resultado lesão grave ou morte) encontravam-se previstas no mesmo capítulo (artigo 223) que o tipo que definia a ação penal pertinente, este capítulo não se referia àquelas.

Some-se a isto o fato de que o estupro e o atentado violento qualificados pelos resultados supra referidos se enquadram no conceito de crime complexo. Crime complexo, segundo Damásio (DAMÁSIO, 2008, p. 195), “(...) é

formado da reunião de dois ou mais tipos penais. O legislador apanha a definição legal de crimes e as reúne, formando uma terceira unidade delituosa (subsidiariedade implícita)". O artigo 101 do Código Penal positiva uma regra específica para a ação penal no caso de crime complexo. Subscrevemos abaixo sua redação:

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Assim, quando, para qualquer das condutas descritas no tipo, individualmente, a ação penal cabível for a pública incondicionada, a ação penal pertinente para apuração da violação deste tipo também será esta.

Além disso, havia a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que continha a seguinte redação: "*No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*".

Portanto não havia dúvida. Quando do estupro resultasse lesão corporal grave ou morte a ação penal seria pública incondicionada.

Com a reforma em 2009 a ação penal teve suas regras completamente modificadas.

Não há mais ação penal privada, exceto os casos da supletiva. A regra geral é a ação penal pública condicionada à representação, conforme preceitua o novo artigo 225 do Código Penal. A exceção está prevista no parágrafo único do mesmo artigo, segundo o qual a ação penal será pública incondicionada nos casos em que a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável.

Assim, para muitos a Lei nº. 12.015 mostra-se lacunosa neste aspecto, sendo que atualmente a ação, mesmo para as formas qualificadas seria condicionada à representação, gerando uma tutela hipossuficiente do Estado, garantindo menos que deveria a proteção à dignidade humana, prevista no artigo 1º da Constituição Federal, especialmente da dignidade sexual e desrespeitando o princípio da proporcionalidade (Constituição Federal, art. 5º, LIV).

É muito defendida a ideia do direito penal como *ultima ratio*, ou seja, aquele ao qual a sociedade deve recorrer apenas nos casos de exceção, em última hipótese, quando os outros ramos do direito não forem suficientes para garantir a

defesa de determinado bem jurídico. Esta orientação é consagrada no princípio da intervenção mínima e fragmentariedade. O mestre Luis Regis Prado afirma que:

Pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Pelo princípio da fragmentariedade, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, o que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente em face de certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. (PRADO, 2008, p. 26).

O jurista Luis Luisi, em seu livro *Os princípios constitucionais penais*, ao tratar sobre o assunto afirma que na Itália foram estabelecidos parâmetros a serem seguidos pelo legislador penal a fim de evitar a hipertrofia penal. Ele discorre sobre o tema da seguinte forma:

Os critérios recomendados para a elaboração de novos tipos penais, segundo as circulares referidas, são o da proporção e da necessidade. Em primeiro lugar, para que se possa elaborar um tipo penal [...] é necessário que o fato que se pretende criminalizar atinja a valores fundamentais, valores básicos do convívio social, e que a ofensa a esses valores, a esses bens jurídicos, seja de efetiva e real gravidade. E, por outro lado, é indispensável que não haja outro meio, no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal. (LUISI, 2003, p.45)

Em contraposição ao princípio da intervenção mínima encontra-se o princípio da proibição da proteção insuficiente. Num Estado democrático de direito os bens jurídicos não podem ser tutelados de forma exagerada pelo direito penal, mas, é vedada também a omissão na proteção dos direitos fundamentais. Este princípio visa ao garantismo positivo, ao contrário do princípio acima exposto (garantismo negativo). O Estado não pode dar menos proteção do que a sociedade necessita, principalmente no que tange aos direitos fundamentais. Sobre o assunto, discorre Martha de Toledo Machado:

Consigne-se, desde já, que conformar as garantias penais (nas quais se consubstanciam, essencialmente, as proibições de excesso impostas ao Estado), [...] importa reconhecer que, em relação à tutela penal no Estado Democrático de Direito, as proibições não se reduzem às de excesso, contemplando, igualmente, proibições de proteção insuficiente. Numa síntese muito apertada do que se buscará desenvolver, postular que a tutela



penal no Estado Democrático de Direito deve centrar-se, essencialmente, na proteção dos bens-valores fundamentais, na sua concreta conformação ditada pelo ordenamento constitucional; pena de ineficácia da Constituição e ilegitimidade da lei ordinária (2008, p.58).

Deste modo, existe uma dupla face do princípio da proporcionalidade quando se fala em direitos fundamentais. A violação dessa proporcionalidade, devido a omissões legislativas ou a criação de tipos penais desnecessários, com sanções exageradas, por exemplo, pode levar à inconstitucionalidade de determinada lei.

Para solucionar referido problema foi proposta a Ação direta de inconstitucionalidade nº. 4301, pois o retrocesso e as controvérsias que a nova lei trouxe ao Código Penal quanto à persecução penal causa preocupação na comunidade jurídica. Segundo o procurador que interpôs a ADIn, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, mesmo nas formas qualificadas, passou a ser pública condicionada à representação e por isso há violação ao princípio da proibição de proteção deficiente.

A punição de uma violação tão grave a bens jurídicos tão importantes, quais sejam a integridade física e a vida do ser humano, não pode ficar condicionada à vontade da vítima ou de seu representante, pois o interesse social, sem sombra de dúvida, se sobrepõe ao particular nestes casos.

Além disso, ainda sobre as formas qualificadas, não há uma norma de transição para os processos iniciados por meio de denúncia, por ação penal pública incondicionada, antes da Lei 12.015. A lei penal neste caso (formas qualificadas) é mais benéfica ao ofensor – *reformatio in mellius* - devendo, portanto, retroagir em seu favor. Isso gera a superveniência da carência da ação, por faltar uma condição desta, qual seja, a legitimidade *ad causam*. Os processos já iniciados quando da publicação da nova lei dependerão de anuência da vítima ou de seu representante (uma das pessoas discriminadas no artigo 24, paragrafo único do Código de Processo Penal), sob pena do agente do delito ser beneficiado pela decadência, forma extintiva da punibilidade prevista no artigo 107, IV do Código Penal. Trata-se de uma condição, não de procedibilidade, mas de “prossequibilidade”, segundo Aury Celso Lima Lopes Junior<sup>4</sup>.

Contudo, existem os que se opõe a este entendimento.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13534>. Acesso em: 06 out. 2010.

Deste modo, afirmam que a mudança não alterou substancialmente as condutas incriminadas nas formas qualificadas, mas apenas o fez de modo formal.

Assim, o crime de estupro qualificado pelo resultado morte ou lesão corporal grave continua sendo crime complexo, devendo ser aplicada a regra positivada no artigo 101 do Código Penal. Por sua vez, a súmula 608 do Supremo Tribunal Federal continua tendo vigência, devido aos fundamentos que levaram a sua edição. A ementa de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça justifica nosso posicionamento:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDOS COM VIOLÊNCIA REAL. **FATO ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. AÇÃO PENAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCESSO DE PRAZO. PEDIDO PREJUDICADO.** I - Na linha da jurisprudência desta Corte, bem como do entendimento sumulado pelo c. Pretório Excelso, **no crime de estupro, em que há violência real, a ação penal é pública incondicionada** (Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal) (grifo nosso).

(RHC 26455 / BA, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS, 2009/0140120-6,

Relator: Ministro FELIX FISCHER (1109), órgão julgador:

T5 - QUINTA TURMA

Data do julgamento: 16/03/2010

Data de publicação, fonte: DJe 26/04/2010<sup>5</sup>.

O professor Mirabete também é adepto deste pensamento, conforme trecho transcrito a seguir:

O equívoco do legislador exige, porém, que se recorra à norma contida no artigo 101 do Código Penal e à Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal para se admitir a ação penal pública incondicionada no crime de estupro quando da ocorrência dos resultados lesão grave ou morte e no caso de delito cometido mediante violência real. (2010, p. 425).

Importante discorrer brevemente sobre a discussão sobre a quebra da tripartição dos poderes, prevista no artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal. Trata-se de cláusula pétrea. Sua violação acarreta, sem dúvida, inconstitucionalidade. A súmula 608 do Supremo Tribunal Federal traduz um pensamento, um posicionamento já consolidado do nosso órgão julgador de cúpula

---

<sup>5</sup> Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sumula+608+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 06 de out. de 2010.

no que concerne à legitimidade para propor a ação penal. Deste modo, a Lei, ao dispor de forma contrária à Súmula, feriu a esfera de atuação do Judiciário.

Não bastasse isso, a norma de transição também é discutida no que se refere à ação penal nos casos expressos, independentes de maiores interpretações jurídicas, em que era pública incondicionada e passou a pública condicionada, como, v.g., na hipótese do crime ser cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, prevista, anteriormente, no artigo 225, § 1º, inciso II, do Código Penal. Sem dúvida passou a ser necessária a anuência do ofendido, pois, embora se trate de norma aparentemente processual, ela possui uma grande carga material, ante a possível extinção da punibilidade que a decadência pode acarretar, nos termos do artigo 107, IV do Código Penal. Assim, por afetar o *jus puniendi* do Estado, a regra retroagirá. Sobre o assunto, discorre Fernando Capez da seguinte forma:

de caráter penal toda norma que criar, ampliar, reduzir ou extinguir a pretensão punitiva estatal, tornando mais intensa ou branda sua satisfação [...] Convém notar que, mesmo no caso de normas que parecem ser processuais e estão previstas na legislação processual, se a consequência for a extinção da punibilidade, a sua natureza será penal. Assim, tome-se com exemplo o art. 60, I, do CPP, que prevê a pena de perempção ao querelante que deixar o processo paralisado por 30 dias seguidos. Aparentemente, tudo indica trata-se de regra processual: trata-se de prazo para dar andamento a processo, além do que a perempção é sanção processual. A norma, entretanto, é penal, pois o efeito da perempção consiste na extinção da punibilidade. (,2008, p. 48 e 49.)

Contudo, o problema tem origem em como se proceder para obter o consentimento necessário, nos casos em que o processo já foi iniciado. Para solucionar o impasse existem três orientações possíveis de serem aplicadas.

Para as duas primeiras correntes, deve ser desconsiderado o prazo decadencial de seis meses previsto nos artigos 38 do Código de Processo Penal e 103 do Código Penal, que é contado a partir da data do conhecimento da autoria.

Para alguns, o prazo decadencial começa a correr da data em que a Lei 12.015 entrou em vigor. Assim, o ofendido deveria ser intimado para que exercesse seu direito de representação no prazo de seis meses contados a partir da vigência da nova lei.

Outros doutrinadores, entretanto, sustentam que o ofendido deverá ser intimado para ratificar a ação penal já em curso no prazo de trinta dias, sob pena de

decadência, por analogia ao artigo 91 da Lei nº 9.099, norma de transição na qual foi disciplinado o oferecimento da representação no caso do crime de lesões corporais leves ou culposas, no qual a ação penal passou de pública incondicionada para pública condicionada à representação.

Por último, há os que defendem que a ação penal iniciada mediante denúncia, sem a necessidade de representação, deve seguir seu curso naturalmente, pois nas duas soluções apontadas acima há uma violação ao princípio da legalidade, pois o artigo 38 é taxativo ao prever o prazo de seis meses para oferecimento da representação.

Parece ser o segundo entendimento o mais acertado, pois se encontra amparado em interpretação analógica e *supre*, de forma razoável, o vazio deixado pela falta de uma norma de transição.

É certo que todas essas controvérsias geradas pela Lei 12.015 no campo da ação penal levarão à proliferação do controle difuso de constitucionalidade por todo território nacional. Em síntese, o controle difuso é aquele, no qual o juiz, mediante análise do caso concreto, verifica a (in)constitucionalidade de determinada norma; esse controle tem efeito *ex tunc* e *inter partes*. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não se pronunciar de forma definitiva acerca do assunto, fazendo o controle de constitucionalidade de forma concentrada, onde a decisão se dá de forma abstrata, em tese, em defesa da ordem jurídica e não de determinadas partes e, por isso tem efeito *ex nunc* e *erga omnes*, continuarão a serem proferidas decisões conflitantes, devido às questões polêmicas geradas pela nova lei.

Enquanto isso, no nosso sentir, apesar da discrepância que a Lei n.º 12.015 de 2009 trouxe no tocante à ação penal, da inocência da reforma e de sua inconstitucionalidade gritante quanto às formas qualificadas pelo resultado lesão corporal grave e morte, as lacunas podem e devem ser colmatadas, da melhor forma possível, com fundamento em uma análise sistemática e principiológica de todo ordenamento jurídico.

## 5. REFLEXOS NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A preocupação com uma maior punição dos crimes hediondos teve origem na Constituição Federal de 1988, a qual em seu artigo 5º, inciso XLIII, dispõe da seguinte forma:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Trata-se de norma de eficácia contida, pois tem sua efetividade condicionada à posterior lei infraconstitucional, no que tange à definição de crimes hediondos e eventuais consequências de sua prática. No bojo do inciso supra transcrito o legislador incluiu três modalidades de crimes assemelhados aos crimes hediondos, que, por sua localização na Constituição, não poderão ser suprimidos por emenda, pois se tratam de cláusula pétrea.

O constituinte usou o termo “hediondo”, mas poderia também ter empregado “violentos”. A palavra “hediondo” significa horrível, repugnante, asqueroso, sórdido, repelente, pavoroso; deste modo, o legislador se refere àqueles crimes que causam medo e repulsa em toda sociedade, devido à violência empregada.

Quando se fala em violência, trata-se de violência em sentido amplo, ou seja, toda ação ilegal que tenha por fim vencer, suprimir a resistência da vítima. Assim, pode ser absoluta (inviabiliza qualquer forma de resistência), relativa (ainda é possível uma débil resistência) ou, ainda, ser representada pelo emprego da ameaça, que causa na vítima temor, medo, devido à possibilidade de ocorrência de um mal, prometido pelo agente.

A Lei n.º 8072 de 1990 visa a punir de modo mais severo os crimes hediondos, com o agravamento das penas e a supressão de alguns benefícios processuais.

O critério utilizado pelo legislador para definir os crimes hediondos, complementando o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal foi o legal. Para propiciar maior segurança jurídica e restringir o âmbito de discricionariedade do

jugador, elencou de forma taxativa (*numerus clausus*) os crimes considerados hediondos.

O artigo 1º, ao se referir aos crimes sexuais, antes da Lei nº 12.015 de 2009, tinha a seguinte redação:

Art. 1º - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:  
V – Estupro (artigo 213 e sua combinação com o art. 223, “caput” e parágrafo único);  
VI – Atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o artigo 223, “caput” e parágrafo único);

Atualmente, os incisos foram modificados e o artigo passou a contar com a seguinte redação:

Art. 1º - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:  
V – Estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);  
VI – Estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º 3º e 4º);

Havia discussões se a forma simples dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor eram tidas como crimes hediondos, ou se a Lei n.º 8072 de 1990 abarcava apenas as formas qualificadas.

Para Fabio Ramazzini Bechara “o estupro e o atentado violento ao pudor são considerados crimes hediondos, tanto na forma simples como na forma qualificada pela lesão grave e resultado morte”. (p. 06, 2008).

Contudo, há julgados em sentido inverso proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF, AC 504-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12-11-2004, DJU 24-11-2004). Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14794515/acao-cautelar-ac-504-sp-stf>>.

Acesso em: 21 de out. de 2010.

Agora, não mais existe esta polêmica. O texto do inciso V passou a ser muito mais preciso e, sem dúvida, o constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça à prática de conjunção carnal ou os outros atos libidinosos (antigo atentado violento ao pudor), ainda que da conduta não resulte lesão grave ou morte, configura crime hediondo.

Antes da reforma, havia também grande controvérsia quanto ao crime de estupro ou atentado violento ao pudor, quando cometidos com violência ficta, ou seja, nos casos do artigo 224 do Código Penal, o qual é salutar transcrevermos mais uma vez:

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Assim, o debate recaía sobre a questão de ser ou não a violência presumida apta a enquadrar o estupro e o atentado violento ao pudor entre os crimes hediondos.

Os que defendiam que sim, afirmavam que a conduta praticada pelo agente, nos casos do artigo 224, era tão ou mais grave que quando utilizada a violência real, pois a condição do sujeito passivo impunha esta gravidade e a necessidade do tratamento severo trazido pela Lei dos crimes hediondos.

Por outro lado, os adeptos da corrente que entendia inviável o crime sexual cometido mediante violência ficta ser incluído entre os hediondos, baseavam seu posicionamento no texto dos incisos do artigo 1º da Lei n.º 8072 de 1990, os quais não faziam qualquer referência ao artigo 224 do Código Penal.

Neste ponto, a Lei n.º 12.015 também dissipou as controvérsias ao incluir no rol do artigo 1º da Lei n.º 8.072 o crime denominado Estupro de Vulnerável, o qual trata exatamente das antigas causas de violência presumida, prevista no primitivo artigo 224 do Código Penal. Assim, se o agente cometer crime de estupro, que hoje engloba também a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, contra pessoa vulnerável (At. 217-A), responderá por crime hediondo, não havendo mais o que discutir-se neste caso.

Falou-se até aqui das inovações positivas trazidas pela Lei n.º 12.015 de 2009. Contudo, a nova Lei pecou de forma grosseira ao fazer não qualquer tipo de referência ao artigo 9º da Lei dos crimes hediondos.

Antes de desenvolver o raciocínio, necessária a reprodução do texto de referido dispositivo:

Art. 9º - As penas fixadas no Art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput, e sua combinação com o Art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação

com o Art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no Art. 224 também do Código Penal.

De acordo com este artigo, nos crimes de latrocínio, de extorsão mediante violência, de extorsão mediante sequestro, de estupro simples ou qualificado, de atentado violento ao pudor na forma simples ou qualificada, se a vítima não fosse maior de quatorze anos, fosse alienada ou débil mental ou não pudesse resistir à prática do crime por qualquer outro motivo, a pena deveria ser aumentada de metade, devido a maior vulnerabilidade do ofendido, devendo ser respeitado o limite de 30 (trinta) anos, para evitar a imposição de pena perpétua, vedada constitucionalmente no nosso ordenamento (art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”).

Muito se discutia sobre a possibilidade de aplicação dessa majoração quando o crime sexual fosse cometido mediante violência ficta, ou seja, nos casos de violência presumida do artigo 224 do Código Penal. O problema residia no possível *bis in idem*, pois o fato da vítima se enquadrar em uma das hipóteses do artigo 224 já era utilizado para adequação típica da conduta do agente, não podendo tal circunstância ser utilizada novamente para aumentar a pena imposta pelo Estado. Assim, o tema era bastante controvertido e de um lado havia os que defendiam não haver *bis in idem* e de outro os que diziam ser admissível o aumento do artigo 9º somente quando o crime sexual fosse cometido por meio de violência real, sendo este último o posicionamento majoritário.

Atualmente, paira dúvida acerca da aplicação do artigo 9º, o qual não foi reformado e continua a fazer referência a uma norma revogada pela Lei n.º 12.015 de 2009.

Complicada a vigência deste artigo, pois não existe mais a previsão legal de causas em que se presume a violência.

Ante o vazio legislativo, surge o problema quanto à eficácia do artigo 9º. Resta a dúvida se referido dispositivo tornou-se inócuo, sendo tacitamente revogado, ou se o aplicador do direito deve suprir a lacuna deixada pela supressão do artigo 224 com a redação do artigo 217-A, crime autônomo que abrange os antigos casos de violência presumida.



Sobre o assunto, um dos poucos pronunciamentos é o que transcrevemos a seguir e que também demonstra o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à discussão do *bis in idem* exposta acima:

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 (STJ, 5ª T., REsp 1102005-SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 29-09-2009, DJU, 19-10-2009)<sup>6</sup>.

Contudo, apesar do julgado acima, caso a posição adotada seja a segunda (preenchimento da lacuna com o artigo 217-A), novamente surge a divergência sobre a possibilidade de aumentar em metade a pena do agente que pratica o crime de estupro de vulnerável e a figura do *bis in idem*. Neste caso, fica ainda mais evidente a utilização por duas vezes de uma mesma circunstância, com o fim de punir mais severamente o agente.

Entretanto, parece inviável suprir o vazio normativo deixado pela revogação do artigo 224 do Código Penal, estando revogado o artigo 9º da Lei n.º 8072 de 1990. Trata-se, evidentemente, de um daqueles casos em que o legislador disse menos do que deveria dizer, pois não enxergou as consequências que as alterações trariam na sistemática legislativa; contudo, essa omissão não pode ser suprida pela subjetividade dos operadores do direito.

---

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5938171/recurso-especial-resp-1102005-sc-2008-0257085-1-stj>>. Acesso em: 21/10/10.

## 6 CONCLUSÃO

A Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009 indubitavelmente trouxe profundas mudanças ao nosso ordenamento jurídico penal. Muitas dessas alterações demonstram uma evolução legislativa, com a criação, a supressão e a modificação de tipos para se adaptarem ao tempo, ao contexto histórico social vivido atualmente no nosso país. Outras, contudo, configuram retrocessos e lapsos do legislador, as quais trouxeram mais divergências na comunidade jurídica, deixando, por vezes, lacunas a serem colmatadas.

No que concerne ao crime de Estupro, um dos aspectos positivos da nova Lei é a modo como ela se coaduna com o Princípio da Igualdade, previsto constitucionalmente no artigo 5º, *caput* e inciso I. Com a fusão dos crimes de Estupro e Atentado violento ao pudor, antes previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, respectivamente, surgiu o novo delito de Estupro, tipificado, atualmente no artigo 213 do Código Penal, no qual não há qualquer referência ao gênero do sujeito passivo. Dessa forma, qualquer pessoa, homem ou mulher pode ser vítima ou autor do delito, que não mais se refere apenas à conjunção carnal, e, por isso, passou a contar com um texto sem discriminações e a ter maior abrangência.

Entretanto, com essa junção dos primitivos artigos 213 e 214, surgiu grande divergência acerca da natureza do tipo, ou seja, se o novo Estupro é um tipo unívoco, misto alternativo ou misto cumulativo, de modo que tal discussão reflete diretamente no campo do concurso de crimes, favorecendo ou prejudicando o réu, dependendo da postura adotada. É certo que este problema se estende aos outros crimes dos quais falamos neste trabalho, quais sejam, Estupro de vulnerável e Violação sexual mediante fraude.

Quanto às formas qualificadas, estas passaram a integrar o tipo autônomo, o que também ocorreu no delito de Estupro de Vulnerável, subsistindo a antiga discussão doutrinária acerca do elemento subjetivo em relação ao resultado mais danoso, se deve haver dolo ou apenas a culpa (resultado preterdoloso).

No que tange ao delito de Violação sexual mediante fraude, o grande progresso foi a supressão de qualquer palavra que se referisse à honestidade ou virgindade da mulher, e, ainda, a união dos antigos crimes de Posse sexual mediante fraude e Atentado violento ao pudor mediante fraude, de modo que

ocorreu o mesmo que como o delito de Estupro, ou seja, a união dos tipos e a desconsideração do gênero da vítima ou do agente. No entanto, um dos problemas verificados é a semelhança da conduta prevista no artigo 217-A, § 1º, segunda parte do Código Penal, com a aqui descrita. Parece-nos que se a causa que impede que a vítima se oponha ao ato sexual pretendido pelo agente for causada por este, a conduta se amolda no artigo 215 do Código Penal; do contrário, se o ofendido não puder oferecer resistência por qualquer outro motivo, de modo que o autor dos fatos se aproveite de causa preexistente que impeça a capacidade volitiva da vítima, o crime cometido será o Estupro de vulnerável.

As causas de violência presumida, anteriormente previstas no artigo 224 do Código Penal também foram incluídas num tipo autônomo sob o *nomem juris* de Estupro de vulnerável. Apesar do grande debate doutrinário e jurisprudencial sobre a natureza da presunção (absoluta ou relativa) ter sido superada para muitos, o mais acertado é que continua sendo necessária a análise do desenvolvimento e da capacidade de consentir do ofendido, pois alterações legislativas não têm o condão de mudar a realidade de fato vivida hodiernamente, v.g, pelos adolescentes. Agora, o que muda é que deverá ser verificada a relatividade da vulnerabilidade do ofendido e não mais da presunção de violência.

É certo que o legislador perdeu a oportunidade de adaptar o Código Penal ao contexto social atual e ao Estatuto da Criança e do adolescente, no que se refere aos adolescentes menores de quatorze anos. Poderia ter utilizado a idade de doze anos como limite de proteção absoluta, ou seja, ter concedido amparo total apenas às crianças, pois toda e qualquer prática sexual com estas é execrável. Porém, deveria ter oferecido certa liberdade de escolha sexual aos adolescentes, entre 12 e 14 anos, pois a realidade vivida nos dias de hoje por estas pessoas pede a adoção dessa postura.

Outro ponto crítico, ainda no artigo 217-A, é a não concessão da possibilidade de vida sexual aos enfermos ou deficientes mentais. A análise deste problema, sem dúvida, requer um exame profundo do caso concreto pelos aplicadores do direito.

Um grande debate recai sobre a ação penal que, em regra, passou de privada para pública condicionada à representação e retrata o aspecto mais negativo e lacunoso da Lei n.º 12.015 de 2009. O impasse reside nos casos em que da conduta resultar lesão grave ou morte. Há a questão da proporcionalidade da

interferência do Estado na vida das pessoas e invoca-se o princípio da Proibição da tutela deficiente, pois em referidos casos a ação penal não poderia ficar à mercê da vontade do ofendido ou de sua família, sendo situações de ingerência obrigatória. Discute-se, ainda, a falta de uma norma de transição, o que dificulta extremamente a aplicação do direito penal no tempo e pode levar a situações de injustiça e impunidade.

Mais um grande lapso do legislador encontra-se na Lei dos crimes hediondos (Lei n.º 8.072 de 1990), mais precisamente no artigo 9º. Referido dispositivo trazia uma causa de aumento de pena a qual deveria ser aplicada quando o agente cometesse qualquer dos crimes ali discriminados contra as pessoas descritas no artigo 224 do Código Penal (presunção de violência). Entretanto, como sabemos, o artigo 224 foi revogado e a não modificação do artigo 9º da Lei nº 8.072 traz ao ordenamento um vazio legislativo, um vácuo, pois faz referência a um dispositivo inexistente. Tudo isso torna demasiadamente complicada a aplicação dessa causa de aumento de pena, tratando-se possível e provavelmente de *reformatio in mellius*, a qual retroage para beneficiar o agente consoante dispõe os artigos 5º, inciso XL, e 2º, parágrafo único, da Constituição Federal e do Código Penal, respectivamente.

Assim, verifica-se que são grandes as controvérsias geradas pela lei. Contudo, conforme demonstrado no decorrer desta obra, o legislador, apesar de seus deslizes, objetivou tornar a situação da pessoa que pratica atos sexuais de forma ilícita mais gravosa, devendo ser feita uma interpretação sistemática da reforma e de toda legislação pertinente para suprir eventuais lacunas e dissipar determinadas discussões.

É certo que, independentemente da postura adotada pelos Tribunais Superiores, é necessário que haja um pronunciamento destes órgãos acerca das diversas questões trazidas pela Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009, a fim de uniformizar as decisões, pacificando o entendimento do Poder Judiciário. A posição que tais órgãos tomarem poderá adentrar ao ordenamento jurídico por meio de súmulas, até mesmo vinculantes, as quais contribuirão para a segurança jurídica, imprescindível no Estado democrático de direito em que vivemos.

## BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a dignidade sexual**. Araçatuba: Editora MB, 2010. 95 p. ISBN 978-85-61647-04-9.

BECHARA, Fabio Ramazzini. **Legislação penal especial**: (crimes hediondos, abuso de autoridade, tóxicos, contravenções, tortura, porte de arma e crimes contra a ordem tributária). 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 198 p. (Coleção curso & concurso).

BRASIL. STF. ADI nº 1301. Representação de inconstitucionalidade em face da Lei n.º 12.015, Artur de Brito Gueiros Souza. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3758530>, acesso em 21/10/10.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 144.870 do STJ. Disponível em: [http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/stj\\_hc144870.pdf](http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/stj_hc144870.pdf). Acesso em 05/10/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 86110 do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2303751>. Acesso em 05/10/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação cautelar 504-SP, STF, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14794515/acao-cautelar-ac-504-sp-stf>, acesso em 21/10/10.

\_\_\_\_\_. STJ. Recurso especial 1102005-SC. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5938171/recurso-especial-resp-1102005-sc-2008-0257085-1-stj>, acesso em 21/10/10.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15 ed., ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**: uma análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004-2006. 185 p. ISBN 85-362-0811-2.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5 ed; rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso et. Al. **Código Penal Comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 152 p. (As ciências criminais no século XXI) ISBN 85-203-2096-1.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. 193 p. ISBN 978-85-224-5801-1.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008-2009. v. 1, 2 ISBN 978-85-02-06731-8

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009-2010. v. 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009-2010. v. 2.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual**. As inovações trazidas pela Lei nº 12.015/2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13534>>. Acesso em: 06/10/10.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003. 327 p. ISBN 85-882-7859-6

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes**. São Paulo: Verbatim, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009-2010. 2 v. ISBN 978-85-224-5431-0

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1071 p. ISBN 85-203-2178-X

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 124 p. ISBN 978-85-203-3522-2

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal:** parte geral, parte especial. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OSHIRO, Gláucio Ney Shiroma. Novo delito de estupro. Estudos sobre a natureza do tipo penal. **Jus navigandi**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14685>. Acesso em: 18 mai 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.1.

\_\_\_\_\_. **Direito penal**. 2. ed., ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 4 v. (Direito penal ) ISBN 978-85-203-3219-1

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 157 p. ISBN 85-7348-248-6

VADE MECUM. 8. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 1832 p. ISBN 978-85-02-08304-2.

\_\_\_\_\_. 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. 1846 p. ISBN 978-85-02-08953-2.