

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

FACULDADE DE DIREITO

**A ADUZIDA VULNERABILIDADE NO ESTUPRO, HODIERNA
ROUPAGEM DA PRESUNÇÃO ANACRÔNICA DE VIOLÊNCIA**

Vitor José Terin

Presidente Prudente/SP

2013

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

**A ADUZIDA VULNERABILIDADE NO ESTUPRO, HODIERNA
ROUPAGEM DA PRESUNÇÃO ANACRÔNICA DE VIOLÊNCIA**

Vitor José Terin

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís
Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP

2013

A ADUZIDA VULNERABILIDADE NO ESTUPRO, HODIERNA ROUPAGEM DA PRESUNÇÃO ANACRÔNICA DE VIOLÊNCIA

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

Prof. Luís Roberto Gomes

Orientador

Prof. Mário Coimbra

1.º Examinador

Prof. Cláudio José Palma Sanches

2.º Examinador

Presidente Prudente, 11 de Novembro de 2013.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho aos que, primeiramente, nunca poderia deixar de lembrar, meus pais,

Maria Helena e Gilmar,

simples e inestimavelmente, por tudo que me foi proporcionado.

À minha irmã,

Gabriela,

pelo companheirismo e compreensão que perduram até hoje.

Às minhas avós,

Aparecida (in memoriam) e Antônia,

pelos cuidados e carinho, exagerados.

À minha companheira,

Shirlei,

que “amo muito mais que ontem, e muito menos que amanhã”.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, é claro, agradeço a *Jesus Cristo*, o grande responsável por tornar realidade a benção que é cada dia de nossas vidas.

Agradeço ainda:

Ao *Prof. Luís Roberto Gomes*, por ter, de imediato, aceito o convite para ser meu Orientador, e por ter me apresentado o Direito Penal, matéria pela qual me identifiquei. Obrigado, Professor!

Ao *Prof. Mário Coimbra*, por me “alfabetizar” com o Processo Penal, pelo apoio e pela força, e por ter acreditado em mim. Obrigado, Professor!

Ao *Prof. Cláudio José Palma Sanches*, por ter me ensinado a colocar o Direito Penal no papel, bem como pela amizade e também pelo respeito. Obrigado, Professor!

“O ignorante afirma, o sábio duvida, o sensato reflete.”

Aristóteles

*“Mil cairão ao teu lado, e dez mil à tua direita, mas
não chegará a ti”.*

(Salmo 91:7)

RESUMO

Aduzida Vulnerabilidade no Estupro, Hodierna Roupagem da Presunção Anacrônica de Violência

As laudas que a seguir declinam o presente estudo, têm o norte de, sob o enfoque criminal, demonstrar que a aclamada reforma penal de 2009, verificando-se com a entrada em vigor da Lei n.º 12.015, em 7 (sete) de Agosto daquele, na adução de variadas questões modificativas, ao valer-se da revogação do pretérito artigo 244 do Código Penal brasileiro, que precisava acerca da famigerada presunção de violência, não deixou, salvo as boas intenções, que referida presunção se extinguisse.

Ocorre que, apesar de supracitado artigo ter sofrido revogação, a volição expressa pelas palavras de sua redação dispositiva permeou bruxuleante pelo Código Penal, até que se fixou, subjetivamente, no atual e aduzido pela Lei n.º 12.015/2009, artigo 217 – A, que dispõe sobre o “estupro de vulnerável”, condição esta da pessoa que, anacronicamente era tratada no revogado artigo 224, situação em que presumia-se a violência.

Porém, quer-se, aqui, primordialmente demonstrar a plausível identidade conceitual, de forma volitiva, entre o pretérito artigo 224 e o presente artigo 217 – A, ambos do Código Penal, posto que, a grande problematização de referidos dispositivos está, justamente na questão da violência presumida, que a Lei n.º 12.015, de 7 de Agosto de 2009 tentou apequenar.

De se consignar, que este trabalho está calcado nos preceitos aduzidos, tanto pela reforma penal de 2009, como por aqueles já presentes nos estudos jurídicos, de forma a discorrer ser relativa referida presunção de violência, tratada do antigo artigo 224 e aduzida, de modo sublinear, na redação do atual artigo 217 – A, quando se trata de vítima maior de 12 (doze) anos, em respeito às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, e menor de 14 (quatorze) anos de idade, quando, em

alguns casos concretos, não há mais que se falar em *innocentia consilii*, haja vista a evolução comportamental, não da vítima nessa faixa etária em específico, mas da sociedade como um todo, por fim.

Destarte, utilizou-se, pois, da pesquisa teórica, aprofundada com o levantamento documental e bibliográfico, prevendo análise qualitativa dos dados colhidos, valendo-se de método indutivo para lograr êxito às conclusões dos presentes estudo e pesquisa.

ABSTRACT

Adduced Vulnerability Rape, New Drapery Anachronistic Presumption of Violence

The pages that follow declines this study, have the North, under the criminal approach, demonstrate that the acclaimed 2009 penal reform, checking in with the entry into force of Law n. ° 12,015, in seven (7) August that, in abduction varied issues amendment notices, to avail himself of the repeal of Article 244 past the Brazilian Penal Code, which needed about the notorious presumption of violence, not leave unless the good intentions that presumption is extinguished.

It happens that, despite having suffered revocation above article, volition expressed by the words of your essay operative flickering permeated by the Criminal Code, which set up subjectively in the current and adducted by Law n. ° 12.015/2009, Article 217 - A, which provides for the "rape of vulnerable", a condition of the person, anachronistically was treated in Repealed Article 224, in which it was assumed violence.

However, we want to here primarily to demonstrate the plausible conceptual identity so willed, between the past and the present Article 224 Article 217 - A, both the Criminal Code, since the great questioning of these devices is precisely the question the presumed violence, the Law n. ° 12.015, of August 7, 2009 tried to belittle.

To assign, this work is underpinned in the precepts put forward by both the 2009 penal reform, for those already present in legal studies, in order to be discoursing concerning presumption of violence, treated the former Article 224 and adducted, so sublinear, the current wording of Article 217 - A, when it comes to victim older than 12 (twelve) years old, according to the requirements of the Statute of Children and Adolescents, and less than 14 (fourteen) years old, when, in some specific cases, there is no need to talk about *innocentia consilii*, given the behavioral evolution, not the victim in this age group in particular, but of society as a whole, finally.

Thus, we used therefore the theoretical research, with in-depth documentary and bibliographic survey, providing a qualitative analysis of the data collected, using the inductive method to achieve success on the conclusions of the present study and research.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2. FATORES INTRODUTÓRIOS E ORIGENS NORMATIVAS.....	22
2.1 Aduzidas Modificações da Reforma Penal de 2009, Consoante Lei N. º 12.015, de 7 de Agosto de 2009	31
2.2 Da Dignidade Sexual e Demais Questões Relevantes	34
2.3 Considerações	38
3. SEXOLOGIA FORENSE E ASPECTO MÉDICO LEGAIS	40
3.1 O Instinto Sexual – Genitalidade, Sexualidade, Personalidade e Conduta	40
3.1.1 Genitalidade e instinto	40
3.1.2 Sexualidade como função psicológica	41
3.1.3 Personalidade do indivíduo	43
3.1.4 A conduta	44
3.2 Conduta ou Comportamento Sexual	45
3.2.1 Existência de parceiro(a) afetivo(a)	47
3.2.2 Relação terminada em cópula	48
3.2.3 Relação egosintônica do par	48
3.2.4 Não prejudicial a terceiros – <i>neminem laedere</i>	49
3.3 Crimes Sexuais e Perícia da Conjunção Carnal	50
4. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – TÍTULO VI	57

4.1 Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual – Capítulo I	57
4.1.1 Objetividade jurídica – valor a ser protegido	57
4.1.2 Estupro – artigo 213	57
4.1.2.1 Consumação e tentativa	64
4.1.2.2 Estupro qualificado – artigo 213, §§ 1.º e 2.º	66
4.1.2.3 Ação penal	69
4.1.3 Violação sexual mediante fraude – artigo 215	70
4.1.4 Assédio Sexual – artigo 216 – A	76
5. DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL – CAPÍTULO II	82
5.1 Introdução	82
5.2 Vulnerabilidade Como Conceito e Objeto de Análise	84
5.3 Estupro de Vítima Vulnerável – Artigo 217 – A	91
5.3.1 Hediondez, aspectos materiais e consequências processuais	99
5.4 Indução de Menor de 14 (catorze) Anos a Satisfazer a Lascívia de Outrem – Artigo 218	103
5.4.1 Curiosidades acerca dos artigos 218 e 227	107
5.5 Satisfação de Lascívia Mediante Presença de Criança ou Adolescente – Artigo 218 - A	111
6. INTRODUÇÃO AO CONCURSO CRIMINOSO	114
6.1 Sistemas de Aplicação de Pena	115
6.2 Espécies de Concurso de Crimes	116
6.2.1 Concurso material ou real	117

6.2.2 Concurso formal ou ideal	119
6.2.2.1 Concurso formal impróprio ou imperfeito	119
6.2.2.2 Concurso formal próprio ou perfeito	120
6.3 Crime Continuado ou Continuidade Delitiva	121
6.3.1 Crime continuado específico	123
6.4 Da Aplicação de Multa no Concurso Criminoso	124
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
8. CONCLUSÃO	130
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133

1. INTRODUÇÃO

“Não é necessário renunciar ao passado quando se entra no futuro. Ao mudar as coisas, não é necessário perdê-las”.

(Jonh Cage)

O tema proposto interessa por serem inevitáveis as mudanças, por ser este, assunto de alta relevância para a sociedade atual, tanto para acalorar beneficentemente e argumentativamente a discussão doutrinária e jurisprudencial quanto para, principalmente, o acusado do estupro, isto é, para o Direito do Penal em geral.

O art. 217-A do Código Penal trata especificadamente do Estupro de Vulnerável, que dispõe:

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

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

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

§ 2º. (*Vetado*).

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

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

§ 4º. Se da conduta resulta morte.

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

A figura em questão não foi prevista como autônoma pela legislação pretérita, face de que a conduta do sujeito que praticasse qualquer ato acima tipificado, submetia-se aos tipos penais de estupro ou atentado violento ao pudor, respectivamente nos obsoletos arts. 213 e 214 do Código Penal.

Contudo, grande parcela dos Códigos que tratavam de matéria Penal consagrava a Violência Ficta, ou seja, a presunção de violência, nos crimes sexuais. Preocupação especial dos legisladores no tocante àquelas pessoas incapazes de consentir ou dissentir de maneira válida.

Neste mesmo sentido Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal. Parte Especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. II. P. 39):

A presunção de violência em tais delitos, notadamente no que tange àqueles perpetrados contra menores de idade e doentes mentais, está lastreada nos estudos dos práticos da Idade Média. Nessa época, Carpzovio, com base em duas passagens do *Digesto*, uma de Pompônio, que dizia que os dementes e interditos têm vontade nula, e outra de Celso, que afirmava que o pupilo nem quer, nem deixa de querer, estabeleceu o postulado segundo o qual quem não quer, nem pode querer, dissente; logo, os atos libidinosos praticados contra os menores e doentes mentais têm caráter violento, o que motivou a inserção dessa presunção em várias legislações penais. Não faltou, porém, quem criticasse duramente a referida teoria, como Hommel, assinalando que aquele que se mostrou incapaz de querer também é incapaz de não querer, sendo incoerente, destarte, a presunção do dissentimento.

Nem sempre a violência ficta foi tratada como atualmente é. A primeira legislação brasileira a tratar do assunto foi o Código Penal de 1980, que no seu artigo 272 aparecia a violência presumida quando o ato sexual dava-se contra menor de 16 (dezesesseis) anos e não 14 (catorze) anos, como trazia o, atualmente revogado, artigo 224 do Código Penal.

Assim, observa-se que o Código Penal de 1940, em sua redação anterior, manteve a presunção, entretanto minorando a faixa etária, isto é, a

proteção do Código recaía sobre aquelas vítimas que ainda não tinham completado 14 (catorze) anos. Além do mais, o artigo 224 (revogado pelo advento da Lei n.º 12.015/2009) também inovava ao englobar a hipótese em que a vítima era, ao tempo do crime, alienada mental ou não poderia, por qualquer motivo, oferecer resistência.

Neste sentido, o artigo 217-A do Código Penal, o novo crime de estupro de vulnerável, diz que a violência é presumida, se a vítima é menor de 14 (catorze) anos, alienada ou débil mental, devendo, o agente, conhecer desta situação, ou se aquela não pode, por qualquer circunstância, oferecer resistência (obsoleta violência ficta).

Destoa anterior legislação, a atual tem em vista vítimas especiais e específicas, aquelas trazidas pela redação do artigo 217-A do Código Penal, eliminando a presunção e colocando em substituição a esta, tipos autônomos.

No sentido desta diretiz, no Código Penal espanhol, por exemplo, é punido com mais severidade a agressão e o abuso sexual praticados contra vulneráveis:

Artículo 180 1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 3ª. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, em todo caso, cuando sea menor de trece años.

Numa primeira abordagem, pode-se dizer que a Lei Nº. 12.015/2009 provocou a eliminação da discussão acerca do grau de incapacidade para compreensão do ato sexual, já que, com a criação do artigo 217-A, não houve neste,

nenhuma menção à violência presumida. Em linhas gerais, teríamos agora uma vulnerabilidade que não admitiria prova em contrário, ou seja, absoluta.

Assim, ter relação sexual, ainda que consentida, com menor de 14 (catorze) anos seria “estuprar” um “vulnerável”.

A alteração do tipo penal relativo ao estupro de incapaz é aparente, entretanto não houve nenhum tipo de descriminalização de nenhum tipo de conduta referente àquele. Ao contrário, a pena foi, inclusive, elevada. Desta forma, houve simples inovação da redação do tipo penal, insuficiente para fazer cessar as discussões que rodeavam o assunto da presunção de violência ser absoluta ou relativa acerca do menor de 14 (catorze) anos, na doutrina e jurisprudência brasileira.

Destarte, pode-se concluir que a anacrônica presunção de violência foi absorvida pela “vulnerabilidade”, denominação dada em 2009, pelo advento da Lei Nº. 12.015, ao criar, esta, a redação do dispositivo 217-A do Código Penal. Neste mesmo sentido, faz-se necessário considerar se esta aduzida vulnerabilidade é relativa ou absoluta, isto é, se admite prova em contrário ou não, respectivamente.

É sabido que nosso legislador penalista não consegue acompanhar as mudanças nos comportamentos da sociedade, continuando sua atitude com a elaboração da Lei Nº. 12.015/2009, isto é, perdemos, com isso, singular oportunidade de equiparar conceitos de criança e de adolescente com os do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é aquele indevido menor de 12 (doze) anos e adolescente, aquele maior de 12 (doze) anos. Logo, não há cabimento estabelecer idade de 14 (catorze) anos, para conceituar quem é vulnerável ou não com relação à idade apenas, como foi feito. Devendo, então, ser eliminada aquela.

O Direito Penal deve tutelar de forma absoluta, quando se tratar de crimes sexuais, a criança (menor de 12 anos), entretanto, de forma relativa o adolescente (maior de 12 anos). Neste sentido, é viável o debate acerca da capacidade de consentimento daqueles que possuem idade maior ou igual a 12 (doze) anos, mas menores de 14 (catorze), isto é, quem tem 12 (doze) ou 13 (treze) anos.

Existindo prova da capacidade de compreensão da relação (ex.: indivíduo prostituído etc.), sem qualquer forma de violência física ou moral na conduta (*vis corporalis* ou *vis compulsiva*), ou pagamento, o que poderia configurar o delito do artigo 218-B do Código Penal (Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável), o fato poderia dar-se como atípico ou ser desclassificado para outro, isto é, a conduta típica do artigo 215 (Violação sexual mediante fraude) do Código Penal.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci (Manual de Direito Penal. Parte Geral. Parte Especial. 7^a. ed. Rev. Atual. Editora *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2011. P. 851) discorre:

Notícia de 12 de novembro de 2010, nos principais jornais de S. Paulo (Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo), informa a prisão de um rapaz de 18 anos, acusado de estupro de vulnerável, porque, no saguão do cinema de um shopping, estava dando um beijo num outro rapaz de 13 anos. O beijo era consentido e espelhava, apenas, a relação homoafetiva de dois jovens. Causando irritação aos freqüentadores, foram instados a parar; recusando-se, acionou-se a polícia que, então, ‘descobriu’ ser um deles menor de 14 anos. Foi o que bastou para a prisão em flagrante por estupro de vulnerável (art. 217-A, CP). Essa é a vulgarização do Direito Penal, que age como se fosse um jogo de roleta. Se ambos tivessem parado o beijo, quando advertidos, não haveria a prisão. Se fosse um casal heterossexual, possivelmente, nem mesmo seria instado a deter o beijo. Enfim, por puro casuísmo, encontrou-se um ‘estuprador’ zanzando pelo shopping de S. Paulo. Essa situação não pode ser admitida pelo Poder Judiciário em hipótese alguma. Por isso, a relativização da vulnerabilidade é um imperativo de dignidade humana.

Cuidando da vida sexual precoce dos adolescentes hondurenhos, muitos já companheiros em união estável, devido ao trabalho também precoce, assim como a vida comunitária, José María Palacios Mejía (*Um Caso Particular de Violación Imprópria em la Realidad Hondureña*, p. 973) diz ser injusta a atribuição de estuprador ao jovem que tenha relações sexuais com uma pessoa menor de 14 (catorze) anos. Inexistindo, no caso em questão, relevância jurídica e penal, tratando-se de um comportamento não colidente com os princípios de uma vida social saudável, afetando muito menos a comunidade onde aqueles vivem. Desta forma, não fazendo ninguém se inquietar pela ocorrência de um fato desta natureza.

Em contra partida, a relação sexual tida com pessoa menor de 12 (doze) anos, existindo a ciência disto, faz a conduta ser tipificada no texto do artigo 217-A do Código Penal, isto é, o estupro de vulnerável. Além do mais, este enquadramento faz-se de modo absoluto, ou seja, não admite prova em contrário, em virtude da tutela obrigatória de uma boa formação sexual da criança em questão.

Da mesma forma, deve ser analisado o grau de incapacidade mental, para sabermos se a vulnerabilidade é absoluta ou se é relativa.

Havendo constatação de um mínimo discernimento para a prática da relação sexual, considera-se relativa a vulnerabilidade, afastando o escrito no artigo 217-A, parágrafo 1º. Do Código Penal, grifo nosso:

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

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

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

Em linhas gerais, a vulnerabilidade pode ser relativa, quando a incapacidade de resistência for incompleta, e pode ser absoluta quando completa a incapacidade, qualquer que seja o fator. Entretanto, a pouca capacidade de resistência, mas existente, transforma a incapacidade, isto é, a vulnerabilidade, em relativa, podendo então, desclassificar a tipificação, do artigo 217-A para a do artigo 215, ambos do Código Penal, podendo inclusive considerar atípica a conduta.

Destarte, a modificação aduzida pela Lei Nº. 12.015/2009, que caçou a terminologia relativa à violência presumida, aditando uma de vulnerabilidade, num exame pioneiro, aparentemente extinguiu os debates sobre tal. Todavia, o simples fato da redação da dita lei assumir nova roupagem, no tocante à descrição da anacrônica presunção de violência, passaria a vulnerabilidade a ser tratada como absoluta? Se concluirmos pelo sim, ter relações sexuais com pessoa menor de 14 (catorze) anos seria um estupro de vulnerável, sempre, não admitindo nenhuma prova que objetive a absolvição do réu. Assim, devemos tomar todo cuidado na aplicação do artigo 217-A do Código Penal e colhermos, diante dos mais diversos pontos de vista, a melhor solução para o embate trazido em 2009.

2. FATORES INTRODUTÓRIOS E ORIGENS NORMATIVAS

Unificadas no artigo 213 do Código Penal, pela Lei n. ° 21.915, de 7 de agosto de 2009, foram as condutas do Atentado violento ao pudor e do Estupro, artigos 213 e 214 respectivamente, adotando-se a rubrica de *estupro*, que versa sobre o fato do agente ter constrangido, isto é, obrigado, alguém (antes falava-se em *mulher*), mediante violência (física ou moral) a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele pratique outro ato libidinoso.

Isso evitou as controvérsias que se seguiam, principalmente no tocante à possibilidade de Continuidade Delitiva, instituto pelo qual nem os Tribunais eram seguros.

Em contra partida, parece que, mais uma vez a mídia vez valer sua voz, pois esta, tanto como os populares, utilizam-se do termo *estupro* para o que, na vigência da Lei anterior a 2009 era tratado como Atentado violento ao pudor, como por exemplo quando uma mulher ou homem era, de forma anal, violentados sexualmente.

Veremos que na atual legislação, não é mais fator importante ser o sujeito passivo do crime, homem ou mulher, se a finalidade do autor é aquela descrita no artigo 213 do Código Penal, pois só assim estaremos diante da figura delitiva em questão.

Na Espanha, como ocorre em alguns países do Velho Continente, este delito é chamado de *abuso sexual*.

Fazendo breve análise do *caput* do artigo 213 do Código Penal em sua nova redação podemos destacar alguns elementos, dentre eles, o *constrangimento*, isto é, o “obrigar” mediante emprego da violência (física ou grave ameaça), o *alguém*, caracterizando a irrelevância para com relação ao sexo da pessoa, ou seja, agora tanto o homem quanto a mulher podem ser vítimas do estupro, e a *conjunção carnal ou outro ato libidinoso*. Neste último falamos que o agente pode, para enquadrar-se no estupro, tanto constranger alguém a ter conjunção carnal ou a praticar (o agente aqui é sujeito passivo da relação) ou a permitir que com ela se pratique (o agente aqui é sujeito ativo, por exemplo, quando pratica sexo oral na vítima) qualquer outro ato libidinoso, entendendo-se então que a conjunção é espécie de ato libidinoso, do qual este é gênero.

Nota-se que o núcleo do tipo é o verbo *constranger*, isto é, quando o agente obriga, força, subjuga, submete a vítima ao ato. Trata-se então de modalidade de constrangimento ilegal, cuja intenção aqui é a obtenção da cópula ou outro ato de libidinagem.

Para a configuração do crime em questão é necessário violência, seja a física ou a grave ameaça. Por aquela entende-se a *vis corporalis* ou *vis absoluta*, quando o agente coloca a vítima em posição de submissão por meio da utilização de força física, com intuito de ter com ela a conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso.

As vias de fato e as lesões corporais de natureza leve são absorvidas pela figura do estupro, em virtude de neste existir um contexto obrigatoriamente violento, isto é, para se caracterizar faz-se necessário o constrangimento, que dá-se com a submissão física, no caso. Assim, é impossível alguém ser submetido por meio de força corporal às condutas sem qualquer aparecimento das vias de fato ou lesão leve, inclusive sob pena de nem caracterizar um constrangimento, levando à atipicidade no estupro.

Quando se fala em grave ameaça, fala-se em violência psíquica, *vis compulsiva*, tanto direta ou explícita, como a indireta e a implícita, isto é, essa promessa de mal pode ser levada diretamente à vítima (ameaça pessoal), mas também à pessoas ou coisas que são próximas daquela, produzindo um temor na vítima, que passa a ter medo do agente.

Além disso, esta ameaça deve ser séria, ou seja, que cause verdadeiro temor, por parte da vítima, para com sua concretização. Ademais, o mal prometido à vítima, ao contrário do que deve ocorrer para a tipificação no artigo 147 do Código Penal (Ameaça), não precisa necessariamente ser injusto, por exemplo, quando o agente obriga a vítima a se relacionar sexualmente com ele, sob pena de notificar as autoridades sobre a atividade ilícita de tráfico, exercida pela vítima, ou quando constrange mulher infiel a trair o marido com o agente também, sob pena de contar a verdade àquele.

Rogério Greco, neste sentido, diz:

A conduta de violentar a mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina *cifra negra*.

Hoje, com a criação das delegacias especializadas, pelo menos nas cidades de grande porte, as mulheres são ouvidas por outras mulheres sem o constrangimento que lhes era comum quando se dirigiam aos homens, narrando o ocorrido. Era, na verdade, a narração de um filme pornográfico, no qual o ouvinte, embora fazendo o papel de austero, muitas vezes

praticava atos de verdadeiro *voyeurismo*, entendendo, demasiadamente, os depoimentos das vítimas tão somente com a finalidade de satisfazer-lhe a imaginação doentia.

Por essas e outras que foi, pela legislação penal brasileira, adotado o *sistema restrito* no tocante à interpretação da conjunção carnal como expressão, sendo excluídos os sistemas *amplo* e *amplíssimo*, compreendendo aquele à cópula anal e este que, inclui inclusive os atos de felação.

Nélson Hungria diz conceitualmente que conjunção carnal é:

A cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal.

Na parte final do dispositivo em questão está a expressão *outro ato libidinoso*, isto é, todo ato de natureza sexual, exceto a conjunção carnal, pois foi espécie já apartada daquele gênero, que tenha por finalidade a satisfação da libido do autor, a excitação, o que dá prazer de conotação sexual, como, por exemplo, masturbação (tanto o agente na posição ativa como na passiva), inclusive quando constrange a vítima a o fazer em terceiro, visando satisfazer a libido do agente ao assistir.

Luiz Regis Prado elenca alguns atos libidinosos, como, por exemplo:

Fellatio ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécie de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito *inter femora*; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significância sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores

etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros.

Entretanto esses atos devem ter relevância, isto é, devemos interpretá-los proporcionalmente, caso contrário o agente estaria sendo punido desproporcionalmente por sua conduta, já que a pena mínima para o delito de estupro é de 6 (seis) anos de reclusão.

Assim, Bitencourt afirma que:

Passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado configuram [...] a contravenção penal do artigo 61 (Importunação ofensiva) da Lei de Contravenções Penais, quando praticados em lugar público ou acessível ao público.

Neste sentido, parece, *permissa vênia*, de equivocada posição a de Damásio quando afirma a prática do crime em questão quando aquele que, “com o emprego de violência ou grave ameaça, acaricia as partes pudendas de uma jovem por sobre o seu vestido”.

Aqui poderíamos falar, não em estupro, mas em constrangimento ilegal, vide artigo 146 do Código Penal, ou na contravenção de importunação ofensiva ao pudor, conforme artigo 61 da Lei de Contravenções Penais.

Desde os povos antigos, os crimes de natureza sexual sempre foram reprimidos fortemente, como por exemplo, a legislação mosaica, que previa a pena de lapidação, apedrejamento fatal do condenado por crimes que provocavam a ira de Deus sobre o povo todo, ao homem que tivesse conjunção carnal com donzela

(mulher virgem) da cidade e noiva de outrem. O detalhe é que ambos eram lapidados.

Entretanto, no mesmo caso, se a donzela fosse do campo e fosse mediante violência física, apenas o homem era apedrejado, e se era apenas virgem, o homem ficava obrigado a se casar com a vítima, além de pagar quantia de 50 (cinquenta) siclos de prata ao pai, conforme Luiz Regis Prado.

O estupro também era previsto no Código de Hamurabi em seu artigo 130, dispondo que:

Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contrato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre.

No Direito Romano, estupro era qualquer ato impudico contra alguém, incluindo-se a pederastia e o adultério. Estrito senso, apenas o coito com donzela honesta.

O *estuprum violentum* enquadrava-se em *crime vis*, reprimido com pena capital pela *Lex Julia de vi publica*.

Conforme João Mestieri, os práticos classificavam os *estuprum* em *violentum* e *voluntarium*, este ultimo dividido em *proprium*, quando ocorria defloração (*defloratio*) e *improprium*, quando não ocorria. Denominava-se *qualificatum* a conjunção carnal precedida sedução, fraude ou violência.

No Título XXIII do Livro V das Ordenações Filipinas, era previsto o estupro de donzela, onde o autor deveria se casar com a vítima ou constituí-la com dote na impossibilidade daquele, caso contrario era açoitado e degredado, exceto os fidalgos ou pessoa com posição social, que eram apenas degredados.

A forma violenta deste estava no Título XVIII, prevista com a morte, conforme seguinte redação:

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.

No Código Penal do Império de 1830, haviam várias espécies de crimes sexuais com denominação de “estupro”, entretanto em seu artigo 222 estava previsto o estupro propriamente dito:

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

A pena para tal era de três a 12 (doze) anos mais dote à vítima. Entretanto se esta fosse prostituta a pena era de prisão de apenas um mês a dois anos.

Já o Código Penal de 1890 dizia em seu artigo 260, que:

Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violencia, de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades

psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral os anesthesicos e narcóticos.

As penas para o artigo 269 estavam no artigo 268:

Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena – de prisão cellular por um a seis annos. § 1.º Si a estuprada fôr mulher publica ou prostituta: Pena – de prisão cellular por seis meses a dous annos. § 2.º Si o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

No Código Penal de 1940, atual, em sua redação originária o estupro era figura autônoma em relação ao atentado violento ao pudor, que também era, previstos nos artigos 213 e 214 do mesmo, respectivamente.

Destarte, como preceitua Luiz Regis Prado:

A reforma penalista instituída pela Lei 12.015/2009 operou profundas transformações em relação aos delitos sexuais (Título VI – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual – do Código Penal), com inclusão de novos dispositivos, revisão e exclusão de outros.

O legislador de 2009 soube inovar em alguns aspectos no tratamento desses crimes, com intuito de afastar qualquer ranço arcaico e inapropriado referente à ideia de moral e bons costumes presente na versão original do Código Penal, por influência da lei italiana, afastando assim conceitos em desuso, como, aliás, têm feito outras legislações.

Legislações tais como, por exemplo, o Código Penal francês (art. 222 – 22), o Código Penal espanhol (art. 178), Código Penal português (art. 163), Código Penal suíço (art. 190) e o Código Penal italiano (art. 160), dentre outros.

As legislações francesa, espanhola e portuguesa fizeram o que o nosso legislador perdeu a chance de fazer, com a reforma de 2009, isto é, reformular completamente os delitos sexuais, numa versão mais técnica moderna do elenco sistemático dos dispositivos, onde se conseguiria uma melhor distinção de delitos e seus aspectos.

No que diz respeito ao delito de estupro, Regis Prado diz que houve “junção de conteúdos” com a equiparação terminológica das figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, acabando-se por fusionadas sob o *nomen juris* de “estupro”, isto é, a conduta descrita no antigo delito de estupro (constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal) foi somada, no mesmo dispositivo, à do atentado violento ao pudor (ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso), resultando no novo delito de estupro, artigo 213 do Código Penal.

Conforme melhorias relativas às evoluções históricas, legais, doutrinárias e jurisprudenciais, o estupro vem se definindo mais complexamente, visando propiciar uma melhor interpretação quanto ao ato, diferenciando-se em relação a outros delitos sexuais, de menor gravidade e, conseqüente punibilidade, obedecendo-se o postulado normativo-constitucional da proporcionalidade, utilizando-se dos critérios, por analogia ao processo civil, da adequação, necessidade e da proporcionalidade propriamente dita.

Neste sentido, é óbvia a inferioridade de magnitude punitiva a conduta de beijar lascivamente, contra a vontade, alguém, em comparação à de praticar, também contra a vontade, conjunção carnal, por exemplo. Entretanto, ambos são

considerados, pela legislação brasileira, estupro, restando-se possível distinção no momento da aplicação da pena, pelo juiz.

Neste sentido, conforme os Códigos Penais francês (artigo 222 – 24) e espanhol (artigo 180), far-se-ia importante, no momento da mudança legislativa de 2009, a previsão de agravantes, que individualizariam ainda mais esse crime complexo, tais como, “emprego de arma de fogo ou outro meio perigoso para a vida ou integridade da pessoa”, “vítima grávida e que o agente sabia ou deveria saber desta condição”, “em razão da orientação sexual da vítima, tornando a conduta mais reprovável”, dentre outras muitas que seriam muito bem vindas.

2. 1 Aduzidas Modificações da Reforma Penal De 2009, Consoante Lei N. ° 12.015, de 7 de Agosto de 2009

Com o advento da Lei n. ° 12.015, de 7 de agosto de 2009, profundas transformações ocorreram, fato pelo qual é uma dentre milhares de leis que mais atraem atenção e permanecem na memória das pessoas da área jurídica.

O próprio Título VI do Código Penal sofreu significativa alteração decorrente da referida Lei.

Neste sentido, passou a ser denominado “crimes contra a dignidade sexual” em vez de “crimes contra os costumes”.

Outra mudança foi a do Capítulo II, que passou a regulamentar os crimes contra as pessoas chamadas de “vulneráveis”.

Podemos também ressaltar que diversas figuras delitivas foram, como anteriormente dito (vide tópico 1), fusionadas, como, por exemplo, a reunião dos tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor no daquele, isto é, dois delitos que se tornaram um único.

Por último, houve também a introdução de novas figuras típicas, por exemplo, o estupro de vulnerável, conforme artigo 217 – A, Código Penal, dentre outras mais, que será objeto principal de delimitação em nosso estudo.

Damásio discorre, que:

Antes do advento da Lei n.º 12.015, de 2009, sustentávamos que o objeto de proteção do Título VI residia no interesse jurídico concernente à conservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. Em última análise, protegia-se a moral pública sexual.

Evidentemente, dizíamos, o intérprete e o aplicador da lei devem valer-se, mais do que nunca, da observação dos costumes vigentes na sociedade onde vivem. Com a crescente liberdade sexual hoje predominante, as relações entre homem e mulher perderam a conotação de pecado e segredo. O sexo é amplamente discutido e revelado, às vezes cruamente, pelos meios de comunicação. As gerações mais novas conhecem cedo o mundo do sexo e o encaram com naturalidade. Ao analisarmos os crimes previstos neste Título devemos levar em consideração esses aspectos, servindo de elemento interpretativo.

Assim, podemos dizer que a mudança na denominação do Título VI, demonstra que houve drástica mudança de tratamento da objetividade jurídica, ou

seja, a Lei se propõe a enfatizar a dignidade da pessoa humana, princípio conforme artigo 1º, III, Constituição Federal, ao mudar a nomenclatura daquele para focar na proteção aos crimes atentatórios contra a dignidade sexual. Para tanto, fez com que os valores tutelados pelo Código Penal, a partir da reforma de 2009, entrassem em consonância com estado ideal idealizado pela Constituição Federal de 1988, havendo uma sintonia destes valores fundamentais.

A nomenclatura redacional anterior, sugeria que seriam punidas aquelas condutas que atentassem contra os costumes. Entretanto estes costumes referidos eram aqueles da primeira metade do século XX, ou seja, aquelas relações costumeiras que se faziam presentes em 1940, onde se faziam presentes situações, hoje incabíveis na sociedade, como a “sedução”, o “adultério”, o “defloramento”, a questão da “violência presumida”, o “rapto”, dentre muitas mais.

Destarte, podemos concluir que, ao se falar em costumes, ainda mais em crimes contra estes costumes, estaríamos correndo o risco de punir severamente alguém que praticou um ato, “normal” nos dias de hoje, mas inadmissível quando da elaboração do Código, ou seja, criado pelo Decreto – Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, pelo então Presidente, Getúlio Varga, 52º da República.

Neste sentido, a Lei n. 12.015/2009 refere-se como relevantes em matéria de Direito Penal e sexualidade, somente aquelas condutas relativas à relação sexual sem devido consentimento, seja este por qualquer motivo, a exploração daquela e a praticada contra aquelas pessoas que a Lei considera como “vulneráveis”, sexualmente falando, como veremos mais para frente.

Damásio diz que, fora daí, há de prevalecer o direito à liberdade, à tolerância e à intimidade, não caindo na tentação de reprimirmos condutas com base em costumes, há muito ultrapassados.

E é por estes motivos que práticas homossexuais, pansexuais, de bestialidade (relação sexual com animal), o incesto (embora não seja delito autônomo, é caracterizado como causa de aumento de pena expressa no artigo 226, II, Código Penal) e, dentre outras mais, a própria prostituição, não são atualmente punidos *per si*, salvo se, por subsunção encaixarem-se em alguma conduta incriminada.

O adultério, embora crime contra a família (o bem jurídico de “fidelidade conjugal” não estava tutelado pelos crimes contra os costumes), tivera seu dispositivo (artigo 240, Código Penal) revogado em 2005 pela Lei n.º 11.106, tornando-se definitivamente atípico.

2. 2 Da Dignidade Sexual e Demais Questões Relevantes

Ao modificar a denominação do Título VI do Código Penal para “crimes contra a dignidade sexual”, quando antes era tratado como “crimes contra os costumes”, incluindo os delitos sexuais todos nele, parece inegável a intenção do legislador reformista de 2009 de modificar também a própria objetividade jurídica de que tratava o Título, isto é, o bem jurídico tutelado, que mudou completamente, passando a figurar um que também é disposto em nossa Lei maior, a Constituição federal de 1988, a dignidade.

Colocando os delitos sexuais neste âmbito, remeteram o interprete e aplicador da lei diretamente ao artigo 1º de nossa Constituição Federal, um dos princípios fundamentais de nossa nação.

Neste sentido, compete a nós o melhor entendimento de tal categoria jurídica, para que possamos interpretar melhor o sentido de tal localização dos crimes sexuais.

A dignidade é alvo de interpretações filosóficas, ha muito. Dizendo, Sarlet que, na Antiguidade, a dignidade relacionava-se com a posição social do indivíduo, valendo-se dizer que poderiam existir aqueles menos e os mais dignos.

Nos pensamentos modernos, a dignidade não é vista mais como tal, mas como não apenas um princípio, que já é de grande valia, mas como um valor inicial, característica do ser-humano e essencial a sua existência como homem e não como um animal, que também possui a sua, mas não é objeto do estudo em questão, pois falamos da dignidade da pessoa humana.

Destarte, é inerente à pessoa humana, independente de sua situação ou comportamento, pois é característica do homem, isto é, o sujeito racional, mesmo que este venha a cometer crime, apartando-se da visão tomista, que diria que aquele perdeu sua racionalidade e, portanto, sua dignidade. É o que prega o Iluminismo.

Ademais, Engels e Marx afirmam que o materialismo histórico postula que o homem, embora possuidor de sua dignidade, não encontra o devido reconhecimento desta numa sociedade dividida em classes, onde ocorre venda de sua força de trabalho; só no Estado em que trabalho constitua atividade libertadora em vez de alienante é capaz de verdadeiramente reconhecer a dignidade da pessoa humana.

Para Fátima P. Bernardes, em trabalho publicado no periódico *Revista dos Tribunais*, a dignidade da pessoa humana é derivada da capacidade desta, de agir, de decidir autonomamente e do fato da pessoa pensar e agir de forma racional.

A dignidade de forma positivada em nossas legislações, encontra-se destacada, mesmo que prevendo efeitos que sejam mais retóricos do que propriamente práticos.

Surge também na Carta das Nações Unidas, de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, associada aqui, mais uma vez, à consciência e também à razão.

É também situada em muitos outros documentos de Direito Internacional Público, sempre como um fundamento e um objetivo. Neste sentido, o artigo 11, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, diz que:

Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e reconhecimento de sua dignidade.

Como forma de tutelar a dignidade, também o fazem esta referência do Pacto, a Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, a Constituição de Portugal e também, a espanhola, dentre outras mais.

Na Constituição Federal do Brasil, como discorrido anteriormente, o referido postulado ocupa a terceira posição do “rol” do primeiro artigo daquela, de princípios fundamentais de nosso Estado Democrático, que diz ser “*destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o*

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”, isto é, a dignidade ocupa posição superior inclusive aos valores considerados “supremos”, sendo então, o valor-maior de toda a ordem social, o fundamento desta, um “sobre-princípio”.

Destarte, quanto à alteração do Título VI do Código Penal, de “Dos Crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, conforme Plínio Gentil e Ana Paula Jorge, não há mais nenhuma razão aparente para tal, que não seja o desejo de se harmonizar o Título em questão com a Constituição Federal de 1988, que traz como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, conforme artigo 1º, III daquela.

Gentil e Marcão dizem que, vale-se lembrar, para completo entendimento do “espírito” da reforma de 2009, que a proposta que se tornaria a Lei nº 12.015, de 2009 saiu do contexto de uma Comissão Parlamentar Mista para a investigação de casos envolvendo pedofilia e que, no texto original, dava ao Título VI o nome de “Crimes contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual”. A justificativa que acompanhou o referido projeto diz:

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder – a primeira metade dos anos 40 – e de padrão insuficientes de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga de que a norma penal, além de desatualizada quanto aos termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes, resultando, nesse caso, no descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, § 4º, de que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

2. 3 Considerações

Ao cabo de tudo isso, resta ao intérprete e somente a este, estabelecer o sentido, alcance e materializar as idealizações da nova expressão que nomeia o Título VI do Código Penal, com fim de, principalmente, situar o bem juridicamente tutelado de cada figura delituosa albergadas naquele e possibilitar a melhor e mais adequada aplicação da lei, tendo em vista um ideal de justiça, que deverá se fazer presente em toda atividade penal, transitando a abstração da lei à realidade concreta.

Neste sentido, entende-se que, a partir da reforma penal de 2009, dentre outras modificações também importantes, podemos destacar a fusão dos dispositivos do Estupro e do Atentado violento ao pudor, isto é, o que antes se separava, hoje tornou-se um só, o novo delito de Estupro.

Assim, pode-se dizer que o homem também pode figurar no polo passivo do delito em questão, além de podermos enquadrar em seu tipo penal, atos que satisfazem a libido do agente, que estão além da famigerada conjunção carnal.

Em contra partida, o máximo de cuidado deve ser tomado com relação à aplicação do dispositivo, pois com o atual e variado tipo do artigo 213, condutas tais como uma apalpadela ou um beijo mais lascivos, poderia, em tese, configurar um estupro, que a título de informação, tem pena mínima de seis anos.

Neste sentido, devemos cuidar para que o delito seja devidamente aplicado, nem que para estes e outros casos o correto seja a desqualificação para a contravenção do artigo 61, LCP, se for a medida correspondente à inteira justiça.

Destarte, devemos aprender com as legislações estrangeiras, muito mais antigas e experientes que a nossa, e até mesmo com a nossa própria legislação, que evoluiu com o tempo, caso contrario ainda falaríamos em *lapidação* (apedrejamento) como uma de suas punições, dentre outras situações que hoje são abomináveis de se pensar. Isso porque a grande mudança ocorreu no Título VI do Código Penal, o que agora trata dos Crimes contra a Dignidade Sexual, que antes era chamado de Crimes contras os Costumes, prova de que nossa sociedade e sua legislação evoluíram e mudaram, uma acompanhando a outra, entrando atualmente em um patamar inclusive constitucional ao nos remeter à Dignidade como parte do Título.

3. SEXOLOGIA FORENSE E ASPECTOS MÉDICO LEGAIS

3. 1 O Instinto Sexual – Genitalidade, Sexualidade , Personalidade e Conduta

Os instintos humanos são *pulsões*, isto é, condutas espontâneas e internamente originadas. Assim, não dependem se aprendido e se não corretamente direcionados ou coibidos, podem assumir totalmente o controle das atividades do sujeito em determinada área comportamental.

Neste sentido, podemos dizer que os instintos são padrões de condutas, fixados no encéfalo, nas áreas filogeneticamente mais primitivas do mesmo, ou seja, no *paleocórtex*, representando condutas involuntárias.

Dentre os diversos instintos humanos, há um grupo que associa-se à manutenção da espécie humana, o instinto sexual, que manifesta-se em tempo variável em cada pessoa, pois a referida pulsão está ligada à produção de hormônios sexuais, quando tem início a puberdade.

Cabe dizer que, o instinto sexual restringe-se apenas à genitalidade e não à sexualidade, a princípio.

3. 1. 1 Genitalidade e instinto

A genitalidade não se trata de comportamento exclusivamente humano, como tem-se a sexualidade, pois é apenas a conjunção de genitais, isto é, simplesmente o coito, a cópula.

Na genitalidade não se faz necessária qualquer tipo de aprendizagem anterior, pois trata-se de instinto primário do indivíduo, fazendo-o agir como animal que é, onde inexistem relação de afeto, beleza, amor, ou de outros valores sociais.

Assim, podemos dizer que a genitalidade é instinto sexual, pois age de forma copiada e repetitiva, destinando-se à reprodução, não se confundindo com a sexualidade, derivada de aprendizado e adquirida de forma a não ser instinto primário e animalesco.

3. 1. 2 Sexualidade como função psicológica

Em contrapartida, sexualidade é a atração sexual que sentimos para com outrem, um impulso sexual com relação a determinada pessoa ou pessoas.

Trata-se de função psicológica e não instintiva, exclusivamente humana, isto é, não está presente em outros animais, por não ser crucial para a espécie, como ocorre com a genitalidade.

Ademais, a sexualidade contempla aqueles valores que a genitalidade não se preocupa, tais como a beleza, o amor, a moral, e outros valores exclusivos da espécie humana como ser cultural e social.

Quando ocorre esta atração por pessoas de mesmo sexo, falamos em homossexualidade e quando ocorre entre pessoas de sexos diferentes, heterossexualidade.

Interessante dizer que, se tomarmos a homossexualidade por aquela atração psicológica, por pessoas de mesmo sexo e afetiva, poderíamos incipientemente concluir que, mesmo jamais tendo realizado atos homogenitais, pode um individuo ser homossexual. Assim, é mister dar preferência ao termo homoafetividade, quando falarmos de duas pessoas de mesmo sexo que sentem atração sexual uma pela outra.

Neste sentido, cabe dizer que, não necessariamente alguém que tem contatos homogenitais é homoafetivo, como o que ocorre nos ambiente carcerários, isto é, não é novidade abordar que no sistema prisional impera a promiscuidade, resultado de celas construídas para albergar um número humano de detentos, mas que na prática, acabam por se tornar verdadeiros depósitos de gente, visto que o número de presos que as celas comportariam é excedido de quatro a dez vezes, tornando o contato corporal quase que involuntário e obrigatório.

No ambiente carcerário existem os *xerifes*, os detentos mais antigos e os *piás* ou *maricas*, os recém encarcerados, obrigados por aqueles a desempenhar papéis de domésticas e de esposas, tornando o instinto sexual, governante, nas palavras de Lemos Britto:

Este instinto sexual que aqui se deprava, se desforma, se demanda, torna-se despótico, frenético, intravável, egoísta, a tal ponto que à menor contrariedade ou revez, agride e fere, e mata, crendo no imenso corpo do direito repressivo mais um capítulo singular, o dos Crimes Passionaes.

Neste sentido, é de fácil compreensão que os integrantes do sistema prisional, neste ambiente sórdido e promíscuo, frequentemente tenham contatos homogenitais, isto é, a simples cópula com outro preso, não necessariamente sendo homossexual ou, melhor dizendo, homoafetivo. Assim, podemos concluir que a maioria dos presos são homogenitais temporários, pois o fazem por necessidade, mas tem sua sexualidade bem definida e dirigida ao outro sexo.

Destarte, a sexualidade faz parte da personalidade das pessoas, como um meio de relação e de comunicação humana, implicitamente levando a atividade erótica.

3. 1. 3 Personalidade do indivíduo

Podemos conceituar *personalidade* como sendo a síntese de um sujeito, levando-se em consideração a sua continuidade, bem como a sua unidade psicorgânica.

Neste sentido, o sujeito marca com sua personalidade todos os atos que se desenvolveram em sua vida, de tal modo que se tem a personalidade como uma projeção da pessoa para com o exterior, não havendo estereótipos, pois cada indivíduo projeta-se de uma forma única e especial.

Quando dizemos que um individuo projeta-se sobre algo, significa dizer que cada pessoa tem uma forma personalíssima de fazer as coisas, como, por exemplo, falar, vestir-se, andar etc., nada mais sendo do que projetar-se sobre alguma coisa. Daí surge a máxima de que “as obras carregam impressas a marca da personalidade de seu autor”.

Dessa maneira, cada pessoa tem uma maneira característica e pessoal de se relacionar com outras pessoas ou coisas, o que constitui nossa *conduta*.

3. 1. 4 A conduta

Assim, *conduta* é a forma de as pessoas serem ou o modo como as mesmas comportam-se no dia-a-dia, onde, se esta relação é estabelecida por meio do desporto, teríamos uma *conduta desportiva*. Da mesma forma se é estabelecida uma conduta no sentido de ingerirmos nutrientes alimentares, falando-se então de *conduta alimentar*.

Ato contínuo, a *conduta sexual* é o que se desenvolve das relações originadas do sexo ou como resposta a situações propiciadas por este.

A *conduta sexual*, nestes termos, conforme Jorge Paulete Vanrell:

Costuma seguir conforme as épocas, os locais, e o tipo de pessoas envolvidas, determinados padrões que, para aquela determinada

comunidade, serão considerados “normais” e estaremos frente a uma conduta sexual habitual. Todavia, naqueles casos em que a conduta sexual não seja a “comum” e, ainda, que esta não seja a mais frequente, ou se efetive apenas de maneira esporádica por parte de algumas pessoas, será designada como conduta sexual excepcional.

3. 2 Conduta ou Comportamento Sexual

De conduta ou comportamento sexual extrai-se o grupo de mecanismos psicológicos que instigam a relação sexual entre as pessoas, fulcrada na atração sexual entre as mesmas.

Existem quatro parâmetros do comportamento sexual considerado normal, adentrando na esfera da psicopatologia sexual, caso a sexualidade fuja destes princípios.

Entretanto, quando usamos a expressão *normal* nos dias de hoje, podemos muitas vezes estar sendo injustos ou, até pior, preconceituosos, visto que, ao falarmos que determinada conduta é normal, também estamos dizendo que a conduta contrária àquela é *anormal*, estranha, que causa aversão à maioria.

Desta forma, concluímos que o melhor a se tentar fazer é dizer que determinada conduta é *convencional*, pois a atividade passiva ou ativa antônima àquela seria uma atividade *não convencional*, diferente do fluxo majoritário, mas que não é tratada como situação anormal e vexatória aos olhos da massa.

Neste sentido, atitudes homossexuais em pleno clero da igreja católica do século XV poderiam ser tomadas como *anormais*, bem como, imperdoáveis, até mesmo um pecado, onde nem mesmo o total empobrecimento com a compra de indulgências faria tal conduta tornar-se livre de punição, primeiramente terrena.

Em contra partida, a mesma conduta, levada em consideração nos tempos modernos em que nos encontramos, não pode, de forma alguma, ser tomada como *anormal*, sob pena de fazermos vistas grossas à realidade do século XXI, isto é, mesmo o maior dos conservadores estaria sendo hipócrita se negasse a existência da homoafetividade.

Assim, não podemos tratar de mesma forma expressões tão distintas, mesmo que aparentemente sejam parecidas, pois a graça do “cara ou coroa” é a possibilidade do aparecimento dos dois lados de uma mesma moeda, ou seja, quando se é feito um juízo de valores acerca de algo, devemos sopesar os dois polos e entender o que as partes realmente desejam e como querem ser tratadas, de forma a igualarmos os *status*, não privilegiando um ou outro lado em detrimento do remanescente.

Desta maneira, para que uma conduta ou comportamento sexual seja considerado *normal*, imprescindível estar amoldada nestas quatro exigências, a saber:

- a) Existência de parceiro(a) afetivo(a);
- b) Relação terminada em cópula;
- c) Relação egosintônica do par;
- d) Não prejudicial a terceiros.

Destarte, considerando-se estes quatro princípios fundamentais da sexualidade, supracitados, a *normalidade* sexual pode definir-se, conforme Solórzano Niño, como sendo:

Tudo aquilo que o casal ou a dupla, de comum acordo, deseje realizar e seja gratificante para os dois, desde que termine em uma cópula e não lese ou prejudique a outrem.

3. 2. 1 Existência de parceiro(a) afetivo(a)

Deve existir uma relação recíproca de afeto com a outra pessoa, pois diferentemente do instinto genital, comum a todos os seres, a sexualidade exige relação rica, reclamando transferências entre o casal, implicando em ideais existentes de amor e valores pessoais, não existentes na simples genitalidade entre animais.

Entretanto, como a normalidade é especificamente dos parceiros, o que pode ser normal para um casal em especial, pode não ser tão normal assim para um outro.

Com efeito, falamos de normalidade entre o *casal* que, se inexistente, não podemos falar em normalidade, como ocorre, por exemplo, na zoofilia, masturbação, necrofilia, entre outras patologias sexuais.

Tampouco podemos falar em normalidade quando se tem mais de duas pessoas na relação, tal como ocorre no pluralismo, triolismo etc.

3. 2. 2 Relação terminada em cópula

Mister se faz que a relação sexual termine em cópula, no intuito de que a função erótica da sexualidade implemente-se em sua plenitude. Caso contrário, a relação não estará completa, pois a finalidade primordial da relação é a obtenção de orgasmo recíproco.

Um exemplo de tal falha é o que ocorre nos casos, por exemplo, de voyeurismo, pigmalionismo, exibicionismo etc., onde não se existe um par.

3. 2. 3 Relação egosintônica do par

A relação deve ser vivida por cada membro do par, de forma gratificante para ambos, isto é, se faz necessário que cada membro se entregue de forma recíproca, onde haverá satisfação pessoal de ambos.

A relação deve ser harmoniosa, caso contrário apenas uma pessoa se sentirá, ao final da relação, gratificado, o que seria sinônimo de que a mesma perdeu seu sentido, sendo unilateral e, conseqüentemente, egoísta e mesquinha.

Neste sentido, a egosintonia deve ser sentida pelo par e não por terceiro fora da relação, com, por exemplo, a relação entre um sadomasoquista e uma masoquista, onde a posição do membro masoquista pode parecer humilhante vista de fora, mas é gratificante para aquele, pois o permite chegar ao orgasmo.

Nesse contexto, não são raros os casos de esposas dedicadas, mães de muitos filhos, que nunca atingiram o orgasmo, pois vivenciam uma relação sexual obrigacional, não encarando-a como resposta prazerosa que estabiliza o casal, harmonizando-o e tornando sua relação gratificante. Resultado de um casal *rotineiro*, que aceitam a referida relação como um dos encargos matrimoniais, onde o único objetivo é “cumprir tabela”.

3. 2. 4 Não prejudicial a terceiros – *Neminem Laedere*

Nada mais é do que um principio geral do direito e de uma boa convivência.

O objetivo é não lesar os interesses de outras pessoas, inclusive da sociedade. Porém, a agressão a que falamos é mais moral do que propriamente física.

Por isso que, a leitura que faríamos do título VI do Código Penal, em texto anterior, seria de “crime contra os costumes”, em vista que, alguns atos sexuais provocam uma reação da sociedade como terceiros, repelindo tais atos de

forma criminal, como ocorre com o estupro e ocorria com o atentado violento ao pudor, por exemplo.

Neste sentido, em razão de todo o supra referido, Vanrell:

Exsurge claro que a relação sexual deve ser íntima, porquanto nela se põem em jogo princípios éticos, legais e religiosos das pessoas. Sem pretender passar por mentecaptos ou moralistas, tampouco por repressores da sexualidade, é óbvio que o respeito dos princípios retro-elencados é o mínimo que se pode esperar de quem vá estabelecer liame de tamanha intimidade.

3. 3 Crimes Sexuais e Perícia da Conjunção Carnal

A conjunção carnal é tratada exclusivamente como a *cópula vagínica*, ou seja, o adentrar do órgão sexual masculino, o pênis, no interior da cavidade vaginal, isto é, a penetração, não bastando que o pênis encoste na vagina.

Neste sentido, mister se faz a verificação da referida conjunção, sendo que existem algumas formas de constatação de sua existência pretérita.

A verificação do hímen é uma das formas de verificação da cópula vagínica.

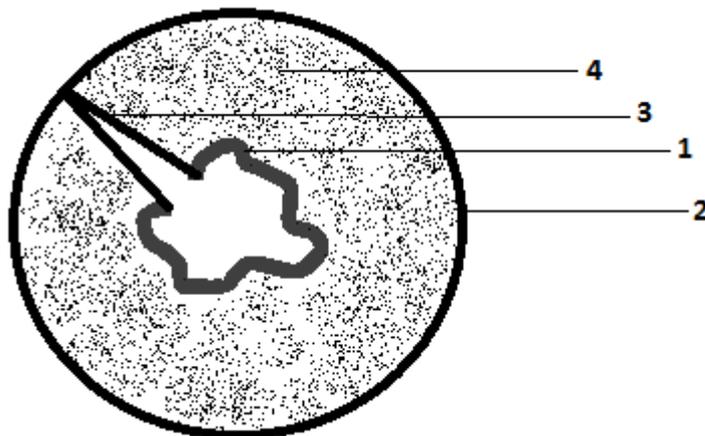
O hímen é uma membrana chamada de *organela*, visto que não tem uma anatomia fixa, específica e concreta, variando de mulher para mulher.

Em aproximadamente 80% das mulheres de etnia brasileira, quando da realização da primeira conjunção, ocorre a rotura do hímen. Assim, cerca de 20% das mesmas, mantém uma vida sexual sem ocorrência de rotura, como se mesmo após a conjunção continuassem virgens, coloquialmente falando.

Neste sentido, a rotura do hímen só poderá servir como prova de conjunção pretérita em 80% dos casos de violência sexual.

Ademais, após a rotura o hímen não se cicatriza, isto é, uma vez que ocorra a rotura não se tem mais aquele estado que o hímen teria se não tivesse ocorrido a conjunção com rotura.

Além disso, há que se falar que, a rotura do hímen vai, sempre, da *borda ostial* até a *borda vaginal*, ou seja, não existe rotura parcial, que não vai de borda a borda, terminando no meio do caminho.



1 - Borda ostial; 2 - Borda vaginal; 3 - Rotura; 4 - Hímen.

Em contra partida, o que pode vir a ocorrer é a cicatrização das bordas da rotura, e a partir disso podemos verificar quando, aproximadamente, ocorreu a conjunção carnal, ou seja, se esta é recente (tem menos de 15 dias) ou não (tem mais de 15 dias).

Neste sentido, as bordas da rotura se cicatrizam em 15 dias. Assim, se ainda não estão cicatrizadas, pode-se dizer que a rotura e, conseqüentemente, uma possível conjunção, são recentes, ou seja, não tem 15 dias de ocorrência.

Assim, não se sabe quando ocorreu a rotura se as bordas estão cicatrizadas (após 15 dias da mesma).

Quando ocorre o fenômeno do *entalhe*, pode existir alguma dúvida de é *rotura* ou se é aquele. Assim, alguns métodos foram desenvolvidos para que não haja entendimento desconfortável acerca da diferença entre aqueles.

Entalhe dá-se quando o hímen é “ondulado”, podendo ser, estas ondulações confundidas com uma rotura. Entretanto algumas diferenças são cruciais, tais como:

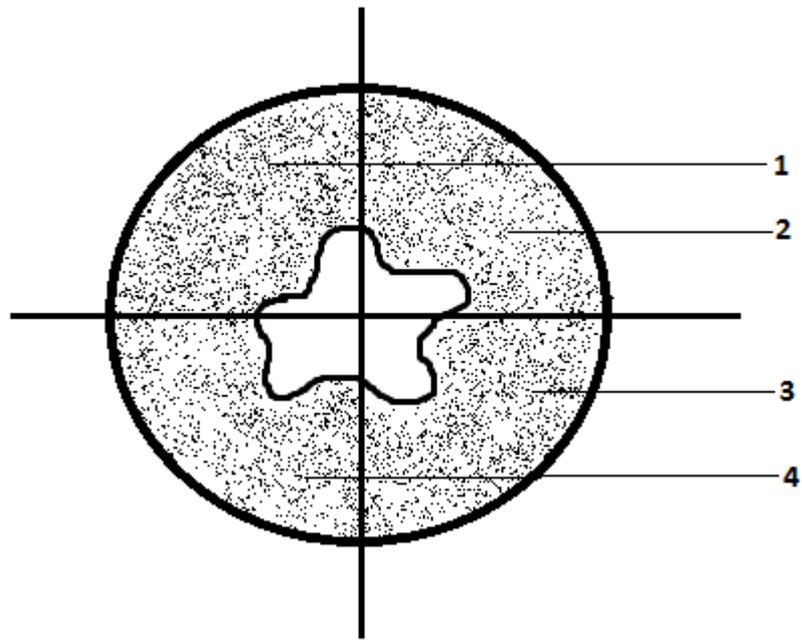
1. O hímen ondulado não se encaixa quando aproximam-se os lábios da vagina, justamente, pois nem existem bordas no hímen ondulado, tendo em vista que, não ocorreu rotura. Assim, nos himens roturados, quando são aproximados os lábios, as bordas juntam-se, isto é, encaixam-se;

2. Quando submetidos à luz ultravioleta, as bordas do hímen apresentam mais pálidas, quando há cicatriz. Diferentemente do que ocorre no entalhe, que não apresenta a ondulação mais pálida que as demais partes, pois não existe cicatriz;
3. Outra característica do entalhe é que a ondulação vai até bem próximo da borda vaginal, mas não a toca, como ocorre na rotura que vai da borda ostial até a borda vaginal.

Curiosamente, em mais de 90% dos casos, quando a conjunção carnal verificou-se na horizontal (pessoas deitadas num plano), a rotura ocorreu nos quadrantes direito e esquerdo da parte *anterior* do hímen.

Em contra partida, quando a conjunção deu-se de forma vertical, ou seja, quando as pessoas estão de pé, a rotura se verificou nos quadrantes esquerdo e direito da parte *posterior* do hímen. O mesmo ocorrendo nas roturas *acidentais*, isto é, aquelas derivadas da masturbação.

O laudo pericial deve referir-se em qual quadrante ocorreu a rotura. Neste sentido, o hímen é dividido em quatro quadrantes: o esquerdo e direito da parte anterior e esquerdo e direito da parte posterior.



1 – Quadrante anterior esquerdo; 2 – Quadrante anterior direito; 3 – Quadrante posterior direito; 4 – Quadrante posterior esquerdo.

Outra curiosidade é a possibilidade de ocorrência de mais de uma rotura no mesmo hímen, ou seja, *roturas múltiplas*.

Ocorrendo isso, pode levar a um fenômeno chamado *carúncula*, que nada mais é que o atrofiamento das bordas, fazendo a borda ostial parecer muito maior, podendo chegar até a parecer que não existe hímen.

Uma segunda forma de verificação da existência de conjunção carnal é a perícia independentemente da constatação de rotura do hímen. Esta perícia é feita de forma a colher com um instrumento chamado *soape*, no fundo do canal vaginal, próximo ao próprio útero, material que é examinado no microscópio.

Assim, até um período de 20 dias após a possível relação sexual, este exame pode mostrar a existência de espermatozoides no material colhido.

Porém, pode surgir a pergunta: mas e se o estuprador era vasectomizado?

Para respondermos este questionamento, remeter-nos-emos ao terceiro método de verificação de conjunção que, justamente é submeter o material referido à *fosfatase ácida fração prostática*, onde se o resultado for “positivo” é que o líquido é sêmen, mesmo que sem a presença de espermatozoides.

Entretanto, independentemente da condição do hímen, pode-se constatar a conjunção carnal pretérita através de um método de fácil verificação na maioria dos casos, que é a própria gravidez da vítima.

Ademais, uma última, mas não menos importante, forma de se verificar que a pessoa foi vítima de um estupro é a presença de *doenças sexualmente transmissíveis*, popularmente conhecidas como *DSTs*, que possivelmente não se faziam presentes na fase anterior à cópula.

Em contrapartida aos métodos de verificação da conjunção carnal, algumas situações devem ser levadas em consideração, visto que, mesmo com a ocorrência passada da cópula o hímen, por alguma razão, não sofre rotura, isto é, existem casos em que a conjunção não rompe o hímen.

Neste sentido, podemos elaborar um rol onde este fenômeno da não rotura ocorre com frequência, ou seja, quando, por exemplo, a mulher nasceu sem hímen. Outra situação dá-se quando o óstio, isto é, a borda ostial é muito resistente, fazendo com que o pênis não obtenha êxito em roturá-lo.

Ao falarmos em óstio, nos remetemos a outra causa onde se verifica que a conjunção no rompe o hímen, que é o fato daquele ter um diâmetro maior que o normal, fazendo com que o órgão masculino o atravesse sem dificuldade.

Também se verifica que o hímen não se rompeu quando o óstio é muito elástico, isto é, a borda ostial estica de modo a permitir a passagem do pênis sem se deixar rasgar.

Outro fato é o excesso de lubrificação da vagina, que facilita a passagem do corpo estranho pelo óstio sem danificar este.

Uma última forma de a conjunção carnal não romper o hímen é a chamada *relação complacente*, que ocorre quando o órgão sexual masculino é considerado pequeno de tal maneira que seu diâmetro não oferece resistência à borda ostial. Assim, quando se encontra com o óstio, o atravessa sem roturá-lo, pois existe diferença nos diâmetros destes, onde o pênis possui o menor.

4. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – TÍTULO VI

4. 1 Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual – Capítulo I

4. 1. 1 Objetividade jurídica – valor a ser protegido

A liberdade sexual é tida como objeto jurídico do Capítulo I do Título VI do Código Penal.

Esta liberdade e o poder que tem a pessoa de se autodeterminar sexualmente, ou seja, a liberdade de dispor do próprio corpo no tocante à sexualidade.

Neste sentido, podemos dizer que o valor protegido no primeiro Capítulo do sexto Título é, justamente, o livre arbítrio de se escolher com quem, quando e como se quer ter uma relação sexual ou praticar atos de natureza sexual.

4. 1. 2 Estupro – artigo 213

	TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES	TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
Tipo penal	Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.	Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.
Núcleo do tipo	Constranger.	Constranger.
Sujeito passivo	Mulher.	Exceto vulnerável, qualquer pessoa.
Natureza do ato	Conjunção carnal.	Qualquer ato libidinoso.
Pena	Reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.	Reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
Pena resultando lesão grave	Reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.	Reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
Pena resultando morte	Reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.	Reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A nova redação do artigo 213 corrigiu situação anterior, tornando o estupro um delito comum, isto é, aquele crime que pode ser cometido por qualquer pessoa, e de forma livre (cometido tanto por via da conjunção carnal como por via de ato libidinoso diverso), conferindo-lhe certo predicado de atual e de maior adequabilidade à realidade, mas assim como outras modificações trazidas pela Lei n.º 12.015/09, já o foi tratado anteriormente.

Entretanto, continua a ser delito *material*, isto é, aquele que exige a produção de um resultado naturalístico, como a efetiva violação da liberdade sexual da vítima. Continua a ser, também, *comissivo* (o tipo penal demanda uma ação do sujeito, o *constranger*), *instantâneo* (o resultado se verifica de forma definida no tempo, não se prolongando por força do agente, como, por exemplo, ocorre no delito de sequestro e cárcere privado), *de dano* (para que ocorra a consumação se faz necessária a lesão ao bem jurídico protegido, ou seja, a liberdade sexual), *unissubjetivo* (diferentemente do que ocorre no crime *plurissubjetivos*, que exige seja cometido por mais de um agente, o delito *unissubjetivo* pode ser praticado por um único sujeito) e *plurissubsistente* (sua prática se divide em vários atos).

Há que se falar que existe a possibilidade de o marido ser agente do crime de estupro com relação à sua esposa, visto que, não mais se fala em exercício regular de direito a conduta violenta do marido que busca a conjunção carnal com sua esposa, pois homens e mulheres tem, constitucionalmente, igualdade de direitos e de obrigações. Assim, é totalmente admissível a esposa ser sujeito passivo do estupro. O mesmo se admite se o marido for vítima e a esposa o sujeito ativo.

Como diz Nucci:

O concurso de crime altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado de o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz, ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos, merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal.

Quando falamos em estupro, nos remetemos a um ato de natureza sexual que é praticado contra a vontade da vítima. Assim, podemos dizer que é elemento do tipo o constrangimento de alguém (antes era o constrangimento da mulher) ao ato libidinoso. Por tanto, é de vital importância que se verifique o dissenso da vítima, caso contrário estaríamos diante de uma relação sexual normal.

Neste sentido, a discordância da vítima, no tocante à relação de natureza sexual, deve estar presente durante todo o desenrolar do ato, de forma séria, isto é, a pessoa só cede ao ato, pois está sendo coagida a tal, sendo por meio de violência, sendo por meio de grave ameaça.

Se ocorrer a hipótese de, durante o ato, a vítima passar a consentir com o que está acontecendo, de imediato é desconfigurado o delito de estupro, mesmo que no início a vítima não tenha autorizado a prática libidinoso.

O mesmo ocorre se, no início da relação de natureza sexual, a pessoa consente com tal ato, como ocorre no início de qualquer relação sexual normal, mas no desenrolar da relação dissente para com sua continuação que, caso prolongue-se no tempo, tornar-se-á um estupro e àquela pessoa que dissentiu, uma vítima do mesmo. Ademais, como esta forma é a mais comum no estupro entre cônjuges, o artigo 226, inciso II, do Código Penal, estabelece uma agravante caso o mesmo venha a ocorrer.

Interessante se faz observar que, alguns predicados e condições do sujeito passivo do delito em questão pode mudar o rumo da ação penal, como, por exemplo, ocorre quando a vítima é qualificada com *vulnerável*, isto é, menor de 14 (quatorze) anos de idade ou que não pode, por sua condição, oferecer resistência. O mesmo quando falamos da figura do índio que, com fulcro no artigo 59 da Lei n.º

6001/73 (Estatuto do Índio), se estabelece que, se o mesmo for uma vítima de estupro, o autor de tal delito terá, na terceira fase da verificação de sua pena uma causa de aumento de 1/3 (um terço).

Entretanto, esta causa de aumento não se faz presente em todos os casos de estupro cometido contra índio, caso contrário estariam sendo tratados desigualmente casos iguais, isto é, só se incide o 1/3 nos casos específicos de índios que não estão inseridos na sociedade, ou seja, uma dupla condição, onde não basta um indígena ser a vítima, há que se falar em um indígena que não se socializou, por assim dizer. Aquele índio que se mantém intocado pela sociedade atual e se mantém nos costumes milenares de seu povo.

O estupro não tem a ver com o fato de um sujeito “A” obrigar um outro sujeito “B” a gerar um bebê, pois o tipo penal do delito não se refere a isso. Assim, quando alguém é obrigado a fazer inseminação artificial não podemos falar em estupro, pois o ato não tem natureza sexual, apenas podemos nos remeter ao delito de constrangimento ilegal. Ademais, neste caso não se é autorizado o aborto, havendo, entretanto, divergência. Neste caso, como não houve *vontade gestacional*, não se pode obrigar a pessoa a pagar alimentos ao recém-nascido.

Também há discussão acerca do homem que é vítima de estupro e a autora fica grávida, se o aborto é também direito do homem exigí-lo. Porém, pratica esta, muito escassa e de difícil configuração.

Outra curiosidade dá-se quando o pai age como sujeito ativo do estupro, tendo como vítima um filho e a mãe age coniventemente. Desta forma, a mãe da vítima responde também pelo estupro, pois tinha a posição de garante da vítima, estabelecendo-se um crime *omissivo impróprio* ou *comissivo por omissão*, visto que, se fazia presente a obrigação de impedir que tal ato se desse.

Quando falamos em estupro qualificado pela idade, falamos em vítima menor de idade, mas com esta maior ou igual a 14 (quatorze) anos de idade. Além disso, existe o *simples*, que se dá com maiores de idade e o estupro de vulnerável, que no tocante à idade (pois também é vulnerável aquela pessoa que tem alguma deficiência mental e a que, por sua situação, não pode oferecer resistência ao ato), se verifica quando o sujeito passivo tem idade inferior a 14 (quatorze) anos de idade, como ilustra o quadro que se segue:

Menor ou igual a 18 (dezoito) anos de idade.	Art. 213, <i>caput</i> .	Reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos.	Estupro simples.
Menor de 18 (dezoito) e maior ou igual a 14 (quatorze) anos de idade.	Art. 213, § 1º, segunda parte.	Reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.	Estupro qualificado pela idade da vítima.
Menor de 14 (quatorze) anos de idade.	Art. 217 – A, <i>caput</i> .	Reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.	Estupro de vulnerável.

Entretanto, ao verificarmos o delito de estupro no Código Penal, há de se notar que, há um lapso que configura uma lacuna legislativa, visto que, são punidos os estupros cometidos contra a pessoa que é menor de 18 (dezoito), mas maior de 14 (quatorze) anos de idade (estupro qualificado pela idade da vítima), e pune aquele que é praticado contra o menor de 14 (quatorze) anos de idade (estupro de vulnerável).

Neste sentido, nota-se que, a vítima que tem a idade específica de 14 (quatorze) anos, isto é, o tempo entre seu aniversário de 14 (quatorze) anos e o aniversário de 15 (quinze) anos, só pode ser vítima de estupro *simples*, se fizéssemos uma interpretação restritiva ou gramatical, já que só é punido o estupro contra o menor de 14 (quatorze), o *estupro de vulnerável*, e contra o maior de 14 (quatorze), o *estupro qualificado pela idade*.

No tocante a este episódio existem dois entendimentos importantes.

O primeiro posicionamento que, a título de informação, é o predominante atualmente, com seguidores tais como, Bitencourt, Maçom e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, delimita que, o enquadramento seria no estupro em sua forma simples, pois aplica-se uma interpretação restritiva da norma, isto é, o *princípio da legalidade estrita*, descrito no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal.

Este entendimento diz que, não é cabível ampliar o conteúdo da norma penal incriminadora, pois seria considerada analogia em malam *partem*.

O segundo posicionamento, defendido por doutrinadores, como, por exemplo, Damásio e André Estefam, parte da ideia de que existe uma lacuna legislativa, onde não se pode aplicar a interpretação restritiva, pois levaria a um erro, isto é, o enquadramento no estupro em sua forma simples. Neste sentido, o que deve ser feito é uma interpretação teleológica, aplicando-se o *princípio da proibição da proteção deficiente* que decorre do próprio *princípio da proporcionalidade*, onde, o fato da lei ser deficiente não é motivo para também agirmos deficientemente em sua aplicação.

Assim, como a vítima é menor de idade não se aplica o *caput* do artigo 213 (estupro simples), mas também não é menor de 14 (quatorze) anos de idade, tampouco aplicando-se o artigo 217 – A (estupro de vulnerável). Nos resta, então, punir o sujeito ativo com o enquadramento no artigo 213, § 1º do Código Penal, isto é, estupro qualificado (pela idade).

Isso é *ativismo judicial*, que dá-se com a aplicação da *mens legis*, isto é, a finalidade do legislador, a sua intenção quando da elaboração da lei, e não a *mens legislatoris* (a própria lei em si).

4. 1. 2. 1 Consumação e tentativa

Com relação à tentativa, tudo depende do *dolo* do agente, ou seja, se o mesmo é de praticar conjunção carnal ou se de praticar com a vítima ato libidinoso diverso. Porém, essa distinção da vontade do sujeito ativo só era viável, se não tivesse ocorrido nenhum ato de cunho libidinoso ou de conjunção, antes da reforma penal de 2009, pois tanto faz o sujeito querer ter conjunção ou praticar ato libidinoso com a vítima, visto que, ambos são tratados como estupro pelo artigo 213.

Entretanto, se, por exemplo, o agente tinha o dolo de praticar conjunção carnal com a vítima e sua conduta foi interrompida enquanto apenas havia praticado atos libidinosos iniciais, pode-se falar, como tese de defesa do autor, em estupro tentado, pois não conseguiu o que havia objetivado.

Ademais, o dolo no estupro é *geral*, ou seja, o agente pode querer estuprar, não só para a satisfação de sua lascívia, mas por outras e inúmeras

razões, como, por exemplo, por vingança, bastando o *querer estuprar* (não importa o motivo).

Porém existe uma corrente minoritária que, diz ser *específico* o dolo do estupro, isto é, o agente estupra apenas com uma finalidade, a satisfação de seu prazer sexual.

O delito de estupro é, como já visto anteriormente, *plurissubsistente*, ou seja, pode ter sua conduta fracionada, tem *iter criminis* (itinerário, roteiro do crime), podendo ser interrompido de forma alheia à vontade do agente.

Caso o autor desista do estupro, isto é, não o consume, trata-se de desistência voluntária, descrita no artigo 15 do Código Penal, onde ele poderá responder pela eventual lesão corporal e por constrangimento ilegal da vítima.

No tocante à consumação, o delito de estupro se consuma com a prática da conjunção carnal (penetração do pênis, mesmo que parcial, no interior da vagina) ou do primeiro ato libidinoso diverso envolvendo a vítima.

Neste sentido, André Estefam:

O delito é de *mera conduta*, pois a lei não faz alusão a qualquer resultado naturalístico. O cometimento de mais de um ato com conotação sexual, *no mesmo contexto fático*, importará em crime único, mas deverá ser levado em conta pelo juiz na dosimetria da pena. Se o agente, por exemplo, obrigar o ofendido à prática de *felatio in ore* e de cópula anal, de modo subsequente e sem solução de continuidade, haverá unidade de infração penal.

Entretanto, existem alguns entendimentos acerca da pluralidade ou unidade de crimes no estupro.

Praticando a conjunção carnal e outro ato libidinoso, no primeiro posicionamento, que tem como linha de frente a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a Súmula 511 do Supremo Tribunal Federal e o artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, pratica o a gente, crime único, recebendo apenas a pena de 6 (seis) anos, pois o tipo do artigo 213 é *misto alternativo*, isto é, o estupro é *crime de conteúdo variado* (tanto faz o agente praticar uma ou várias condutas descritas no *caput* do artigo), como, por exemplo, o que ocorre no artigo 28 e 33, da Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas) e artigo 122 do Código Penal (induzimento ao suicídio).

O segundo posicionamento, aderido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, afirma que o tipo do artigo 213 do Código Penal não é *misto alternativo*, mas sim *misto cumulativo*, isto é, o referido artigo possui duas condutas autônomas, que são cumulativas. Assim, se o agente pratica ambas, as penas são somadas, ou seja, 6 (seis) mais 6 (seis) anos, como ocorre no concurso de crimes, visto mais adiante e, por exemplo, no artigo 244 (abandono material).

Este segundo posicionamento possui outro argumento que é a interpretação teleológica, isto é, a *mens legis* aplicada ao caso.

4. 1. 2. 2 Estupro qualificado – artigo 213, §§ 1.º e 2.º

Dá-se como qualificado o estupro quando resulta lesão grave ou morte à vítima, mas também quando é praticado contra menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos de idade.

A lesão grave é fruto de violência real, física (artigo 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal).

Alguém pode se perguntar o porquê de a lesão leve não ser também punida no estupro, como ocorre com a lesão grave. O motivo é que a lesão leve já se encontra embutida no contexto violento do estupro, isto é, já é de se esperar que resulte, no mínimo, uma lesão corporal de natureza leve ao sujeito passivo. O mesmo se dando com relação à contravenção de vias de fato (artigo 21 da Lei das Contravenções Penais).

Neste sentido, a lesão grave deve se dar na vítima e não em terceiro, visando-se tornar de maior facilidade o delito, como, por exemplo, quando, para estuprar sem maiores problemas uma menina, o sujeito ativo agride o namorado da mesma, desmaiando este e produzindo lesão de natureza grave no sujeito.

Neste exemplo, não há que se falar em estupro qualificado, pois não foi a vítima que sofreu a lesão, mas terceiro. Neste caso, a lesão grave no namorado produzirá, não o enquadramento no artigo 213, § 1º, do Código Penal, mas crime autônomo em concurso material com o delito de estupro, isto é, artigo 213 c.c. artigo 129, § 1º.

O resultado mais grave (lesão grave ou morte) pode dar-se por via do dolo ou da culpa, conforme dispõe o artigo 19 do Código Penal.

Neste contexto, há uma corrente majoritária, predominante na doutrina e jurisprudência, formulada anteriormente à reforma de 2009 quando da vinda da Lei n.º 12.015/09, que a qualificadora é exclusivamente *preterdolosa*, isto é, o resultado mais gravoso se dá de forma culposa, alheia à vontade do agente que não tinha a intenção de causar a lesão grave ou a morte da vítima.

Existindo dolo por parte do agente, tanto o direto quanto o eventual, haveria concurso material entre o estupro e a lesão ou morte, segundo esta tese.

Assim, calha, Guilherme Nucci ser citado:

Defendemos tratar-se de crime qualificado pelo resultado, cuja finalização (resultado mais grave) pode ser atingida pelo agente, nos termos do art. 19 do Código Penal, tanto por dolo quanto por culpa. (...). Constitui equívoco, em nosso entendimento, pretender a divisão, na última hipótese, em concurso de crimes, vale dizer, levar o agente a responder por estupro em concurso material com homicídio, desde que haja dolo quanto ao resultado morte. Afinal, o crime qualificado pelo resultado com figura típica autônoma e destacada justamente para permitir ao legislador fixar a pena adequada a esses delitos com resultado duplo, num mesmo contexto, sem que o juiz devalhe do instituto do concurso de crimes.

No tocante à morte como resultado decorrente da violência do delito de estupro, se quem morre é a própria vítima, falamos em estupro qualificado (pelo resultado morte), descrito no artigo 213, § 2º, do Código Penal.

Entretanto, se o resultado morte dá com relação a terceiro, ou seja, a morte deste sujeito verificou-se para facilitar o delito de estupro, há que se consignar que, não estamos mais a falar da figura qualificada do estupro, somente, mas em estupro cumulado com homicídio qualificado, descrito no artigo 121, § 2º, inciso V, do Código Penal.

Neste sentido, o resultado mais grave, ou seja, morte ou lesão grave é *preterdoloso*, que ocorre quando os delitos são praticados de forma dolosa, mas com um resultado que se verifica culposamente, não desejado pelo sujeito ativo, como, por exemplo, quando o agente estupra a vítima (com dolo na conduta), mas resulta, da violência empregada, uma lesão corporal de natureza, comprovada por laudo pericial e laudo complementar, grave, culposamente, pois “não tinha essa intenção”.

Caso o agente estupe a vítima e depois, por exemplo, mate-a, estaremos diante, não da figura qualificada do delito em estudo, mas de dois crimes praticados com dolo, isto é, o agente responderá, na mesma forma quando mata terceiro para facilitar o delito principal, tanto pelo delito de estupro quanto pelo de homicídio doloso qualificado.

Estas formas qualificadas do delito do artigo 213 do Código Penal também são consideradas, pelo artigo 1.º, inciso V, da Lei 8.072/90, crimes hediondos.

4. 1. 2. 3 Ação penal

A ação penal no caso do estupro, a regra é que será “pública condicionada”, onde será necessário, para que o Ministério Público processe o agente, a *representação* da vítima.

Porém, o parágrafo único do artigo 225 do Código Penal norteia expressamente que, nos casos de estupro qualificado pela idade da vítima e estupro de vulnerável, isto é, quando a vítima é menor de idade ou, por qualquer razão, seja considerada vulnerável, a ação penal que antes era condicionada, torna-se pública *incondicionada*.

Com relação ao estupro qualificado pelo resultado mais grave, lesão grave ou morte, preterdoloso, a ação penal que se opera é, pelo entendimento predominante, pública incondicionada onde aplica-se a regra do artigo 101 do Código Penal, isto é, quando o crime é considerado complexo onde envolve, por exemplo, vários bens jurídicos (o crime complexo abrange mais de uma fato que também é previsto em outro tipo, como a grave ameaça, o constrangimento ilegal, a lesão corporal e o homicídio), prepondera a ação penal do bem que a admite como incondicionada.

Diferentemente do que se constata quando aplica-se o artigo 24, § 1º, do Código de Processo Penal, em que o responsável representará (ação penal pública incondicionada).

4. 1. 3 Violação sexual mediante fraude – artigo 215

Posse sexual mediante fraude (redação anterior)	Violação sexual mediante fraude
Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher,	Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém,

mediante fraude.	mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.
Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.	Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
Sujeito passivo	Mulher.
Se a mulher é virgem e possui entre 18 (dezoito) e 14 (quatorze) anos, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.	Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Conforme MAGALHÃES NORONHA, a diferença entre o delito de violação sexual mediante fraude e o de estupro é que no crime descrito no artigo 213 do Código Penal, “a oposição as vítima é vencida, no caso do art. 215, essa oposição é contornada ou evitada pelo agente”.

É de perceptível apuração que aqui não se fala de violência ou grave ameaça (caso contrário seria estupro), isto é, o que existe no tipo é a figura da fraude, fazendo o delito de violação sexual mediante fraude ser conhecido por alguns como *estelionato sexual*, visto que, assim como no estelionato, a vítima passa por um engodo, pensando que trata-se de fato X quando, na verdade, ocorre fato Y, por força ou não do agente, que pode ser tanto homem como mulher.

A título histórico, até 2005 somente a mulher (e, ainda honesta), poderia ser vítima da posse sexual mediante fraude e do atentado violento ao pudor mediante fraude. A doutrina justificava no sentido de, com relação ao homem, se

este fosse menor de 14 (quatorze) anos de idade, dava-se o 216 com violência presumida. Se o homem fosse maior de 14 (quatorze) anos de idade, mas menor de idade, tipificava corrupção de menores (artigo 218). Já se o indivíduo fosse maior de idade, dificilmente poderia se dizer *fraudado* sexualmente falando. Assim, MAGALHÃES NORONHA, citado por NÉLSON HUNGRIA, diz que, neste caso (homem maior de idade):

Torna-se quimérica a possibilidade de crime, e seria mesmo demasia a lei preocupar-se com a defesa sexual do homem, depois dessa idade.

Anteriormente à reforma penal de 2009, falava-se em *posse mediante fraude*. No mesmo sentido existia o obsoleto *atentado violento ao pudor*, mas a Lei n.º 11.106/05 trouxe algumas modificações, como, por exemplo, quando o sujeito ativo daquele delito tinha extinta sua punibilidade se o mesmo viesse a se casar com a vítima. Também existiam os crimes de *sedução*, *rapto* etc.

Ademais, seguindo a tendência que se deu no artigo 213 (estupro), foi reunido em uma só disposição, a do artigo 215, o que anteriormente era tratado em dois tipos diversos, isto é, a posse sexual mediante fraude e o atentado violento ao pudor mediante fraude (artigo 216).

Esta reunião produziu algumas consequências de natureza benéfica ao autor, assim como ocorreu no delito de estupro, pois de o agente mantém cópula vaginal com a vítima e, em seguida, coito anal, não comete dois crimes, mas apenas a violação sexual mediante fraude, pois com a entrada em vigor da Lei n.º 12.015/09, pratica crime único, efeito aplicado retroativamente, consoante ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 2º do Código Penal.

A objetividade jurídica do delito de violação sexual mediante fraude é a liberdade sexual da vítima que, pode ser do sexo masculino ou feminino (diferentemente do que ocorria na redação anterior que só admitia o delito quando praticado contra a mulher).

Essa liberdade sexual como bem jurídico trata-se de uma “liberdade de amar”, assim trazida por MARIANO HUERTA:

Faculdade inerente ao ser humano e nobilíssimo atributo de sua personalidade, que se exterioriza no plano pessoal, que ao indivíduo incumbe manter relações amorosas com quem bem lhe parecer, de interrompê-las livremente, de não ter quem não for de seu agrado ou de se abster temporária ou permanentemente de toda relação carnal.

No tocante aos elementos objetivos da violação sexual, podemos destacar os seguintes:

a) A *fraude*, isto é, a vítima é induzida em erro (ainda que o erro seja de iniciativa da própria da vítima), tendo uma falsa percepção da realidade. Este erro recai sobre a identidade do autor do delito ou sobre a legitimidade do ato de natureza sexual pela ofendida consentido.

Quanto à identidade do agente, o sujeito passivo confunde-se com relação àquela, por exemplo, quando a vítima mantém relação sexual com o irmão gêmeo de seu namorado, pelo fato daquele ter omitido este fato.

Outro exemplo dá-se quando a ofendida é deficiente visual e, por este fato, se relaciona com pessoa que pensava ser outra, por força da omissão maliciosa do autor, com relação à sua verdadeira identidade.

O erro também pode se verificar com relação à legitimidade do ato sexual, quando, por exemplo, a vítima é submetida a “tratamento” de curandeiro que envolve atos libidinosos (sexo oral, por exemplo). Também quando o ginecologista vale-se de sua profissão para abusar sexualmente de suas paciente, com carícias libidinosas etc.

A fraude é TODO o tipo de engodo, artifício ou ardil apto a enganar o sujeito passivo, como a simulação de casamento para que o autor possa desfrutar de sua “noite de núpcias” com a vítima, ou quando o companheiro é substituído, no quarto escuro, por um terceiro que, desempenha o papel daquele;

b) O segundo elemento subjetivo do tipo é a *existência de outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*.

QUALQUER conduta (ação ou omissão) dolosa revestida de fraude, que tenha levado a vítima a praticar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, amolda-se no tipo, como, por exemplo, o silêncio malicioso e a própria mentira.

O tipo fala em impedir ou dificultar a livre manifestação de vontade da vítima. Assim, se esta capacidade do sujeito passivo for totalmente anulada, a figura delitiva muda, amoldando-se no crime previsto no artigo 217 – A (estupro de vulnerável), como quando o agente deixa a vítima inconsciente.

Neste sentido GUILHERME NUCCI:

Quando houver resistência relativa ou perturbação relativa, logo, há alguma condição de haver inteligência do ato sexual, embora não se possa considerar um juízo perfeito, poder-se-á cuidar da figura do art. 215. Entretanto, havendo resistência nula ou perturbação total, sem qualquer condição de entender o que se passa, dever-se-á tratar da figura do art. 217-A, § 1º.

Aqui a vítima encontra-se impedida ou com dificuldade de manifestar-se, mas continua com força física e psicológica de livre arbitrar.

No caso em questão é o próprio agente que deve ministrar a substância que irá, por sua natureza, diminuir a capacidade volitiva da vítima, para praticar o ato de cunho sexual. Assim, se a vítima já se encontra sob o efeito de alguma substância não ministrada pelo agente, por conta própria, e este aproveita-se da situação para a prática libidinosa, não caracteriza a violação sexual mediante fraude, justamente pelo fato de não ter existido a fraude provinda do agente.

Neste sentido, não é de interesse do tipo a vítima saber ou não que, por exemplo, a substância que, oferecida pelo autor, vai diminuir sua capacidade e consciência, somente bastando a vontade do autor e que a referida substância diminua a livre manifestação de vontade da ofendida.

Como se pode constatar, o elemento subjetivo deste delito é o *dolo específico*, pois o autor engana a vítima com a finalidade, a intenção, de manter com a mesma, conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

A consumação do delito dá-se com a efetiva prática do ato sexual intencionado pelo agente. No tocante à tentativa, por ser o delito, material, plurissubsistente etc. é perfeitamente possível, quando do emprego do meio fraudulento, mas a vítima recusa (esta percebe o engodo) ou terceiro interfere, ou

seja, o artifício enganoso não é capaz de induzir em erro e, conseqüentemente, não há a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso.

O parágrafo único do artigo 115 do Código Penal descreve o delito em sua modalidade qualificada, que verifica-se quando há vantagem econômica, ou seja, não existe unicamente o dolo da prática sexual, mas também de ganhar dinheiro com o fato, de qualquer modo, como, por exemplo, quando um dos irmãos gêmeos univitelinos aposta dinheiro com o outro que consegue ter relação sexual com a namorada deste. Entretanto, não se faz necessário a efetiva obtenção da vantagem econômica.

Com relação ao fato de se tratar de uma qualificadora do crime ou de simples acréscimo punitivo na pena do tipo básico, SILVA FRANCO e TADEU SILVA, ao contrário de GUILHERME NUCCI, dizem tratar-se de forma qualificada o que, ao nosso ver, é o modo equivocado de tratar mera união de sanção pecuniária ao preceito secundário.

4. 1. 4 Assédio sexual – artigo 216 - A

Delito regulamentado pela Lei n. ° 10. 224/01 e reformado pela Lei n. ° 12. 015/09.

A palavra *assediar* uma pessoa significa perturbá-la com algum assunto, insistir em algo, perseguir com insistência, molestar etc., entretanto, tecnicamente dá-se quando há importunação constrangedora provinda do superior hierárquico contra seu subalterno, com a finalidade de obter vantagem ou

favorecimento de cunho sexual, para si ou para outrem, valendo-se daquela condição, isto é, sob pena de represália profissional e, ainda no âmbito laboral.

O bem juridicamente protegido também, assim como no artigo 215 do Código Penal (violação sexual mediante fraude), trata-se da liberdade sexual, aquela “liberdade de amar” trazida por MARIANO HÚERTA.

O crime em questão é *comum* quanto aos sujeitos ativo o passivo, visto que, tanto o homem como a mulher podem ser vítimas ou autores. Porém, mister se faz a condição de *superior hierárquico* ou a posição ascendente na escala laboral para com relação à vítima.

Assim, o assédio em questão é obrigatoriamente laboral, ou seja, que se desenvolve no âmbito do trabalho da vítima ou relativo a este, caso contrário não se configura o delito previsto no artigo 216 – A, do Código Penal.

Neste sentido, duas questões de relevante condição surgem. Para a plena configuração do delito ora objeto de análise, faz-se necessário que o superior hierárquico ou agente em escala laboral ascendente em comparação a da vítima, com potencial de prejudicar a mesma no âmbito trabalhista, por represálias ou outro meio profissional, valha-se de sua condição para assediar o sujeito passivo da relação. Assim se, por exemplo, o gerente de um hotel importuna umas das camareiras com intuito de obter favorecimento de natureza sexual, porém se valer-se de seu cargo de superior, isto é, sem promessa de consequências laborais negativas caso a mesma não aceite seus “convites”, não há que se falar em assédio sexual, pois o gerente não usa do artifício de poder prejudicar a camareira com, por exemplo, a demissão, para conseguir a vantagem sexual agindo como pessoa “comum”, caso contrário, estaremos expressamente proibindo as relações afetivas e amorosas entre pessoas de um mesmo sistema de trabalho.

A segunda questão de interesse relevante dá-se quando falamos em local, isto é, ao lermos o preceito primário do tipo penal do artigo 216 – A do Código Penal é viável dizer que dúvida pode surgir, no tocante ao lugar onde o delito se desenvolve.

Está expresso que o agente prevalece-se de sua condição de superior hierárquico etc. Assim, equívoco se pode criar quando pressupomos que o delito somente se dá no âmbito laboral, pois não é elemento do tipo o lugar aonde vai se desenvolver a conduta, isto é, o enquadramento no artigo 216 – A do Código Penal pode se verificar, como, por exemplo, inclusive na academia onde os sujeitos ativo e passivo se exercitam, visto que, o agente só precisa valer-se de sua condição para constranger a vítima onde, no mesmo exemplo supra usado, o gerente constrange a camareira na lavanderia da cidade vizinha, onde ambos costumam frequentar.

Como expõe LUIZA ELUF, que já reclamava a tipificação do delito em questão, antes mesmo do Código Penal tratar do assunto:

A necessidade de incriminar o assédio como é concebido atualmente decorre do dano que a imposição sexual pode causar à vítima. Se um chefe faz insistentes convites à secretária e esta, ao se negar a atendê-lo, perde o emprego, evidencia-se que ele se utilizou de meios ameaçadores para conseguir os contatos sexuais e, ao final, inescrupulosamente, cumpriu sua ameaça, demonstrando vilania. A vítima, por sua vez, sofreu gravíssimas ofensas, de ordem psicológica e econômica. Perdeu suas condições de subsistência e, eventualmente, de sua família. Não se tratou, portanto, de uma investida malsucedida. Ocorreu um delito, tamanha a gravidade das consequências.

Apontando para outras direções controversas, não existe vínculo hierárquico de professor para com relação a aluno, pois não há relação

empregatícia, tampouco laboral entre os dois. Em contra partida, alguns autores não positivistas ao extremo, como o professor RÉGIS PRADO, semeiam ideias de que poderá sim configurar o delito de assédio sexual neste caso em questão, visto que, o professor pode, de uma forma ou de outra, prejudicar o aluno, ao menos na matéria em que ministra aulas. Ademais, pode-se preencher o raciocínio ao relacionarmos o poder que o professor possui e o temor de alguns egressos para com relação à figura daquele.

Porém, neste sentido, não existe assédio sexual praticado pelo juiz contra, por exemplo, a promotora de justiça ou advogada. O mesmo, no tocante ao âmbito familiar, como, por exemplo, o pai que assedia a filha. Ademais, falando nisso, quando a vítima é menor de 18 (dezoito) anos de idade o § 2º do artigo 216 – A, do Código Penal, prevê uma causa de aumento de pena de 1/3 (um terço).

Falando um pouco do papel da vítima, VALDIR SZNICK adverte sobre uma possível ponta de culpa daquela quando alega:

[...] não se pode negar que mesmo a mulher bonita [...], às vezes exagera um pouco: esse exagero se vê, como diz na poesia [...]. Ora, esse comportamento, muitas vezes apelativo, deixa o homem fora de si, [...] ele não resiste [...] em um ambiente fechado [...] as coisas podem acontecer, daí o assédio sexual.

Pelo fato do artigo 216 – A do Código Penal possuir como elemento objetivo do tipo o verbo *constranger*, pode-se dizer que é delito subsidiário do estupro, porém não há ameaça de mal injusto e grave, caso contrário poder-se-ia entender que é uma tentativa de estupro, se não obteve êxito em seu empreendimento.

Alguns até dizem que o delito do artigo 216 – A do Código Penal seria a contravenção penal de *importunação ofensiva ao pudor*, acrescida de uma relação de trabalho, podendo obter, inclusive o benefício da transação penal descrita na Lei das Contravenções Penais.

No tocante ao elemento subjetivo do tipo, fala-se em dolo *específico*, isto é, quando o agente constrange a vítima com uma finalidade, a de obter vantagem de natureza sexual. Assim, não podemos restringir à conjunção carnal ou ao ato libidinoso, ou seja, deve-se compreender qualquer vantagem ou favorecimento de cunho sexual, de forma ampla.

Ademais, o agente pode querer obter a vantagem ou favorecimento, tanto para sua própria pessoa quanto para um terceiro, como, por exemplo, quando a secretária é constrangida por seu chefe a relacionar-se com seu sobrinho (do chefe) que se encontra solteiro. O mesmo quando o chefe assedia sua secretária, com o intuito de obter favorecimento sexual com a filha desta.

Em relação ao delito em raciocínio, praticado em vias de concurso de pessoas, verifica-se, por exemplo, quando o gerente de um supermercado fala para um atendente de caixa assediar, em seu nome (do gerente), uma outra atendente também de caixa. Neste caso, verifica-se a existência do assédio sexual, haja vista no concurso de pessoas as circunstâncias de natureza pessoal não se comunicarem, exceto quando elementares do próprio tipo penal. Assim, a elementar de *superior hierárquico* comunicar-se-á ao atendente de caixa e este também responderá pelo delito do artigo 216 – A, Código Penal.

Quanto a consumação do assédio sexual, mister se faz dizer que, o delito expressamente previsto no artigo 216 – A do Código Penal não é crime *material*, é *formal*, ou seja, não exige um resultado, não exige que o agente obtenha

êxito em conseguir a vantagem ou favorecimento sexual, bastando a vítima se sentir constrangida. Assim, segundo CEZAR BITENCOURT:

É absolutamente desnecessária a prática de qualquer ato libidinoso entre autor e vítima.

Neste sentido, o assédio sexual consuma-se no momento em que constrange a vítima, não sendo necessário, a propósito, a habitualidade das importunações.

Mesmo sendo delito formal, o assédio sexual admite tentativa, justamente pelo fato de ser *plurissubsistente* (tem a conduta fracionada) quando, por exemplo, o sujeito ativo tenta constranger a vítima por meio de um e-mail e não logra êxito nesta façanha, visto que o filho desta, ao mexer em seu computador, exclui acidentalmente os seus e-mails que ainda não foram lidos.

A ação penal no crime de assédio sexual é pública condicionada (depende de representação escrita do sujeito passivo), salvo quando a vítima é menor de 18 (dezoito) anos de idade, quando se torna incondicionada, por força do artigo 225 do Código Penal.

5. DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL – CAPÍTULO II

5.1 Introdução

Em capítulo próprio, isto é, no Capítulo II do Título VI do Código Penal, a Lei n.º 12.015/2009 destacou os crimes sexuais praticados contra as vítimas consideradas, seja por sua condição seja por sua idade (menores de 14 anos), vulneráveis no ponto de vista jurídico.

Com isso, caminhou no sentido de parcela da doutrina que reclamava por estas disposições. Neste sentido, SILVA FRANCO e TADEU SILVA, ao discorrerem sobre a antiga redação do Título VI, discriminavam ser mister a:

Necessidade de separação entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra menores.

Com efeito, realmente se mostram grandes diferenças e particularidades entre os crimes sexuais *comuns*, aqueles tratados no âmbito dos delitos contra a liberdade sexual, e os crimes sexuais contra vítimas vulneráveis, justificando a diversidade dos mesmos entre capítulos.

O porquê desta discriminação entre capítulos dá-se, haja vista os delitos de estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual, respectivamente descritos nos artigos 213, 215 e 216 – A, do Código Penal, tratarem

da prática do ato libidinoso como gênero (a conjunção carnal é espécie deste), sem o consentimento ou com, mas viciado (pelo fato da violência psíquica), do sujeito passivo. Daí o fato do Capítulo I tratar dos delitos contra a *liberdade* sexual da vítima.

No tocante às práticas sexuais envolvendo os menores de 14 (quatorze) anos (insertados no conceito de *vulnerável*), a questão não está fulcrada no fato do consentimento da vítima, que pode inclusive existir, mas na proteção da vítima considerada vulnerável contra o início de sua vida sexual de maneira precoce, sobe pena de omitir resguardo contra uma maturação saldável neste aspecto da vida humana.

No que diz respeito ao bem juridicamente protegido pela lei, a mesma tem o intuito de objetivar juridicamente a tutela à dignidade no aspecto sexual daqueles sujeitos que a norma diz estar em situações de vulnerabilidade perante questões de natureza sexual.

Estas pessoas são aquelas que estão presumidamente indefesas, seja por sua natureza seja por uma condição que lhe é pessoal.

Neste sentido, a essência do animo legislativo é permitir o livre crescimento, de maneira sadia, de sua sexualidade, procurando assegurar aos vulneráveis o desenvolvimento normal e tempestivo de sua personalidade no aspecto sexual da palavra, não deixando que condutas estranhas ao ideal da norma, sirvam de catalizador das relações sexuais e formadoras de graves consequências para as vítimas, inclusive no tocante ao psicológico destas pessoas protegidas.

5. 2 Vulnerabilidade Como Conceito e Objeto de Análise

O Capítulo II (crimes sexuais contra vulnerável) do Título VI (crimes contra a dignidade sexual) trouxe um conceito de forma inovadora à legislação penal nacional, o da *vítima vulnerável*, isto é, aquela vítima que é frágil, sujeita às condutas externas, na acepção da palavra.

O legislador brasileiro inovou, mas a expressão referida é conhecida de outras leis criminais, como, por exemplo, o Código Penal Espanhol, que estipula para o crime de *agressões sexuais* uma agravante quando cometida em face de uma vítima *especialmente vulnerável*. ANDRÉ ESTEFAM diz que:

A especial vulnerabilidade, para a legislação espanhola, decorre de condições de idade, enfermidade ou particular situação ou, ainda, quando o sujeito passivo seja menor de 13 anos.

Vislumbrando-se conceitos, a reforma penal de 2009 entendeu como vítima vulnerável, aquela menor de 14 (quatorze) anos de idade, como é o caso do descrito no tipo penal do artigo 217 – A do Código Penal, somando-se àquelas pessoas que, por questão de deficiência ou enfermidade mental, não possuem o necessário discernimento para a prática do ato libidinoso, ou que, por outro fator, estão incapacitadas de oferecer resistência à conduta do agente, como é o caso do expresso no § 1º, do artigo 217 – A, do Código Penal.

No período anterior à reforma penal existia no antigo artigo 224 do Código Penal, a famigerada *presunção de violência*, que fora substituída, com a vinda do artigo 217 – A, pela designação inovadora de *vítimas vulneráveis*. Existem algumas diferenciações que devem ser feitas, tais como:

OBSOLETA “PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA” – ARTIGO 224, CP.	ADUZIDA “VÍTIMA VULNERÁVEL” – ARTIGO 217 – A, CP.
<i>Não maior de 14 (quatorze) anos de idade.</i>	<i>Menor de 14 (quatorze) anos de idade.</i>
Alienada ou débil mental, e o agente conhecer desta situação.	Deficiente ou doente mental que não possui o necessário discernimento para a prática do ato.
Vítima que não pode ofertar resistência.	Vítima que não pode ofertar resistência, por qualquer outra causa.

Cabe citar ANDRÉ ESTEFAM quando o mesmo diz que:

Quanto à vulnerabilidade decorrente da faixa etária, o que se alterou foi a situação do sujeito passivo do dia de seu 14º aniversário. Antes da Lei n. 12.015/2009, ainda vigorava a presunção de violência, pois a vítima “não era maior de 14 anos”. Agora ela deixa de ser vulnerável exatamente no dia em que completa a idade mencionada. Persistirá, desta feita, a crítica fundamental ao critério rígido eleito, ou seja, pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual.

Nesta discussão é justamente por este fato que o aduzido conceito de vulnerabilidade pela reforma penal de 2009, não pode ser etiquetado como absoluto, apesar da plasticidade do legislador em nos passar sua intenção.

Assim, como não podemos cair na tentação de conceituar a vulnerabilidade como critério absoluto, assim como trouxe o legislador, admitir-se-ia prova em contrário, em especial quando o caso em concreto versar sobre a simbólica figura do adolescente, aqueles sujeitos com, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, 12 (doze) anos de idade já formados.

Isto porque, na atualidade dos dias as informações são passadas cada ano de maneira mais precoce que a do ano pretérito, haja vista a comunicação acompanhar a tecnologia, que se desenvolve com objetivos, dentre os principais, tais como o conforto do usuário, a praticidade etc., o da comunicação e do acesso e facilidade a esta.

Em meio a este boom tecnológico e de informação, combinado com a curiosidade natural da juventude, acabam por fazer com que as crianças e adolescentes tenham contato, diretamente ou indiretamente, com situações de cunho sexual. Entretanto não podemos culpar o desenvolvimento capitalista como único fator contribuinte do acesso precoce de informações libidinosas, digamos assim, aos tempos de meninice.

Outro fator que contribui para condutas sexuais entre crianças e adolescentes é o próprio *Darwinismo*, isto é, como estudamos há muito, a evolução das espécies é um processo constante e ininterrupto, fazendo com que situações estranhas ao modo societário de 5 (cinco) ou 10 (dez) anos atrás possam parecer normal nos núcleos sociais do cotidiano jovial.

Destarte, exemplificado e dando praticidade à apelativa teoria, quando a “vítima”, no auge de seus 13 (treze) anos de idade, possui, pasmem os conservadores, ativa vida sexual e, voluntária e consentidamente, mantém conjunção carnal com um terceiro, não há que se falar em violação, inclusive de forma absoluta como traz o texto legislativo, do bem juridicamente protegido pela lei, explicitamente no próprio Título VI do Código Penal, ou seja, da *dignidade sexual*, haja vista sua compreensão sobre o ato (maior da que muito homem formado) ser manifestamente desfavorável à punição que se aplicaria ao suposto autor do delito, que se daria, como coloquialmente é dito, “para inglês ver”.

Desta feita, não estamos defendendo a livre manifestação de vontade de nossas crianças para terem ou deixarem de ter relações sexuais com outrem, muito pelo contrário, visto que, é um comportamento muito sério e que pode deixar profundas marcas na personalidade da vítima.

O que se defende é o simples fato de estarmos agindo inconsequentemente ao dizermos e, portanto aplicarmos na prática, que o conceito de vulnerabilidade trazido pela Lei n.º 12.015/2009 é absoluto, sob pena de estarmos, ao contrário do que prezou a reforma penal de 2009, agindo de acordo com os critérios imperiosos do obsoleto texto legislativo anterior.

A mudança que se passou no Título VI do Código Penal brasileiro, que deixou de tratar se proteger os *costumes*, isto é, a Lei compreendeu que o dito costume é muito perigoso no tocante ao aspecto criminal, visto que, pode-se cometer injustiças e abalar a segurança jurídica, simplesmente pelo fato de um indivíduo poder ser punido severamente pelo artigo 217 – A do Código Penal (pena de reclusão, de 8 a 15 anos) que há muito deixou de ser uma prática reprovável por alguns, mas continua sendo para a legislação conservadora, em relações costumeiras, é aferir de má forma o princípio da dignidade da pessoa humana.

Acertadamente, e sintetizando a questão, ANDRÉ ESTEFAM discorre, em parte citando RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, que:

Não se ignora que a intenção do legislador, ao substituir o modelo de presunção de violência para o atual, foi impedir a subsistência do entendimento no sentido de ser relativa antiga presunção penal. Ocorre, todavia, que a exegese das normas penais não pode dar-se, jamais, aleijada de uma visão constitucional e, notadamente, da correta delimitação do valor protegido (objetividade jurídica) pela disposição. É por essa razão que entendemos, a despeito da peremptoriedade do texto legal, que nem

todo contato sexual com menor de 14 anos ingressará na tipicidade (material) da norma. É a *mens legis* que se sobrepõe à *mens legislatoris*.

Desta feita, não se deve ignorar as injustiças que, ao adotar-se um critério, seja qual o for, rígido, importam. Pois, citando-se ARISTÓTELES, devemos ter sempre a justiça como uma espécie de meio termo, haja vista:

Temos pois definido o justo e o injusto. Após distingui-los assim um do outro, é evidente que a ação justa é intermediária entre o agir injustamente e o ser vítima da injustiça; pois um deles é ter demais e o outro é ter demasiado pouco.

Assim, qual é, de acordo com nosso legislador, a principal ausência de semelhança e consequência penal entre o praticar ato de natureza sexual, seja ele qual for, com alguém menor de 14 (quatorze) anos de idade e fazê-lo no dia de seu 14º aniversário, mediante consentimento deste, é claro?

De efeito, pode-se dizer então que, relacionar-se sexualmente com alguém, mediante consenso, até às 24 (vinte e quatro) horas da véspera do dia do 14º aniversário daquele é crime punível severamente com, no mínimo, reclusão de 8 (oito) anos. Entretanto, deixa magicamente de o ser, caso o ato realize-se uma hora depois, ou seja, no dia de seu aniversário de 14 (quatorze) anos, quando não é mais considerado “vulnerável” aos olhos da lei, portanto o fato é atípico.

Até então, não se mensura com total plasticidade a relevância desta questão. Porém, ao assemelharmos com a legislação comparada, fica nítida a arbitrariedade da fixação, pelo legislador, de faixa etária com a natureza tida como absoluta.

Neste sentido, a Espanha adotou o critério limítrofe de 13 (treze) anos de idade, conforme seu artigo 181.2 do Código Penal espanhol. Da mesma forma o fez a Argentina, no artigo 119 de seu Código Penal. Assim, cumpre novamente citar RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA:

A escolha aleatória de uma idade como marco fronteiro entre a possibilidade de consenso e a presunção de violência é algo por demais arbitrário, nunca podendo ser tido de forma absoluta.

A questão não é o fato de se escolher discriminada idade como sendo o fator substancialmente decisivo para apresentar certa pessoa como sendo ou não vulnerável, visto que, se faz necessária essa determinação, caso contrário não se estabeleceria conceitos, por exemplo, com base em critério cronológico para nada, como quando se estabelece que a maioria penal dá-se no dia de seu aniversário de 18 anos.

O fato que nos intriga é o estabelecer de forma arbitrária que este critério cronológico é absoluto, como o legislador intencionalmente propôs. Assim, estaríamos dizendo, em outras palavras que, no Brasil, por exemplo, as crianças, sem exceção alguma, demoram mais para amadurecer sexualmente do que na Argentina e na Espanha que, em todo caso, são mais evoluídas neste aspecto.

No tocante àquelas pessoas que têm algum *déficit mental*, aperfeiçoou-se o vernáculo, no sentido da terminologia legal e médica, conforme Leis n.º 8.686/1993, 7.853/1990, 8.069/1990, artigo 112, § 3º etc.

Além da atualização da linguagem, se esclareceu que aquele déficit precisa comprometer o “necessário discernimento para o ato”, fato que não gerava dúvida desde o narrado na anacrônica presunção de violência. Assim, determinado

sujeito pode ter total consciência no que toca à sua sexualidade, mas possuir distúrbio psíquico que compromete outras áreas do aspecto comportamental do indivíduo. Não é pelo fato de alguém possuir déficit mental que era enquadrado como vítima por presunção de violência, haja vista ter tipo de distúrbio mental, mas possuía o “necessário discernimento para a prática do ato sexual” (*quod abundant non nocet*), o mesmo no sentido de não ser vítima vulnerável, algo que não mudou com a vinda da reforma penal de 2009.

Entretanto, mister se faz, assim como na vigência da presunção de violência, a perícia específica para a demonstração da atual hipótese de vítima vulnerável na acepção psicológica da palavra, onde o perito psicológico avalia e verifica dois fatores de fundamental importância, ou seja, a existência do quadro de distúrbio mental e o quão comprometida está, devido àquele, a capacidade de discernir para atos de cunho sexual.

Destarte, as chamadas pessoas vulneráveis são aquelas que, por qualquer que seja a causa, não têm a devida capacidade para oferecer resistência. Podemos compreender, pela leitura do tipo que, a causa que compromete a capacidade do sujeito passivo pode, inclusive, ser provocada pelo próprio agente, como pode sugerir. Assim, enquadrar-se-á no tipo penal do artigo 217 – A do Código Penal, tanto aquele sujeito que ministra substância que deixa a vítima inconsciente, quanto aquele que aproveita-se da vítima que teve sua consciência retirada por terceiro.

ANDRÉ ESTEFAM diz que são exemplos: desmaios; hipnose; embriaguez; enfermidades; paralisia, mesmo que transitória, de membros; idade avançada etc.

De se consignar também que, houve a supressão da alínea “b” do Artigo 217 – A, do Código Penal, onde estava contida simples explicação onde

constava que, somente incidia a violência presumida quando, no caso de retardo mental, “o agente conhecia esta circunstância”. Entretanto, não se nota, com a retirada da referida ressalva, nenhum efeito prático viável, haja vista que, se o sujeito ativo desconhece a condição de vulnerabilidade da vítima, como, por exemplo, ser menor de 14 (quatorze) anos de idade, deficiente mental, que tem sua capacidade de resistência reduzida etc. incide do famigerado *erro de tipo*, expressamente descrito no *caput* do artigo 20 do Código Penal, onde, por parte do agente, ter-se-á uma falsa percepção da realidade, motivada pelo equívoco na compreensão da situação fática.

Neste sentido, exemplifica ANDRÉ ESTEFAM:

Se um rapaz pratica ato libidinoso com uma adolescente de 13 anos, que conheceu em local onde só se permitia o ingresso de maiores, tendo ela omitido sua verdadeira idade e se mostrando desinibida sexualmente, o autor não terá cometido crime algum ao realizar com ela, consensualmente, atos libidinosos, pois o equívoco quanto à idade exclui o dolo do agente [...].

5. 3 Estupro de Vítima Vulnerável – Artigo 217 – A

Estupro Comum	Estupro de Vítima Vulnerável
<p>Artigo 213 - Constrangem mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:</p> <p>Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.</p>	<p>Artigo 217 – A – Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos:</p> <p>Pena – reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.</p> <p>§ 1º - Incorre na mesma pena quem</p>

	<p>pratica as ações descritas no <i>caput</i> com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.</p> <p>§ 2º - Vetado.</p> <p>§ 3º - Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:</p> <p>Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.</p> <p>§ 4º - Se da conduta resulta morte:</p> <p>Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.</p>
Presunção de Violência	
<p>Artigo 224 – Presume-se a violência, se a vítima:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Não é maior de 14 (quatorze) anos; b) É alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. 	

Falamos da modalidade de estupro considerada mais grave, visto que a vítima, vulnerável como traz a Lei, é pessoa menor de 14 (quatorze) anos de idade, enferma ou deficiente mental, desde que este fator retire seu discernimento para a prática do ato sexual (caso contrário, estaríamos cerceando o direito das pessoas com algum tipo de retardo mental, por exemplo, relacionarem-se, inclusive sexualmente, soando mais preconceituoso ainda, haja vista a união marital, por

exemplo, com outra pessoa é, muitas vezes, fator atenuante do sofrimento) ou, por qualquer outra causa, não possuir condições de oferecer resistência contra o ato praticado pelo sujeito ativo.

A vulnerabilidade aqui dá-se no campo da sexualidade, ou seja, aquela pessoa que pode ser vitimada em razão das suas circunstâncias, tornando-se assim, pela nova legislação, mais frágil no aspecto sexual.

O bem juridicamente protegido aqui é a própria liberdade do vulnerável, sexualmente falando de ambos. Porém, quando se trata dos menores de 14 (quatorze) anos de idade, parcela da doutrina, como EDGARDO ALBERTO DONNA, entende que se é tutelado, além da liberdade sexual, a candura, a inocência e a imaturidade mental no tocante à sexualidade.

Além disso, o estupro praticado contra vítima considerada vulnerável é, por expressa disposição legal, crime hediondo, onde a Lei n.º 12.015/2009 acrescentou o inciso VI no artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90).

O delito do artigo 217 – A do Código Penal brasileiro é *comum* quanto ao sujeito ativo, isto é, qualquer pessoa pode ser autora do crime em questão, mas caso seja menor de idade, será submetido ao procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90).

O artigo 13, § 2º, do CP é aplicado também àquele sujeito que concorre para o resultado, mas que não realiza os núcleos do tipo (“ter” e “praticar”), a fim de caracterizar participação do indivíduo no crime, podendo inclusive estar sujeito o partícipe à majorante do artigo 226, inciso II, CP.

Da mesma forma aplica-se o artigo 226 (inciso I) do CP aos agentes que, no mesmo contexto criminoso, praticam vários atos libidinosos com a vítima, cometem um único delito.

No tocante ao sujeito passivo, somente pode ser:

- a) Menor de catorze anos de idade (o indivíduo só completa catorze anos à zero hora do dia de seu décimo quarto aniversário, não sendo importante, para a maioria, qual é a hora exata de seu nascimento). Porém, caso o suposto agente, incidindo em *erro de tipo* com relação à idade do sujeito passivo, por exemplo, faz programa com prostituta de 13 (treze) anos de idade, não responderá pelo delito contido no artigo 217 – A do Código Penal, haja vista excluir o dolo e não existe estupro culposo para ser punido pela culpa. O que pode acontecer é o sujeito ativo responder pelo crime de “favorecimento à prostituição”, descrito expressamente no artigo 218 – B do Código Penal, visto que fez *programa* com menor de idade;
- b) Enferma ou deficiente mental. Esta vítima, entretanto, não deve possuir o necessário discernimento para a prática do ato de cunho sexual. Esta condição é qualquer anomalia psíquica, mas o essencial é que este quadro da pessoa retire seu discernimento sobre o que é sexo e que o sujeito ativo valha-se, aproveite-se desta situação, ou seja, o agente deve saber deste estado da vítima, sob pena de incidir em erro de tipo, que pode eximi-lo de pena;

- c) Pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Neste sentido, a capacidade da vítima deve ser completamente reprimida, como, por exemplo, por imobilização da pessoa, enfermidade que retira a resistência da vítima, idade avançada, sono, hipnose, embriaguez completa, inconsciência pelo uso de entorpecente etc. Ademais. Esta falta de capacidade para ofertar resistência pode, tanto ser provocada pelo agente quanto ser preexistente.

Entretanto, quando fala-se em conjunção carnal, é sabido que apenas o homem pode ser o sujeito ativo e apenas a mulher vulnerável o passivo, haja vista aquelas considerações já feitas sobre a conjunção que é a introdução do pênis, mesmo que incompleta, na vagina, dispensando-se a ejaculação. O ato libidinoso é qualquer outra prática da sexualidade, que não a conjunção, no sentido de excitar ou satisfazer a libido do agente, inclusive aquela prática libidinosa que é destinada pura e simplesmente à humilhação ou menosprezo da vítima.

Acerca do grau de resistência do sujeito passivo, calha citar GUILHERME NUCCI:

Quando houver resistência relativa ou perturbação relativa, logo, há alguma condição de haver inteligência do ato sexual, embora não se possa considerar um juízo perfeito, poder-se-á cuidar da figura do art. 215. Entretanto, havendo resistência nula ou perturbação total, sem qualquer condição de entender o que se passa, dever-se-á tratar da figura do art. 217-A, § 1º.

O bêbado pode perfeitamente ser considerado vulnerável, caso seu estado ébrio reprima sua capacidade de discernir ou resistir. Entretanto,

GUILHERME NUCCI não foi feliz ao dizer o contrário, quando afirma que a embriaguez, por não ser excludente de imputabilidade, consoante artigo 28, inciso II, do CP, não poderia, a fim de tipificar no artigo 217 – A, acarretar a vulnerabilidade do indivíduo. Ademais, estar-se-ia valendo-se do critério contrário ao utilizado, visto que, às vezes representaria ausência de responsabilidade penal, ao torna-lo vulnerável (e vítima do estupro de vulnerável), e às vezes essa responsabilidade não é afetada, como quando é mantida para condenar sujeito que comete crime em estado de ebrez, além de que a imputabilidade de que trata a teoria da *actio libera in causa* é para não eximir de pena o sujeito que comete o crime em estado de embriaguez, e não se trata de proibir alguém de ser vítima, quando em mesmo estado, afinal são coisas diversas.

Como o consentimento da vítima vulnerável não possui validade do ponto de vista jurídico é indiferente o fato de o agente ter praticado conjunção carnal ou outro ato libidinoso com aquela, por violência ou grave ameaça ou com concordância da mesma.

O elemento subjetivo, isto é, o dolo do agente é, assim como no estupro simples, genérico, bastando a vontade de praticar o ato sexual. Ademais, o mesmo dito no artigo 213 do Código Penal, sobre a consumação do delito, tentativa e figuras qualificadas, serve para o artigo 217 – A do Código Penal.

Por se tratar de vítima vulnerável, assim como nos casos de estupro de menor de idade, aqui a ação penal é pública incondicionada, nos termos do parágrafo único do artigo 225 do Código Penal, além de correr em segredo de justiça.

Existe nítida diferença entre o delito de estupro, tipificado no artigo 213 do Código Penal e descrito no artigo 217 – A, haja vista naquele o “constranger” ser elementar do tipo e no estupro de vulnerável a redação não o traz, bastando ao

agente “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso” com a vítima vulnerável, não se fazendo necessário vislumbrar eventual constrangimento da vítima.

Com a lavratura do artigo 217 – A do Código Penal, pretendeu-se encerrar a discussão no tocante à presunção de violência, antes descrita no antigo artigo 224 daquele, quando o estupro era cometido contra as mesmas pessoas descritas no *caput* e parágrafo primeiro do artigo 217 – A. Entretanto, como a questão é ser a presunção absoluta ou relativa, o que dispõe o artigo 217 – A quando não vale-se do termo “constranger”, elimina aparentemente essa dúvida acerca de se é necessário o dissenso da pessoa vulnerável, haja vista se o agente pratica o ato libidinoso com a mesma, incide no delito de estupro de vulnerável, apenado mais severamente do que o simples.

A revogação do artigo 224, combinada com a elevada pena disposta no aduzido artigo 217 – A, resolve a dúvida acerca da aplicabilidade do artigo 9º da Lei n.º 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), causa de aumento de pena, visto que seria afronta ao princípio do *ne bis in idem* e foi revogada pela com a superveniência da Lei n.º 12.015/2009, levando-se em conta a retroatividade benéfica do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, como já dispôs o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.102.005/SC, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 29-9-2009, *Informativo* n. 0409.

Os §§ 3º e 4º do artigo 217 – A dispõem acerca do delito em forma qualificada, isto é, quando gera lesões de natureza grave ou morte, respectivamente. As lesões graves são aquelas expressamente dispostas no § 1º do artigo 129 do Código Penal. Já o conceito de morte é aquele desenhado pela Lei n.º 9.434/97, que disciplina o transplante de órgãos humanos, sendo considerada morta aquela pessoa que teve declarada a “morte cerebral” ou “morte encefálica”.

Esse resultado mais gravoso que qualifica o estupro de vulnerável pode se dar, derivado da conduta do agente, tanto por dolo como por culpa do

sujeito ativo, entretanto não se verifica fortuitamente, caso contrário estaríamos diante de imputação de responsabilidade objetiva no âmbito criminal.

Cabe esclarecer que, a violência real ou a grave ameaça não fazem parte do tipo descrito no artigo 217 – A e, caso ocorram, o delito de lesão ou a ameaça deverão ser considerados como crimes autônomos, punidos em sede de concurso material com o delito do artigo 217 – A.

No tocante ao elemento subjetivo, o erro sobre elemento do tipo faz o sujeito não ter agido com dolo, afastando a tipicidade do fato (ou deslocando-a para outro tipo penal), consoante artigo 20 do Código Penal. Já o erro de proibição, quando recai sobre a ilicitude da ação/omissão do sujeito, pode ser causa excludente de culpabilidade do mesmo (ou causa de redução de pena), haja vista um dos elementos da culpabilidade ser a potencial consciência da ilicitude, conforme disposto no artigo 21 do CP.

Quando falamos em consumação, deve-se ter em mente o elemento subjetivo do agente. Como o tipo do artigo 217 – A é misto alternativo, a prática de qualquer dos atos ineridos em sua redação, consuma o delito, qualquer que seja o objetivo, isto é, a vontade do agente, haja vista ser inexigível o dolo específico. Assim, quando o objetivo do agente for a prática de qualquer ato lascivo não se pune a tentativa se realizou os atos, pois o delito está consumado.

A ação penal é pública incondicionada, entretanto, existindo dúvida acerca da vulnerabilidade da vítima, mister se faz a colheita da representação do sujeito passivo ou de seu representante legal. Já no tocante à modalidade qualificada do artigo 217 – A do CP, a dúvida com relação à vulnerabilidade da vítima não acarreta problema, haja vista a ação aqui ser incondicionada, isto é, não precisa de representação quando o resultado que agrava o estupro de vulnerável seja lesão grave ou morte.

Todo processo que trate deste assunto corre em segredo de justiça, consoante redação do artigo 234 – B do Código Penal. Além disso, por cominar, a Lei n.º 12.015/09, pena mais gravosa do que a prevista para os delitos dos anteriores artigos 213 e 214, ambos do CP, a Lei não retroage por ser *in pejus*, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal:

O eventual consentimento da ofendida – menor de 14 anos – e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do delito de atentado violento ao pudor. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que condenado pela prática de crime de atentado violento ao pudor alegava que o fato de a ofendida já ter mantido relações anteriores e haver consentido com a prática dos atos imputados ao paciente impediria a configuração do mencionado crime, dado que a presunção de violência prevista na alínea *a* do art. 224 do CP seria relativa. Inicialmente, enfatizou-se que a Lei 12.015/2009, dentre outras alterações, criou o delito de estupro de vulnerável, que se caracteriza com a 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 (STF, HC 99.003/SP, 2ª T., rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 24-11-2009, *informativo* n. 569).

5. 3. 1 Hediondez, aspectos materiais e consequências processuais

O fato do estupro de vulnerável (artigo 217 – A do Código Penal) ter sido trazido como crime hediondo, haja vista a Lei n.º 12.015/2009 ter inserido o inciso VI ao artigo 1º da Lei que trata dos crimes hediondos (Lei n.º 8.072/1990), traz também importantes consequências processuais quando estamos diante de sua prática.

O primeiro importante aspecto processual a ser tratado é a vedação da anistia, graça indulto e fiança, para com relação aos delitos hediondos, expressamente descrito nos §§ 1º e 2º, do artigo 2º da Lei n.º 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

Estas hipóteses tratadas (anistia, graça e indulto) são, melhor precisando, causas extintivas da punibilidade do agente. A anistia decorre de uma Lei federal e tem efeitos retroativos, isto é, *ex-tunc*, como se o fato delituoso nunca tivesse existido. Ademais, alcança crimes específicos, como, por exemplo, delitos políticos, militares etc.

O indulto é decorrente de um Decreto emanado do Presidente da República e possui caráter genérico (assim como a anistia), isto é, serve para todos que se enquadrarem em determinada situação e condição, não sendo específico para uma certa pessoa. Entretanto, não se aplica automaticamente, devendo o detento, provocar o judiciário para que lhe seja aplicado. Ademais, pode ser *total* (indulto plano) ou *parcial* (comutação de penas) e, diferentemente da anistia, tem efeitos *ex-nunc*, ou seja, não retroativos, não alcançando o fato delituoso praticado, mas apenas a pena imposta ao agente.

Pode ainda haver o indulto *humanitário*, que é aquele que alcança os doentes etc. e o *etário*, aplicado aos presos com idade avançada.

A graça, diferentemente dos demais, não possui caráter genérico, ou seja, é pessoal, individual e específico. Entretanto, depende, assim como o indulto, de provocação, mas quem tem que ser provocado aqui é o próprio Presidente da República Federativa do Brasil, que é o único órgão competente para dá-la (porém, pode delegar esta função a terceiro).

A graça alcança o preso, mas com relação a determinada conduta deste (as consequências cíveis não são alcançadas, apenas as criminais). Além disso, este instituto é de discricionariedade do Presidente da República, isto é, não existem requisitos que, se presentes, dão um direito subjetivo ao agente, cabendo ao critério do Presidente dá-la ou não. Ademais, esta decisão não pode ser mudada pelo judiciário, ou seja, não cabe um eventual recurso da parte.

Acerca da constitucionalidade deste artigo 2º da Lei n.º 8.972/1990 existem duas correntes na doutrina:

Uma primeira corrente, minoritária, precisa pela inconstitucionalidade do referido artigo, visto que não deveria contemplar o instituto do indulto, já que no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, este não é abrangido, havendo então, extrapolação de competência.

O entendimento predominante preza pela constitucionalidade plena do artigo 2º, haja vista a graça e o indulto serem o mesmo instituto, praticamente, pois o indulto está contido dentro da figura da graça, visto que o indulto é, nada mais que, uma graça, porém individual. Assim, por esta corrente, cabe a figura do indulto no

crime de tortura, por exemplo, que também, como na Constituição Federal, não abrangeu aquele.

Anteriormente falamos também em *fiança*, que, assim como a anistia, a graça e o indulto, é vedada.

O instituto da fiança, em linhas gerais, porque não é objeto de nosso estudo, uma espécie de caução que o sujeito ativo de um delito presta para obter a liberdade provisória (até a sentença), isto é, ele responde ao processo em liberdade. Ademais, tem duas finalidades, manter o réu vinculado ao distrito de culpa e indenizar os danos por ele provocados quando da prática do delito.

A fiança é espécie de medida cautelar diversa da prisão, descrita no artigo 319, inciso VIII e dos artigos 322 a 350, todos do Código de Processo Penal. Ademais, outra óbice à sua concessão é o fato de, consoante artigo 322 daquele, somente poder ser concedida nos casos em que a infração praticada não tem pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos e, conforme artigo 323, inciso III, do Código de Processo Penal, não será igualmente concedida nos casos de crimes hediondos, assim como em outros casos descritos nos artigos 324 e seguintes do mesmo diploma legal.

No tocante à fixação do regime prisional do agente, a Lei n.º 11.464/2007 não veda a progressão de regime, porém para tal deve-se cumprir 3/5 (três quintos) da pena concretizada na sentença, quando reincidente (tanto faz ser ou não em crime hediondo, pois é geral) e 2/5 (dois quintos) quando primário. Entretanto o enunciado normativo de súmula vinculante n.º 26 precisa que a referida Lei não retroage, por ser *in pejus*, aos crimes cometidos antes de 2007, quando se sua entrada em vigor.

Com relação ao direito de apelar em liberdade, é plenamente possível, pois não existe mais a obrigação de recolher-se à prisão para apelar da sentença, caso contrário estaríamos diante de uma vedação ao princípio da *ampla defesa*. A Lei que revogou a proibição de apelar em liberdade foi a Lei n.º 11.919/2008.

A Lei n.º 7.960/89 dispõe acerca da prisão temporária, que se dá durante o inquérito policial e, no caso dos crimes hediondos, se perdura por 30 dias, prorrogáveis por igual período (artigo 1º, § 4º, da Lei n.º 8.072/90), quando presentes os incisos I ou II do artigo 1º da referida Lei, somados a uma das alíneas do inciso III daquele artigo (o estupro está na alínea f).

Outro ponto interessante se dá quando falamos do livramento condicional, aquele instituto que, de forma superficial, é autorizado quando o agente cumpriu 2/3 (dois terços) da pena imposta na sentença. Entretanto, se o sujeito é reincidente em crime também hediondo, veda-se o livramento condicional.

5. 4 Indução de Menor de 14 (quatorze) Anos Satisfazer à Lascívia de Outrem – Artigo 218

Alguns, em denominações diversas chamam-no de *mediação de vulnerável para servir à lascívia de outrem*, ou *mediação para satisfazer à lascívia de outrem com pessoa menor de 14 (quatorze) anos*, ou ainda *corrupção de menores*, haja vista o tipo penal do artigo 218 do Código Penal não agraciar sua redação com um título, porém, esta última denominação usada, por exemplo, por ANDRÉ ESTEFAM, nos parece equivocada, visto que o referido diploma legal expressamente traz como elementar do tipo a vítima menor de 14 (quatorze) anos de idade, isto é, espécie de vítima vulnerável, bem como está introduzido referido

artigo, no Capítulo que trata dos crimes praticados contra as vítimas consideradas *vulneráveis*. Ademais, o termo *corrupção de menores* trata-se nomeação obsoleta, pois era assim trazido na legislação anterior, sendo suprimido com a reforma de 2009, trazida pela importante Lei n.º 12.015 do mesmo ano, e se foi retirada referida denominação de tal delito, não há que aduzi-la novamente, caso contrário estaríamos sendo pretéritos na interpretação, podendo inclusive, gerar dúvida acerca da mesma ou pior, insegurança jurídica em último e extremo caso.

Assim, optamos pelo entendimento que a redação mais adequada seria, para o artigo 218 do Código Penal, *indução de menor de 14 (quatorze) anos a satisfazer à lascívia de outrem*. Ademais, os verbos *induzir* e *satisfazer* encontram-se previstos no referido tipo penal, não se devendo valer da palavra *servir* (em vez de *satisfazer*), muito menos da palavra *mediação* (no lugar de *indução*). Entretanto, de se consignar que, não existe melhor ou pior classificação, existe classificação útil e inútil, sendo que o mesmo raciocínio deve ser levado em consideração quando intitulamos delitos, cujas Leis modificadoras ou adutoras dos mesmos nos conferiram esta possibilidade, seja por graça, seja por omissão.

Neste sentido, RÉGIS PRADO ainda vale-se do termo *indução de menor de 14 (quatorze) a satisfazer à lascívia de outrem*, onde *indução* pode ser feita por qualquer meio, desde que idôneo de persuasão, bem como ser a conduta que “faz nascer uma ideia” na vítima. Além disso, o termo *satisfazer à lascívia* abrange qualquer ato libidinoso, incluindo a própria conjunção carnal.

Trata-se do ilícito praticado contra o sujeito passivo menor de 14 (quatorze) anos de idade, de cunho sexual, onde o agente induz aquele, como descrito na redação do artigo 218 do Código Penal, a satisfazer a lascívia de outrem, isto é, hipótese em que o sujeito ativo implanta a ideia na vítima menor de 14 (quatorze) anos, para que esta satisfaça à lascívia, não do agente, mas de um terceiro sujeito (outrem).

Referido tipo visa proteger a dignidade sexual do menor de 14 (catorze) anos de idade, e a sua formação moral e sexual, visando ainda, em termos pretéritos, evitar que o referido menor seja corrompido sexualmente pelo agente. Além disso, o termo “lascívia” é a libido, isto é, designação genérica para apetite ou desejo de cunho sexual, e segundo ANDRÉ COPETTI, ofende o princípio da taxatividade da norma penal incriminadora, haja vista ser termo indeterminado, bem como produz:

Significativo aumento do poder discricionário do juiz, no momento da adequação.

De se consignar que, o sujeito ativo do delito em estudo é aquele agente que induz referida vítima a praticar atos de natureza sexual em favorecimento de um terceiro. Entretanto, se este terceiro (pessoa determinada, diferentemente do delito descrito no artigo 218 – A do Código Penal) praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com a vítima, responde por estupro de vulnerável (artigo 217 – A do Código Penal), e aquele agente que induziu o menor de 14 (catorze) anos satisfazer à lascívia do terceiro, responde, como partícipe, também pelo delito de estupro de vulnerável, mas não pelo delito do artigo 218 do Código Penal (a não ser que o terceiro não tenha praticado conjunção ou outro ato libidinoso com a vítima), justamente pelo princípio da *consumção*, onde o crime fim (artigo 217 – A do Código Penal) engloba o crime meio (artigo 218 do Código Penal).

Se o sujeito passivo possuir exatos 14 (catorze) anos de idade ou mais, o delito em tela será o expressamente descrito no artigo 227 do Código Penal, isto é, *mediação para servir a lascívia de outrem*, não o no artigo 218 do mesmo diploma legal.

Aqui, mesmo que o menor já esteja, digamos “corrompido”, ainda há que se falar no delito do artigo 218 do Código Penal, haja vista o mesmo evitar o aumento desta depravação ou corrupção.

No tocante à redação do tipo penal, a ação nuclear é *induzir*, ou seja, fazer nascer a ideia como supracitado, mas também é persuadir, sugerir, aconselhar, etc. Já a prática sexual tem natureza genérica, isto é, pode ser qualquer coisa, exceto conjunção carnal ou ato libidinoso diverso corporal. Assim, qualquer prática contemplativa (sem contato corporal) é válida, tais como o ato de assistir pornografia, ato de despir-se etc.

O elemento subjetivo estudado é aquela intenção ou vontade específica (dolo específico) de induzir a vítima menor de 14 (catorze) anos para que um terceiro tenha a sua lascívia satisfeita. Neste sentido, se a indução ter o condão de satisfazer a lascívia do próprio menor de 14 (catorze) anos, o fato é atípico.

Com relação à consumação do delito de indução de menor de 14 (catorze) anos a satisfação da lascívia de terceiro, existem duas importantes correntes, onde um primeiro entendimento precisa que o delito em tela consuma-se com a simples indução da vítima a satisfazer a lascívia do terceiro, independentemente deste ter aquela satisfeita. Já a segunda corrente, contempla o fato de que não basta o “induzir”, fazendo-se mister que este terceiro tenha sua lascívia satisfeita. Entretanto, nos parece mais adequado o primeiro entendimento, haja vista o próprio tipo penal do artigo 218 do Código Penal dizer que a ação nuclear é o simples *induzir*, não se exigindo resultado concreto.

A ação penal é pública incondicionada, consoante artigo 225 do Código Penal, além de tramitar o processo, em segredo de justiça, conforme artigo 234 – B daquele. Ademais, cabe tentativa quando, por exemplo, o agente não consegue, por circunstâncias alheias à sua vontade, induzir o menor de 14 (catorze) anos a

favorecer sexualmente o terceiro, seja porque a vítima não se deixou induzir, ou por intervenção externa quando, por exemplo, o agente envia um e-mail detalhando à vítima os benefícios do ato etc., mas este não chega à caixa de mensagens daquela por falha no envio, ou também quando, na mesma hipótese, o e-mail chega, mas é lido pela mãe da vítima e não por esta.

5. 4. 1 Curiosidades acerca dos artigos 218 e 227

NUCCI acertadamente precisa que:

A mediação para servir à lascívia de outrem envolvendo apenas adultos é crime vetusto e de raríssima aplicação. Merecia desaparecer do contexto da tutela penal por respeito ao princípio da intervenção mínima e de acordo com o comportamento sexual mais liberal da sociedade brasileira em geral. Não tem o menor sentido buscar a punição de quem dá a ideia (indução) para que alguém (maior de 18 anos) satisfaça a lascívia (prazer sexual) de outra pessoa. E daí? Sem ter havido qualquer forma de violência, nenhum prejuízo adveio para qualquer dos envolvidos. Porém, não satisfeito de manter na legislação penal esse tipo obtuso, criou-se outro: a mediação de vulnerável para servir à lascívia de outrem (art. 218).

Como retro citado, não há sentido para a existência do artigo 227 do Código Penal (mediação para servir a lascívia de outrem), haja vista, como dito por NUNCI, seria um abuso por parte do legislador no direito de intervenção, além de ser completamente obsoleto mover persecução penal em face de “A” que dá a ideia a “B”, maior de 18 (dezoito) anos de idade, para que este pratique ato de natureza sexual com “C”, sem violência ou grave ameaça.

Neste sentido, a única redação relacionada ao artigo 227 do Código Penal é a do seu próprio parágrafo segundo, que trata do crime quando existe violência (física ou psíquica), além da fraude, menos importante. Assim, citado parágrafo é que deveria ser o crime principal, isto é, o tipo autônomo, não o “caput” que trata obtusamente de raríssima hipótese da vida, sem contar na intervenção estatal desnecessária na vida particular que nos remete seu tipo penal.

Não obstante, criou-se o artigo 218, ora em análise principal, a seguir demonstrado.

Mediação para servir a lascívia de outrem	Indução de menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem
<p>Artigo 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:</p> <p>Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.</p>	<p>Artigo 218. Induzir alguém menor de 14 (quatorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:</p> <p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.</p>
<p>§ 2º. Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:</p> <p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.</p>	

Porém, enquanto o artigo 227 é apenas inócuo, o artigo 218 provoca grande decepção, haja vista o seu estrago ser visível e profundo, tendo em vista que, sua criação (do artigo 218 do Código Penal) também culminou na criação necessariamente de uma bárbara exceção à *teoria monística*, haja vista, como veremos, ter pura e simplesmente impedido a punição do partícipe do crime de

estupro de vulnerável (artigo 217 – A, Código Penal) nas penas cominadas à este delito, quando na modalidade “induzimento”.

Primeiramente, mister se faz indicar o que expressamente diz o artigo 29 do Código Penal brasileiro, ou seja:

Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Assim, existem duas formas de se concorrer para um crime, isto é, a “autoria” ou a “participação”. Por sua vez, a participação pode se dar de forma “material” (auxílio material e direto, quando, por exemplo, alguém empresta uma arma para que outrem pratique um roubo) ou “moral” (induzir ou instigar), porém, em qualquer hipótese o agente responde pela pena cominada ao delito em que concorreu.

Por este motivo que o tipo do artigo 218 do Código Penal é verdadeira aberração, visto que, mesmo o agente tendo induzido (forma de concorrer para o delito) menor de 14 (quatorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem (praticar atos libidinosos, salvo se puramente contemplativos), não responderá pela pena cominada ao delito do artigo 217 – A (estupro de vulnerável), diferentemente do que ocorreria se tivesse instigado a vítima.

Notadamente, quem, por exemplo, induz alguém a roubar outrem responde como partícipe no delito de roubo, isto é, na medida de sua culpabilidade, incorre na mesma pena cominada para aquele delito. Assim, se o sujeito “A”, por exemplo, induz o sujeito “B”, menor de 14 (catorze) anos, a ser “estuprado” (pois sua conduta de satisfazer a lascívia de outrem com atos libidinosos é ser estuprado,

como já estudado), também deveria incorrer no delito do artigo 217 – A, pois seria a mesma coisa que induzir alguém a estuprar vulnerável.

Voltando ao fato da criação do artigo 218 ter também criado exceção à teoria monística, é ilógico dizer que quem instiga ou auxilia, concorre para o delito de estupro de vulnerável (artigo 217 – A, CPB) e incorre nas mesmas penas cominadas ao próprio autor de tal delito, mas que induz tem concessão de pena menor, exceção expressa à teoria monística. Entretanto, como não se admite interpretação desfavorável ao réu, aplica-se o artigo 218, além prevalecer o princípio da legalidade, haja vista, no caso em estudo, ser benéfico ao increpado.

Cabe novamente citar NUCCI, quando o mesmo diz:

Nem se diga que o crime do art. 218 é de mera atividade, pois seria outro absurdo. Dar a ideia a um menor de 14 anos para satisfazer a lascívia de outrem, sem que nada ocorra, jamais poderia ser crime consumado, implicado na pena de dois a cinco anos de reclusão. Ademais, o art. 227 (mediação à lascívia) é material, vale dizer, é preciso que, a partir da indução, chegue-se à satisfação da lascívia de outrem. Enquanto tal não se der, pode-se até mesmo falar em tentativa. Portanto, de “A” induz (dar a ideia) a menor de 14 anos “B” a ter conjunção carnal com “C”, responderá pelo delito do art. 218, enquanto “C” deve ser processado como incurso no art. 217 – A (estupro de vulnerável). O partícipe moral tem pena mínima de dois anos, enquanto o autor tem pena mínima de oito anos. Sob outro prisma, caso “A” instigue (fomentar ideia pré-existente) a menor de 14 anos “B” a ter conjunção carnal com “C”, ambos (“A” e “B”) responderão por estupro de vulnerável, com pena mínima de oito anos.

Assim sendo, a consequência deste equívoco legislativo é a plena possibilidade de se aplicar analogia *in bonam partem* àquele partícipe que auxiliou diretamente (participação material) ou que instigou (participação moral, juntamente com o ato de induzir) o delito do artigo 217 – A (estupro de vulnerável), isto é, ao

partícipe em geral (aquele que induz, instiga ou auxilia), haja vista não existir bom senso na punição do partícipe que auxiliou ou instigou com pena mínima de 8 (oito) anos de reclusão (pena mínima do artigo 217 - A), e na punição do partícipe que induziu com pena mínima de 2 (dois) anos de reclusão (pena mínima do artigo 218), pois a situação de ambos é equiparada pelo legislador no artigo 29 do Código Penal, como já visto, abrindo assim, lacuna capaz de aumentar a impunidade, vem vez de proteger o vulnerável, que seria a intenção da reforma penal de 2009.

Ad argumentandum, vale exemplificar a situação esdrúxula criada pela lei, através de GUILHERME NUCCI:

[...] se a mãe da menor de 14 anos, vítima de abuso sexual, em lugar de se omitir simplesmente, induzir sua filha a satisfazer a lascívia do companheiro, não poderá nem mesmo ser punida por estupro de vulnerável. Afinal, ao induzir a menor de 14 anos, incide a figura do art. 218. Sobre esse tipo penal, pode-se aplicar o aumento previsto no art. 226, II. Porém, a pena será significativamente menor.

5. 5 Satisfação de Lascívia Mediante Presença de Criança ou Adolescente - Artigo 218 - A

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente
<p>Artigo 218 – A: Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:</p> <p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.</p>

No delito em tela, a criança ou adolescente presencia o ato sexual de terceiros, onde a objetividade jurídica, assim como nos demais, é a proteção da dignidade sexual da vítima, isto é, do menor de 14 (catorze) anos de idade, a sua formação moral, dentre outros mais, pois a lesão aqui é no campo psicológico.

Devido à constante evolução tecnológica, é evidente que a vítima não precisa, necessariamente, estar presente no mesmo local onde se fazem presentes os sujeitos ativos.

Com relação ao(s) sujeito(s) ativo(s), é delito comum, diferentemente do que ocorre no tocante ao sujeito passivo que, necessariamente tem que o vulnerável no aspecto da idade (menor de 14 anos).

Pelo estudo do tipo, verifica-se a existência de duas condutas, ou seja, duas formas de se praticar o delito do artigo 218 – A do Código Penal: A primeira parte do tipo também descreve a primeira forma, hipótese em que o próprio agente pratica ato sexual com outrem, na presença do menor de 14 (catorze) anos, a fim de satisfazer sua lascívia ou de outrem. Por óbvio que o agente precisa saber que a vítima se faz presente durante sua prática sexual, haja vista é sua presença que satisfaz sua libido ou de terceiro.

A segunda forma, consoante segunda parte do artigo 218 – A, dá-se quando o agente induz (cria ideia onde antes não existia), por qualquer meio idôneo de persuasão, o menor de 14 (catorze) anos a presenciar ato sexual (conjunção carnal ou outro ato libidinoso), a fim de satisfazer a própria lascívia ou de outrem.

O dolo aqui é específico, em qualquer das condutas do referido diploma legal. Ademais, cabe dolo eventual, mas somente na primeira conduta (praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença de menor de 14 anos, para satisfazer sua lascívia ou de outrem), como, por exemplo, quando o agente, durante prática sexual, nota presença de menor de 14 (catorze) anos escondido, mas vale-se daquilo para satisfazer sua lascívia.

O delito em estudo consuma-se com o ato sexual, isto é, com a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, porém, no tocante à segunda modalidade (induzir menor de 14 anos a presenciar ato sexual, para satisfazer sua lascívia ou de outrem) existem duas correntes que pregam o mesmo que já foi tratado quando estudamos o artigo 218 do Código Penal.

Cabe tentativa em ambas as condutas e a ação é pública incondicionada, e corre em segredo de justiça, consoante artigos 225, parágrafo único, do Código Penal, e 234 – B do mesmo diploma legal, respectivamente.

Ademais, o mesmo problema ocorrido e discutido no estudo sobre o artigo 218 do Código Penal, se faz presente aqui, acerca da omissão por parte do legislador em não colocar os verbos “instigar” e “auxiliar” também no artigo 218 – A daquele.

6. INTRODUÇÃO AO CONCURSO CRIMINOSO

É sabido que o crime tanto pode ser obra de um como de vários sujeitos, ocorrendo-se, nesta hipótese, quando duas ou mais pessoas praticam um crime, surgindo o “concurso de agentes” (*concursum deliquentium*). Porém quando um único sujeito pratica dois ou mais crimes mediante unidade ou pluralidade de condutas (ações ou omissões), surge o “concurso de crimes” (*concursum delictorum*). Isso significa a presença de uma pluralidade delitiva. Neste sentido, o fato foi denominado a “arte de contar os delitos” (M. E. Mayer).

É possível que o fato apresente tanto concurso de pessoas quanto concurso de crimes. É o caso, em que, duas ou mais pessoas, em concurso, pratiquem, mediante unidade ou pluralidade de comportamentos, dois ou mais crimes.

Apesar do nome, o concurso pode ainda, ocorrer entre crimes e contravenções. Logicamente que a pena aplicável a quem pratica dois ou mais crimes não será a mesma ao sujeito que comete um único crime. Desta forma, foram previstos critérios, ou sistemas, especiais de aplicação de pena às diferentes espécies de concurso de infrações.

Destarte, o presente artigo objetiva o esclarecimento, com base num referencial teórico-metodológico de doutrinas de credibilidade, legislação, jurisprudência etc., desse instituto, base da aplicação penal e de grande relevância social, visto que faz parte da vida de todos os sujeitos, estando suscetíveis a ele, aqueles que não se prezam de uma conduta ética.

6. 1 Sistemas de Aplicação de Pena

Do concurso de crimes origina-se o concurso de penas. Desta forma, aquele sujeito que pratica vários crimes deve ser apenado com mais rigidez que o autor de um único delito. Assim, como será mensurada a pena? Há sistemas que nos ajudam nessa graduação.

O Código Penal brasileiro acolhe único e primordialmente, dois critérios, sendo estes, o sistema do *Cúmulo Material*, que engloba o concurso material (art. 69º, CP) e concurso formal imperfeito (art. 70º, *caput*, 2ª parte, CP) e o sistema da *Exasperação* delimitando sobre concurso formal perfeito e (art. 70º, *caput*, 1ª parte, CP).

Neste sentido Eduardo Correia diz que, “*dentre os sistemas propostos para a aplicação da pena nas diferentes espécies de concurso de delitos destacam-se*”:

a) *Sistema do Cúmulo Material* ou *Aritmético* ou *Cumulatividade Material*: Este sistema determina que todas as penas produtos de cada um dos delitos praticados sejam somadas em sua inteireza (*tot poena quot delicta*), isto é, há uma cumulação integral de todas as penas envolvidas.

Crítica vide Bitencourt:

“essa simples operação aritmética pode resultar em uma pena muito longa, desproporcionada com a gravidade dos delitos, desnecessária e com amargos efeitos criminógenos. É possível que o agente atinja a ressocialização com pena menor”.

Exemplo: Se o indivíduo praticou três crimes, sendo que, pelo primeiro pegou cinco anos de pena, pelo segundo, dois anos de pena e pelo terceiro, três anos. Assim, por este sistema, sua pena final seria de 10 (dez) anos.

b) *Sistema da Exasperação da Pena*: Por este sistema aplica-se a pena mais grave, se em concurso “*heterogêneo*”, isto é, quando as penas são diferentes, ou, se em concurso “*homogêneo*” (quando as penas são iguais), qualquer uma das penas, porém, em ambos os casos (concurso heterogêneo ou homogêneo), acrescida de determinado *quantum* estabelecido em lei, ou seja, de 1/6 (um sexto) até ½ (metade).

6. 2 Espécies de Concurso de Crimes

O Concurso de Crimes (ou de Penas) poder ser:

- a) *Concurso Material* (art. 69º, CP);
- b) *Concurso Formal Perfeito* ou *Imperfeito* (art. 70º, CP);
- c) *Crime Continuado* (art. 71º, CP).

Lembrando que o concurso poderá ocorrer entre crimes culposos ou dolosos, tentados ou consumados, comissivos e omissivos.

6. 2. 1 Concurso material ou real (art. 69º, *caput*, CP)

Dá-se quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica, executando ou participando da execução, dois ou mais crimes, idênticos (concurso material homogêneo, ex: dois homicídios) ou não (concurso material heterogêneo, ex: estupro e homicídio).

Destarte, é caracterizado por uma *pluralidade* de condutas que resulta em uma *pluralidade* de crimes, “*imputáveis ao agente ou, como se afirma, há uma ‘imputação delitiva plural’*” (Ricardo C. Nuñez).

A título de informação, convém alertar que a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada crime, isoladamente (art. 119º, CP), em qualquer espécie de concurso de crimes.

Bem dito por Faria, Bruno e por Dotti. É requisito do concurso material, “*que o agente não tenha sido condenado anteriormente por uma das infrações, pois, desse caso, não haveria concurso material, mas a aplicação de reincidência como circunstância agravante*”.

Há duas espécies de concurso material:

a) *Homogêneo*: quando os crimes são idênticos, isto é, de mesma natureza, ou seja, estão previstos no mesmo tipo penal, como por exemplo, “quando praticado homicídio contra A, o agente mata B, uma testemunha do delito.”

b) *Heterogêneo*: quando os crimes não são idênticos, conseqüentemente previstos em figuras típicas diferentes.

Ex.: “o agente furta ‘A’ e em seguida a estupra”.

No concurso material é aplicado o sistema da cumulatividade material, respeitando o limite máximo estabelecido pelo art. 75º, CP (30 anos).

Curiosidades/Observações:

a) O art. 69º, §1º, CP estabelece que: “se, aplicada pena privativa de liberdade em relação a um dos crimes do concurso material, porém negado o ‘*sursis*’ a este, isto é, a execução da pena não é suspensa condicionalmente (art. 77º, CP), não poderá, no tocante aos demais crimes, ser realizada a substituição da pena por restritiva de direitos (art. 44º, CP)”.

b) O art. 69º, §2º, CP estabelece, todavia, que: “se, aplicadas duas ou mais penas restritivas de direitos, deverão ser cumpridas simultaneamente as compatíveis entre si (prestação pecuniária e limitação de fim de semana, ou suspensão de habilitação para dirigir e prestação de serviços, por exemplo), isto é, aquelas em que é possível seu cumprimento total, de uma vez, simultâneo, e sucessivamente as não compatíveis, como por exemplo, duas limitações de fim de semana”.

6. 2. 2 Concurso formal ou ideal (art. 70º, *caput*, CP)

Ocorre quando o agente, mediante unidade de conduta (difere de ato, pois a conduta pode ser composta por vários atos, isto é, movimentos corporais), pratica pluralidade de crimes, idênticos ou não.

Exs.:

a) num fato automobilístico culposo o agente dá causa à morte de uma pessoa e a lesões corporais em outra pessoa (Damásio);

b) o agente, com um único disparo, mata duas vítimas (Prado).

Pode ser, o “concurso formal”, *Próprio* ou *Perfeito*, ou, *Impróprio* ou *Imperfeito*.

6. 2. 2. 1 Concurso formal impróprio ou imperfeito (art. 70º, *caput*, 2ª parte, CP)

Aqui a ação ou omissão é dolosa, isto é, há prévio planejamento. O agente praticou unidade de conduta, pois já era o suficiente para obter a prática de vários crimes esperados, ou seja, crimes que ele visava com a prática de uma única conduta.

“Nesse tipo de concurso, o agente deseja a prática de dois ou mais crimes, isto é, tem consciência e vontade da realização de cada um dos ilícitos. Ocorre aqui o que o Código Penal chama de “desígnios autônomos”, isto é, a vontade é conscientemente voltada a fins diversos, a unicidade de conduta é orientada à pluralidade de crimes, dolosamente.

Por isso, enquanto o concurso formal próprio adotou-se o sistema da exasperação da pena, pela unidade de desígnios, no concurso formal imperfeito aplica-se o sistema do cúmulo material, como se fosse concurso material, diante da diversidade de intuitos do agente (art. 70º, § 2º, CP)”, diz Bitencourt. Completando o raciocínio com citação de Fragoso, “nesse caso, não obstante exista uma única ação, não se justifica a aplicação da pena de um só crime, ainda que exasperada, quando a vontade é deliberadamente dirigida a fins diversos”.

Exemplo: no estupro (art. 213º, CP), o agente visa não apenas satisfazer sua própria lascívia, como também transmitir doença venérea de que sabe estar contaminado à vítima (art. 130º, CP – perigo de contágio venéreo). (PRADO).

6. 2. 2. 2 Concurso formal próprio ou perfeito (art. 70º, caput, 1ª parte, CP)

Dá-se concurso formal perfeito quando existe uma unidade de desígnios, ou seja, o agente, mediante unidade de conduta e sem prévio planejamento pratica vários crimes não visados. A unidade de conduta era, em sua cabeça, suficiente para a pratica de um único crime visado, isto é, o agente deve querer realizar apenas um crime, obter um único resultado danoso (unidade de desígnios), não devendo existir o que o Código Penal chama de “desígnios autônomos”.

Exemplo: de madrugada, “A” implanta explosivo no carro de “B”, esperando que este, ao ligar o carro pela manhã, detone o artefato, matando-o, pois sabe que “B” mora sozinho e sai toda manhã para trabalhar. Porém naquela noite, “B” tinha levado a nova namorada para sua casa e quando ambos foram sair pela manhã, o carro explodiu, matando “B” e ferindo gravemente sua namorada. (Vitor Terin).

Nesse tipo de concurso formal, aplica-se o sistema da exasperação, isto é, aplica pena de qualquer dos crimes se iguais ou do mais grave se diferentes, em ambos os casos com o acréscimo de fração determinada em lei. Entretanto há uma exceção, o “*cúmulo ou cumulatividade material benéfica*” (art. 70º, § único, CP), onde é aplicado o sistema da cumulatividade material em vez do sistema da exasperação quando a pena resultante deste último for maior que aquela de que resultaria se fosse aplicado o sistema do cúmulo material.

6. 3 Crime Continuado ou Continuidade Delitiva (art. 71º, *caput*, CP)

Por ficção jurídica, para atender critérios de política criminal, considera-se como um único contexto criminoso, uma pluralidade (dois ou mais) de crimes. Destarte, aplica-se a pena pelo sistema da exasperação, em vez de cúmulo material.

Dá-se quando o agente, mediante pluralidade de condutas (mais de uma ação ou omissão), pratica pluralidade de crimes (dois ou mais) da *mesma espécie* e, em razão de determinadas circunstâncias, como condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os delitos subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro (art. 71º, *caput*, CP).

O crime continuado comporta-se em dois tipos: o crime continuado *comum* (art. 71º, *caput*, CP) e o crime continuado *específico* (art. 71º, parágrafo único, CP). Ambos necessitam dos seguintes requisitos:

a) *Pluralidade de condutas*: é necessária a prática de duas ou mais condutas (ações ou omissões). Lembrando que a conduta pode ser composta por vários atos (movimentos corporais) e uma única conduta, mesmo que desdobrada em vários atos ou vários resultados, não configura continuidade delitiva;

b) *Pluralidade de crimes de mesma espécie*: a pluralidade de condutas deve resultar, necessariamente, em pluralidade de crimes (dois ou mais), sendo estes, tentados ou consumados. Além disso, os crimes devem ser de mesma espécie, isto é, aqueles que têm o mesmo elemento do tipo básico em suas formas agravadas, privilegiadas etc., como por exemplo, furto, furto qualificado, furto privilegiado etc.;

c) *Nexo de continuidade delitiva* ou *Circunstâncias semelhantes* ou *Homogeneidade de circunstâncias*: O CP exige semelhança entre as condições “de tempo, lugar, maneira de execução e outras”, isto é, o nexo de continuidade depende da apuração destas circunstâncias, de modo que, “a ausência de circunstância temporal, espacial ou modal, por exemplo, não é suficiente para descaracterizar a existência de crime continuado” (Regis Prado).

1) *Condições de tempo*: vulgo, “intervalo entre crimes”. “Deve haver uma conexão temporal entre as condutas praticadas... que permita observar um certo ritmo, uma certa uniformidade, entre as ações sucessivas...” (Bitencourt).

A jurisprudência estabeleceu um prazo de, aproximadamente, 30 (trinta) dias;

2) *Condições de lugar*: Segundo Bitencourt, deve existir, entre os crimes de mesma espécie, uma conexão espacial. Uma das correntes mais interessantes utiliza um critério de proximidade, ou seja, esta condição é subjetiva;

3) *“Modus Operandi”*: É o modo de execução da conduta, a maneira, a forma, o estilo de praticar o crime. A legislação exige semelhança na prática do delito e não identidade.

6. 3. 1 Crime continuado específico (art. 71º, parágrafo único, CP)

Existe ainda, a figura do delito continuado *específico*, configurado no art. 71º, parágrafo único do CP, onde, além desses requisitos gerais, próprios do crime continuado *comum*, o crime continuado *específico* exige a presença de mais três condições, que devem ocorrer simultaneamente:

a) *Crimes dolosos*: não existe continuidade delitiva entre delitos culposos, isto é, não se configura a exceção;

b) *Pluralidade de vítimas*: isto é, contra vítimas diferentes. Caso não seja, estaremos diante de crime continuado comum, aplicando a regra do *caput* do art. 71º;

c) *Emprego de violência ou grave ameaça à pessoa*: Mesmo o crime sendo praticado contra várias pessoas, não haverá continuidade específica caso não haja violência (real ou ficta) ou ameaça (séria) contra a pessoa (não é contra a coisa, tem que ser contra pessoa).

Assim, se a ação criminosa foi praticada contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa e dolosamente, é reconhecível o crime continuado específico, podendo o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar (motivadamente) a pena de um só dos crimes, de idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observando as regras do parágrafo único do art. 70º, isto é, a pena não pode exceder ao *quantum* equivalente ao cúmulo material das penas, caso contrário, será aplicado este (cúmulo material benéfico), nem superar o limite de 30 (trinta) anos (art. 75º, CP).

6. 4 Aplicação de Multa no Concurso de Crimes (Art. 72º, CP)

No concurso de crimes o art. 72º estabelece que, as penas de multa serão aplicadas distinta e integralmente. Isso já ocorre no concurso formal imperfeito e no concurso material (arts. 70, 2ª parte, e art. 69º), tendo em vista que, nestes casos há a soma aritmética das penas (cumulatividade material). Incide o art. 72º, portanto, nas hipóteses de concurso formal perfeito e de crime continuado (arts. 70º, 1ª parte, e 71º).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O que importa na vida não é tanto o triunfo, mas o combate; o essencial não é ter vencido, mas ter lutado bem”.

Pierre de Coubertin (1863 - 1937)

Podemos extrair, por breve olhadela do diploma legal, que a objetividade jurídica da famigerada reforma penal de 2009 (com adução da Lei n. 12.015/2009), ou seja, o seu bem juridicamente tutelado é, inclusive amplamente, a dignidade sexual daquela pessoa considerada vulnerável na acepção legal da palavra, isto é, aquela vítima que pode ser ferida, vulnerada, e não mais a liberdade sexual.

De se consignar que, o sujeito estando nesta condição pessoal de vulnerável, é considerado incapaz, mesmo que transitoriamente, de oferecer consentimento válido acerca do ato de natureza sexual a ser praticado. Assim, em linhas gerais, pode-se precisar que, em termos de bem jurídico tutelado, a própria vulnerabilidade de cunho sexual é o núcleo da proteção por parte do legislador, para com relação às vítimas destes delitos correlatos.

Entretanto, lastreados inclusive, pelo entendimento de GUILHERME NUCCI que, no estudo das infrações em tela, vê o claro caso de estarmos diante ainda, da anacrônica dúvida acerca da validade, em alguns casos (leia-se presunção de violência), do próprio consentimento da vítima considerada vulnerável.

A argumentação que norteia parágrafo supra arguido revela-se pelo fato de que, ao se conservar a rubrica “estupro”, remete-nos ao simples fato pelo qual, para que se configure referido delito, mister se faz a existência de ato praticado “contra a vontade” da vítima, motivo este que nos faz assolar a questão sobre sua configuração quando estarmos diante da existência do consentimento da vítima, ainda que seja considerada vulnerável.

Desta feita, inevitável não trazer de volta ao núcleo sistemático da questão, com hodierna roupagem, a antiga, mas próspera, discussão acerca da presunção de violência (prevista no revogado artigo 224 do Código Penal), isto é, se a presunção é relativa, o mais correto a nosso ver, ou se verifica-se na forma absoluta, não abrindo margem a interpretação, colocando em risco as pessoas de certa forma envolvidas com a questão.

Destarte, com o solo concisa, porém devidamente preparado, ainda acerca do importante bem jurídico em estudo, permeado por discussões doutrinárias, precisamos pela ótica de admitir, sem desprezar a dignidade sexual que se mostra como entidade onipresente (se interpretarmos com olhos dos constituintes de 1988), que liberdade sexual não deixou de ser a objetividade jurídica, pois num primeiro momento devemos considera-la, para depois fazermos o mesmo com outros bens secundários, sob pena de, singelamente, colocarmos a carruagem à frente dos bois, como é feito, muitas vezes, pelo legislador, não podendo nos fazer valer disso como desculpa para também agirmos tumultuariamente.

A lei não permite qualquer prática de natureza sexual com as pessoas mencionadas no “caput” do artigo 217 – A do Código Penal, onde não existe relevância alguma eventual manifestação de vontade positiva da vítima considerada vulnerável pelo mesmo diploma legal. Neste sentido, o entendimento tido como majoritário (por isso a anterior analogia com crimes tumultuários, isto é, aqueles praticados por multidão em tumultuo) é anterior à própria reforma penal de 2009.

O consentimento do menor de 14 (catorze) anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária. [...]. Precedente (STJ, EREsp 688.211/SC, 3ª S., rel. Min. Laurita Vaz, j. 8-10-2008).

Entretanto, os próprios doutrinadores que habilmente defendem a absoluta, digamos, presunção de violência, ou seja, o fato do consentimento do menor de 14 (catorze) anos ser inadmissível, abrem exceções e, portanto, brechas que lacunam seus radicais entendimentos, como é o caso de RENATO MARCÃO e PLÍNIO GENTIL, que condenam a posição de GUILHERME NUCCI, acerca da relatividade da antiga presunção de violência (em que atualmente adite o consentimento do ofendido, em estritos casos analisados em concreto), porém, contrariando seus argumentos e posição (o menor de 14 anos não pode consentir em nenhum caso), admitem ressalvas que derrubam a autoridade de seus interesses, pois se você cria exceções para algo não há que se falar em critério absoluto, mas sim em relativo.

Referida lacuna do critério “absoluto” de RENATO MARCÃO e PLÍNIO GENTIL dá-se quando, por exemplo, fazem e respondem, consoante argumentos próprios, a seguinte pergunta:

Menor de catorze anos que mantém vida conjugal, com o consentimento dos pais ou responsáveis, é vítima de estupro de vulnerável? [...]. No caso de um suprimento consentido judicialmente e tendo o menor de catorze anos se casado legalmente, não há como sustentar que, praticando ele atos sexuais na constância desse casamento, esteja sua mulher, ou seu marido, a cometer estupro de vulnerável. [...]. Em tais circunstâncias, é forçoso admitir que o casamento civil, celebrado mediante autorização judicial, representa justa causa em relação aos atos sexuais praticados pelo cônjuge com o menor, que assim devem ser entendidos como exercício regular de direito, estando dessa maneira excluída a antijuridicidade do fato.

Ante referida citação de esdrúxula situação, autoexplicativa, é aduzida exceção à presunção absoluta defendida por aqueles autores, o que torna relativo o critério do consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos. Assim, agora somos nós que fazemos a pergunta: Se a presunção de violência é absoluta, por que o simples fato de ser a vítima casada, magicamente eleva esta a uma condição de não mais vulnerável, se a própria argumentação por trás da presunção “absoluta” revela que o verdadeiro bem tutelado é a dignidade sexual e não mais a liberdade sexual, da vítima vulnerável sexualmente falando?

Quer dizer então, que se por infortúnio da vida conjugal, referido casal vem a se divorciar, de um dia para o outro, antes o que era válido, e ainda, exercício regular de direito, hoje, se os mesmo vêm a ter esporádica relação sexual, que para não configurar crime deveria ser feita apenas após novo casamento (com autorização judicial), pasmem, incorre o agente no delito de estupro de vulnerável, com pena mínima de 8 (oito) anos de reclusão, nas mesmas circunstâncias mágicas anteriormente alegadas.

Não contente em derrubar a presunção absoluta com argumentos próprios, referida citação faz menção ainda à causa excludente de ilicitude descrita no artigo 23, inciso III, do Código Penal (exercício regular de direito), que é, guardada as devidas proporções, a mesma coisa que dizer que a relação marital é causa excludente de punibilidade para o delito de estupro de vulnerável (artigo 217 – A do CP brasileiro), revogada do inciso VII, do artigo 107, do Código Penal, em 2005 (!) pela Lei n. 11.106. Assim, não podemos dizer, também, que o consentimento do menor de 14 (catorze) anos é totalmente inválido, se o casamento (retroagindo ainda mais no tempo ao dizer isso) tem o condão de tornar válido seu consentimento, isto é, a rispidez de alegar absoluto algo não deve ser exceções, caso contrário torna relativa a situação, admitindo essas ressalvas.

Outros pontos do presente estudo merecem atenção, como a discussão, na era “artigo 224 do Código Penal”, acerca da presunção de violência, isto é, se “absoluta” não comprova prova em contrário, proibindo o relacionamento sexual das vítimas consideradas vulneráveis aos olhos da lei, porém se “relativa” (admite prova) não necessariamente o, por exemplo, menor de 14 (catorze) anos que mantivesse relação sexual com maior de idade seria vítima se estupro de vulnerável, pois depende do caso em concreto, mais correto.

Com a criação do artigo 217 – A do Código Penal, copiou-se a redação do revogado artigo 224 do mesmo diploma legal, mas sem mencionar o termo “violência presumida”. Assim, a discussão continuou, e NUCCI pergunta:

Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual?

Esta última questão é a que, a nosso ver, parece mais plausível, haja vista ser a que melhor acompanha a realidade da sociedade, e não fica travada, como faz o legislador há décadas, na barreira dos 14 (catorze) anos, contradizendo o próprio e específico Estatuto da Criança e do Adolescente, que define este último como sendo o maior de 12 (doze) anos, passado o tempo de se unificar esta idade com a protegida pela norma penal, estendendo-se ao adolescente a capacidade de consentir validamente para com relação aos atos da vida sexual (para a criança a proteção continua sendo absoluta).

8. CONCLUSÃO

De acordo com o que se expôs, a presunção relativa de violência, ou *juris tantum*, diferentemente da presunção absoluta, *juris et de jure* (produção de prova aquela que não é permitida aqui), é presunção condicional, isto é, aquela que, mesmo decorrendo do direito, admite prova em contrário.

Quando em vigor, o revogado artigo 224 do Código Penal deixava claro que a intenção do legislador era que a presunção dava-se como não absoluta quando em jogo os interesses das vítimas alienadas mentais ou que, por qualquer outra causa, não poderiam oferecer resistência, haja vista o agente poder demonstrar que incidiu em erro, ou que a vítima poderia resistir ao ato sexual e não o fez.

Entretanto, a discussão mora na alínea “a” de referido artigo, ou seja, quando se tratava de vítima menor de 14 (quatorze) anos de idade, onde o legislador deixou remanescer dúvidas acerca da natureza da presunção.

Retrorreferida discussão não se centralizava somente na natureza jurídica da presunção, mas também se determinada vítima menor de 14 (quatorze) anos poderia ou não dar consentimento válido em alguns casos.

Há muito, essa discussão já vem sendo apaziguada nos contornos de que a presunção de violência aqui tratada era relativa, isto é, *juris tantum*, posto que, em algumas situações a prova em contrário ser completamente plausível e possível como, por exemplo, no caso da prostituta menor de 14 (quatorze) anos, ou quando a vítima aparenta ser mais velha, por fatores estéticos e genéticos, do que realmente é, o que mais ocorre nos dias presentes, bem como por seu comportamento.

Porém, não podemos julgar, em vez do autor do fato, a vítima, dizendo que, somente talvez, pelo fato desta ser prostituta não existir o crime, o que condenaria a vítima pela própria condição social, por exemplo, e não por seu comportamento, que é muito mais amplo.

No tocante ao comportamento da vítima, não podemos ser preconceituosos colocando em pauta resquícios daquela obsoleta interpretação

penal em que somente era analisado o comportamento do próprio agente, não admitindo que uma vítima menor de 14 (quatorze) anos, de boa índole, não despuorada, e que nunca manteve relações sexuais, possa ter maturidade sexual suficiente para dar consentimento válido para com a relação sexual.

Devemos entender que, mesmo nos casos das vítimas menores de 14 (quatorze) anos, a famigerada *innocentia consilii* pode não estar intacta, bem como, pasmem os conservadores, ter deixado de existir.

O que humildemente é proposto, não se norteia simplesmente pelo reconhecimento da presunção relativa de violência quando trata-se de vítima menor de 14 (quatorze) anos, visto que este posicionamento já está quase completamente reconhecido pelos tribunais brasileiros. Com os agradecimentos pela revogação do artigo 60 do Decreto-lei n.º 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), peço ainda que não haja restrição, quando falamos de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade, quando tratarmos de consentimento para a relação sexual, ainda que não sejam despuorados, experientes, ou “corrompidos”.

Assim, não havendo violência real ou psicológica (grave ameaça), e a suposta vítima consentir com o ato, não se falando em *innocentia consilii* completa, por exemplo, não há que se falar em estupro de vulnerável (artigo 217 – A do CPB). Devemos levar em conta então, não só o comportamento da vítima (se provocador etc.), mas também sua própria maturidade e desenvolvimento sexual, é não a antiga filtragem com base na má fama, experiência sexual, meio social, índole etc., onde o que deverá ser provado é o fato da vítima não ter mais sua *innocentia consilii* intocada, singela e superficialmente falando, onde sua ausência poderia afastar a incidência criminal.

Com leitura superficial da doutrina e jurisprudência específica dominante, podemos chegar a uma conclusão, não precipitada, de que no direito penal atual e moderno não mais é cabível as formas de presunção absoluta, que retiram a possibilidade de produzir provas em contrário, bom como o que ocorre com a responsabilidade objetiva.

Destarte, pensamos ser a relativização da presunção de violência, o meio mais correto e justo de se tratar situações que envolvam estupro e menor de

14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade, bem como a ausência, por exemplo, da *innocentia consilii*, o que teria afastado o crime, bem como levado em consideração o consentimento da vítima, visando não cometermos injustiças, haja vista que em alguns casos concretos, nem existe crime, já que por meio do estudo das atitudes da vítima, e de tantos outros predicados desta, como já vistos, demonstra-se que a vítima tinha penas condições de consentir com o ato, podendo inclusive, ter um decisivo comportamento provocador, “mudanças” estas que não foram aduzidas pela reforma penal de 2009, que apenas substituiu o antigo artigo 224 do CP, pelo novo 217 – A, do mesmo diploma legal, que trata da violência presumida.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 329.

BERNARDES, Fátima P. **Dignidade da Pessoa Humana**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, julho/2006, n. 849, p. 727 – 735.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial, 4.: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 4. edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

_____. _____. Parte Especial, 4.: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 5. edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

_____. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004 e 2007, v. 4, p. 37.

_____. **Tratado de Direito Penal**., 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 605, 606 – 607, 610.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial: Dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts 213 a 359-H). Vol. 3. 10. edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 182-183.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal.**, v. 2, p. 212 – 213.

Digesto 48, 6, fr. 5, parágrafo 2.

DONNA, Edgardo Alberto. **Derecho penal**. Parte Especial. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2003. t. 1. p. 546.

ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 130.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais - comentários à lei n.º 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41; 58; 59; 60; 62.

FARIA, B. **Código Penal brasileiro (comentado)**, v. 3, p. 70; BRUNO, A. "Direito Penal". P.P., t. 2, p. 295; DOTTI, R. A. "Curso de Direito Penal". P. 537.

Fonte: Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Senado Federal – Brasília – DF. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730>.

FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal**. P.G., p. 367.

FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1019; 1121.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. v. III, 9 ed. Niterói. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. **O Novo Estatuto dos Crimes Sexuais: Do Estupro do Homem ao Fim das Virgens**. Disponível em: www.memesjuridicos.com.br.

HUERTA, Mariano Jiménez. **Derecho penal mexicano**. México: Porrúa, 1971-1974, t. III, p. 216.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense. 1956. v. VIII.

_____. _____. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 8. p. 156.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 3. volume. Parte Especial: Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 20. edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

_____. _____. 3. volume. Parte Especial: Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 19. edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

_____. **Direito Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 645.

_____. _____

LEMOS BRITTO. **A questão sexual nas prisões**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1934.

_____. _____

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a Dignidade Sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 190.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. Vol. 3. Parte Especial, arts. 213 a 359-H. 2. edição. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense. São Paulo: Editora Método. 2012.

MESTIERI, João. **Do Delito de Estupro**. São Paulo: ed. RT, 1982.

_____. _____

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 29 ed. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 1. p. 104.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral - Parte Especial. 7. edição. 2. tiragem. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **Código Penal Comentado. “Estudo integrado com processo penal”**. “Apresentações esquemáticas da matéria”. 11. edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 26; 29; 37; 45; 46; 47.

NUÑEZ, Ricardo, C. **Tratado de Derecho Penal**. P.G., v. 2, p. 203 – 304.

_____. _____
PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: Doutrina; Casuística. Conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 6. edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 2 - Parte Especial - arts. 121 a 249. 10. edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

_____. _____ . Volume 2 - Parte Especial - arts. 121 a 249. 8. edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

_____. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 2011. v. 1, p. 484, 489.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: USP, 2006. Tese de livre-docência. p. 37 e s.; 244.

SOLÓRZANO NIÑO, Roberto. **Psiquiatria clínica y forense**. Bogotá: Temis, 1990, p. 222.

SZNICK, Valdir. **Assédio sexual e crimes sexuais violentos**. São Paulo: Ícone, 2001. p. 41.

VANRELL, Jorge Paulete. **Sexologia forense**. 2ª ed. Leme: JH Mizuno, 2008, p. 79; 82.