

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O NOVO ESTATUTO LEGAL DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE
SEXUAL: ARTIGOS 213 E 217-A DO CÓDIGO PENAL**

Patrícia Gonçalves Dias Ferreira

Presidente Prudente/SP

2010

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O NOVO ESTATUTO LEGAL DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE
SEXUAL: ARTIGOS 213 E 217-A DO CÓDIGO PENAL**

Patrícia Gonçalves Dias Ferreira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Marcus Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente

2010

**O NOVO ESTATUTO LEGAL DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE
SEXUAL: ARTIGOS 213 E 217-A DO CÓDIGO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Jurandir José dos Santos

Ricardo Rodrigues Salvato

Presidente Prudente, 16 de novembro de 2010

***Não vos enganeis; de Deus não se zomba; pois aquilo que o homem semear, isso também ceifará.
(Gálatas 6:7)***

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, Criador e Mantenedor da vida, por estar ao meu lado em todos os momentos e pela graça de concluir mais esta etapa dos estudos;

A minha mãe, Ruth, de quem muito me orgulho, pela criação e educação que me proporcionou, pelas lições diárias de perseverança e pelo amor incondicional;

As minhas irmãs Luciene, Rosimeire e ao meu cunhado-irmão Marcos, que me ajudaram não apenas com ações, mas também com palavras de conforto nas horas em que mais precisei;

As minhas jóias Thais, Nicolas, Vinícius e Danilo, que são a alegria e o futuro da minha família;

Ao meu esposo, por ter me dado força, segurança, incentivo e apoio; pelo seu amor, carinho, companheirismo, respeito, enfim, por ser o meu porto seguro;

Agradeço também ao meu orientador Marcus Vinícius Feltrim Aquotti, pelos ensinamentos e orientação na concretização deste trabalho;

Aos examinadores, Dr. Jurandir José dos Santos e Dr. Ricardo Rodrigues Salvato, por aceitarem com prontidão e solicitude o convite para compor a banca;

Aos amigos de estudo, companheiros da jornada acadêmica que tive a oportunidade de conhecer.

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa pormenorizadamente os aspectos relevantes e controvertidos do novo diploma legal disciplinador do crime de estupro. Descreve o tipo penal, bem como todos os seus elementos, enfocando as implicações práticas dos diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, relativos às mudanças operadas no tipo penal. Busca ainda, interpretar as disposições legais do crime de estupro em estudo, no âmbito do direito material e processual. Realiza uma abordagem histórica descrevendo o entendimento jurídico a respeito do estupro, em suas diferentes épocas, forjado nas principais civilizações do mundo, traçando uma linha evolutiva até o entendimento jurídico atual. Tece considerações a respeito das implicações práticas provocadas pelo diploma alterador do tipo, Lei nº. 12.015/09, tais como, quem efetivamente é protegido pela norma descrita no tipo, nos termos do art. 213 e 217-A, levantando em quais situações o crime se consuma e as conseqüências relacionadas à conduta, destacando os pontos controvertidos na doutrina e jurisprudência. A partir dos métodos histórico-evolutivo, comparativo e dedutivo, por meio de pesquisas em obras doutrinárias, revistas científicas e jurisprudência.

Palavras-chave: Crime de Estupro. Dignidade Sexual. Vulnerabilidade. Concurso de Crimes

ABSTRACT

This monograph examines in detail the relevant and controversial aspects of the new disciplinary statute the crime of rape. Describes the offense as well as all its elements, focusing on the practical implications of the various doctrinal and jurisprudential understandings relating to changes in the offense. It also aims to interpret the laws of the crime of rape under study, under the substantive and procedural law. Performs a historical approach describing the legal opinion regarding the rape, in their different eras, forged in the major world civilizations, tracing a line of evolution to the current understanding of the law. Presents considerations about the practical implications caused by diploma type changer, Law no. 12.015/09, such as who is effectively protected by the standard described in the type, according to art. 213 and 217-A, raising situations in which the crime is consummated and the consequences related to the pipeline, highlighting the points at issue in the doctrine and jurisprudence. From the historical-evolutionary methods, comparative and deductive reasoning, through research in doctrinal works, journals and case law.

Keywords: Crime of Rape. Sexual dignity. Vulnerability. Contest Crimes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ASPECTOS HISTÓRICO DO ESTUPRO	10
2.1 Evolução nos Códigos Penais	12
2.2 Ordenações Filipinas	13
2.3 Código Criminal de 1830	13
2.4 Código Republicano de 1890	14
2.5 Código Penal Brasileiro de 1940	14
2.6 Alterações trazidas pela Lei n. 12015/09	15
3 GENERALIDADES DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	17
4 ESTUPRO	19
4.1 Conceito	19
4.2 O Crime de Estupro antes e após o Advento da Lei 12.015/09	24
4.3 Objeto Jurídico	26
4.4 Elementos do Tipo	27
4.4.1 Elemento Objetivo	27
4.4.2 Elemento Subjetivo	35
4.5 Sujeitos do Crime	36
4.5.1 Sujeito Ativo	36
4.5.2 Sujeito Passivo	39
4.6 Consumação e Tentativa	39
4.7 Materialidade	41
5 ESTUPRO DE VULNERÁVEL	42
5.1 Conceito	42
5.2 Objeto Jurídico	43
5.3 Elementos do Tipo	44
5.3.1 Elemento Objetivo	44
5.3.2 Elemento Subjetivo	49
5.4 Sujeitos do Crime	50
5.4.1 Sujeito Ativo	50
5.4.2 Sujeito Passivo	50
5.5 Consumação e Tentativa	52
6 QUALIFICADORAS	53
6.1 Estupro Qualificado Pela Idade da Vítima	53
6.2 Estupro Qualificado Por Lesão Grave ou Morte	54
6.3 Formas Qualificadas do Estupro Contra Vulnerável	58
7 CONCURSOS DE CRIMES	60
7.1 Concurso Formal	60
7.2 Concurso Material	61

7.3 Continuidade Delitiva	62
8 CRIMES HEDIONDOS	64
9 PENA E AÇÃO PENAL	67
10 CONCLUSÃO	70
BIBLIOGRAFIA	72

1 INTRODUÇÃO

Os crimes denominados “Dos Crimes Contra os Costumes” sofreram uma significativa mudança com a Lei nº. 12.015, sancionada no dia 07 de agosto de 2.009, agora denominando o título VI do Código Penal como “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. E, como toda norma nova, levantou diversas e divergentes interpretações jurídicas.

Estudar as inovações trazidas pelo diploma alterador são de suma importância, uma vez que, foram alterações significativas, por exemplo, a junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, em um único tipo penal, a partir da referida mudança as duas condutas que eram descritas como crimes diversos, estão reunidas no artigo 213 do Código Penal.

A nova lei criou ainda, o crime de estupro de vulnerável, revogou a presunção de violência, descrita no revogado art. 224 do Código Penal, trouxe nova regra para a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

Com as novas regras surgiram debates jurídicos sobre a retroatividade da lei penal mais benéfica, gerando polêmica entre os operadores do direito.

O estudo do tema justifica-se ainda, em face da necessidade de adequação da norma penal ao contexto social e histórico, pois os crimes contra a dignidade sexual, provocam grande repulsa social.

Neste sentido, o trabalho demonstra historicamente os diversos aspectos jurídicos do crime de estupro nas legislações brasileiras, descrevendo como tal crime era tipificado nos códigos anteriores mencionando a conduta, as penas e os sujeitos do crime.

Usou como fontes de pesquisa doutrinas, livros históricos, revistas científicas, trabalhos acadêmicos e sites da internet.

Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se o método dedutivo, partindo-se de uma idéia geral do crime de estupro para entender as consequências jurídicas em situações particulares. Utilizando-se, ainda, os métodos histórico-evolutivo e comparativo, para, a partir do conceito de estupro concebido por civilizações passadas, entender e determinar o real alcance do conceito jurídico atribuído atualmente ao crime de estupro.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO ESTUPRO

Os relatos históricos nos revelam que desde os tempos mais antigos e entre quase todas as civilizações, o constrangimento da mulher à cúpula forçada era severamente punida, sendo assegurado ao ofensor, em alguns casos, a pena máxima.

O mandamento “não desejarás a mulher do seu próximo”, descrito na Lei dos Dez Mandamentos, representa a descrição do primeiro crime contra os costumes numa época histórica em que a Lei Divina era mais respeitada pelos homens do que a punição estatal, uma vez que, esta precedeu àquela (BRANCO, 1966, p.15).

No Código de Hammurabi, o estupro era descrito no artigo 130, com a seguinte redação “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (PRADO, p. 636).

Constata-se neste período da história, de forma clara e precisa que, na descrição do fato típico acima, punia-se o estupro contra a mulher virgem e que residisse junto com seus pais, ou seja, para que o autor do estupro fosse punido, a mulher deveria preencher estas condições, possuindo, assim, uma vida respeitável.

A punição do crime de estupro entre os hebreus, levava em conta se a moça era ou não desposada¹, neste sentido os autores Nelson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda (1947, p. 104-105), dispõe o seguinte:

Entre os hebreus, se a vítima era moça desposada, o inculpado pagava com a própria vida. Se, entretanto, a moça não era desposada, a pena consistia no pagamento de 50 ciclos de prata ao pai da vítima, além de obrigatória reparação do mal pelo casamento.

Podemos identificar que, conforme citação acima, existia duas formas de punição para o autor do crime de estupro, sendo a moça desposada, o inculpado

¹ Estar prometida em matrimônio. (DICIONÁRIO INFORMAL)

sofria pena de lapidação², a contrario sensu, não sendo a mesma desposada, o autor deveria pagar o dote e casar-se com a vítima, não podendo repudiá-la.

A Lei mosaica descrevia várias possibilidades de conjunção carnal com uso de violência e suas punições. Para melhor entendimento podemos separá-las em três grupos, são elas:

a) Contra vítima desposada, se o estupro fosse ocorrido no campo, somente o autor seria morto, presumindo-se que a vítima gritou pedindo socorro, mas ninguém a ouviu, de modo que, não se poderia evitar a consumação do delito; ainda, contra vítima desposada, mas ocorrendo o delito dentro da cidade, ambos seriam mortos, porque se presumia que não existiu resistência por parte da mulher, pois seus gritos por socorro teriam sido escutados e sua desonra evitada;

b) Caso a vítima do estupro fosse uma mulher casada, não estaria configurado o crime, neste caso, ambos seriam mortos porque estaria configurado o adultério;

c) Se, porventura, ocorresse contra moça virgem e não desposada, o agente pagaria um dote de cinqüenta ciclos ao pai da vítima e casaria com ela, não podendo rejeitá-la até sua morte.

Vejamos de que forma a lei mosaica punia os delitos sexuais:

Se um homem for achado deitado com uma mulher que tem marido, então, ambos morrerão, o homem que se deitou com a mulher e a mulher; assim, eliminarás o mal de Israel.

Se houver moça virgem, desposada, e um homem a achar na cidade e se deitar com ela, então, trareis ambos à porta daquela cidade e os apedrejareis até que morram; a moça, porque não gritou na cidade, e o homem, porque humilhou a mulher do seu próximo; assim, eliminarás o mal do meio de ti.

Porém, se algum homem no campo achar moça desposada, e a forçar, e se deitar com ela, então, morrerá só o homem que se deitou com ela; a moça não fará nada; ela não tem culpa de morte, porque, como o homem que se levanta contra o seu próximo e lhe tira a vida, assim também é este caso. Pois a achou no campo; a moça desposada gritou, e não houve quem a livrasse.

Se um homem achar moça virgem, que não está desposada, e a pegar, e se deitar com ela, e forem apanhados, então, o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinqüenta ciclos de prata; e, uma vez que a humilhou, lhe será por mulher; não poderá mandá-la embora durante toda a vida. (DEUTERONÓMIO 22: 22-29).

² A pena de lapidação consistia no apedrejamento do condenado até a morte. Era empregada no antigo Direito mosaico em relação àqueles delitos que provocassem a ira de Deus e que pudessem fazer com que este retirasse sua mão protetora sobre o povo (cf. Regis Prado, 2010, p. 596).

Nesse contexto, a lei buscava descrever todas as possibilidades de estupro, sendo sua punição de acordo com o lugar em que o delito se consumou, ressaltando que se buscava defender o direito da mulher virgem.

Entre os egípcios, o autor do crime de estupro era punido com a pena de mutilação.

Na Grécia, por sua vez, aplicava-se a pena de multa, que era substituída pela pena de morte após constatar os abusos perpetrados pelos autores do delito de estupro.

Neste diapasão:

Entre os egípcios, infligia-se ao violentador a pena de mutilação. Na antiga Grécia, a princípio, a pena era de simples multa; mas, posteriormente, para penalizar os abusos, foi cominada a pena de morte, que veio a tornar-se invariável, abolindo-se a alternativa (anteriormente consentida) entre ela e o casamento sem dote. (HUNGRIA, 1947 p. 104-105)

É interessante observar que a Grécia, na tentativa de tentar frear os abusos sexuais que vinham ocorrendo, recorre-se a alteração da forma de punir o crime de estupro, aplicando então a pena máxima.

O autor Fernando Capez (2010, p. 18), nos traz informações de que, “em Roma, punia-se os crimes contra a moral, cabendo ao *pater familias* a repressão”. Aqui, reportamos a época em que se fazia justiça com as próprias mãos, neste caso, o próprio pai da vítima.

Sendo decretada a *lex julia*, em 736, no período em que ocorreu a dissolução dos costumes romanos, buscou-se coibir o *stuprum*, o *lenocinium*, o *adulterium*, o *incestum*.

Por sua vez, o direito canônico alcançou repressões nunca antes imaginadas infligindo pena até para o simples pensamento e o desejo. Por fim, no século XVIII, houve árduo movimento de descriminalização de vários crimes sexuais, permanecendo os danos mais solenes à liberdade sexual.

2.1 Evolução nos Códigos Penais

Vitorino Prata Castelo Branco (1966, p. 19-20) demonstra três estágios na evolução da legislação penal, nos crimes contra os costumes sexuais:

Primeiro procurava-se defender apenas a mulher honesta, sob o princípio de que as que não o fossem deveriam arcar com as conseqüências de seu desregramento; no segundo, inspirada no ódio ao pecado, com a influência do cristianismo, todos os infratores das boas normas sexuais deveriam ser punidos, mesmo quando as vítimas não fossem mulheres honestas e, por fim, no terceiro, a tendência foi a de mitigação penal, em todos os casos, desde que observadas as regras gerais da moralidade pública.

Neste contexto, a sociedade não considerava como crime o estupro contra mulheres “desonestas” ou “prostitutas”, deixando-as à mercê da própria sorte por não possuírem uma vida ilibada, podendo sofrer abusos sexuais, sem nenhuma proteção da sociedade.

Com o cristianismo, surge também à aversão ao pecado, passando então a se repudiar todos os autores de estupro, não levando em consideração se a vítima era ou não honesta.

Em seguida, surge a mitigação penal, começando o Código Penal, a partir de então, a tutelar as ofensas mais graves à sociedade, passando a desprender-se das relações íntimas, familiares, por ex., temos a tipificação do crime de adultério, no artigo 240 do no Código Penal Brasileiro de 1940, sendo revogado pela Lei n. 11.106, em 28 de março de 2005, deixando claro que estas relações não dizem respeito ao direito penal.

No Código Criminal do Império, o capítulo que tratava dos delitos sexuais vinha com a seguinte denominação “o combate aos crimes contra a segurança da honra”, no primeiro Código Republicano trazia “o combate aos crimes contra a segurança da honra, da honestidade, da família, e do ultraje público ao pudor”, o Código Penal de 1940, trazia a denominação “dos crimes contra os costumes”, e, com a alteração da lei n. 12.015/09, temos “dos crimes contra a dignidade sexual”. (BRANCO, 1966 p. 20)

Tais mudanças demonstram que, cada vez que a sociedade evoluía, seus reflexos são transferidos para as leis em uma tentativa de adequá-las aos anseios das sociedades.

2.2 Ordenações Filipinas

Conforme os autores Nelson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda (1947, p.105), as Ordenações Filipinas foi nossa primitiva legislação penal e, punia com pena de morte o autor do estupro, o artigo era descrito da seguinte forma assim vejamos, “*todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello.*”

Ademais, não excluía o casamento do réu com a vítima e, na impossibilidade de constituí-lo, deveria pagar um dote à vítima e, se o autor não possuísse bens para efetuar o pagamento, era açoitado e degredado³, exceto os fidalgos, que recebiam tão somente a pena de degredo. (PRADO, 2010, p. 597)

Vale ressaltar que, os fidalgos eram pessoas de posição social, faziam parte da nobreza, possuidoras de posses, para estes, a pena nos casos de estupro, era saírem da cidade, da terra.

2.3 Código Criminal de 1830

O doutrinador Luis Regis Prado (2008, p. 637) nos revela que “o Código Criminal de 1830 elencou vários delitos sexuais sob a rubrica genérica *estupro*”. O que foi duramente criticado pela doutrina da época.

O legislador definiu o crime de estupro no artigo 222 e 225⁴, a pena em relação ao Estatuto anterior, foi diminuída e o casamento do réu com a vítima, permanecia tendo aplicabilidade.

Nesta época da história, o crime de estupro era punido com pena de prisão de três a doze anos e o dote à ofendida, além da possibilidade do réu se casar com a vítima.

2.4 Código Republicano de 1890

³ Pena de exílio ou desterro (imposta ou voluntária). (DICIONÁRIO INFORMAL)

⁴ Art. 222 – Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida.

Art. 225 – Não haverão as penas dos três artigos antecedentes os réus, que casarem com as ofendidas.

O Código Republicano inovou a legislação penal vigente, intitulando como estupro a cópula violenta, em seus artigos 268 e 269, abrandando ainda mais a pena do crime de estupro e também admitindo o casamento do réu com a vítima, vejamos:

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

Pena – de prisão celular por um a seis annos.

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

Pena – de prisão celular por seis mezes a dous annos.

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

Art. 269. Chame-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas facultade physicas, e assim da possibilidade de resisitir e defender-se, como seja o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos.

Aqui, o Código traz de forma expressa uma condição que deveria existir para que o ofensor fosse punido com a pena máxima, a mulher deveria ser honesta, não o sendo, a pena seria diminuída mais da metade, isto quando o autor era punido.

2.5 Código Penal Brasileiro de 1940

O nosso Código Penal de 1940 traz resquícios de uma mentalidade conservadora, o que o tornou inadequado para os dias atuais da sociedade. Certos preconceitos foram quebrados, a mulher assumiu novo posicionamento na sociedade, os meios de comunicação como a televisão, o acesso à internet, eliminou das jovens de dezesseis anos aquela inocência dos idos de 1.940.

Vários paradigmas foram quebrados pela sociedade, como a ascensão da mulher no mercado de trabalho, conquistando seu espaço, não se falando mais em mulher honesta, nesse contexto é o texto a seguir:

O Código Penal brasileiro data de 1940, época em que a preocupação com a moralidade sexual, principalmente em relação à mulher, era bastante mais acentuada. Além disso, à mulher era dado desempenhar papel de

reduzida importância, de forma que a proteção à moral não raras vezes se sobreponha aos direitos individuais. (JESUS, 2003, p. 213-214)

Nota-se que, conforme descrito acima, a preocupação dominante na época de 1940 era totalmente diversa da atual, pois, na década de 40 a mulher tinha suas habilidades voltadas única e exclusivamente ao lar, e não raras vezes, não lhe era permitido expressar suas opiniões frente à sociedade. Há pouco tempo a mulher não tinha direito ao voto, somente tendo acesso livre a esse direito em 1946, com o Código Eleitoral.

2.6 Alterações trazidas pela Lei nº. 12.015/09

Há algum tempo a sociedade brasileira clamava por um maior rigor no tratamento e punição dos então denominados “crimes contra os costumes”, motivada, principalmente, pela indignação e revolta que a prática de tais crimes mesquinhos e repugnantes desperta nos indivíduos, como por exemplo, as infrações sexuais, mormente quando perpetradas contra crianças ou pessoas que não possam expressar resistência.

Tal reclamo social foi acolhido, na medida em que a Lei nº. 12.015/09 não só acrescentou alguns tipos penais que se faziam necessários, como também tratou com maior rigor as infrações de tal naipe já existentes.

A referida alteração buscou adequar o Título IV do Código Penal ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inc. III da Constituição Federal.

O autor Fernando Capez (2010, p. 20), bem analisou a mudança do título contra os costumes:

Mudou-se, portanto o foco da proteção jurídica. Não se tem em vista, agora, em primeiro plano, a moral média da sociedade, o resguardo dos bons costumes, isto é, o interesse de terceiros, como bem mais relevante a ser protegido, mas a tutela da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual.

Passando a tutelar a partir de então, a dignidade do indivíduo e não mais os costumes sociais como dantes. Vindo adequar o referido capítulo ao

princípio da dignidade da pessoa humana, consistente em um conjunto de direitos que devem ser assegurados a todos, com o intuito de impedir a degradação da pessoa perante a sociedade, ou ainda perante outro indivíduo.

O termo dignidade conceituado com esmero pelos autores Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

O vocábulo “dignidade” possui diferentes acepções. Segundo o vernáculo, dignidade é qualidade moral que infunde respeito, mas também pode significar consciência do próprio valor, respeito aos próprios sentimentos e valores, e, ainda, qualidade do que é grande, nobre, elevado. No contexto normativo em que foi utilizado, o termo “dignidade” deve ser compreendido em conformidade com o sentido que lhe empresta a Constituição Federal, que prevê a “dignidade da pessoa humana” como conceito unificador de todos os direitos fundamentais do homem que se encontram na base da estruturação da ordem jurídica. Nesse sentido, dignidade não pode ser entendida como sinônimo de respeitabilidade ou aprovação social ou associada a um julgamento moral coletivo, mas sim como atributo intrínseco de todo indivíduo que decorre da própria natureza da pessoa humana e não da forma de agir em sociedade. (2010, p. 384)

Percebe-se que, a conceituação de dignidade deve ir além do respeito ao próximo para uma convivência harmoniosa em sociedade, visto que, tal definição está ligada à pessoa e lhe é próprio, íntimo.

3 GENERALIDADES DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O título do Código Penal Brasileiro destinado aos crimes que versam sobre a dignidade sexual, extinto crimes contra os costumes, permanece o mesmo, o Título VI, composto por sete Capítulos:

a) Capítulo I – dos crimes contra a liberdade sexual, abrangendo os delitos de estupro (art. 213), violação sexual mediante fraude (art. 215), assédio sexual (art. 216-A).

b) Capítulo II – dos crimes sexuais contra vulneráveis, composto pelos delitos de: estupro de vulnerável (art. 217-A), corrupção de menores (art. 218), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A), favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (Art. 218-B).

c) Capítulo III – ab-rogado pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.

d) Capítulo IV – ação penal (art. 225), aumento de pena (art. 226)

e) Capítulo V – do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, composto dos seguintes tipos penais: mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227), favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228), casa de prostituição (art. 229), rufianismo (art. 230), tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231), tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A).

f) Capítulo VI – do ultraje público ao pudor, que traz os crimes de ato obsceno (art. 233), escrito ou objeto obsceno (art. 234).

g) Capítulo VII – disposições gerais, que traz aumento de pena (artigos 234-A e 234-B).

Tal alteração legislativa veio ao encontro do desajuste da nomenclatura “dos crimes contra os costumes”, objeto de muitas críticas dos doutrinadores penalistas, pois o referido título não condizia com o atual modo de pensar, ser e agir da sociedade atual. Neste sentido Guilherme de Souza Nucci:

Pois os tais *costumes* não apresentavam mecanismos propícios para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude e nem mesmo para encontrar apoio e harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos da atualidade. (2010, p.11)

Os valores éticos e sexuais vigentes nos idos de 1940, na edição do Código Penal são incompatíveis com os princípios e garantias fundamentais elencados na Magna Carta.

A alteração do Título VI do Código Penal tem sido avaliada por uma significativa parte dos doutrinadores como positiva, em razão da sua atualização frente à Constituição Federal, como bem observou Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 11):

Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo *sexual* insere-a no contexto dos atos tendentes a satisfação da sensualidade ou da volúpia.

Busca-se resguardar a respeitabilidade dos indivíduos em matéria sexual, garantindo-lhe a livre escolha nesse cenário, sem nenhuma forma de abuso ou agressão.

4 ESTUPRO

“*Stuprum*, no sentido próprio, significa *desonra, vergonha*”. São atos praticados com violência para a efetiva desonra da vítima. (NUCCI, 2010, p. 901)

É a obtenção da posse sexual por meio de violência física ou moral, conforme a definição dada por Nelson Hungria (1947, p. 107). Consiste na conquista da posse sexual utilizando-se da violência e grave ameaça.

O termo conjunção carnal no vernáculo significa união da carne e o autor Nelson Hungria (1947, p. 107), define este termo como:

Por conjunção carnal, em face do código, entende-se a conjunção sexual, isto é, a cópula *secundum naturam* o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal.

No entanto, estará caracterizado o estupro toda vez que estiver presente à negativa da mulher ou do homem para a prática da relação sexual e o autor, frente a esta recusa, utilizar-se da força ou grave ameaça para a obtenção do ato.

Ao tipificar o estupro, vê-se que o legislador quis preservar a liberdade que todo ser humano possui quanto a sua vontade em praticar ou não a relação sexual e toda vez que esta liberdade é tolhida, o autor do crime será submetido a uma punição estatal.

4.1 Conceito

O autor Julio Fabbrini Mirabete, nos revela que o estupro foi o primeiro crime contra a liberdade sexual, “deriva do termo *struprum* do direito romano, termo que abrangia todas as relações carnis”.

Guilherme de Souza Nucci, (2010, p. 901) traz o seguinte conceito de estupro, “na definição de Chrysolito de Gusmão, “é o ato pelo qual o indivíduo abusa de seus recursos físicos ou mentais para, por meio de violência, conseguir ter conjunção carnal com a sua vítima, qualquer que seja o seu sexo.”

O estupro fora considerado no direito romano, como qualquer ato sem pudor, praticado contra mulher ou homem, inclusive o homossexualismo e o adultério. No sentido restrito, temos a conjunção carnal com mulher casada e honesta ou, ainda, mulher virgem.

Havia uma divisão no estupro, o violento e voluntário, sendo este, subdividido em próprio e impróprio e, por fim, o estupro qualificado. O estupro próprio seria com a conjunção carnal efetiva; o impróprio, quando não se obteve tal proveito. Já o estupro qualificado ocorreria quando a conjunção carnal fosse acompanhada de sedução, fraude e violência, funcionando como qualificadoras do estupro, conforme dispõe o autor Nelson Hungria (1947 p. 108).

Tínhamos também “o *stuprum violentum* enquadrava-se na modalidade de *crimen vis*, delito reprimido pela *Lex Julia de vi publica*, com pena capital”, conforme o autor Luis Regis Prado (2008, p. 637).

Nelson Hungria (1947, p. 87-90), descreve as mais conhecidas anomalias sexuais, quais sejam: a) exibicionismo; b) erotomania, auto-erotismo ou coito psíquico; c) erotismo; d) onanismo; e) fetichismo; f) pigmalionismo; g) erotofobia; h) anafrodisia; i) mixoscopia; j) triolismo; k) necrofilia ou vampirismo; l) gerontofilia; m) bestialidade ou zoofilia; n) coprolagnia; o) edipismo; p) uranismo; q) algolagnia.

a) Exibicionismo

De acordo com Nelson Hungria (1947, p. 88), exibicionismo consiste em uma anormalidade sexual decorrente da exibição das partes genitais, geralmente a passagem de pessoas do sexo oposto, ou ainda, à realização do ato sexual em público.

b) Erotomania, auto-erotismo ou coito psíquico

Consustancia-se pela satisfação do instinto sexual exaltado com representações mentais de cenas ou coisas eróticas, procedente da psique humana, conforme Nelson Hungria (1947, p. 88).

c) Erotismo

Nelson Hungria (1947, p. 88), conceitua erotismo como uma anomalia sexual segundo a qual se apresenta a propensão abusiva para os atos eróticos, na mulher, chama-se ninfomania ou uteromania, no homem, satiríase ou priapismo.

d) Onanismo

De acordo com Nelson Hungria (1947, p. 88), onanismo caracteriza-se de duas formas, através da interrupção do coito antes da ejaculação ou também pelo impulso obsessivo para a masturbação, utilizando-se a própria mão ou com objetos adrede preparados.

e) Fetichismo

No fetichismo o estímulo sexual está condicionado à visão ou tato de certas partes do corpo ou objetos, como peças de vestuário de pessoa do sexo oposto, capaz até de suprir o ato sexual, conforme estabelece Nelson Hungria (1947, p. 89).

f) Pigmalionismo

Trata-se de uma variante do fetichismo consistente no amor pelas esculturas, bonecos ou objetos similares, de acordo com o doutrinador Nelson Hungria (1947, p. 89).

g) Erotofobia

Conforme estabelece Nelson Hungria (1947, p. 89) a erotofobia é a anomalia que diz respeito a horror ao ato sexual.

h) Anafrodisia

Consiste na redução do instinto sexual no homem, denominado entre as mulheres de frigidez, de acordo com a definição do autor Nelson Hungria (1947, p. 89).

i) Mixocospia

Conforme dispõe Nelson Hungria (1947, p. 89) mixoscopia é uma anomalia segundo a qual a excitação sexual dependente da contemplação da lascívia praticada por outrem.

j) Triolismo

É a prática sexual condicionada à co-participação de mais de duas pessoas nos atos sexuais, de acordo com o autor Nelson Hungria (2010, p. 89).

k) Necrofilia ou vampirismo

A necrofilia é a satisfação do instinto sexual sobre cadáveres, conforme dispõe Nelson Hungria (1947, p. 90).

l) Gerontofilia

Nelson Hungria (1947, p. 90), gerontofilia caracteriza-se pela atração sexual dos jovens pelos idosos.

m) Bestialidade ou zoofilia

Consubstancia-se pela realização de ato sexual com animais, neste sentido dispõe o doutrinador Nelson Hungria (2010, p. 90).

n) Coprolagnia

Dá-se através da excitação sexual mediante cheiro ou contato de dejeções imundas, conforme dispõe Nelson Hungria (1947, p. 90).

o) Edipismo

Edipismo é anomalia sexual consistente na obsessão para a prática sexual incestuosa, ou seja, manter relações sexuais com parentes consangüíneos, afins ou adotivos, conforme estabelece Nelson Hungria (1947, p. 90).

p) Uranismo

De acordo com Nelson Hungria (1947, p. 90), trata-se do homossexualismo ativo ou passivo entre os homens, nas mulheres denomina-se tribadismo, lesbianismo ou safismo.

Importante destacar que, atualmente, sob o ponto de vista patológico, o homossexualismo não é considerado anomalia sexual, doença, distúrbio ou ainda qualquer tipo de perversão. **Tendo sido inclusive** estabelecido regras para a atuação dos psicólogos no Brasil em 1999, em relação à homossexualidade. **Não é permitido** qualquer comportamento por parte dos psicólogos frente a eventos ou quaisquer outros serviços com escopo de cura e/ou tratamento da homossexualidade.

q) Algolagnia

Consiste na vinculação do ato sexual ao sofrimento sofrido ou imposto a outrem, representada de três formas, algolagnia ativa, passiva e mista, conforme dispõe Nelson Hungria (1947, p. 90).

Masoquismo, denominada também de algolagnia passiva, onde o prazer sexual é alcançado mediante sofrimento físico ou moral. Sadismo ou algolagnia ativa, onde o referido prazer é obtido através do sofrimento de terceiros ou por sua visualização. E, por fim, o sadomasoquismo ou algolagnia mista equivale à fusão da algolagnia passiva e ativa, de acordo com o doutrinador Nelson Hungria (1947, p. 90).

O termo conjunção carnal define-se pela introdução do órgão masculino na cavidade vaginal. Se, por ventura, ocorrer à imposição de ato sexual diverso, como passar as mãos nos órgãos genitais, também estará configurado o estupro, pois, em virtude da mudança legislativa todo ato libidinoso configura-se crime de estupro.

Por sua vez, ato libidinoso pode ser conceituado, como todos os demais atos destinados a satisfazer a voluptuosidade do agente, como os coitos anal e oral, por exemplo.

A liberdade sexual consiste na capacidade do sujeito de dispor do seu corpo livremente, como destaca Luiz Regis Prado:

De dispor livremente de seu próprio à prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante à relação em si, como no concernente à escolha de seu parceiro (...) na capacidade de se negar a executar ou a tolerar a realização por parte de outro de atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo-se, pois, ao constrangimento de que é objeto exercido pelo agente. (2010, p. 599)

Todas as pessoas têm o direito de se autodeterminar quanto à realização do ato sexual e o código penal tem a função de garantir que esse direito seja cumprido, punindo toda pessoa que force outra a praticar ato sexual que não queira, garantindo que toda pessoa ao relacionar-se sexualmente o faça em condições de ampla liberdade.

4.2 O Crime de Estupro Antes e Após o Advento da Lei n. 12.015/09

Houve uma significativa alteração no conceito deste delito, abarcando o novo dispositivo situações totalmente diversas das anteriormente tuteladas pelo Código Penal, uma vez que se tutelava apenas a liberdade sexual da mulher.

Atualmente, o dispositivo legal admite como sujeito ativo do crime de estupro, tanto homem quanto mulher. Houve também a junção do crime de atentado violento ao pudor (Art. 214, CP) ao estupro, configurando estupro tanto a conjunção carnal, como qualquer ato libidinoso diverso desta, como explica Fernando Capez (2010, p. 25):

Conclui-se, portanto, que o estupro passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ampliando a sua tutela legal para abarcar não só a liberdade sexual da mulher, mas também a do homem.

Como exposto acima, para a configuração do delito em tela, basta ocorrer qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal ou a efetiva conjunção carnal, de acordo com a nova redação do artigo 213 do Código Penal Brasileiro⁵.

Com efeito, as inovações legislativas do tipo penal são inúmeras. Obtivemos o aumento da pena cominada ao delito, tendo como uma das grandes inovações a inclusão da dignidade sexual do homem, como sujeito passivo do delito, uma vez que este, nunca foi protegido pelo delito em questão.

Na antiga sistemática do Código Penal, o crime de estupro era definido como “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Para a configuração do crime era necessária a conjunção carnal, que consiste na introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal, usando de violência ou grave ameaça.

Se o sujeito ativo realizasse com a vítima outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, como sexo anal, usando de violência ou grave ameaça, não estaria configurado o crime de estupro, mas o crime de atentado violento ao pudor, uma vez que, a conjunção carnal se tratava de componente do tipo penal.

Atualmente estará caracterizado o crime em tela, quando ocorrer à conjunção carnal, ou ainda, quando o autor praticar qualquer outro ato libidinoso, como o sexo oral, com uso de violência ou grave ameaça.

Em suma, haverá o crime de estupro se o ato for de natureza sexual e realizado contra a vontade da vítima pelo emprego de violência ou grave ameaça.

⁵ Art. 213 - 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 (quatorze) 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.

4.3 Objeto Jurídico

Para Rogério Greco (2010, p. 453), “poderíamos apontar como bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual”, pois, o agente ao praticar o estupro, viola a liberdade sexual e conseqüentemente a vítima em virtude da humilhação sofrida, tem a sua dignidade atingida.

O bem jurídico tutelado no artigo 213 não é somente a integridade física da vítima, mas também a liberdade sexual da mulher ou do homem assegurando que toda pessoa tenha o direito de escolher com quem deseja manter relação sexual, sem nenhum tipo de constrangimento.

Protege-se a liberdade sexual em sentido amplo. “Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual”, como elucida Luis Regis Prado. (2010, p. 599)

Toda ofensa a esta escolha denota o espírito de devassidão do agente, pois, até os animais irracionais, respeitam a vontade de copular da fêmea, sendo procurada pelo macho no momento que está no cio, demonstrando, assim, estar pronta ao coito. (NORONHA, 1943, p. 13)

Busca-se resguardar a liberdade que a vítima tem de escolher quando, como, onde e com quem exercerá sua sexualidade. E este ato avassalador gera traumas psicológicos sérios e, em alguns casos, dependendo da gravidade e da violência empregada, poderá gerar danos irreversíveis. (FILHO, 2006, p. 515).

Esta escolha deve ser assegurada a todas as pessoas, conforme suas convicções, devendo ser exercitada em total autonomia. (PRADO, 2010 p. 600). Se o estupro se configurar no âmbito doméstico, aplica-se a regra do art. 7º., inc. III da Lei nº. 11.340/06.

4.4 Elementos do Tipo

4.4.1 Elemento objetivo

Para Mirabete (2010, p. 388), o artigo 213 do Código Penal descreve um tipo misto cumulativo, “punindo, com as mesmas penas, duas condutas distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a ato libidinoso diverso”.

Defende ainda que a prática de uma ou da outra conduta configura o estupro e a realização de ambas resultaria em concurso de crimes, sustentando na realidade, serem crimes distintos, embora da mesma espécie, punidos num único tipo penal.

Neste sentido a caracterização da continuidade delitiva ou do concurso de crimes estará sujeito ao contexto fático em que as ações forem perpetradas.

Ainda, segundo o autor, a inadmissibilidade da continuidade delitiva e do concurso, numa mesma situação fática, seria tratar condutas diversas e graves, da mesma maneira. Esta dúplice violação corrobora para uma maior violação sexual da vítima. Neste diapasão:

A mesma solução, que implica a inadmissibilidade do concurso e da continuidade delitiva num único contexto fático, enseja tratamento punitivo igualitário a condutas bastante diversas em termos de gravidade, independentemente do número e natureza dos atos sexuais violentos praticados, equiparando, por exemplo, a conduta de quem, com violência, acaricia as partes pudicas da vítima àquela outra na qual o agente, após assim agir, força-a à conjunção carnal, por diversas vezes, e, subsequentemente, a outros atos libidinosos como as cópulas oral e anal. A margem, relativamente estreita, mantida entre as penas mínima e máxima cominadas para o delito (6 a 10 anos) não corrobora, a nosso ver, essa orientação. (MIRABETE, 2010, p. 389)

Esta não lhes parece à melhor opção, pois a redação dada ao tipo manteve a distinção entre conjunção carnal e outros atos libidinosos. A prática de cada ação típica é suficiente para provocar lesão ao bem protegido e a realização de ambas, configura duas espécies de violações a liberdade sexual da vítima, ofendendo mais gravemente a mesma. (MIRABETE, 2010, p. 389)

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

O novo crime de estupro é um tipo misto cumulativo, ou seja, as condutas de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, embora reunidas em um mesmo artigo de lei, com uma só cominação de pena, serão punidas individualmente se o agente praticar ambas, somando-se as penas. (HABEAS CORPUS, Nº. 104.724/MS)

O Desembargador Relator Carlos Eduardo Contar, em seu voto no Agravo Criminal, no Tribunal de Justiça de Campo Grande-MS, faz alusão ao entendimento do autor Vivente Greco, que de igual modo, também leciona neste sentido e demonstra que o artigo 213 trata-se de um tipo misto cumulativo, fazendo uma comparação entre este e o misto alternativo:

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos. (...) A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela (...). Não houve, pois, abolitio criminis, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo. (Agravo Criminal – nº. 2010.019750-0/0000-00, 2ª. T., TJ-MS)

Como podemos observar acima, praticando o agente a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos na vítima, deve responder pelas duas condutas em concurso.

Há ainda, uma corrente doutrinária, que define o crime de estupro como um tipo misto acumulado, neste sentido a Desembargadora Sônia Regina de Castro:

Entendo, no entanto, que consideradas as peculiaridades do caso concreto, é correta a manutenção do concurso material entre as figuras típicas do novo artigo 213, do Código Penal. Realmente, a nova disposição do artigo 213, do Código Penal, caracteriza um tipo penal misto porquanto descreve mais de uma forma de conduta. No entanto, vê-se que o novo tipo não se enquadra adequadamente no conceito de tipo misto alternativo, ou ainda no tipo misto cumulativo, mas, sim, se amolda na definição de tipo misto acumulado. Como bem explicam Helio Cláudio Fragoso e Flávio Augusto Monteiro de Barros, a classificação dos tipos mistos não se encerra em alternativos e cumulativos. Os tipos penais mistos também

podem ser acumulados, isto é, quando há reunião de mais de um crime dentro do mesmo tipo penal. Melhor esclarecendo, em vários tipos penais observa-se a presença de "mais de uma figura típica de delito" inseridas no mesmo dispositivo penal, como é o caso de tipos previstos nos artigos 208, 242, 244, do Código Penal, por exemplo. Em tais casos, é nítida a intenção do legislador de unir condutas bastante distintas e materialmente independentes dentro do mesmo tipo penal, sem que se entenda tratar-se de crime único. Ao que parece, o mesmo raciocínio aplica-se à nova redação do artigo 213, do Código Penal. Isso porque, ainda que se trate da mesma vítima e do mesmo contexto fático, se o agente a constringe a ter conjunção carnal e também a obriga a permitir a prática de sexo anal, não há que se falar em crime único, mas, sim, na prática acumulada das duas condutas previstas no aludido tipo penal. (TJ-/PR Apelação criminal nº. 621590-1, da Comarca de Matinhos Vara Criminal e Anexos, 15.04.2010, rel. Des^a. Sônia Regina de Castro).

Como bem esclarece a Desembargadora, o tipo penal em estudo não descreve duas condutas, mas sim dois crimes em um mesmo dispositivo legal, tratando-se de um tipo misto acumulado.

A *contrário sensu*, grande parte da doutrina se inclina no sentido de que o novo artigo 213 do Código Penal Brasileiro se trata de um tipo misto alternativo. Conceituado como um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, em razão da junção dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, entendimento sustentado por Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 18-19), Luiz Regis Prado (2010, p. 601)

Nesse contexto, a prática de conjunção carnal e atos libidinosos diversos sempre configurariam crime único, afastando a possibilidade de concurso de crime ou de continuidade delitiva, como destacado a seguir:

São três possibilidades de realização do estupro, de forma alternativa, ou seja, o agente pode realizar uma das condutas ou as três, desde que contra a mesma vítima, no mesmo local e horário, constituindo um só delito. (NUCCI, 2010, p. 901)

Trata-se da constituição de verbos em associação e estes verbos não podem ser cumulados em concurso de crimes.

Outro aspecto relevante sustentado por Mirabete é a inexistência de qualquer intenção do legislador em abrandar os crimes de natureza sexuais em relação à lei anterior:

Pesa, ainda, em desfavor dessa interpretação, no sentido da alternatividade do tipo, a inexistência de qualquer indício no processo legislativo de que fosse intenção do legislador punir mais brandamente os crimes sexuais do que o fazia a lei anterior (MIRABETE, 2010, p. 389).

Certamente a junção do tipo penal de estupro e atentado violento ao pudor, tinha o condão de agravar a punição deste crime que causa tanta repulsa na sociedade.

Como primeira conduta do tipo, temos o constrangimento à conjunção carnal, que vem sendo definida como:

Conjunção carnal, no sentido da lei, é a cópula vagínica, completa ou incompleta entre homem e mulher. A expressão se refere ao coito normal, que é a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher, com ou sem intuito de procriação. Bento de Faria inclui no conceito de conjunção carnal o coito anal e oral. Flaminio Fávero define a conjunção carnal como a cópula vaginal, “em que há introdução do membro viril em ereção, na cavidade vaginal feminina, com ou sem ejaculação. (MIRABETE, 2010, p. 389)

Sendo a conjunção carnal a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino ao feminino, com ou sem ejaculação, não é possível englobar a cópula vulvar ou vestibular, no conceito de conjunção carnal, em razão da sua natureza.

Da mesma forma, é incabível relacionar a existência do crime de estupro ao rompimento do hímen, em virtude das hipóteses de hímen complacente, devendo, nestes casos, o congresso carnal ser determinado por outros indícios.

Em relação à mulher obrigar o homem a conjunção carnal, surge uma hipótese interessante, “é questionável, na nossa ótica, pelo menos, que o homem não possa ser coagido ou forçado à conjunção carnal, no mínimo, por razões psicológicas”. O que não impossibilita que o homem seja vítima do estupro, apenas, quer nos parecer, que esta conduta se amolda com mais precisão a segunda parte do art. 213 do Código Penal, segundo Cezar Roberto Bitencourt. (2010, p. 47)

Como segunda conduta do tipo, temos o constrangimento da vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Que, por sua vez, na definição de Fragoso é “toda ação atentatória ao pudor, praticada com propósito lascivo ou luxurioso” (MIRABETE, 2010, p. 390).

Fernando Capez (2010, p. 25), conceitua ato libidinoso como “outras formas de realização do ato, que não a conjunção carnal”.

Neste sentido, o autor Luis Regis Prado (2010, p. 601), traz algumas hipóteses de atos libidinosos:

Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados a *fellatio ou irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito *inter femora*; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; (...) uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros. É certo que não se enquadram aqui hipóteses de necrofilia, bestialismo ou zoerastia.

São as cópulas anormais, os quais instituíam o revogado crime de atentado violento ao pudor. Os atos libidinosos possuem um conceito abrangente, pois compreende qualquer atitude com fundo sexual e tenha o escopo de satisfazer a voluptuosidade, exceto as palavras, escritos com teor erótico, visto que a norma faz referência a ato, realização física concreta. (CAPEZ, 2010, p. 26)

De acordo com Hungria, “o ato libidinoso tem que ser praticado *pela, com ou sobre* a vítima coagida.” (MIRABETE, 2010, p. 390).

Quando o agente masturba-se na presença da vítima sem contato físico, não se configura o delito. “Nesses casos, poderá configurar-se o crime de constrangimento ilegal ou o novo artigo 218-A”, sendo a vítima menor de 14 anos. (CAPEZ, 2010, p. 26)

É importante destacar que, é irrelevante a compreensão da vítima a cerca do caráter impudico ou não da ação, bastando que o autor almeje saciar um desejo interno de fundo sexual. (CAPEZ, 2010, p. 26)

Neste sentido, Mirabete (2010, p. 390) ressalta que a libidinosidade do ato não esta sujeito ao conhecimento da vítima ou da sua malícia, sendo irrelevante o alcance de pudor subjetivo do ofendido.

Embora exista contato físico com o autor e a vítima, quando não for possível ter o ato como libidinoso, como advém, por exemplo, “num beijo não lascivo, ainda que indesejado, a infração caracteriza apenas a contravenção de perturbação da tranqüilidade, artigo 65 da LCP”, ou também a importunação ofensivo ao pudor, artigo 61 da Lei Contravenções Penais. (MIRABETE, 2010, p. 390).

Pode ocorrer à caracterização do ato libidinoso sem o contato dos órgãos sexuais, vejamos:

O ato libidinoso pode se manifestar até mesmo sem o contato de órgãos sexuais. Por exemplo: agente que realiza masturbação na vítima; introduz

o dedo em seu órgão sexual ou nele insere instrumento postiço. (CAPEZ, 2010, p. 26)

O ato libidinoso também estará caracterizado toda vez que o agente se utilizar de instrumentos ou mesmo obrigar a vítima a se masturbar para satisfazer sua lascívia.

Teremos a conduta ativa quando a vítima, mediante violência ou grave ameaça, pratica atos libidinosos no agente, como por exemplo, o sexo oral. Já a conduta passiva, ocorre quando o agente pratica atos libidinosos na vítima, como apalpar seus seios, nádegas, ou afagar as partes íntimas, mesmo estando vestida. (CAPEZ, 2010, p. 26-27)

Não teremos a configuração do delito se o agente se limitar a apreciar o espetáculo sem ter concorrido para ele. (FARIA, 2009, p. 21)

Conforme (NORONHA apud MIRABETE, 2010, p. 390) esclarece que não comete o delito em questão o agente que coage a vítima “a assistir a ato de libidinagem executado por terceiros, pois, então, ela não estaria praticando o ato, tampouco permitindo que com ela fosse praticado”.

No que diz respeito aos atos libidinosos, temos posicionamentos diversos na doutrina. A conjunção anal ou oral realizada com violência ou grave ameaça, difere e muito dos demais atos libidinosos, como o beijo lascivo, por exemplo, e devem ser apenados de forma proporcional. Os doutrinadores que se posicionam assim são Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Flávio Gomes:

A diferença entre o desvalor e a gravidade entre o *sexo anal* e *sexo oral* e os demais atos libidinosos é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) é razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve desclassificar-se para a contravenção do artigo 61 (LCP) ou deve declarar-se sua inconstitucionalidade, por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico. Luiz Flávio Gomes, baseando-se na doutrina de Claus Roxin, o qual redescobriu o princípio da insignificância, indaga: “Um beijo lascivo é crime hediondo? Quem interpreta a lei penal de forma literal diz (absurdamente) sim e admite então para esse fato a pena de seis anos de reclusão, que é igual à do homicídio; quem busca a solução justa para cada caso concreto jamais dirá sim (esse beijo poderia no máximo constituir uma contravenção penal – art. 61, LCP: importunação ofensiva ao pudor). (CAPEZ, 2010, p. 28)

Em contrapartida, Damásio, Nelson Hungria e Noronha, concordam que se o beijo lascivo tem um fim erótico e foi praticado com uso de violência ou grave ameaça será considerado ato libidinoso:

Entende o autor que o beijo lascivo, quando praticado com o emprego de violência ou grave ameaça, igualmente tipifica o crime em tela, mas, “evidentemente, não se pode considerar como ato libidinoso o beijo casto e respeitoso aplicado nas fases, ou mesmo o “beijo roubado”, furtiva e rapidamente dado na pessoa admirada ou desejada. Diversa, porém, é a questão, quando se trata do beijo lascivo nos lábios aplicado à força, que revela luxúria e desejo incontido, ou quando se trata de beijo aplicado nas partes pudendas”. (CAPEZ, 2010, p. 28)

Segundo este posicionamento, com a junção dos dois tipos penais, estupro e atentado violento ao pudor, tem-se hoje, uma variedade do meio executório do artigo 213, “podendo variar de um beijo lascivo até o coito anal”, segundo o entendimento do doutrinador Fernando Capez. (2010, p. 29)

Esclarece ainda, que não há atipicidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, por se tratar de critério discricionário do legislador. Em suma, para esta corrente “qualquer atuação sexual tendente a contemplar a libido, ou seja, os desejos sexuais mais íntimos do autor, que for praticada mediante violência ou grave ameaça, tipificam o delito previsto no art. 213 do CP”. (CAPEZ, 2010, p. 29).

É imprescindível para a configuração do crime de estupro o constrangimento mediante violência ou grave ameaça. “*Violência* é a coação física, enquanto a *grave ameaça* é a violência moral”, conceito trazido pelo autor Guilherme de Souza Nucci. (2010, p. 908)

Não basta uma simples ausência de adesão, uma recusa verbal, uma oposição apática e inerte ou puramente simbólica, um não querer sem maior aversão. Em contrapartida, não se exige que a vítima esgote toda a sua capacidade de resistência, colocando em risco sua vida, como bem destaca Cezar Roberto Bitencourt:

A ordem jurídica não pode exigir de ninguém a capacidade de praticar atos heróicos. Também aqui vigem os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, recomendando-se, concretamente, a avaliação da correlação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. Assim, não é necessário que se esgote toda a *capacidade de resistência da vítima*, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça. Para a configuração de crime de *estupro* não há necessidade de que a violência seja traduzida em lesões pessoais. Exige a lei que a resistência da vítima a consumação seja sincera, mas não

exige que se prolongue até o desfalecimento. Nesse sentido, é impecável a conclusão de Guilherme Nucci: "Sob essa ótica, é curial afastar todo tipo de preconceito e posições hipócritas, pretendendo defender uma resistência sobre-humana por parte da vítima, a fim de comprovar o cometimento do estupro". (2010, p. 49-50)

Sendo necessário, portanto, uma oposição que somente a violência física ou moral consiga abater, que a vítima seja coagida, forçada, obrigada, constrangida a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, "não se podendo tomar por adesão da vítima o abandono de si mesma por exaustão de forças, trauma psíquico ou inibição causada pelo medo". (MIRABETE, 2010, p. 390)

Em relação à ameaça, temos:

Em se tratando de ameaça, deve ela ser *grave* (promessa da prática de mal considerável), mas não importa a justiça ou não do mal ameaçado. Tem-se em conta, sempre, a capacidade de resistência da vítima. Decidiu-se que, se a menor ofendida, criada em zona rural, não teve condições morais e psíquicas de se opor aos desejos criminosos do pai, pessoa, ademais violenta e arbitrária, que ameaçava voltar a maltratar toda a família caso aquela não cedesse, configurado resultou o estupro, pela violência moral. (MIRABETE, 2010, p. 391).

Pode-se ocorrer à caracterização do estupro tanto com a violência física quanto a moral. Desde que esta seja capaz de causar temor na vítima, o que irá variar conforme cada região, levando-se em conta a criação, a cultura, o ambiente em que a vítima se desenvolveu.

Por sua vez, entendeu-se não caracterizado o delito na chantagem do acusado em divulgar as relações íntimas com a vítima aos seus familiares, amigos, com a finalidade de denegrir a honra, como observou Julio Fabbrini Mirabete. (2010, p. 391)

Não faz desaparecer o crime, o fato posterior apto a presumir o consentimento, aquiescência da vítima, quando esta aceita dinheiro ou outra recompensa após a conjunção carnal. "Quando a violência, porém, ocorre durante conjunção carnal consentida, não há estupro, mas, eventualmente, lesão corporal". (MIRABETE, 2010, p. 391)

4.4.2 Elemento subjetivo

Conserva-se o mesmo, vale dizer, o dolo, não existe a forma culposa:

Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido. Assim, por exemplo, se o agente, de forma imprudente, correndo pela praia, perder o equilíbrio e cair com o rosto nas nádegas da vítima, que ali se encontrava deitada, tomando banho de sol, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo, pois não se admite o estupro culposos. (GRECO, 2010, p. 454)

Se porventura o agente praticar algum ato diverso da conjunção carnal sem intenção, ou seja, de forma culposa, não estará configurado o estupro; mas dependendo das circunstâncias em que fato ocorreu, poder-se-ia configurar importunação ofensiva ao pudor.

Na doutrina há um questionamento sobre o tipo subjetivo, o tipo exige uma finalidade especial, o chamado elemento subjetivo do tipo, ou dolo específico?

Os doutrinadores Noronha, Mirabete, Delmanto defendem ser necessária esta finalidade específica. “Assim, o dolo seria a vontade de constranger a vítima e a finalidade específica seria a prática da conjunção carnal”. Por outro lado, Fernando Capez, não vislumbra a necessidade de uma finalidade especial, bastando que o agente obrigue a vítima à prática do ato sexual completo. (CAPEZ, 2010, p. 36)

A satisfação da lasciva é necessária para a caracterização do estupro?

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 54) não é necessária “a finalidade de satisfazer a própria lascívia para a consumação do crime”.

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 903), entende ser necessária a satisfação da lascívia, exigindo-se o elemento subjetivo específico, consistente na obtenção do ato sexual ou outro ato libidinoso.

Verdadeiramente, não está descrito no tipo penal o conteúdo intencional da ação, o crime estará configurado independentemente das circunstâncias subjetivas que motivaram o agente a praticá-lo. O motivo impulsionador pode ser outro, totalmente diverso da satisfação da lascívia, “como o desprezo, o ridículo da vítima, embora a intenção seja sempre a mesma: praticar o

ato de natureza sexual”, conforme dispõe o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete. (2010, p. 392)

4.5 Sujeitos do Crime

4.5.1 Sujeito ativo

Atualmente o sujeito ativo do crime de estupro pode ser a mulher ou o homem, por tratar-se de crime comum. A afirmativa em relação à norma em vigor, de que somente o homem pode ser sujeito ativo do estupro, em razão do constrangimento a conjunção carnal, por ser necessária a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher não é correta, uma vez que, a lei em vigor incrimina o constrangimento de *alguém*, sendo plenamente possível à mulher figurar como sujeito ativo do estupro, de acordo com o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete. (2010, p. 386-387)

Para Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 905), trata-se de delito comum e têm-se várias formas de consumação e dos envolvidos no tipo:

(...) os envolvidos no delito podem ser homem-mulher, mulher-homem, homem-homem ou mulher-mulher. Assim sendo, deixa de se falar em crime próprio. É importante ressaltar que a cópula pênis-vagina, caracterizadora da conjunção carnal, demanda apenas a existência de *homem* e *mulher*, mas pouco interessa quem é o sujeito ativo e o passivo. A mulher que, mediante ameaça, obrigue o homem a com ela ter conjunção carnal comete o crime de estupro. O fato de ela ser o sujeito ativo não eliminou o fato, vale dizer, a concreta existência de uma conjunção carnal (cópula pênis-vagina). Há os que duvidam dessa situação, alegando ser *impossível* que a mulher constranja o homem à conjunção carnal. Abstraída a posição nitidamente machista, em outros países, que há muito convivem com o estupro da forma como hoje temos no Código Penal, existem vários registros a esse respeito. Alguns chegam a mencionar ser crime impossível, pois, se o homem for ameaçado, não seria capaz de obter a ereção necessária para a conjunção carnal. Ora, há vários tipos de ameaça grave, não necessariamente exercida com emprego de armas no local do delito. Ademais, existem inúmeros medicamentos dispostos a fomentar a ereção masculina na atualidade.

Os autores Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 387) e Guilherme de Souza Nucci (2010, 905), não concordam que a mulher não pode ser sujeito ativo do crime de estupro, por impossibilidade da conjunção carnal, uma vez que, estando o

homem a ser ameaçado, não disponibilizaria de condições psicológicas para prática do ato, justificam que, a mulher pode lançar mão de alguns recursos da medicina, como medicamentos, para que a conjunção carnal obtenha êxito.

Na redação anterior, a mulher que forçasse o homem a conjunção carnal, responderia pelo crime de constrangimento ilegal, hoje responde por estupro em razão da substituição do termo mulher por alguém, o que ampliou a incidência da norma.

Durante muito tempo, os doutrinadores penalistas discutiam se o marido poderia ser sujeito ativo de estupro contra a esposa. Alguns ponderavam ser inadmissível esta possibilidade porque com o casamento surge o dever da prática de relações sexuais entre os cônjuges.

Outros diziam ainda que, se a negativa da mulher a prática de relações sexuais estivesse respaldada em um motivo justo, elencando como exemplos: o marido estar com alguma doença sexualmente transmissível, alguma razão moral, como a traição do esposo, falecimento de um parente, dentre outras, configurava-se o estupro. (JESUS, 2010, p. 128)

Com a evolução da sociedade e com a diminuição do machismo, podemos constatar que estes posicionamentos estão sendo superados por uma parte significativa da sociedade. O casamento não dá total direito ao esposo de passar por cima da vontade da sua esposa e obrigá-la a praticar relações sexuais, se esta não está em condições.

É bem verdade, que nem a mulher nem o homem têm o direito de se negar à prática de atos sexuais todos os dias, sem qualquer motivo aparente, pois o casamento gera o dever de relacionamento sexual entre os cônjuges. No entanto o casamento não dá direito a nenhuma das partes de usar de violência ou grave ameaça para a realização da conjunção carnal, vez que o matrimônio deve-se pautar no respeito, diálogo, companheirismo e amor mútuo dos cônjuges.

Com a modernização da sociedade, foi se tornando cada vez mais insustentável o posicionamento de que o marido não pode figurar como réu no crime de estupro, adotando a posição de que a relação sexual constitui dever recíproco dos cônjuges e que o estupro constitui a cópula ilícita, neste sentido Mirabete (2010, p. 387) dispõe que:

Muito se discutiu na doutrina a possibilidade da prática do crime de estupro do marido contra a mulher. Entendendo que o estupro pressupõe cópula *ilícita* e que a conjunção carnal é dever recíproco dos cônjuges, Hungria e Noronha opinam pela negativa, a não ser nos casos em que há ponderáveis razões para a recusa da mulher ao coito (marido atacado de moléstia venérea, por exemplo). Fragoso não admite a possibilidade do crime de estupro de marido contra mulher e Bento de Faria, que considera na expressão *conjunção carnal* outras espécies de coito, só vê possibilidade de delito quanto aos atos de libertinagem diversos da cópula normal e nos casos em que o marido é portador de moléstia venérea. Na jurisprudência, por vezes, se negou a possibilidade de crime de estupro pelo marido. A melhor solução, porém, é a proposta por Celso Delmanto, que entende ocorrer estupro sempre que houver constrangimento do marido para a realização do ato sexual por constituir o fato abuso de direito. Isto porque, embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e criminosa a coação para a prática do ato por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar.

Certamente o posicionamento de Delmanto é o que mais condiz com as transformações da sociedade atual, a busca por igualdades de condições entre mulher e homem, a evolução dos costumes, seriam uma das bases para este posicionamento. Ademais, a mulher ao contrair núpcias com seu esposo, não está à mercê dos caprichos lúbricos do esposo.

Ainda em relação ao constrangimento à conjunção carnal, temos a impossibilidade de pessoas do mesmo sexo, figurar como sujeito ativo ou passivo do delito em questão, pela impossibilidade do coito normal, ressalvadas as hipóteses de coautoria e participação.

Neste sentido, Rogério Greco (2010, p. 453):

A expressão conjunção carnal tem o significado de união, de encontro do pênis do homem com a vagina da mulher, ou vice versa. Assim, sujeito ativo no estupro, quando a finalidade for a conjunção carnal, poderá ser tanto o homem quanto a mulher. No entanto, nesse caso, o sujeito passivo, obrigatoriamente, deverá ser do sexo oposto, pressupondo uma relação heterossexual.

Em razão do termo conjunção carnal, para que este se configure é imprescindível que os sujeitos do tipo sejam do sexo oposto.

No tocante ao constrangimento à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, pode ser praticado por pessoas de qualquer dos sexos, a mulher pode praticar o crime contra outra mulher, como exemplo, podemos aludir o lesbianismo forçado ou mesmo contra o homem.

É inteiramente aceitável a coautoria e participação no delito de estupro, conforme dispõe Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 387):

Admitem-se a coautoria e a participação no crime de estupro. É coautor aquele que concorre eficazmente no constrangimento à vítima para a consumação do estupro, ainda que com ela não tenha mantido relações sexuais ou praticado outros atos libidinosos. Nada impede, também, que a mulher seja partícipe ou coautora do crime, colaborando na violência ou na grave ameaça contra a vítima, seja esta do sexo masculino ou feminino.

Estará caracterizada a participação ou coautoria toda vez que o agente contribuir de forma eficaz para a consumação do delito, podendo ser desde a prática do ato, fazendo graves ameaças a vítima, ou ainda, utilizando-se da violência física.

4.5.2 Sujeito passivo

O sujeito passivo do crime de estupro pode ser qualquer pessoa, mulher ou homem, independente de sua orientação ou comportamento sexual. O fato de a vítima exercer a prostituição, praticar pederastia ou pedofilia, não ser virgem, ser casada, viúva, moça ou velha, não acarretará a exclusão do delito, neste sentido Julio Fabbrini Mirabete. (2010, p. 388)

A inovação legislativa no sujeito passivo é a tutela masculina no tipo penal, uma vez que, no Brasil, esta proteção legal aos homens é uma novidade, o que de certa forma, também veio adequar o Código Penal Brasileiro de 1.940 aos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, garantindo igualdade entre homens e mulheres. Hoje, “o crime de estupro pode ocorrer em relação hetero ou homossexual”. (BITENCOURT, 2010. p. 45)

4.6 Consumação e Tentativa

Em virtude da junção do crime de estupro e o revogado crime de atentado violento ao pudor, consuma-se com a conjunção carnal ou com a prática de ato libidinoso diverso, quando:

(...) ocorre a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher, não sendo necessário o orgasmo ou ejaculação. Caracteriza-se o crime consumado independentemente da ocorrência de *immissio seminis* e do rompimento da membrana himenal. Com relação à conduta de constrangimento à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que configurava antes o delito de atentado violento ao pudor, o momento consumativo do estupro coincide com a prática do ato. (MIRABETE, 2010, p. 392)

Assim, teremos a consumação do crime de estupro quando ocorrer à conjunção carnal completa ou incompleta, com ou sem ejaculação, ou ainda, com ou sem a satisfação da lascívia do agente.

Em respeito à consumação da prática de outros atos libidinosos, deve ser “eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima, que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo que este busque a obtenção do prazer sexual”. (NUCCI, 2010, p. 907)

A tentativa é perfeitamente possível:

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio correspondente à tentativa. Dessa forma, o agente pode ter sido interrompido, por exemplo, quando, logo depois de retirar as roupas da vítima, preparava-se para a penetração. (GRECO, 2010, p. 454)

É admissível a tentativa em ambas as condutas, ainda que não haja contato com os órgãos sexuais, desde que o agente deixe manifestamente a intenção da prática do ato, exclusivamente quando, por expressões inequívocas, o autor demonstre a sua intenção de praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. “O delito estará consumado, porém, desde que o sujeito ativo leve a cabo qualquer prática libidinoso”, como leciona Julio Fabbrini Mirabete. (2010, p. 392)

Importante destacar que, se as ações do agente que antecede a tentativa da conjunção carnal se tratar de ações normais à prática da conjunção, “a exemplo do agente que passa as mãos nos seios da vítima ao rasgar-lhe vestido ou, mesmo, quando esfrega o pênis em sua coxa buscando a penetração”, estes atos deverão ser analisados como atos preparatórios ao delito de estupro, cujo escopo era a conjunção carnal, como destaca Rogério Greco. (2010, p. 454)

Antes desta alteração legislativa tínhamos uma discussão em torno da tentativa no crime de estupro, nestes exemplos trazidos por Julio Fabbrini Mirabete:

Na vigência da lei anterior, discutia-se a possibilidade de caracterização da tentativa de estupro, e não de atentado violento ao pudor consumado,

quando, sendo intenção do agente a conjunção carnal, não logra ele a sua consumação por circunstâncias diversas, como nas hipóteses da cópula vestibular e do agente que força a introdução do pênis na vagina da ofendida mas ejacula antes. (MIRABETE, 2010, p. 392)

Em face da nova redação dada ao tipo penal, não há dúvidas de que nestes exemplos acima expostos, o delito de estupro estará consumado porque tais práticas são conceituadas como atos libidinosos.

Para a caracterização da desistência voluntária, será necessário que o agente o faça antes da prática de qualquer ato libidinoso, “desistindo o agente de realizar a conjunção carnal depois de já haver praticado ato libidinoso, o estupro estará consumado”, conforme entendimento de Julio Fabbrini Mirabete. (2010, p. 393)

4.7 Materialidade

O exame de corpo de delito é prescindível, sendo que outras provas idôneas podem demonstrar a consumação do estupro, como obtempera a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal. (HC 8.720-RJ, 6ª. T., Rel. Vicente Leal, 16/11/1999, v.u., DJ 29/11/1999, p. 126)

Devemos levar em conta que nem sempre o estupro deixa vestígios detectáveis⁶, neste caso o exame de corpo de delito indireto será utilizado.

A ausência de lesões na vítima é irrelevante, pois o crime pode ocorrer por meio da grave ameaça ou, ainda, vias de fatos, que de igual forma não deixa vestígios, segundo entendimento de Guilherme de Souza Nucci. (2010, p. 913)

⁶ TJDF: Irrelevante o resultado negativo do laudo de exame de corpo de delito. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor [hoje, estupro] prescinde da realização do exame de corpo de delito, porque nem sempre deixa vestígios detectáveis, sendo que a palavra da vítima, corroborada por prova testemunhal idônea, tem relevante valor probante e autoriza a condenação quando em sintonia com outros elementos de provas (Ap. 200003.1.011076-7, 1ª. T., rel. Mario Machado, 19.07.2007, v.v.).

5 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável foi inserido pela Lei nº. 12.015/09, trata-se de um tipo penal específico, onde se buscou dar tratamento diferenciado a pessoa menor de quatorze anos, com enfermidade ou deficiência mental, ou que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência ao ato sexual.

5.1 Conceito

Inserido pela Lei 12.015/09, o estupro de vulnerável está definido no artigo 217-A do Código Penal, da seguinte forma:

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

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

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

§ 2º - Vetado

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

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

§ 4º - Se da conduta resulta morte:

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

Ao estabelecer um capítulo próprio para os crimes sexuais contra vulnerável, o legislador buscou dar maior efetividade a Magna Carta, que prevê punição especial ao abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente (Art. 227, § 4º da Constituição Federal).

Este tema tem sido suscitado constantemente em Convenções e Tratados Internacionais, demonstrando preocupação com este assunto, em virtude da grande incidência dos abusos sexuais e do tráfico de menores para fins sexuais, inclusive por pessoas que deveriam dar-lhes proteção, como pais, tios e avós.

O autor Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 407), define pessoa vulnerável como:

Pessoa *vulnerável*, no sentido que lhe conferiu o Código Penal, é, primeiramente, a pessoa menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e a exploração que sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual (...). Pessoa *vulnerável*, para o Código Penal, é também a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental que não tem o discernimento necessário em relações às práticas sexuais e que, por esta razão, também se encontra particularmente sujeita aos abusos e a exploração sexual.

O Código estabelece três grupos de pessoas consideradas vulneráveis, os menores de quatorze anos, os portadores de enfermidades ou doença mental, ou ainda as pessoas que por qualquer outra causa não podem oferecer resistência.

“A *vulnerabilidade*, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade”, são consideradas vulneráveis por não disporem de condições físicas e psicológicas para manter relações sexuais. (PRADO, 2010, p 624)

A segunda parte do § 1º. do artigo 217-A do Código Penal, levará a diferentes interpretações do tipo penal, no que concerne à definição do que seja “qualquer outra causa” que impossibilite a vítima de “oferecer resistência”, conforme dispõe o autor Julio Fabbrini Mirabete. (2010, p. 408)

5.2 Objeto Jurídico

O artigo 217-A busca resguardar o sadio desenvolvimento sexual das pessoas consideradas pelo legislador como vulneráveis, tanto pela falta de maturidade em matéria sexual, quanto por alguma enfermidade, doença mental ou alguma outra causa, capaz de torná-las vulneráveis, tornando-se vítimas mais fáceis de serem ludibriadas.

Em relação ao bem jurídico, Cesar Roberto Bitencourt elucida que:

Na realidade, na hipótese de *crime sexual contra vulnerável*, não se pode falar em *liberdade sexual* como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua *vulnerabilidade*. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual. (2010, p. 93)

No estupro de vulnerável busca-se resguardar o desenvolvimento normal da sexualidade. As conseqüências psicológicas de um estupro, como sabemos, refletem de várias maneiras na vida das vítimas, sendo o trauma ainda maior quando estas são crianças, adolescentes ou pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

No *caput* do tipo penal, o bem da vida tutelado é o desenvolvimento sexual do menor de quatorze anos, de acordo com o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, “presumindo a lei, de maneira absoluta, que não possui a maturidade necessária para manter com liberdade relações de natureza sexual”. (2010, p. 409)

No entanto, no parágrafo primeiro do sobredito dispositivo legal, vislumbramos a proteção às pessoas que também são consideradas vulneráveis, que em razão de uma enfermidade ou deficiência mental, não possuem o discernimento necessário para a prática de atos sexuais.

A parte final do parágrafo primeiro, por sua vez, protege a liberdade sexual da pessoa que independentemente de seu amadurecimento sexual, se acha impossibilitada, por qualquer outra razão, de opor-se a pratica da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso.

Rogério Greco aponta como bens juridicamente protegidos a, liberdade, dignidade e o desenvolvimento sexual. (2010, p. 518)

Para Luiz Regis Prado (2010, p. 623), busca-se preservar também a “indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis, assim entendidas aquelas que não tem suficiente capacidade e discernimento para consentir de forma válida no que se refere a pratica de qualquer ato sexual”.

5.3 Elementos do Tipo

5.3.1 Elemento objetivo

A conduta típica é ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso diverso com menores de 14 anos ou com as pessoas vulneráveis nos termos do § 1º do artigo 217-A do Código Penal.

Difere-se do artigo 213, porque no crime de estupro contra vulneráveis não exige o emprego de violência ou grave ameaça, o crime estará configurado se o agente o pratica com menor de 14 anos ou pessoas vulneráveis, conforme dispõe o § 1º do artigo 217-A.

É sabido, que durante anos nossos Tribunais Superiores, analisava a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal, a questão que se discutia era se a presunção tratava-se de absoluta ou relativa.

Em algumas decisões, onde a vítima do estupro era menor de 14 anos e já possuíam uma vida promiscua os desembargadores afastavam a presunção de violência⁷. Para Guilherme de Souza Nucci (2010, p 927) e Cezar Roberto Bitencourt (2010, 95), a criação do artigo 217-A no Código Penal, e a substituição da presunção de violência por vulnerabilidade, não tem o condão de sepultar esta presunção:

A cautela, nessa interpretação, se impõe. A alteração da forma típica de descrição do estupro de pessoa incapaz de consentir na relação sexual foi positiva, mas não houve descriminalização da conduta. Ao contrário, gerou elevação da pena. Portanto, tendo ocorrido simples inovação de redação do tipo, não há força suficiente para *alterar a realidade*, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos (...). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. Entretanto, manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação no art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para a tutela obrigatória da boa formação sexual da *criança*. (NUCCI, 2010, p. 927)

Segundo o autor, se a vítima tiver a idade inferior a 12 anos, não há o que se discutir, o art. 217-A deverá ser aplicado. Agora, o debate sobre o consentimento da vítima com 12 e 13 anos deve prosperar. O contexto social, a forma de criação, o conhecimento em matéria sexual deve sopesar nas decisões

⁷ I – Pronunciamento do Min. Marco Aurélio em um acórdão sobre sobre a relatividade da presunção – “Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidade, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes podem advir”.

II- Votos favoráveis à presunção relativa a à absolvição do paciente: Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Correa; contrários: Carlos Velloso e Néri da Silveira. (HC, STF 73.662/MG, 2ª. T., rel. Min. Marco Aurélio de Melo, j. em 21.05.2005).

dos julgadores. Como a norma entrou em vigor há pouco mais de um ano, algumas decisões nos Tribunais Superiores não compartilham esta idéia⁸, tem prevalecido que a vulnerabilidade é absoluta.

Para o autor Cezar Roberto Bitencourt, temos “duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito)”. (2010, p. 90)

O doutrinador Rogério Greco e Luiz Regis Prado não compartilham desta mesma idéia, para eles, a idade da vítima trata-se de um critério objetivo, o tipo não está em nenhum momento fazendo alusão a nenhum tipo de presunção, e sim, está categoricamente proibindo qualquer pessoa de manter relacionamento sexual, ou ainda, praticar qualquer ato libidinoso diverso, com pessoa menor de 14 anos. (2010, p. 513 e p. 624 respectivamente)

Como sabemos, constantemente é veiculado nos meios de comunicação notícias de crimes sexuais perpetrados contra pessoas vulneráveis, como por exemplo, a pedofilia. A idéia primordial do art. 217-A, consiste em punir com maior rigor estes criminosos. Como a pena do estupro de vulnerável é maior que o estupro descrito no art. 213 do Código Penal, se o agente usar de violência ou grave ameaça para obrigar menor de 14 anos à conjunção carnal, por exemplo, para Rogério Greco, o art. 217-A, continua tendo aplicabilidade. (2010, p. 514)

Neste mesmo exemplo, para Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 410), o agente responderá pelo artigo 217-A, mesmo usando do emprego de violência ou grave ameaça, uma vez que este absorve o crime previsto no artigo 213 do Código Penal.

Se o agente desconhecia que a garota era menor de 14 anos e mantém conjunção carnal com ela, ocorrerá erro de tipo, de acordo com as circunstâncias em que o fato ocorreu, poderá ocasionar atipicidade ou a desclassificação para o art. 213 do Código Penal. (NUCCI, 2010, p. 932)

Sendo o sujeito passivo pessoa vulnerável nos termos da lei, em razão da sua especialidade, o agente será submetido a uma punição mais severa e, o

⁸ Habeas Corpus. Penal e Processual Penal. Estupro. Violência Presumida. Caráter Absoluta.

1. Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea “a” do Código Penal é absoluta.

2. A violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/09. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos, consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ordem indeferida. (STF-HC 101.456-MG, 2ª. T., Rel. Ministro Eros Grau, 09/03/2010, v.u.)

emprego da violência ou grave ameaça será valorada pelo juiz na fixação da pena, neste sentido Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 410).

Para o autor Julio Fabbrini Mirabete o artigo 217-A trata-se de um tipo misto cumulativo da mesma forma do artigo 213 do Código Penal vejamos:

Entendemos tratar-se de tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável (§1º). A prática de uma ou outra conduta configura o crime de estupro de vulnerável e a realização de ambas constitui, em princípio, duas infrações. (2010, p 410)

Segundo este entendimento será a situação fática em que as ações forem realizadas, que demonstraram a possibilidade da ocorrência de crime único, concurso material ou continuidade delitiva.

Se os atos libidinosos praticados com pessoa vulnerável constituírem atos preparatórios da conjunção carnal, estaremos perante de crime único. Se, por ventura, o agente após a conjunção carnal praticar com a vítima coito anal, comete dois crimes de estupro. (MIRABETE, 2010, p. 411)

Para a doutrina majoritária, tanto o artigo 217-A como o artigo 213 do Código Penal constituem tipos mistos alternativos, firmada no sentido de que a pratica de uma ou duas condutas concomitantemente, ainda que de forma reiterada no mesmo contexto fático, sempre configurará crime único. (NUCCI, 2010, p. 927)

A ausência de discernimento e a incapacidade de oferecer resistência para a prática do ato sexual, prevista no §1º do artigo 217-A, deve-se a uma compreensão e vontade de modo consciente, ou uma impossibilidade de exteriorizar o seu dissenso através de atos visíveis de aversão ao comportamento do agente. (MIRABETE, 2010, p. 411)

É interessante observar que a lei não menciona estas impossibilidades descritas acima, como decorrentes de uma condição da vítima imutável ou provisória preexistente ou ser contingente e provisório, devendo estar presentes no momento da consumação do crime. (MIRABETE, 2010, p. 411)

A distinção desta impossibilidade de oferecer resistência prevista no dispositivo deve ser verificada em todos os casos concretos, tendo em vista o aumento significativo da pena no crime de estupro de vulnerável se este ficar constatado.

Estando a vítima nos estados de supressão da consciência ou da vontade, tais como, sob a ação de anestésicos, onde a mesma não terá consciência ou vontade de praticar o ato, ou ainda, encontrando-se a mesma amarrada e amordaçada por ter sido vítima de um seqüestro, tendo consciência do ato, mas não possui condições de oferecer resistência, nestes casos podemos observar as impossibilidades de resistência descrita no §1º do artigo 217-A, pois as mesmas impedem de forma absoluta que a vítima resista ao estupro. (MIRABETE, 2010, p. 411)

Por outro lado, se a vítima conservar alguma capacidade de entendimento e autodeterminação e o autor utilizar do emprego de violência ou grave ameaça para a prática do estupro, estará configurado o crime descrito no artigo 213 do Código Penal. (MIRABETE, 2010, p. 411)

Conforme entendimento de Julio Fabbrini Mirabete, (2010, p 390) a última parte do § 1º do artigo 217-A, não exige que a incapacidade para oferecer resistência à realização do ato sexual, seja preexistente a conduta do agente, abarcando também a incapacidade que o próprio autor provoca na vítima com o intuito de facilitar o estupro, tornando assim, desnecessário o emprego da violência ou grave ameaça.

Como visto a violência ou grave ameaça não fazem parte do tipo penal do artigo 217-A, mas mesmo estando presentes essas circunstâncias o crime estará configurado, desde que a vítima seja considerada pessoa vulnerável, vejamos:

Assim, deve-se ter por configurado o estupro de vulnerável também nos casos em que o agente emprega violência, grave ameaça ou fraude para reduzir a vítima ao estado de absoluta impossibilidade de resistência antes da prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso. É o que pode ocorrer nas hipóteses: do agente que, após desferir um golpe violento na vítima, a amarra e a amordaça para então estuprá-la; da vítima que é constrangida mediante grave ameaça a ingerir um potente narcótico; do agente que subrepticiamente insere na bebida da vítima o mesmo narcótico; do médico ou enfermeiro que, a pretexto de administrar um medicamento, injeta na vítima uma substância anestésica ou outra droga que lhe causa perda da consciência etc. (MIRABETE, 2010, p. 412)

Agindo o autor de modo a reduzir a vítima ao estado de absoluta impossibilidade de resistência, deverá responder pelo artigo 217-A, em razão da pena cominada a este delito.

Responsabilizar o agente que dolosamente provoca essa incapacidade absoluta na vítima com a sanção mais leve aplicada para o crime de estupro, geraria

uma punição injusta. Enquanto quem, aproveitando-se da vulnerabilidade da vítima responderia por estupro de vulnerável, ambas as condutas devem ser tipificadas pelo artigo 217-A do Código Penal, para que se alcance um tratamento punitivo equitativo. (MIRABETE, 2010, p. 412)

5.3.2 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo no artigo 217-A consiste no dolo, na vontade de praticar conjunção carnal ou ato libidinoso diverso, com menor de 14 anos ou pessoa vulnerável nos termos do §1º do mencionado artigo.

Em relação ao autor deste crime é necessário que o mesmo tenha consciência dessa condição da vítima de vulnerabilidade. O equívoco do agente quanto à idade, enfermidade ou doença mental da vítima é abrangida pelo dolo eventual. O erro, quanto a essas condições afasta o dolo, podendo se configurar outro crime (art. 213 C.P.), como destaca Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 412)

Para os doutrinadores Rogério Greco e Cezar (2010, p. 520) Roberto Bitencourt (2010, p. 99), o erro de tipo afasta o dolo e, “sem dolo não há crime, ante a ausência de previsão culposa”.

No estupro de vulnerável não há necessidade de nenhum fim especial, bastando a vontade do agente em obrigar a vítima a praticar as condutas descritas no tipo, em relação ao estupro descrito no art. 213, boa parte da doutrina defende ser necessária esta finalidade específica, consistente na prática da conjunção carnal.

Para Fernando Capez (2010, p. 87), não se exige o elemento subjetivo do injusto consistente na finalidade de satisfazer a lascívia. Difere-se do elemento subjetivo do estupro descrito no art. 213, porque neste o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 904), defende ser necessária a satisfação da lascívia, exigindo-se o elemento subjetivo específico.

5.4 Sujeitos do Crime

5.4.1 Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. Em relação à conjunção carnal não pode o agente ser do mesmo sexo do menor, em razão da impossibilidade do coito normal; o que não ocorre na hipótese da prática de ato libidinoso, estando configurado o crime de estupro de vulnerável independentemente do sexo do autor do delito, conforme Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 409) e Rogério Greco (2010, p. 519)

Para Cezar Roberto Bitencourt, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, “inclusive, pessoa do mesmo sexo”. (2010, p. 94)

5.4.2 Sujeito passivo

O sujeito passivo descrito no *caput* do delito de estupro de vulnerável é o menor de quatorze anos, para o autor Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 409), em face da redação dada ao dispositivo legal, não existe mais a violência presumida, vejamos:

Diante da redação do art. 217-A, não há mais que se cogitar de presunção relativa de violência, configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos, ainda quando constatado, no caso concreto, ter ele discernimento e experiência nas questões sexuais. É irrelevante também se o menor já foi corrompido ou exerce a prostituição, porque se tutela a dignidade sexual da pessoa independentemente de qualquer juízo moral.

Teremos a configuração do delito, com a prática da conjunção carnal ou atos libidinosos diversos, realizados contra menores independentemente de experiência em relações sexuais, a rigor não vige mais a presunção relativa de violência contra menores de 14 anos, para o autor Julio Fabbrini Mirabete. (2010, p. 388)

No entanto não é uma questão pacífica, para Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 94 a 96), Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 37) o legislador continuou lançando mão da violência presumida, de modo, camuflado:

A proteção conferida aos menores de quatorze anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de um tipo penal inédito não tornará sepultada a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. (NUCCI, 2010, p. 37)

Embora o legislador tenha optado por retirar do texto legal a expressão presunção relativa, o raciocínio que se inclinava o Supremo Tribunal Federal deve continuar prevalecendo. Não há melhor método do que analisar cada caso concreto, para verificar as condições pessoais de cada ofendido.

No parágrafo primeiro do artigo 217-A, temos dois sujeitos passivos. Na primeira parte do dispositivo o legislador protege as pessoas que possuem alguma enfermidade ou doença mental, capaz de privá-la do discernimento necessário referentes às questões sexuais, devendo esta enfermidade ou doença mental ser devidamente examinada por perícia psiquiátrica competente, buscando-se aferir a ausência deste discernimento para a prática de atos sexuais, não se tratando de uma presunção legal absoluta, conforme posicionamento de Mirabete (2010, 409), Rogério Greco (2010, p. 519).

Na segunda parte deste mesmo parágrafo referente ao crime de estupro contra vulneráveis, estão às pessoas que se encontram incapacitadas de oferecer resistência a pratica do ato sexual por qualquer outra razão, que não estas já mencionadas (menor de 14 anos, enfermidade ou doença mental).

A causa capaz de impossibilitar a vítima a oferecer resistência a pratica do ato sexual, no entendimento de Julio Fabbrini Mirabete, deve ser:

Causa que impossibilita a vítima de oferecer resistência deve ser entendida como aquela que torna desnecessário ao agente o emprego de violência ou grave ameaça como meio para a consumação do delito, embora este possa ocorrer. A ultima formula legal abrange tanto as pessoas que se encontram em estados permanentes ou episódios 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 a conduta do agente (hemiplegia, drogas que paralisam etc). (2010, p. 410)

São causas em que a vítima por mais que queira oferecer resistência, não possua condições físicas nem psicológicas para fazê-lo.

5.5 Consumação e Tentativa

A consumação prevista na primeira parte do art. 217-A dar-se-á com a conjunção carnal, não sendo necessário a introdução total, rompimento do hímen, nem a necessidade de ocorrer a ejaculação. (GRECO, 2010, p. 518 e BITENCOURT, 2010, p. 101)

No que se refere à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, a consumação se dará “no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima”, não importando o consentimento da vítima a realização do ato. (GRECO, 2010, p. 519)

O consenso da vítima a prática do ato, faz-se consumir o delito, pois não tem nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do crime, em virtude da lei ter adotado o critério cronológico. (PRADO, 2010, p. 624)

A tentativa é possível em ambas as condutas do tipo penal, por tratar-se de crime plurissubsistente. Para a constatação da tentativa faz-se necessário que as circunstâncias mostrem nitidamente o desígnio do agente em praticar os atos sexuais com a pessoa vulnerável.

Estaremos diante de uma hipótese de tentativa, segundo Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 412), quando:

Há tentativa, por exemplo, se o agente proferiu a grave ameaça ao menor para que se submetesse aos atos libidinosos, mas este logrou fugir; se o agente e a menor de 14 anos são surpreendidos, já despidos, no interior de um motel, quando se preparavam para a prática dos atos sexuais etc.

Para a caracterização da tentativa é necessário que o agente tenha usado de violência contra a vítima, com o intuito de constrangê-la a praticar a conjunção carnal ou outros atos libidinosos.

A desistência voluntária será possível, desde que esta ocorra antes de qualquer prática libidinoso.

6. QUALIFICADORAS

6.1 Estupro Qualificado Pela Idade da Vítima

Nos parágrafos 1º e 2º do artigo 213 temos as formas qualificadas do estupro, tais como, idade da vítima, lesão grave ou morte.

A qualificadora descrita no parágrafo primeiro dispõe sobre a idade da vítima, sendo esta menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze) anos, a pena cominada será de oito a doze anos de reclusão, Julio Fabbrini Mirabete ao comentar esta qualificadora dispõe que:

Há erro evidente na redação do dispositivo que se refere ao “menor de 18 ou maior de 14 anos”. O equívoco não prejudica a aplicação da norma. Justifica-se a pena mais grave em razão da presunção legal de que o adolescente nessa faixa etária, embora se lhe reconheça certa liberdade sexual, ainda é mais vulnerável do que o adulto aos crimes sexuais e por vezes mais danosos são os efeitos sobre a sua personalidade em formação. (2010, p. 393)

A conjunção aditiva correta nesta redação é menor de 18 e maior de 14 anos, pois a intenção do legislador foi qualificar o crime para as pessoas na faixa etária de 18 a 14 anos, ou seja, as pessoas com 17 anos onze meses e vinte nove dias e as com quatorze anos e um dia. Pois os menores de dezoito anos correspondem a todas as pessoas de 18 anos até o recém-nascido e os maiores de quatorze anos seriam todas as pessoas acima desta idade, desta forma a qualificadora abrangeria todas as idades.

Da forma que a qualificadora está redigida no texto legal, a mesma deveria ser aplicada a todas as pessoas indistintamente e não é esse o sentido da lei.

Ocorrendo a morte da vítima, a punição do agente será nos termos do artigo 213, § 2º, pena 12 a 30 anos de reclusão, devendo o juiz ao arbitrar a pena considerar a hipótese da vítima ser maior de 14 e menor de 18 anos. (MIRABETE, 2010, p. 393)

A ocorrência, porém, do resultado morte determina a punição do agente nos termos do § 2º, devendo o juiz considerar na aplicação da pena a

circunstancia de ser a vítima maior de 14 e menor de 18 anos. (MIRABETE, 2010, p. 393)

6.2 Estupro Qualificado Por Lesão Grave ou Morte

Conforme alteração legislativa trazida pela lei 12.015/09, para a incidência das qualificadoras, é necessária que a lesão grave e a morte decorram da conduta do agente, neste sentido Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 393) e Guilherme de Souza Nucci. (2010, p. 916)

Na lei anterior o tratamento jurídico dado às qualificadoras era diverso, as qualificadoras estavam descritas no art. 223 do Código Penal, a lesão grave deveria decorrer da violência e a morte decorrer do fato, “o que, para parte da doutrina, determinava tratamento diferenciado entre as qualificadoras com relação ao nexos causal”, segundo Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 394)

Na redação da antiga sistemática do Código Penal, se formaram duas posições doutrinárias a respeito das qualificadoras no crime de estupro. A corrente que se inclinava no sentido de que a qualificadora não seria aplicada, nos casos em que a lesão grave não derivasse da violência, mas sim da grave ameaça empregada pelo agente.

O autor Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 394), nos traz duas situações que ilustram estas hipóteses, vejamos:

Se a vítima, ao ser ameaçada, sofre um enfarte, a lesão correspondente não ensejava a incidência da qualificadora porque não decorrente da *violência*; mas, se lhe advém a morte, o estupro seria qualificado, porque, embora inexistente a violência, resultou ela do fato. Da mesma forma, fazendo o agente com que a vítima ingira, sem perceber, um narcótico violento, para adormecê-la e, assim, viabilizar a prática dos atos sexuais violentos, causando-lhe a morte, o êxito letal deveria ser atribuído porque decorrente do *fato*, mas se o resultado fosse lesão grave, responderia ele por estupro simples em concurso com o outro crime (lesão culposa).

Demonstrando o tratamento diferenciado para a ocorrência da lesão grave e a morte. Por outro lado, outra parte da doutrina sustentava que não deveria ser dispensado tratamento diferenciado para a lesão grave ou a morte, a despeito da

redação do dispositivo e a qualificadora incidiria todas às vezes, que as mesmas decorressem da violência empregada pelo agente na prática do delito.

Apesar da lei 12.015/09 estabelecer que a lesão grave e a morte devem decorrer da conduta do agente, buscando extinguir o tratamento diferenciado vigente em relação a estes dois resultados que qualificam o estupro, a divergência em torno da qualificadora não foi de toda sepultada.

O autor Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 394), entende que o termo *conduta* descrita nos parágrafos do artigo 213, “refere-se à lei a conduta do estupro, descrito no caput e disciplinado no dispositivo, e não a toda e qualquer conduta”. Destarte, ao vincular a conduta ao resultado qualificador, houve uma ampliação em face da lei anterior em relação à lesão corporal, decorrente da violência e uma restrição quanto à morte, que derivava do fato passando a resultar da conduta do agente a consumação do estupro.

Para a incidência da qualificadora é necessário que haja liame subjetivo entre a conduta do agente e a lesão grave ou morte da vítima. Segundo Julio Fabbrini Mirabete, o estupro será qualificado por meio da conduta do agente e, também pela grave ameaça ou violência empregada pelo autor, vejamos:

Diante da nova disciplina da matéria, portanto, exige a lei que haja nexo causal entre a lesão grave ou morte e a conduta praticada pelo agente dirigida à realização do estupro. Evidentemente, qualifica o estupro a lesão ou a morte decorrente da violência empregada no constrangimento à vítima, da conjunção carnal ou do ato libidinoso praticado. Não há dúvida de que se deve reconhecer a qualificadora também na hipótese de lesão ou morte que resulte da grave ameaça ou, em geral, da conduta dirigida à consumação do estupro, abrangidos os meios utilizados na execução do delito. Assim, se em razão da grave ameaça feita pelo agente a vítima sofre lesão grave ou morre ao saltar do veículo em que ambos se encontram, na tentativa de fuga, deve-se reconhecer a forma qualificada. Da mesma forma, se a lesão ou morte decorre do golpe desferido na vítima para facilitar o estupro ou do ato libidinoso praticado, consistente, por exemplo, na introdução de um objeto no corpo da vítima, deve ele responder por estupro qualificado. (MIRABETE, 2010, p. 394-395)

Segundo o autor “afirmar que por conduta se deva entender toda a atuação criminosa do agente no contexto do fato”, não parece ser o entendimento mais adequado, pois ampliaria a aplicabilidade das qualificadoras. Segundo este entendimento, se o agente ao praticar um estupro, decide por motivo diverso, matar a vítima, responderia por estupro qualificado e não por estupro em concurso com homicídio. (MIRABETE, 2010, p. 395)

Por conduta temos:

A conduta a que se vincula o resultado qualificador somente pode ser a conduta que se reveste da tipicidade que lhe confere o artigo 213, a conduta do estupro. Alias, a entender por conduta, no contexto do dispositivo, não somente a conduta do estupro, mas toda e qualquer conduta praticada pelo agente, independentemente do elemento subjetivo e da tipicidade que lhes confere a lei, melhor seria a simples referencia ao fato, termo mais abrangente e já utilizado na lei anterior, que, mesmo assim, era interpretado restritivamente. (MIRABETE, 2010, p. 395)

Aplicar a conduta de forma restrita consistiria na incidência de concurso de crime toda vez que o agente realizar a conduta, com motivação diversa, que não a satisfação da lascívia.

O revogado artigo 223 versava que: “Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de quatro a doze anos. Parágrafo único – se do fato resulta a morte: Pena – reclusão de doze a vinte e cinco anos”. De forma majoritária predominava da doutrina que não havia tratamento diferenciado entre as qualificadoras. Para a configuração do estupro qualificado, exigia-se que estas derivassem da violência. A disparidade da redação das qualificadoras, porém, admitia concurso de crimes, quando a lesão corporal não decorresse da violência, respondendo o agente por estupro e lesão, ou estupro e homicídio. (MIRABETE, 2010, p. 394)

Para o reconhecimento do estupro qualificado é importante observar de igual modo o elemento subjetivo. Conforme estabelece o artigo 19 do Código Penal, “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”, Portanto, “se não há culpa e a morte ou a lesão decorre de fato fortuito ou força maior afasta-se a qualificadora”, por tratar-se de crime qualificado pelo resultado. Porém, se ao praticar o estupro o agente culposamente causar a morte ou lesão grave na vítima, configura-se o estupro qualificado. (MIRABETE, 2010, p. 395)

Importante destacar que a nova redação dada ao artigo 213 do Código Penal, não solucionou as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes em relação à lesão grave ou morte da vítima, quando o agente as pratica com dolo, direto ou eventual, “porque, a exemplo da lei anterior, não é expressa em relação ao elemento subjetivo exigido em relação ao resultado que qualifica o estupro.” (MIRABETE, 2010, p. 395)

Mantendo-se duas correntes doutrinárias. Alguns doutrinadores sustentam que a ausência legislativa em relação ao elemento subjetivo e, por tratar-se de um crime qualificado pelo resultado, a qualificadora deve incidir nas hipóteses de dolo e culpa. Para esta corrente o autor do crime de estupro que causar lesão grave ou morte na vítima, com dolo ou culpa, sempre responderá por estupro qualificado. Justificam esta posição, porque entendem que foi intenção do legislador abranger tanto as condutas culposas quanto as dolosas.

Uma vez que a pena cominada ao estupro qualificado por morte, corresponde de 12 a 30 anos, demonstrando esta intenção, a pena mínima e máxima, “não se justificaria se esse resultado somente pudesse ser atribuído a título de culpa”, para esta corrente “essa margem foi prevista justamente para permitir ao juiz a dosagem da pena inclusive em face do elemento subjetivo atinente ao resultado agravador”. (MIRABETE, 2010, p. 395-396)

A contrario sensu, há outra corrente doutrinária que reconhece o estupro qualificado como um delito preterintencional, posição que segundo estes prevaleciam antes da alteração legislativa perpetrada pela lei 12.015/09. Nesse sentido, o estupro qualificado pela lesão grave, somente seria atribuída a título de culpa; agindo o agente com dolo direto ou eventual, “deve responder pelos delitos de estupro (art. 213 *caput*) e de lesão grave (art. 129, §§1º e 2º) ou homicídio (art. 121, *caput*, e § 2º) em concurso.” (MIRABETE, 2010, p. 396)

Para esta corrente quanto ao nexu causal, à conduta descrita nos parágrafos do art. 213 do Código Penal, refere-se à conduta contida no *caput*, vejamos:

Conduta, no sentido técnico e finalístico, é o comportamento humano consciente dirigido a determinada finalidade. Assim, se, no contexto fático do estupro, o agente atua dolosamente (dolo direto ou eventual) em relação à lesão grave ou morte, pratica, além do crime sexual, conduta distinta e por ambos os crimes deve responder em concurso (estupro e lesão corporal grave ou homicídio). Nesse caso, o resultado lesivo não decorre da conduta do estupro, mas de conduta distinta que configura crime diverso, devendo-se afastar a qualificadora diante dos próprios termos do dispositivo legal (art. 213, § 1º, 1ª parte, e § 2º). Deve-se observar que essa orientação, diante do tratamento punitivo conferido pelo legislador preserva, em todas as hipóteses, a proporcionalidade devida entre a gravidade do fato e a pena cominada e baliza, com maior suficiência, a atividade do juiz no processo de individualização da pena. (MIRABETE, 2010, p. 396)

Agindo o agente com intenção diversa, para esta corrente pratica duas condutas, dois crimes, com razões diversas e deve responder por ambos, pois o resultado lesivo não decorreu da pratica do estupro, o que caracteriza crime diverso. “É clara a intenção do legislador de atribuir o resultado qualificador ao agente que atua com dolo ou culpa”. Não é possível reconhecer a qualificadora do estupro quando esta não resultar da conduta do agente na consumação do estupro.

Ainda segundo o posicionamento do autor Julio Fabbrini Mirabete (2010, 396/397), ocorrendo lesão grave ou morte em um crime sexual tentado, “decidia-se que, resultando a lesão grave da violência empregada para a pratica do crime sexual, ocorria tentativa qualificada”. O que permitia uma pena mínima cominada à tentativa de estupro qualificado inferior, aquela prevista na hipótese de lesão corporal seguida de morte, por exemplo.

Segundo este entendimento, a solução mais adequada seria aquela que levasse em conta a morte ou lesão grave decorrente da violência ou do fato e, não do crime, aplicando-se o artigo 223 (revogado), sem diminuição ainda que não o crime não se consumasse. Ocorre que, “embora elevando o legislador as penas cominadas para o estupro qualificado, a pena mínima prevista para a hipótese do estupro tentado com resultado morte é idêntica a cominada para a lesão corporal seguida de morte, de apenas 4 anos”.

Em suma, para esta corrente, o art. 14, parágrafo único do Código Penal, deve permanecer sem aplicabilidade nas hipóteses de forma qualificada, desde que, estas ocasionaram uma consequência mais grave na tentativa como na consumação do delito anterior, nestas situações “aplicam-se ao crime de estupro as causas de aumento previstas no art. 226 e no art. 234-A, III e IV”.

6.3 Formas Qualificadas do Estupro Contra Vulnerável

As qualificadoras do estupro de vulnerável estão previstas nos parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A do Código Penal. Conforme dispõe os referidos parágrafos, incidirá a qualificadora se da conduta caracterizar lesão corporal de natureza grave, ou morte, hipóteses em que se prevê pena de 10 a 20 anos e 12 a 30 anos de reclusão, respectivamente. (MIRABETE, 2010, p. 413)

Para a incidência das qualificadoras descritas nos parágrafos §§ 3º e 4º do artigo 217-A, é necessário que entre a lesão grave ou a morte e a conduta do agente haja o nexo de causalidade, a lesão ou a morte ocorreu em razão dos meios empregados pelo agente na prática do delito, em um mesmo contexto fático. (MIRABETE, 2010, p. 413).

A violência ou grave ameaça do estupro de vulnerável está inserida no novo diploma legal e, pode gerar a incidência da qualificadora, de acordo com o entendimento do autor Guilherme de Souza Nucci. (2010, p. 916)

Não será toda conduta do agente durante a consumação do delito que será configurada como qualificadora, mas sim aquelas que estão relacionadas à prática delituosa. (MIRABETE, 2010, p. 413)

Neste sentido, se o agente no intuito de vencer a resistência oferecida pela vítima a prática do ato, causa-lhe uma lesão grave, morte ou introduz objeto no corpo da vítima, o crime é qualificado. (MIRABETE, 2010, p. 413)

Contudo, o agente responderá por concurso material se, durante as práticas libidinosas, decide por qualquer motivo matar a vítima, praticando conduta diversa de homicídio. (MIRABETE, 2010, p. 413)

Ressalte-se, conforme já observado anteriormente, que a lei não se refere ao evento lesivo decorrente do fato, como previa a lei anterior nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor qualificado por morte (art. 223, parágrafo único do C.P.), fórmula mais abrangente que mesmo assim era interpretada restritivamente.

Discute-se na doutrina, a exemplo do que ocorre em relação ao estupro qualificado pelo resultado (art. 213, § 1º, 2ª parte, e § 2º C.P.), se o resultado qualificador deve ser atribuído ao agente também na hipótese de dolo, ou somente a título de culpa. (ANALISAR)

O tratamento punitivo previsto nos §§ 1º e 2º do artigo 217-A indica que foi intenção do legislador abranger ambos os elementos subjetivos. A diferença existente entre as penas mínimas e máximas cominadas para os resultados lesivos (10 a 20 anos para a lesão grave e 12 e 30 anos para o evento morte) é de fato excessiva para a punição exclusivamente por culpa. Porém, há entendimentos divergentes.

Aplicam-se ao estupro de vulnerável as causas de aumento previstas no artigo 226 e no artigo 234-A, III e IV.

7. CONCURSO DE CRIMES

Temos posições divergentes na doutrina em razão da admissibilidade de concurso de crimes, na nova redação dada ao artigo 213 do Código Penal.

Para alguns doutrinadores, por tratar-se de um tipo misto cumulativo, por ter duas condutas e, conseqüentemente dois crimes, haverá concurso.

Em contrapartida, outra parte da doutrina se inclina no sentido de que o artigo 213 do Código Penal trata-se de um tipo misto alternativo, são duas condutas, mas a prática de apenas uma, ou as duas condutas em uma mesma situação fática, configura crime único.

7.1 Concurso Formal

Para os que consideram o artigo 213 um tipo misto cumulativo, será cabível o concurso de crimes no estupro, tanto na hipótese de conjunção carnal como na prática de qualquer ato libidinoso praticado pelo agente. Neste sentido, o crime único estará configurado, somente quando os atos libidinosos praticados pelo agente serem atos preparatórios para a conjunção carnal.

Quando, porém a conjunção carnal e os atos libidinosos praticados pelo agente, não constituem meros atos preparatórios, responderá por mais de um tipo penal em concurso ou em continuidade delitiva, pois agindo o agente com intenção diversa, para esta corrente, pratica duas condutas e deve responder por dois crimes. Para Mirabete, se o agente repetir a prática da conjunção carnal violenta, de igual modo, não se configurará crime único, vejamos:

Praticados somente atos libidinosos, mas autônomos, em momentos diversos, um após a consumação do outro, não há crime único, mas concurso de infrações, podendo-se reconhecer, conforme o caso, a continuidade delitiva. O mesmo ocorre na repetição da conjunção carnal contra a mesma vítima. (MIRABETE, 2010, p. 398)

Na nova redação dada ao crime de estupro às duas condutas, qual seja, a conjunção carnal e a prática de atos libidinosos, são descritas no mesmo tipo

penal e, ambas constituem estupro, sendo, neste caso, para esta corrente doutrinária, um óbice a mais para se admitir a continuidade delitiva, uma vez que ambas as condutas, constituem modalidades de estupro.

Se uma pessoa que sabe estar contaminada de doença venérea, comete o crime de estupro responde por dois delitos em concurso formal, estupro e perigo de contágio de moléstia venérea, esta regra, todavia só tem aplicação se a moléstia não for efetivamente transmitida.

Com efeito, de acordo com o artigo 234-A, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº. 12.015/09 se houver a transmissão da moléstia venérea, aplica-se apenas o crime de estupro, com um aumento de um sexto até a metade da pena em razão da efetiva transmissão da doença.

A contrario sensu, os doutrinadores que consideram o crime de estupro um tipo misto alternativo, não admite a configuração de concurso de crime, ainda que o agente pratique mais de uma conduta, no mesmo contexto fático, sempre estaremos diante de um crime único.

7.2 Concurso Material

Nos moldes do artigo 69 do Código Penal, existirá concurso material quando o agente, por mais de uma ação ou omissão, executa duas ou mais condutas tipificadas como crime.

“O concurso material poderá ser aplicado entre estupros cometidos reiteradamente, quando os requisitos do art. 71 do CP não estiverem presentes”, conforme ressalta Guilherme de Souza Nucci. (2010, p. 915)

Configura-se o concurso material quando o agente, após a consumação do estupro pratica outro delito, como homicídio ou lesão corporal grave, se estes derivar da conduta do agente para a consumação do estupro, consuma-se o estupro qualificado.

Não a mais falar em concurso material no delito de estupro, para os que entendem tratar-se de um tipo misto alternativo, neste sentido:

Na anterior redação do Código Penal, os crimes dos arts. 213 e 214 eram considerados de espécies diferentes, segundo doutrina e jurisprudência majoritária, de forma que poderia haver concurso material entre as infrações. Se o agente, exemplificando, mantivesse conjunção carnal e, em seguida, coito anal com a vítima, configurados estariam dois crimes hediondos em concurso material. O advento da Lei nº. 12.015/09, unificando o estupro e o atentado violento ao pudor, na figura do art. 213, faz desaparecer o concurso material entre a conjunção carnal forçada e outro ato libidinoso, igualmente forçado, contra a mesma vítima, no mesmo local e hora. O tipo é misto alternativo, constituindo crime único a prática de qualquer sequência de atos libidinosos (incluindo, por óbvio, a conjunção carnal). (NUCCI, 2010. p. 912)

Ainda segundo este posicionamento, se configurado o concurso material dos artigos 213 e 214, antes da vigência da Lei nº. 12.015/09, “cabe ao juiz da execução penal, em face da lei penal benéfica ora existente, unificar as penas, reconhecendo, se presentes os requisitos do art. 71, o crime continuado”. (NUCCI, 2010, p. 913)

7.3 Continuidade Delitiva

Outra modalidade de concurso de crimes é a continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal, consistente em verdadeiro benefício dado ao agente, desde que presentes alguns requisitos, quais sejam: prática de crimes da mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes⁹.

Antes do advento da Lei nº. 12.015/09 os crimes de estupro e atentado violento ao pudor não eram considerados da mesma espécie, mas, tão somente, do mesmo gênero, razão pela qual não se caracterizava a continuidade delitiva.

Ocorre que, devido às alterações emolduradas com a nova redação dada ao Código Penal, tais figuras típicas foram unificadas em um só dispositivo

⁹ 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 torne possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima. (STF HC 86.110/SP, 2ª. T., rel. Min. Cezar Peluso, 02.03.2010, v.u.)

legal (art. 213, do Código Penal), que recebeu simplesmente a denominação de “estupro”. Assim sendo, nada mais se discute em relação à impossibilidade de aplicação da continuidade delitiva em casos de crimes sexuais, sendo perfeitamente possível e até corriqueira sua caracterização nos casos concretos.

A possibilidade de continuidade delitiva no estupro quando a vítima é submetida à conjunção carnal e à prática de outros atos libidinosos, tanto na redação atual, como na redação revogada do dispositivo, sempre suscitou divergências doutrinárias.

Para Guilherme de Souza Nucci:

Surge o delito continuado, quando se puder detectar a sucessividade das ações no tempo, podendo-se, também, captar mais de uma lesão ao bem jurídico tutelado. O crime continuado é uma ficção, criada em favor do réu, buscando uma justa aplicação da pena, quando se observa a prática de várias ações, separadas no tempo, mas com proximidade suficiente para se supor serem umas continuações das outras. Pode dar-se no contexto do estupro. (2010, p. 915)

Admite-se a possibilidade de estupro continuado quando o agente estupra a mulher, usando de violência moral e, após alguns dias, retorna e novamente a estupra, usando de violência moral contra a vítima que, por ter seu filho na mira do agente, se submete ao ato sexual. É necessário que o constrangimento seja realizado em datas diversas. (NUCCI, 2010, p. 915)

Antes da alteração legislativa no delito de estupro, prevalecia na doutrina a não aplicabilidade da continuidade delitiva, uma vez que o estupro e o atentado violento ao pudor não eram crimes da mesma espécie, “pois, enquanto neste a lei protegia a própria inviolabilidade carnal, naquele o bem jurídico objeto da tutela penal era a liberdade sexual no sentido estrito”. (MIRABETE, 2010, p. 398)

Quando o pai estupra sucessivamente a filha em datas diversas, temos crime continuado de estupro, em que o juiz aplica uma só pena aumentada de um sexto a dois terço (art. 71 do C.P.). Nesta hipótese, como o agente é pai da vítima, existe ainda um aumento de metade da pena previsto no art. 226, inciso II do Código Penal.

Por outro lado, mesmo tipificados em artigos distintos, havia ponderável corrente jurisprudencial que admitia a continuidade, argumentando que apesar de serem crimes distintos, eram delitos da mesma espécie.

8. CRIME HEDIONDO

Conforme previsão expressa na Lei nº. 8.072/90, o estupro, atentado violento ao pudor e suas formas qualificadas, assim como os demais delitos elencados no artigo 1º na Lei nº. 8.072/90 são considerados hediondos, devido a sua periculosidade e reprovabilidade social.

Como já vimos o artigo 214 do Código Penal passou a fazer parte do novo crime de estupro. A Lei nº. 12.015/09 revogou os artigos 214, 216, 223 e 224 do CP.

Para Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 914), o aumento de metade da pena prevista no artigo 9º da Lei nº. 8.072/90, não subsiste mais porque o artigo 224 do Código Penal, como visto, foi revogado pela Lei nº. 12.015/09, o qual referia-se ao aumento de pena nas hipóteses legais:

STJ: “Com a superveniência da Lei nº. 12.015/09, foi revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível sua aplicação para fatos posteriores à sua edição”. (REsp. 1.102.005-SC, 5ª. T., Rel. Felix Fischer, 29/09/2009, v.u.).

Como a majorante disposta no artigo 9º da Lei nº. 8.072/90 não tem mais aplicabilidade, parte da doutrina acena que em razão do artigo 5º, inciso XL¹⁰, da Constituição Federal, “torna-se imperiosa a aplicação retroativa da lei penal benéfica”, em cumprimento a uma ordem constitucional. (NUCCI, 2010, p. 914)

Ocorre que, não é em todos os casos concretos que a lei atual é mais benéfica ao agente. Se, na situação fática o juiz entender ser aplicável o aumento de pena previsto no artigo 9º da lei dos crimes hediondos, com base do art. 224 do CP, por exemplo, sendo a vítima menor de quatorze anos (conforme a legislação anterior); a pena cominada seria de nove anos, acima do que dispõe o art. 217-A, oito anos a anterior neste caso seria mais gravosa do que a atual¹¹.

¹⁰ Art. 5º, XL – A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu

¹¹ STJ: Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº. 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistirá 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. Com a superveniência da Lei nº. 12.015/09, foi revogada a majorante prevista no art. 9º. Da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível 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

Por sua vez se no caso concreto o juiz não entendesse aplicável a presunção de violência, por importar em *bis in idem*, a pena seria de seis anos, mais benéfica que a legislação atual, a situação fática que irá avaliar ser ou não a hipótese de retroatividade da lei.

Neste sentido o Supremo Tribunal de Justiça:

Inicialmente, enfatizou-se que a Lei 12.015/09, dentre outras alterações, criou o delito de estupro de vulnerável, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento ou não possa oferecer resistência. Frisou-se que o novel diploma também revogara o art. 224 do CP, que cuidava das hipóteses de violência presumida, as quais passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável, com pena mais severa, abandonando-se, desse modo, o sistema da presunção, sendo inserido tipo penal específico para tais situações. *Em seguida esclareceu-se, contudo, que a situação do paciente não fora alcançada pelas mudanças promovidas pelo novo diploma, já que a conduta passara a ser tratada com mais rigor, sendo incabível a retroatividade da lei penal mais gravosa.* Considerou-se, por fim, que o acórdão impugnado estaria em consonância com a jurisprudência desta Corte (HC, 99.993-SP, 2ª. T., rel. Joaquim Barbosa, 24/11/2009, v.u., grifamos).

Para que o art. 217-A tenha aplicabilidade, deve-se analisar de forma pormenorizada cada situação, porque como vimos, nos casos em que a presunção prevista no revogado artigo 224 do Código Penal, não incidir, por entender o magistrado não ser aplicável ao caso, a lei atual torna-se mais prejudicial ao agente.

Em relação ao atentado violento ao pudor e o estupro com violência presumida descrito no revogado art. 224 do Código Penal, existia uma divergência na doutrina, se estes deveriam ser considerados crimes hediondos. O doutrinador Fernando Capez (2010, 50), se inclinava para a sua assertiva, vejamos:

Entendíamos que também possuíam essa natureza, pois a lei não fazia nem autorizava qualquer distinção entre as formas de violências. Com efeito, submeter uma criança de 9 anos à conjunção carnal, seduzindo-a com doces e brinquedos, não nos parecia ser uma conduta menos grave que empregar violência real contra um adulto. Ambas as formas eram, na realidade e na letra da lei, crimes hediondos. Nesse sentido, vinham se manifestando os Tribunais Superiores. (CAPEZ, 2010, p. 50)

estupro (art. 213 do CP). 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 (REsp 1.102.005-SC, 5ª. T., rel. Felix Fischer, 29.09.2009).

Não vislumbrando diferenças entre a violência real e a violência presumida, ambas possuem suas gravidades, devendo-se levar em conta que as crianças são vítimas mais fáceis de serem ludibriadas. (MIRABETE, 2010, --)

A violência presumida prevista no artigo 224 foi revogada e o artigo 217-A do Código Penal, trouxe a terminologia “estupro de vulnerável”, consistindo um “delito autônomo, com sanções próprias, inclusive com a previsão de formas qualificadas.” (CAPEZ, 2010, p. 51)

Para Fernando Capez (2010, p. 51), a Lei nº 12.015/09 sepultou os debates sobre a violência presumida no estupro, e conseqüentemente alterou a Lei nº. 8.072/90, considerando tanto o estupro quanto o estupro de vulnerável e suas formas qualificadas, crimes hediondos.

A progressão de regimes para os crimes hediondos era inicialmente vedada, por previsão expressa na Lei, com a promulgação da lei 11.464/07, a progressão de regimes passou a ser admitidos aos crimes hediondos e equiparados (art. 2º, § 1º).

9. PENA E AÇÃO PENAL

Versa o artigo 213 “caput”, que a pena cominada ao estupro corresponde de seis a dez anos de reclusão. Ocorrendo lesão grave e sendo a vítima menor de dezoito anos, oito a doze anos de reclusão. Se da conduta resultar a morte da vítima, doze a trinta anos de reclusão.

Diversamente do que dispunha a regra anterior, hoje, em virtude das alterações perpetradas pela Lei nº. 12.015/09, a exceção que existia anteriormente passou a ser a regra, ou seja, a ação penal pública condicionada à representação, admitida anteriormente nas situações em que a vítima ou seu representante legal não dispusesse de condições financeiras para custear a ação penal sem o prejuízo de sua própria subsistência ou de sua família, agora, é a nova regra.

O artigo 225 do Código Penal versa que:

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

Conforme descrito no “caput” do artigo 225, a ação nos crimes contra a liberdade sexual (estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual), e nos crimes contra vulnerável (estupro de vulnerável, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável), será ação penal pública condicionada a representação.

Como regra geral a ação será pública condicionada à representação, respeitando-se a intimidade da vítima, cabendo a vítima a decisão. A ação será pública incondicionada, quando a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, segundo o parágrafo único do mesmo dispositivo. Para o autor Rogério Greco (2010, p. 462/463), a Súmula nº. 608 do Supremo Tribunal Federal ainda tem aplicabilidade:

Em que pese a nova redação legal, entendemos ainda ser aplicável a Súmula nº. 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz:

Súmula 608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

Dessa forma, de acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito de estupro for cometido com o emprego de violência real, a ação penal será de *iniciativa pública incondicionada*, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do (a) ofendido (a) nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de grave ameaça.

Para o autor toda vez que houver violência real, a Súmula 608 do Supremo, deverá ser aplicada e, a representação do ofendido somente seria necessária se o crime for cometido com o emprego de grave ameaça.

Em sentido contrário:

Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. (...) unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, *desde que* a vítima concorde em representar. (NUCCI, 2010, p. 63)

Após o advento da Lei nº. 12.015/09, a súmula 608 não deve ter aplicabilidade, pois a lei conferiu legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima presente.

No regime atual não existe regra dizendo que a ação é incondicionada se o autor do crime for ascendente, tutor ou curador. Assim, se o pai estupra a filha de 19 anos a ação penal depende de representação da vítima.

A nova redação do artigo 225 do Código Penal passa a idéia de que também no estupro qualificado pela lesão grave ou morte, a ação penal depende de representação. A procuradoria Geral da República, entretanto, ingressou com ADIN 4301, a fim de que o Supremo Tribunal Federal declare que a exigência de representação nesses casos fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por parte do Estado, de modo que em relação às figuras qualificadas a ação deve ser incondicionada. (STF, ADI 4301-3/600)

O casamento da vítima com o estuprador até alguns anos extinguiu a punibilidade e em alguns casos, até mesmo o casamento com terceiro extinguiu a punibilidade do estuprador. Tais dispositivos já não se encontram em vigor desde que a Lei nº. 11.106/05 revogou os incisos, VII e VIII do artigo 107 do Código Penal.

Ocorre que, como a ação penal era privada o casamento da vítima com o estuprador antes da condenação, passou a ser interpretada como perdão do ofendido, o que não mais é possível, porque o perdão do ofendido é instituto exclusivo da ação privada e atualmente a ação penal é sempre pública no crime de estupro. Em suma, o casamento nos dias de hoje não gera nenhum efeito.

CONCLUSÃO

Conclui-se que, a junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tem levantado várias divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Neste aspecto, têm-se três correntes quanto ao tipo penal em estudo.

A primeira corrente considera o art. 213 como um tipo misto cumulativo, onde a prática uma conduta configura o delito e a prática de ambas resulta em concurso de crimes, são crimes distintos descritos em um mesmo dispositivo.

A segunda corrente afirma que o art. 213 trata-se de um tipo misto alternativo, ação múltipla ou de conteúdo variado, onde a prática de qualquer das condutas ou ambas numa mesma situação fática, configura o crime único, afastando a possibilidade de concurso entre as condutas descritas na norma.

A terceira corrente defende ainda que o art. 213 trata-se de um tipo misto acumulado, onde temos em um único tipo penal, a descrição de dois crimes distintos, ocorreu apenas à junção de dois crimes.

No tocante ao sujeito ativo do estupro a lei foi inovadora, admitindo que a mulher, assim como o homem possam figurar no plano ativo, o que já vinha sido considerado pela doutrina e jurisprudência, nos casos de coautoria e participação deste delito.

Quanto ao concurso de crimes à doutrina divide-se em razão do tipo penal ser um tipo misto cumulativo, onde se admite o concurso de crimes, o que não é aceito para os doutrinadores que consideram o artigo 213 como um tipo misto alternativo.

Verifica-se assim, que a presunção de violência foi expressamente revogada pela Lei nº. 12.015/09, criando-se um delito autônomo com a nomenclatura “Estupro de Vulnerável”, art. 217-A do Código Penal.

Para a doutrina esta presunção não foi de toda sepultada, devendo levar em consideração as situações fáticas em que o delito se concretizou e não apenas o critério biológico como alguns defendem.

No que diz respeito à ação penal, esta será pública condicionada à representação da vítima, exceção quando a vítima tratar-se de pessoa vulnerável ou

menor de 14 anos. Existindo um debate em relação à lesão grave ou morte, que neste impossibilita a vítima de representar, favorecendo a impunidade.

BIBLIOGRAFIA

BÍBLIA, Sagrada. Edição Almeida Revista e Atualizada. Impresso na Gráfica da Bíblia. São Paulo. 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial, Vol. IV. 4ª. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

BRANCO, Vitorino Prata Castelo. **O advogado diante dos crimes sexuais**. 1ª Ed. São Paulo. Editora Sugestões Literárias, 1966.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830, sem número. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm acesso em 05 de maio de 2010.

CARMONA, Salgado. **Curso de Derecho Penal Español**. Parte Especial. Editora Marcial Pans. Madrid. 1996.

CASTRO, Viveiros de. **Os Delitos Contra a Honra da Mulher**. 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Freitas Bastos, 1936.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial, Vol. III. 8ª. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

GOMES, Luis Flávio. **COPIAR NOME DO LIVRO**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial, Vol. III. 7ª. ed. Niterói, Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nelson e Romão Côrtes de Lacerda. **Comentários ao Código Penal**. Parte Especial. Vol. VIII. Rio de Janeiro. Editora Revista Forense, 1947.

<http://www.dicionarioinformal.com.br/buscar.php?palavra=desposar>, acesso em 29/10/2010

<http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/boletim.nsf/Todos/352536730F97F81C032576B200697C31?OpenDocument>, acesso em 18/08/2010.

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_2009/FabioJosePereiraRibeiro.pdf, acesso em 18/08/2010.

<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>
31/08/2010, acesso em 16:33

<http://www.tj.pr.gov.br/asp/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=32&Processo=1176568&Texto=Acórdão&Orgao=> acesso em 31/08/2010

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 19ª ed. Parte Especial. Vol. III. Editora Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 27ª ed. Parte Especial. Vol. II. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

MOLINA, Victor Matheus. **O tratamento jurídico penal do estupro**. 2008. 76 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed. Parte especial. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VADEMECUM. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

VIGARELLO, Georges. **História do Estupro: violência sexual nos séculos.** 1^a ed.
Rio de Janeiro. Editor Jorge Zahar, 1998.