

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ESTUPRO

Victor Matheus Molina

Presidente Prudente/SP
2008

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ESTUPRO

Victor Matheus Molina

Monografia apresentada com requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gilson Sidney Amâncio de Souza.

Presidente Prudente
2008

O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ESTUPRO

Trabalho de Monografia aprovado com
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Gilson Sidney Amâncio de Souza

Nelson Roberto Bugalho

Tito Lívio Seabra

Presidente Prudente, 13 de março de 2008.

Vós, irmãos, fostes chamados à liberdade. Não abuseis, porém, da liberdade como pretexto para prazeres carnis. Pelo contrário, fazei-vos servos uns dos outros pela caridade.

Gálatas: 5,13

Dedico este trabalho aos meus pais, José Wagner e Rosiane, e aos meus irmãos, Lucas e Juliana, meus sustentáculos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, Senhor do universo, Autor da vida e Criador do céu, da terra e de tudo o que neles há.

Aos meus familiares, em especial, meus pais, José Wagner Parrão Molina e Rosiane D'Andréia Matheus Parrão Molina, e meus irmãos, Lucas Matheus Molina e Juliana D'Andréia Molina, pelo suporte que me fora dado para realização deste trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Gilson Sidney Amâncio de Souza, por seus ensinamentos e sua frutuosa orientação.

Aos meus examinadores, Prof. Nelson Roberto Bugalho e Tito Lívio Seabra, por terem aceitado o convite para compor a mesa examinadora com prontidão e solicitude.

Às Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente-SP e ao seu corpo docente, pelos conhecimentos jurídicos transmitidos.

Agradeço ainda a todos os integrantes do escritório de advocacia Pinheiro de D'Arce Pinheiro, pela oportunidade que me fora concedida.

RESUMO

O presente ensaio analisa pormenorizadamente os aspectos mais relevantes e controvertidos do crime de estupro no Direito Penal Brasileiro. Disseca o tipo penal e enfoca especialmente as implicações práticas dos diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre as principais características do crime no Direito Penal. Interpreta as disposições legais referentes ao delito, tanto no âmbito do Direito Penal como na órbita do Direito Processual Penal, de acordo com os princípios constitucionais, principalmente os da liberdade, da isonomia e da legalidade, sob a perspectiva dos costumes vigentes na sociedade. Enfoca, ainda, o tratamento dado ao estupro pelas antigas legislações na maioria das civilizações e a evolução histórica dessas leis até os dias de hoje. Tece comentários acerca de quem, efetivamente, é protegido pela norma do artigo 213 do Código Penal; a respeito da possibilidade do marido cometer estupro contra sua mulher; sobre a validade do consentimento da vítima não maior de 14 (catorze) anos, consumação, natureza da ação penal, dentre outros importantes pontos debatidos na doutrina brasileira. A partir dos métodos dedutivo, histórico-evolutivo e comparativo e por meio de pesquisas em doutrinas — nacionais ou estrangeiras, ainda que pertencentes a outros ramos do Direito —, revistas científicas e jurisprudência, a pesquisa permite ao jurista conhecer as minúcias da infração penal e torna-o apto a interpretar e aplicar a lei penal e processual penal à luz dos princípios constitucionais e dos padrões sexuais considerados normais pela sociedade no caso concreto.

Palavras-chave: Estupro. Crimes sexuais. Liberdade sexual da mulher.

ABSTRACT

The present essay analyzes in a detailed manner the most relevant and controversial aspects of the crime of rape in the Brazilian Penal Law. Dissects the penal notice and focus on specially the practical implications of the various doctrine and case law understandings about the mainly characteristics of the crime in the Penal Law. Interprets the legal rules concerning to the crime as in the Penal Law ambit as in the Penal Procedure Law orbit according to the constitutional principles, mainly the freedom, the isonomy and the legality ones, under the perspective of the usage costumes in the society. Still focus on the treatment given to the rape at the elder laws in the most of civilizations and the historical evolution of those laws until nowadays. Does remarks about who actually is protected by the rule of the Penal Code's article 213; about the possibility of the husband commit rape against his wife; about the validness of a not upper fourteen-year-old victim's agreement, consummation, penal case nature, among others important debated points in Brazilian doctrine. From the deductive, historical-evolution and comparative methods and by the researches in doctrines — national or foreign, even those which belong to others Law's fields —, scientific magazines and case law, the research let the jurist know the penal infraction's nuances and it becomes him/her able to interpret and to apply the penal and penal procedure law according to the constitutional principles and the sexual standards considered normal by the society in the concrete case.

Keywords: Rape. Sexual offences. Woman's sexual freedom.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DENOMINAÇÃO	09
3 ASPECTOS HISTÓRICOS	13
4 GENERALIDADES ACERCA DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES	18
5 BEM JURÍDICO TUTELADO	20
6 SUJEITO ATIVO	22
7 SUJEITO PASSIVO	29
8 CONCURSO DE PESSOAS	34
9 TIPICIDADE OBJETIVA	38
10 TIPICIDADE SUBJETIVA	44
11 CONSUMAÇÃO	46
12 TENTATIVA	47
13 CONCURSO DE CRIMES	49
14 FORMAS QUALIFICADAS	52
15 CASO DE AUMENTO DE PENA	54
16 AÇÃO PENAL	62
17 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	66
18 PROVA DO ESTUPRO	76
19 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA	80
20 CONCLUSÃO	82
BIBLIOGRAFIA	84

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, longe de quaisquer propósitos de apresentar solução conclusiva para o tema, procurou-se analisar o crime de estupro no Direito Penal Brasileiro como um todo, enfatizando-se suas principais características e divergências doutrinárias e jurisprudenciais que gravitam em torno do delito sexual. Com efeito, estudou-se aprofundada e minuciosamente o ilícito penal, bem como se sugeriram soluções práticas e um tratamento jurídico mais adequado a questões polêmicas e controvertidas.

A escolha do tema justificou-se face à magnitude do delito, sua repercussão no meio social e à necessidade de um estudo teórico mais aprofundado.

A pesquisa visou, em última análise, à efetivação da justiça, por meio de uma interpretação mais razoável, e em conformidade com os princípios constitucionais e com os hábitos sexuais acolhidos pela média das pessoas no meio social, das normas jurídicas que tratam ou que estão relacionadas com o estupro.

Especificamente, objetivou-se apresentar soluções mais justas e adequadas às questões debatidas na doutrina e na jurisprudência.

O presente trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica; análise e comparação de doutrinas (nacional e estrangeira) referentes ao tema, ainda que pertencentes a outras áreas do Direito; artigos de revistas científicas e jurisprudência.

Os métodos utilizados foram: o método dedutivo, partindo-se de uma idéia geral do crime de estupro para concluir as conseqüências jurídicas em situações particulares; os métodos histórico-evolutivo e comparativo, para averiguar as origens do estupro e sua evolução nas legislações das principais civilizações e do Brasil, até os dias de hoje.

2 DENOMINAÇÃO

O vocábulo *estupro* vem de *stuprum*, que no direito romano antigo designava todo comportamento sexual anômalo, ou seja, qualquer impudícia praticada no meio social.

Maggiore (1972, p. 52) preconiza ainda que o termo provém provavelmente do grego *tupto*, que significa pancada, batida, golpe, batadura etc.

Nelson Hungria (1959, p. 96-98) enumerou as principais anomalias sexuais aptas a assolar os bons costumes e a moralidade sexual pública, quais sejam: a) exibicionismo; b) erotomania, auto-erotismo ou coito psíquico; c) erotismo; d) onanismo; e) fetichismo; f) mixoscopia; g) triolismo; h) necrofilia; i) gerontofilia; j) zoofilia ou bestialidade; l) coprolagnia; m) edipismo; n) uranismo, amor socrático, pedicção ou pederastia e o) algolagnia.

a) Exibicionismo

O exibicionismo é uma anomalia sexual que se manifesta pela exibição das partes pudendas do corpo, principalmente a pessoas do sexo oposto, ou pela prática de atos de natureza sexual à vista de terceiros.

b) Erotomania, auto-erotismo ou coito psíquico

A erotomania, auto-erotismo ou coito psíquico é a anormalidade sexual segundo a qual a satisfação da libido é realizada por meio de representações eróticas provenientes da psique humana.

c) Erotismo

Denomina-se *satíriase* ou *priapismo* entre os homens e *ninfomania* ou *uteromania* no universo feminino. Consiste na propensão excessiva à sensualidade.

d) *Onanismo*

Onanismo possui dois significados. A palavra vem de Onan, personagem bíblico, hebreu que, por motivos especiais, não queria ter filhos, e, por isso, praticava o coito interrompido com sua mulher, espalhando o seu sêmen pelo chão. É a interrupção do coito antes da ejaculação. Mas a anormalidade sexual se refere à masturbação masculina obsessiva. Por extensão, também pode ser considerada anomalia a obsessiva masturbação feminina.

e) *Fetichismo*

O fetichismo é a anomalia em que o estímulo sexual decorre da visão ou do tato de partes do corpo, ou objetos, de pessoas do sexo oposto. O *pigmalionismo*, uma variante do fetichismo, é a paixão pelas estátuas, bonecos e objetos semelhantes.

f) *Mixoscopia*

Diz-se da excitação sexual mediante a contemplação da volúpia alheia. É também conhecida como *voyeurismo*, palavra que vem do francês *voyeur*, isto é, observador.

g) *Triolismo*

Caracteriza-se pela prática sexual de uma pluralidade de pessoas. É o sexo grupal, tanto envolvendo pessoas de um mesmo sexo como de sexos opostos.

h) Necrofilia

Anomalia consistente no prazer sexual manifestado na relação sexual com cadáveres.

i) Gerontofilia

É a irregularidade sexual consistente na atração sexual de jovens por idosos.

j) Zoofilia ou bestialidade

Manifesta-se pela realização de atos de libidinagem com animais.

l) Coprolagnia

Aquela representada pela excitação sexual através do contato ou olor de matérias fecais evacuadas.

m) Edipismo

Consubstancia-se pela volição exagerada de manter relações sexuais ilícitas entre parentes consangüíneos, afins ou adotivos. É a obsessão pela prática sexual incestuosa.

n) Uranismo, amor socrático, pedicação ou pederastia

Cuida-se do homossexualismo masculino (ativo ou passivo). Entre as mulheres, o homossexualismo é denominado *tribadismo*, *safismo* ou *lesbianismo*.

Nota-se, contudo, que o homossexualismo, atualmente, não é considerado anormalidade sexual, sob o ponto de vista patológico.

o) Algolagmia

É o sentimento que relaciona a dor com o prazer sexual; consiste na vinculação da sexualidade ao sofrimento, sofrido ou imposto a outrem.

Compreende as modalidades passiva, ativa e mista.

Algolagmia passiva, também chamada de *masoquismo*, é aquela em que o prazer sexual é obtido mediante sofrimento físico ou moral.

A forma ativa, conhecida também por *sadismo*, de seu turno, é aquela em que tal prazer é alcançado através do padecimento de terceiro ou por sua visualização.

A algolagmia mista (*sadomasoquismo*), por derradeiro, equivale à fusão das modalidades acima explicadas. (HUNGRIA, 1959, p. 96-98)

Também outras anormalidades que não foram mencionadas eram abrangidas pelo amplo conceito de *stuprum* no direito romano antigo.

Hodiernamente, o estupro está restrito à conjunção carnal forçada, consoante a legislação vigente.

Conjunção carnal, no vernáculo, significa *união da carne*, de sorte que até mesmo o simples ósculo bucal se subsumiria na expressão.

Evidentemente, o conceito não é tão abrangente assim; pelo contrário, restringe-se exclusivamente à relação sexual *secundum naturam*, isto é, à união dos órgãos genitais masculino e feminino.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS

A História registra que, desde os tempos longínquos, o constrangimento de mulher ao congresso carnal sempre foi punido com extrema inclemência. O ofensor era, geralmente, fisicamente castigado ou aplicava-se-lhe a pena capital.

Essa severidade é justificada pelo elevado grau de censurabilidade da ação de violar mulher, utilizando-se de violência ou ameaça grave, haja vista que tal comportamento revela o espírito abjeto e cruel do agente, além de acarretar, na maioria das vezes, traumas psíquicos na ofendida e humilhá-la perante a sociedade.

O Código de Ur-Namu de 2050 a.C., o mais antigo do mundo, já previa a aplicação de penas pecuniárias aos autores de crimes violentos em vez de castigos físicos.

O Código de Hamurabi de 2000 a.C., por sua vez, prescrevia, em seu artigo 130, que “se alguém viola mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre”.

Denota-se, destarte, que o código babilônico incriminava o fato de alguém possuir (pois a norma emprega as expressões *viola mulher* e *tem contato com ela*) mulher virgem (consoante a expressão *ainda não conheceu homem*) que habitasse na casa de seus pais (conforme a expressão *vive na casa paterna*).

A Lei de Moisés proclama que tanto o homem quanto a mulher (virgem e desposada) deverão ser levados à porta da cidade, apedrejados e mortos, caso o coito se tenha realizado na cidade, uma vez que se presumia, nesta hipótese, que não houve resistência por parte da mulher, pois, ao revés, ouvir-se-iam seus gritos e a sua desonra teria sido evitada, e, por isso, deveria ser morta, juntamente com o homem que a deflorou, visto que este violou a mulher do seu próximo. Se, porém, a relação sexual se deu, não na cidade, mas no campo, a pena de lapidação persistirá para o homem, devendo a mulher permanecer ileso, porque, como a violação ocorreu no campo, presumia-se que ela clamou por socorro, mas ninguém a

escutou, de modo que não se poderia evitar a consumação do crime. Na hipótese de a mulher virgem não ser casada, o agente deveria pagar cinquenta siclos de prata ao pai da vítima e casar-se com ela, sendo-lhe proibido rejeitá-la até o dia de sua morte.

Ainda, a Lei Mosaica pune com a morte o adultério e proíbe o incesto.

Eis o que a lei preceitua *in verbis*:

Se se encontrar um homem dormindo com uma mulher, todos os dois deverão morrer: o homem que dormiu com a mulher, e esta da mesma forma. Assim, tirarás o mal do meio de ti.

Se uma virgem se tiver casado, e um homem, encontrando-a na cidade, dormir com ela, conduzireis um e outro à porta da cidade e os apedrejareis até que morram: a donzela, porque, estando na cidade, não gritou, e o homem por ter violado a mulher do seu próximo. Assim tirarás o mal do meio de ti. Mas se foi no campo que o homem encontrou a jovem e lhe fez violência para dormir com ela, nesse caso só ele deverá morrer, e nada fareis à jovem, que não cometeu uma falta digna de morte, porque é um caso similar ao do homem que se atira sobre o seu próximo e o mata: foi no campo que o homem a encontrou; a jovem gritou, mas não havia ninguém que a socorresse.

Se um homem encontrar uma jovem virgem, que não seja casada, e, tomando-a, dormir com ela, e forem apanhados, esse homem dará ao pai da jovem cinquenta siclos de prata, e ela tornar-se-á sua mulher. Como a deflorou, não poderá repudiá-la em todos os dias de sua vida.

Ninguém desposará a mulher de seu pai, nem levantará a cobertura do leito paterno. (DEUTERONÔMIO 22 : 22-30).

No Egito, cominava-se ao estuprador a pena de mutilação.

Na Grécia Antiga, o ofensor era punido com multa e, posteriormente, com a morte.

No direito romano, conforme já foi dito, o vocábulo *stuprum*, em sentido amplo, designava qualquer congresso carnal ilícito e, *stricto sensu*, o concubito com mulher virgem ou não casada, mas honesta. (HUNGRIA, 1959, p. 115)

A *Lex Julia de vi publica* previa a pena capital para os delitos carnais. A *Lex Julia de adulteris*, por seu turno, empregava o termo tanto para designar o estupro (propriamente dito) como para se referir ao adultério. Distinguiram-se, posteriormente, porém, as duas figuras delitivas, de modo que o *stuprum* foi tipificado como sendo a conjunção carnal ilícita com mulher virgem ou viúva honesta, cometida sem violência, enquanto o *adulterium* era a prática sexual ilícita com

mulher casada. Logo, o estupro era toda união sexual ilícita, com mulher não casada. (MOMMSEN, p. 420 apud FRAGOSO, 1962, p. 492)

O estupro sempre foi considerado crime contra a honra da mulher no direito germânico. Por isso, mister se fazia a honestidade da mulher, de sorte que as mulheres dissolutas e mais licenciosas não eram tuteladas pelo direito penal, ficando sujeitas à violência carnal.

Aplicava-se a pena de decapitação ou de enterramento com vida do sujeito ativo, com ou sem empalamento. (SIQUEIRA, 1951, p. 231)

Também as antigas leis espanholas: a do *Fuero Viejo*; as do *Fuero Real* e das *Partidas* previam a pena de morte ao autor de estupro.

A do *Fuero Viejo* ou punia com a morte o estuprador, ou o castigava com a *declaración de enemestad*, que concedia aos parentes da ofendida o poder de tirar a vida do ofensor.

Nessa mesma linha de crueldade, eram as antigas leis inglesas, as quais infligiam pena de morte ao autor do delito. Tal sanção foi substituída, com o passar do tempo, pela ablação do membro viril do agente e pelo vazamento de seus olhos.

No antigo direito francês, havia distinção entre estupro e rapto violento. O primeiro caracterizava-se pelo emprego de força contra virgem ou viúva, com o fito de ter conjunção carnal, enquanto o último se configurava pela subtração violenta de virgens ou viúvas, com o fim de abusar delas. Veja-se que o que realmente os diferenciava era a condução da vítima de um lugar para o outro. Esse entendimento permaneceu até o Código de 1791. O rapto violento e o estupro, entretanto, foram totalmente diferenciados com o advento do Código de 1810, o qual preceituava que o rapto era a subtração de menor, constituindo só esse fato crime; se houvesse estupro, este seria punido como delito distinto, concepção que inspirou nosso Código de 1940.

No direito comum, o estupro só poderia ser cometido contra mulher honesta. Assim, as penas eram abrandadas caso a vítima fosse libertina. É o caso

da Prússia, em 1721, da Baviera, em 1751 e da Áustria, em 1768. (SIQUEIRA, 1951, p. 231)

Hesitava-se sobre a possibilidade de haver conjunção carnal forçada se houvesse resistência séria por parte da mulher e, em virtude disso, a violência carnal era punida somente se a ofendida fosse amarrada, ou ameaçada por armas letais, ou, ainda, na prática do crime houvesse concurso de pessoas. Tal limitação, contudo, foi suprimida da lei, com o *Costume Geral da Prússia*.

Para o direito canônico, apenas a mulher virgem poderia ser vítima desse delito. A mulher deflorada, por sua vez, não podia ser sujeito passivo do crime *sub examine*. Exigia-se, ainda, violência para sua configuração. Registre-se que o direito canônico reprimia até mesmo o desejo e os pensamentos libidinosos.

As Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas cominavam a pena de morte para o crime de estupro, seja a vítima mulher honesta, seja meretriz.

As Ordenações Filipinas descreviam o ilícito penal desta forma: “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher”.

O Código Criminal de 1830, no capítulo dos crimes contra a segurança da honra, compreendia o coito com mulher virgem, menor de 17 anos (art. 219), a cópula, mediante violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta (art. 222) e a sedução de mulher honesta, menor de 17 anos, com cópula carnal (art. 224). A pena do estupro, mediante violência ou ameaça, era a mais grave: prisão de 3 a 12 anos e, cumulativamente, dote da ofendida. O art. 222 estabelecia a redução da pena para 1 mês a 2 anos se a vítima fosse prostituta. (SIQUEIRA, 1951, p. 232)

O Código Republicano de 1890, por sua vez, foi mais benigno, pois estipulava a pena de prisão celular, de 1 a 6 anos e dote. Tratando-se, contudo, de estupro cometido contra meretriz, a pena era reduzida para 6 meses a 2 anos.

O Código Penal Brasileiro de 1940, por derradeiro, dispõe que constitui crime de estupro o fato de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, de acordo com a redação do artigo 213 do referido diploma legal. Tal dispositivo inaugura o Capítulo I do Título VI da Parte Especial, que trata dos crimes contra os costumes e dos crimes contra a liberdade sexual, tendo em vista que, certamente, é o mais grave dos delitos dessa natureza. O

preceito secundário da mencionada norma penal incriminadora estipula pena de reclusão, de 6 a 10 anos àqueles que praticarem a conduta descrita no preceito primário da norma penal incriminadora.

4 GENERALIDADES ACERCA DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

O Título VI do Código Penal trata dos delitos que atentam contra os *costumes* e é composto por seis Capítulos:

a) Capítulo I — dos crimes contra a liberdade sexual [estupro (art. 213); atentado violento ao pudor (art. 214); posse sexual mediante fraude (art. 215); atentado ao pudor mediante fraude (art. 216); assédio sexual (art. 216-A)];

b) Capítulo II — da corrupção de menores [corrupção de menores (art. 218)];

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

d) Capítulo IV — disposições gerais [qualificadoras (art. 223); presunção de violência (art. 224); ação penal (art. 225); causas majorantes (art. 226)];

e) Capítulo V — do lenocínio e do tráfico de pessoas [mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227); favorecimento da prostituição (art. 228); casa de prostituição (art. 229); rufianismo (art. 230); tráfico internacional de pessoas (art. 231); tráfico interno de pessoas (art. 231-A)];

f) Capítulo VI — do ultraje público ao pudor [ato obsceno (art. 233); escrito ou objeto obsceno (art. 234)].

Os *costumes*, em sentido amplo, são fontes do Direito, sendo aplicados na solução de controvérsias, caso haja lacuna na lei e a lide não possa ser resolvida pela analogia, conforme se infere do disposto no artigo 4º do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil).

São condutas praticadas reiteradamente por um determinado número de pessoas, num espaço de tempo e lugar, com cunho de obrigatoriedade.

Os *costumes* a que se refere o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil são os denominados *costumes praeter legem*, os quais têm a finalidade de suprir as lacunas legais.

Existem também os costumes *secundum legem*, que já foram erigidos em lei, perdendo, por isso, a característica de costume propriamente dito; e os costumes *contra legem* ou *ab-rogatórios*, ou seja, aqueles que se opõem à lei, tornando-a inaplicável. (VENOSA, 2004, p. 43-44)

No entanto, o objeto de tutela penal restringe-se somente aos hábitos sexuais acolhidos pela média das pessoas. Logo, os rotulados crimes contra os costumes concernem aos crimes sexuais.

Como os padrões sexuais tidos como normais são determinados pela sociedade, conforme o lugar, e são dinâmicos, isto é, sofrem constantes mudanças com o decorrer do tempo, faz-se necessário interpretar as normas que tipificam delitos sexuais à luz dos comportamentos sexuais reinantes na sociedade à época do fato criminoso. Característica de tais delitos é a contingencialidade de seu bem jurídico tutelado.

Deve-se evitar a interpretação apenas literal ou gramatical desses dispositivos, sob pena de exegese anacrônica.

5 BEM JURÍDICO TUTELADO

Art. 213 — Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

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

O bem jurídico tutelado pelo artigo 213 do CP é a liberdade sexual da mulher, isto é, a prerrogativa que a mulher tem de dispor do próprio corpo, elegendo a pessoa com quem deseja manter relação sexual, assim como o direito de escolher o momento da realização de tal ato.

No dizer de Ney Moura Teles (2004, p.50), “o bem jurídico protegido é a liberdade sexual da mulher. A liberdade que ela tem de escolher quando, como, onde e com quem exercerá sua sexualidade.”

A ofensa a esse bem jurídico revela o espírito de depravação do agente, bem como sua repugnância e primitivismo, uma vez que até mesmo entre os animais a vontade de copular da fêmea é respeitada, tendo em vista que os machos a procuram (para esse fim) quando ela se encontra no cio, ou seja, no momento em que está predisposta ao coito; e abstêm-se do ato perpetuador quando a fêmea o recusa. (NORONHA, 1943, p. 13)

A ofendida, na maioria das vezes, suporta danos morais e traumas psicológicos seríssimos, que a levam, às vezes, ao suicídio, no dizer de Rogério Greco (2006, p. 515):

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.

Destarte, forçar uma mulher à conjunção carnal, quer ameaçando-a de forma grave, quer violentando-a, denota um comportamento extremamente censurável e merecedor, portanto, de severa repressão penal, que pode ser constatada em nosso ordenamento jurídico, já que o preceito incriminador

secundário do artigo 213 do CP comina pena de reclusão, de 6 a 10 anos, além de ser considerado crime hediondo, segundo dispõe o artigo 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90, tendo, por isso, tratamento penal mais rigoroso, conforme estabelece a própria Lei de Crimes Hediondos.

6 SUJEITO ATIVO

O crime de estupro pode ser praticado por qualquer pessoa do sexo masculino, uma vez que somente ao homem é possível constringer mulher à conjunção carnal. A mulher, portanto, não pode ser sujeito ativo do crime previsto no artigo 213 do Código Penal, pois lhe falta instrumento anatômico idôneo para ter conjunção carnal com outra mulher, qual seja: o pênis. Como a conjunção carnal pressupõe a união dos órgãos genitais masculino e feminino, não há falar-se em conjunção carnal entre mulheres nem, por via de consequência, em estupro praticado por mulheres. Nada obsta, contudo, que a mulher seja co-autora, haja vista que pode realizar atos executórios do delito em comento, o que será objeto de análise no momento oportuno (capítulo 8).

Luiz Regis Prado (2001, p. 195), entretanto, admite a possibilidade de, excepcionalmente, a mulher ser sujeito ativo do crime de estupro na seguinte hipótese: quando a mulher, mediante coação moral irresistível, faz com que um homem (coagido) constranja alguém do sexo feminino à conjunção carnal, pois, nesta situação, segundo o doutrinador, se afirma que o sujeito ativo é uma pessoa do sexo feminino, já que somente o coator é punido pelo crime praticado, nos moldes do artigo 22 do Código Penal.

Assevera, ainda, que “quando a mulher constrange o homem a praticar com ela conjunção carnal, o crime praticado é o de atentado violento ao pudor.” (PRADO, 2001, p. 195).

A justificativa apresentada para sustentar esse pensamento é a de que, antes da realização da conjunção carnal propriamente dita, o membro viril do sujeito passivo tem contato com a vulva da autora, o que expressaria a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal e, por conseguinte, o crime de atentado violento ao pudor.

No primeiro caso, a mulher é autora mediata do crime, porquanto se utiliza de um terceiro como instrumento de sua vontade, de modo que é isento de

pena o executor do fato, nos termos do artigo 22 do Estatuto Penal, haja vista que a ação é típica, ilícita, mas o agente não é culpável.

Na hipótese do constrangimento à conjunção carnal ser perpetrado pela mulher contra o homem, porém, há entendimento doutrinário no sentido de que a conduta configura o crime de constrangimento ilegal, descrito no artigo 146 do CP. (GRECO, 2006, p.528)

Segundo o magistério de Rogério Greco (2006, p. 528), não se trata de atentado violento ao pudor porque o tipo penal exige a prática ou a permissão da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal para a caracterização do delito. Por óbvio, malgrado a conjunção carnal seja um ato de libidinagem, não é ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Destarte, interpretar a o artigo 214 estendendo o seu alcance para abranger também o constrangimento à conjunção carnal implicaria a violação do princípio da legalidade, mais precisamente, do postulado da reserva absoluta de lei.

Logo, por esse raciocínio, o contato do pênis com a vulva, por si só, não tem o condão de amoldar o fato ao referido tipo penal, se a *meta optata* pelo agente é o coito vagínico, pois a cópula vulvar constitui seu corolário, ou seja, faz parte do desmembramento lógico da conjunção carnal, não podendo, por isso, ser destacada e considerada isoladamente como conduta caracterizadora de atentado violento ao pudor, porque os atos libidinosos que estão compreendidos no desenrolar lógico da cópula vaginal devem ser absorvidos por esta. Caso ocorram atos libidinagem fora da atividade “normal” desenvolvida para a obtenção da conjunção carnal como, por exemplo, a felação ou o coito anal, haverá atentado violento ao pudor.

Trata-se de constrangimento ilegal (CP, art. 146) porque a mulher constrange o homem a fazer o que a lei não manda, mediante violência, grave ameaça ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência.

Indaga-se, ainda, no que tange ao sujeito ativo, “se é reconhecível o estupro no caso da mulher que, provida de clitóris hipertrófico, constrange outra ao amor sáfico.” Neste caso, o crime é de atentado violento ao pudor, visto que o

clitóris, ainda que hipertrófico, não é apto a realizar conjunção carnal. (HUNGRIA, 1959, p. 125)

O posicionamento majoritário da doutrina é de que o hermafrodita, em regra, não pode estuprar.

Como ensina Noronha (1943, p.39), “o nome vem de ‘Hermafroditus’, filho de Hermes ou Mercúrio e de Vênus Afrodite, produto híbrido apresentando concomitantemente os traços do pai e da mãe.”

Inexiste, todavia, o denominado hermafrodita perfeito (aquele que possui, a um só tempo, dois órgãos genitais perfeitamente formados, sendo um de cada sexo). Impossível é a coexistência de pênis e clitóris; não obstante, a possibilidade de coexistirem órgãos masculinos e femininos, desde que atrofiado algum deles (pseudo-hermafroditismo). É o que se verifica no indivíduo que tem, por exemplo, um testículo e um ovário. Tal fenômeno é chamado de hermafroditismo verdadeiro por alguns cientistas e apenas ocorre com órgãos duplos, já que os órgãos singulares, por sua vez, só podem ser de um sexo.

O embrião é assexuado até o segundo mês, segundo revela a embriologia, de forma que, após esse período, se inicia a diferenciação de sexo.

O sexo masculino é determinado pela total atrofia dos canais de Müller, enquanto o feminino se dá pela atrofia dos canais de Wolff. Não havendo completa atrofia de um desses canais, afirma-se tratar-se de um hermafrodita.

Anote-se que a ciência tem observado a existência de mulheres com clitóris e lábios bastante desenvolvidos, estes encerrando por ectopia os ovários, havendo ainda, aderência em parte dos grandes lábios, aparentando homens hipospádicos; assim como de homens providos de pênis de dimensões exíguas, com criptorquidia ou anorquidia e hipospadia, dando a aparência de órgãos sexuais de mulher, no dizer de Magalhães Noronha (1943, p. 39-40).

Os pseudo-hermafroditas são classificados da seguinte forma: a) androgínicos (regulares e irregulares) e b) ginandros (regulares e irregulares)

Os androgínicos regulares são homens que externamente parecem mulheres ao passo que os irregulares são homens com formação feminina duvidosa.

Por seu turno, ginandroides regulares consistem em mulheres que parecem homens enquanto os irregulares são mulheres com formação masculina duvidosa. (NORONHA, 1943, p. 40)

Conclui-se, dessa forma, que os ginandroides, regulares ou irregulares, não podem figurar como autor de estupro, ainda que detenham clitóris hipertróficos, pois os mesmos não são aptos à conjunção carnal. Já os androgínicos, regulares ou irregulares, podem estuprar, porque, mesmo que possuam pênis exíguos, lhes é possível o congresso sexual natural.

Quanto à possibilidade de o marido cometer o crime de estupro contra sua mulher, a doutrina é divergente.

Parte da doutrina entende não ser possível o marido figurar como sujeito ativo, sob o argumento de que, com o casamento, os cônjuges assumem deveres recíprocos, dentre os quais, a prestação sexual, tratando-se, portanto, de cópula lícita, mesmo que obtida com o emprego de violência ou grave ameaça.

O Código Canônico vem reforçar a idéia retrotranscrita ao prescrever: *matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio proles; secundarium mutuum adiutorium est remedium concupiscentiae* (cân. 1.013, § 1º), admitindo expressamente a relação sexual *intra matrimonium*.

Dessa forma, ao usar de violência para ter conjunção carnal com sua esposa ou ameaçá-la para tanto, o marido estaria exercendo regularmente um direito seu (CP, art. 23, III), de modo que o fato seria típico, mas não antijurídico.

Há também corrente doutrinária no sentido de admitir o marido como autor do ilícito penal somente nos casos em que a recusa da mulher for justificada, ou seja, dependendo das circunstâncias em que o constrangimento à cópula se deu, o marido poderá ser agente da infração. Logo, para os adeptos desta corrente, o marido, via de regra, não comete estupro contra sua mulher; responderá, todavia, como autor do delito quando a mulher justificadamente se recusar ao ato sexual e ele obrigá-la a ter conjunção carnal.

É considerada justificada ou legítima a recusa quando, *verbi gratia*, o marido estiver contaminado com alguma doença venérea, quando a mulher estiver menstruada etc. Se a recusa se der por mero capricho ou fricote da mulher, não haveria crime de estupro.

Existe, por fim, o entendimento, preconizado pela maioria dos doutrinadores, de que o marido poderá perfeitamente ser agente do crime de estupro, sendo irrelevante o motivo que ensejou a recusa à conjunção carnal por parte da mulher.

Assim, em qualquer circunstância, o marido que constranger sua mulher à conjunção carnal, por meio de violência ou grave ameaça, pratica o crime do artigo 213 do Código Penal.

Diante da dissensão doutrinária, convém analisar cada posicionamento, tecendo-lhe o respectivo comentário.

A primeira corrente se traduz num juízo anacrônico a respeito da hipótese levantada.

Se, por um lado, a relação sexual entre cônjuges é uma obrigação para ambos, advinda do matrimônio, visto que está inserida no dever de coabitação, prevista no inciso II do artigo 1.566 do Código Civil; por outro, o inciso V do referido dispositivo legal impõe o dever de respeito e consideração mútuos, o qual é, obviamente, infringido com a realização de violência ou grave ameaça de um cônjuge contra o outro, pois é inconcebível falar em respeito e consideração para com a esposa se o marido a violenta sexualmente.

Não há, dessarte, exercício regular de um direito porque a lei não confere ao marido o direito de forçá-la à cópula no momento que lhe aprouver.

A lição de Celso Delmanto (2002, p. 459) vem corroborar essa idéia:

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

Uma vez equiparada ao homem em direitos e deveres pela Constituição Federal (art. 5º, I), a mulher deve ser encarada como sujeito de direitos, não podendo o legislador pretender submetê-la à violência do marido.

A mulher não pode ser considerada objeto de satisfação sexual do marido. Ela tem vontade própria e detém faculdades (dentre as quais, a de manter relações sexuais apenas quando estiver disposta) que devem ser respeitadas, inclusive pelo marido, o qual, insatisfeito com a recusa da esposa, poderá valer-se dos mecanismos processuais próprios para fazer cessar sua insatisfação e inconformismo, uma vez que o débito conjugal — considerado descumprimento de dever matrimonial — enseja a separação judicial.

Outro ponto aduzido por esta corrente que merece ser rebatido é a fundamentação da impossibilidade de autoria do marido no Código Canônico.

Na realidade, o fato de o *Codex Juris Canonici* autorizar a relação sexual dentro do casamento, para fins de procriação, primordialmente, e, secundariamente, para desafogar a concupiscência, não significa dizer que permite, de igual modo, para atingir tais fins, a violência sexual no matrimônio.

Ademais, o Código Canônico tem cunho religioso e, por essa razão, deve ser interpretado à luz da Bíblia, sua fonte de emanção primária, cujo preceito maior é o amor ao próximo (Levítico 19,18; Mateus 22, 34-40; Marcos 12, 28-34; Lucas 10, 25-28 e em várias de suas passagens).

Ora, se a lei manda amarmo-nos mutuamente, e o comando alcança terceiros desconhecidos e até mesmo inimigos — enfim, toda pessoa humana; com muito mais razão, um cônjuge deve amar o outro, sendo-lhes vedada a prática de qualquer tipo de violência entre si, inclusive a violência carnal.

Por esses motivos, a corrente mostra-se equivocada.

A segunda posição doutrinária, por sua vez, apresenta solução mais justa à questão, embora não seja a mais adequada.

Há, aqui, a defesa da admissibilidade do marido ser sujeito ativo em determinadas situações, dependendo das circunstâncias, isto é, quando houver justificada recusa da mulher.

Embora seja um avanço significativo em relação à primeira corrente, esse entendimento não é digno de prosperidade, já que não parece razoável conceder ao marido a prerrogativa de constranger sua mulher à prática de relações sexuais em certas ocasiões.

Ainda que injustificada a recusa da mulher, esta deve sempre ter tutelada sua liberdade sexual. A disposição de seu próprio corpo é uma faculdade sua, de sorte que a lei deve protegê-la, proibindo comportamentos tendentes a elidi-la, pouco importando se o ofensor é o cônjuge.

É inadmissível a permissão de lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal em virtude da condição de cônjuge do executor e da existência de recusa injustificada da relação sexual.

Aceitar esse posicionamento importaria flagrante ofensa ao direito de liberdade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, ambos paradigmas na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput* e inciso II e artigo 1º, inciso III, respectivamente.

Ante o exposto, conclui-se que o entendimento de que o marido, independente de qualquer circunstância, pode ser sujeito ativo de estupro é o mais acertado, devendo, portanto, prevalecer sobre os demais. É o posicionamento atualmente dominante, tanto na doutrina quanto na seara jurisprudencial.

A Lei nº 11.106, de março de 2005, veio pôr fim à celeuma, uma vez que passou a punir mais severamente, com aumento de pena de metade, o estupro praticado pelo marido contra a mulher, ao dar nova redação ao inciso II, do art. 226, do CP. (MIRABETE, 2006, p. 407)

Ademais, com o advento da Lei nº 11.340/2006, o estupro eventualmente cometido pelo marido contra a mulher insere-se no conceito legal, consoante seus artigos 5º e 7º, de violência doméstica ou familiar contra a mulher, dando ensejo, entre outras conseqüências jurídicas, às medidas protetivas de urgência elencadas na sobredita lei.

7 SUJEITO PASSIVO

Extrai-se da análise do artigo 213 do Código Penal que somente a mulher pode ser sujeito passivo do crime em tela, já que o tipo emprega a expressão *constranger mulher à conjunção carnal*, de modo que tão-somente alguém do sexo feminino pode ser constrangido à conjunção carnal e, conseqüentemente, ser vítima deste delito.

Além da exigência legal, a impossibilidade de alguém que não seja do sexo feminino ser vítima de estupro é decorrência de um raciocínio lógico que se faz quando do estudo do sujeito ativo do estupro. Isto se dá porque, se apenas o homem pode ser autor do crime em apreço e este crime somente se perfaz com a realização de conjunção carnal, não há como o homem constranger alguém do sexo masculino à conjunção carnal, a qual só se concretiza com a presença de uma mulher.

No caso de um homem molestar sexualmente outro homem, o delito é o de atentado violento ao pudor (CP, art. 214).

Faz-se mister, aqui, analisar o que se entende por *mulher* para fins penais, quer dizer, qual o conceito de *mulher* no Direito Penal.

O sexo de um indivíduo deve ser analisado sob os aspectos cromossomial, da genitália interna, da genitália externa, da cromatina sexual ou sexo cromatínico, do sexo psíquico ou comportamental e do sexo da identificação.

É mulher, assim, quem apresenta par de cromossomos XX, útero, ovário, vulva, clitóris, vagina e cromatina celular. Além disso, o sexo de alguém deve ser verificado sob a perspectiva psíquica ou comportamental, ou seja, necessária é também a identificação que o indivíduo faz de si mesmo e que se reflete no seu comportamento. O sexo de identificação é aquele apontado nos documentos oficiais de identificação pessoal.

Essas análises para definir alguém como sendo do sexo feminino são importantes para determinar se certas pessoas podem ser vítimas de estupro, mesmo não sendo mulheres sob os aspectos cromossomial, da genitália interna, da

genitália externa, da cromatina sexual ou do sexo de identificação, mas sendo mulheres sob o aspecto psíquico.

É pacífico o entendimento de que o homem homossexual não pode ser sujeito passivo do estupro. Contudo, ponto controvertido na doutrina e jurisprudência é a possibilidade daquele que se submeteu a uma cirurgia de mudança de sexo ser vítima do crime.

Há dois posicionamentos perfeitamente defensáveis. Uns entendem inadmissível o transexual ser vítima de estupro porque, embora lhe seja construída uma *neovagina* pelo ato cirúrgico, ele continua sendo um homem para todos os efeitos, pois, uma vez nascido homem, ele o será perpetuamente, independentemente de se ter submetido a uma cirurgia modificativa de sexo, de modo que, a partir desse momento, passa a ser um homem com o sexo alterado, não havendo, por isso, possibilidade de ser estuprado, não obstante ser possível que um homem o compila à conjunção carnal (eis que se tornou detentor de uma “vagina” depois da aludida cirurgia), já que o sujeito passivo deve ser, necessariamente, mulher, segundo a exigência legal.

Outros, por outro lado, defendem que o homem que mudou de sexo pode ser vítima de estupro, independentemente de ser, de fato, um homem, pois, além de ser possível que haja cópula vaginal com “ele”, o indivíduo deve ser considerado, não só sob os aspectos já apontados, mas também sob o aspecto psicossocial, isto é, sob o modo como o sujeito se vê e é visto pela sociedade. Assim, se o sujeito sente-se como mulher, comporta-se como uma pessoa do sexo feminino, ostenta uma *neovagina* e a sociedade o considera como mulher, embora não o seja, visto que nasceu homem, ele pode ser sujeito passivo de estupro.

Perfilha-se à segunda corrente, haja vista que, malgrado o sujeito seja, de fato, homem, ele pode ser compelido ao congresso carnal natural, já que tem órgão genital feminino (ainda que artificial), em virtude da cirurgia que realizara, além de ser tido como mulher pelo meio social em que vive, sentir-se e comportar-se como mulher e, por fim, ter direito a alterar o seu nome, segundo o entendimento jurisprudencial predominante, não havendo, em razão disso, justificativa para negar que o transexual possa figurar como sujeito passivo do crime do artigo 213 do Código Penal.

No entanto, essa discussão não tem muita importância prática, porque, adotando uma ou outra posição, a liberdade sexual do transexual não deixará de ser tutelada pelo Direito Penal, pois se se entender possível a sujeição passiva do transexual no crime de estupro, ele terá sua liberdade sexual protegida pelo artigo 213 do Código Penal, assim como se se defender o contrário, o transexual continuará tendo sua liberdade sexual tutelada, não pelo art. 213, mas pelo art. 214 do Estatuto Penal, cuja pena cominada em abstrato é a mesma do estupro (6 a 10 anos), bem como recebe o mesmo tratamento no processo penal e na execução da pena, à medida que ambos são crimes hediondos (arts. 1º, V e VI, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), insuscetíveis de anistia, graça e indulto (art. 2º, I e II, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), suscetíveis de decretação de prisão temporária (art. 1º, III, *f e g*, da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989), por prazo de 30 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) etc.

Trata-se, portanto, de discussão meramente acadêmica. No momento atual, ganhará, porém, relevância numa eventual modificação legislativa da penologia desses crimes.

O sujeito passivo do crime de estupro, destarte, é a mulher e o transexual que se submeteu à cirurgia modificativa de sexo, sendo irrelevante suas características ou qualidades pessoais, de forma que não se leva em consideração a honestidade sexual da vítima para a configuração do delito porque a lei não faz distinção.

Dessa forma, qualquer mulher pode ser vítima do ilícito penal *sub examine*, ou seja, a norma penal protege a mulher virgem, deflorada, honesta, recatada, libertina, prostituta, impudica, incorruta, devassa, monja, solteira, casada, viúva, separada, divorciada, velha ou moça.

Inconsistente, portanto, é o argumento de que a meretriz não pode ser vítima do crime de estupro, por não ter honra a ser tutelada, haja vista que o objeto jurídico desse crime é a liberdade sexual da mulher, não a honra. Além disso, esse argumento não é plausível porque não há ser humano que seja integralmente desonrado, de modo que mesmo as prostitutas podem ser vítimas de crimes contra a honra (calúnia — art. 138 do CP; difamação — art. 139 do CP e injúria — art. 140 do CP) quando a ofensa se referir à parcela da honra que ainda lhes é íntegra.

Ainda, o hermeneuta não pode fazer distinção quando a lei não a faz; assim, se a lei não ressaltou que a mulher sexualmente desonesta não está penalmente amparada, não compete ao intérprete fazê-lo. Por fim, essa interpretação é inconstitucional, uma vez que afronta diretamente o princípio da isonomia consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pois dá tratamento desigual a determinadas pessoas.

Nelson Hungria (1959, p. 125) posiciona-se no sentido de admitir a prostituta como sujeito passivo de estupro, desde que o estuprador seja punido de forma menos rigorosa, pois, para o doutrinador, a mulher que se encontra mercadejando o corpo, deve ter protegido, assim como ocorre com as demais mulheres, o direito de dispor do próprio corpo, não podendo ficar à mercê dos que a solicitam. Todavia, o constrangimento da prostituta ao coito normal não pode ter o mesmo tratamento penal que o constrangimento de uma mulher honesta (sexualmente considerada) à conjunção carnal, pois, para esta, haverá maior aviltamento do que para aquela. A mulher honesta, além da violência sofrida, carregará a mancha do opróbrio de ter sido estuprada por toda sua vida, ao passo que com a meretriz isso não ocorre. Por isso, a lei deveria cominar pena inferior ao estupro cometido contra prostituta, como fez o Código de 1890.

Contudo, andou bem o legislador em não fazer a aludida distinção, já que isso implicaria a inconstitucionalidade do dispositivo por ferir o princípio da igualdade. Inadmissível seria, ainda, que o legislador mensurasse os efeitos deletérios do cometimento do delito para a prostituta, determinando-os, genericamente, inferiores à nocividade da conduta criminosa perpetrada contra a mulher honesta. As conseqüências do ilícito penal para a vítima devem ser levadas em consideração casuisticamente no momento da fixação da pena base, tendo em conta as circunstâncias e conseqüências do crime, nos termos do artigo 59 do Código Penal. Logo, é equivocada a idéia de que toda vez, sem exceção, uma prostituta será menos aviltada do que uma mulher honesta no caso de estupro. Isto nem sempre ocorrerá, devendo ser analisado no caso concreto. Demais, a exegese ensina que a lei deve ser geral e abstrata, isto é, em termos simples, vale para todos indistintamente, não podendo ser criada, com o fim de proteger apenas certas pessoas.

Em suma, qualquer mulher é tutelada pela norma penal em comento, pouco importando a sua honestidade, sob o ponto de vista sexual.

8 CONCURSO DE PESSOAS

Constitui causa de aumento de pena (CP, art. 226, I).

O crime de estupro é unissubjetivo ou de concurso eventual, ou seja, pode ser praticado por apenas uma pessoa, não havendo óbice, porém, de ser cometido por uma pluralidade de pessoas.

Concurso de pessoas significa a reunião de pessoas para a prática de um crime, o que pode eventualmente ocorrer no delito de estupro.

O artigo 29 do Código Penal regula a co-delinquência da seguinte maneira:

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

Concorrer quer dizer convergir para o mesmo ponto; cooperar; contribuir; auxiliar; ajudar; ter a mesma pretensão de outrem etc.

Autoria é caracterizada pela execução do verbo contido no tipo penal; participação, pela contribuição moral ou material para a concretização do núcleo do tipo.

A co-autoria é a reunião de autores.

O concurso de agentes pode tanto se dar pela co-autoria como através da participação acessória ou secundária.

Como o Código Penal adotou a teoria restritiva, a qual separa a autoria da participação acessória, restringindo, desse modo, o conceito de autor àquele que realiza efetivamente a conduta reitora do tipo penal ou que tem nas mãos o domínio final do fato (teoria objetiva final, objetiva-subjetiva ou do domínio do fato), este recebe tratamento mais severo que o partícipe, consoante o disposto no artigo 29, § 1º, do Código Penal, deve-se verificar se é possível a co-autoria no crime de estupro ou se apenas a participação secundária é admissível, tendo em vista que se está

diante de um delito de mão-própria¹, que exige do agente um comportamento pessoal e de forma direta.

A aludida análise se faz necessária porque serão complementemente diferentes as conseqüências para o réu se se adotar um ou outro posicionamento. Dessa forma, entendendo-se possível somente a participação acessória, o concorrente terá, necessariamente, sua pena abrandada de 1/6 a 1/3, como manda o § 1º do artigo 29 do Código Penal. Vale frisar que, embora o legislador tenha empregado a palavra *pode* na redação do artigo 29, § 1º, do CP, não se trata de faculdade do juiz, mas de obrigação de reduzir a pena quando verificar a participação acessória, referindo-se o termo a uma faculdade que o magistrado tem no tocante ao *quantum* da pena.

Celso Delmanto (2002, p. 460) é vexilário da opinião segundo a qual apenas se pode ter participação secundária no delito de estupro: “Pode haver. Apenas na hipótese de participação só secundária ou acessória (e não auxílio à própria execução do crime).”

Paulo José da Costa Júnior (1990, p. 102), entretanto, sustenta a admissibilidade de co-autoria: “Somente como co-autora poderá a mulher responder por crime de estupro.”

Deve prevalecer, no entanto, o posicionamento de que no estupro é possível tanto a participação acessória quanto a co-autoria, desde que, em ambas situações, haja um homem presente; do contrário, não haveria conjunção carnal e, conseqüentemente, não se cogitaria a prática de estupro.

Os co-autores ou partícipes podem ser do sexo masculino ou feminino.

O homem pode ser partícipe quando, por exemplo, facilitar o encontro do estuprador com a vítima, prestando informações àquele de que ela estaria sozinha em determinado local e em determinado horário; bem como co-executor na hipótese de encostar uma arma de fogo na cabeça da vítima e ameaçar tirar-lhe a vida se ela não se entregar a um terceiro.

Importante esclarecer que a co-execução diz respeito ao verbo *constranger*, não ao verbo *copular*. Sem receio de dizer o óbvio, a lei emprega o

¹ Entende-se por delito de mão própria aquele que só pode ser cometido pelo autor em pessoa e de forma direta (PRADO, 2002, p. 210).

verbo *constranger* mulher à conjunção carnal, não *manter* conjunção carnal. No exemplo supracitado, dessarte, o sujeito é considerado co-autor por ter realizado ato executório do crime, qual seja: ter constrangido a vítima à conjunção carnal (com outrem), mediante grave ameaça.

Neste diapasão, a mulher também pode ser tanto partícipe como co-autora.

Será partícipe na situação em que, por exemplo, instigar um homem a cometer o crime descrito no artigo 213 do CP (desde que a instigação não influencie direta e decisivamente na ação do executor — situação em que será considerada co-autora ou partícipe, de acordo com a sua culpabilidade), sendo, contudo, co-autora quando imobilizar a vítima, aplicando-lhe força física, para que seu comparsa (do sexo masculino — evidentemente) mantenha relação sexual dita normal com a ofendida.

A doutrina diverge também no que toca à hipótese de “curra”.

Curra consiste no fato de mais de uma pessoa do sexo masculino ter relação sexual *secundum naturam*, empregando violência física ou psicológica contra a mulher, num mesmo contexto fático. Exemplifique-se: três pessoas, unidas pelo mesmo liame subjetivo, com identidade de propósito, resolvem estuprar a vítima. Dessa forma, enquanto dois a seguram, o terceiro leva a efeito a penetração, havendo entre eles um “rodízio criminoso” (GRECO, 2006, p. 528).

Uma primeira corrente defende a existência de um único crime de estupro em concurso de pessoas, respondendo todos os agentes por um estupro apenas.

Outra corrente sustenta que há tantos estupros quantas forem as conjunções praticadas por agentes diferentes, de modo que o sujeito responderá pela autoria de estupro, no que tange à violência carnal que perpetrou, e por participação, no que se refere à violência perpetrada pelos demais. Responderão, portanto, por todos os estupros cometidos, ou seja, por todos os congressos carnavais que houve. Há, aqui, concurso de crimes, para alguns na forma do crime material, para outros em continuidade delitiva.

Parece ser a segunda corrente doutrinária mais razoável, uma vez que cada penetração constitui uma deliberação de vontade autônoma, devendo,

portanto, ser considerada como crime de estupro de forma separada, respondendo os delinqüentes, não por crime único em concurso de pessoas, mas pelo número de delitos correspondente às conjunções carnavais realizadas.

9 TIPLICIDADE OBJETIVA

A conduta incriminada pelo preceito primário da norma penal incriminadora é a de *constranger* mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Vale lembrar que o verbo *constranger* não é unívoco, isto é, não possui significado único, e o Código o emprega em sentidos diversos.

No art. 213 do CP, *constranger* é um verbo transitivo direto e indireto, tendo o significado de subjugar, submeter, compelir, coagir, obrigar a, tolher a liberdade, forçar etc., de forma que quem constrange (neste sentido), constrange alguém a alguma coisa.

No caso em análise, alguém penalmente imputável (autor) constrange mulher (sujeito passivo) à conjunção carnal (elemento normativo extrajurídico que vincula o *modus operandi*)

O legislador também o utiliza no sentido de pressionar, insistir, perseguir com propostas etc. no art. 216-A, que tipifica o crime de assédio sexual, por exemplo.

A realização do verbo típico do artigo 213 do Código Penal pressupõe dissenso por parte da ofendida; do contrário, não haverá estupro.

Se houver consentimento da mulher na relação sexual natural, não haverá falar-se em estupro.

Para a caracterização do delito, a mulher deve, necessariamente, opor-se, oferecer resistência à pretensão de manter conjunção sexual normal do homem; de outra forma, não haveria constrangimento à conjunção carnal, visto que haveria aquiescência da mulher em manter a relação sexual.

A resistência deve ser séria e sincera por parte da mulher para configurar o crime de estupro.

Tratando-se, contudo, de oposição à prática sexual, apresentada pela mulher, não se pode exigir que ela resista a ponto de perder suas forças e desfalecer.

Com efeito, a resistência da mulher deve ser analisada casuisticamente, de acordo com as circunstâncias em que o congresso sexual se realizou, bem como com o porte físico e condições psicológicas da mulher.

Não se pode perder de vista, no entanto, conforme já foi dito, que a resistência oferecida deve ser inequívoca, manifesta e sincera, já que, ao revés, inexistiria estupro.

Destarte, a simples recusa verbal não é considerada dissenso efetivo, não configurando, em regra, o crime de estupro, como leciona Rogério Greco (2006, p. 522):

[...] para que seja efetivamente considerado o dissenso da vítima, temos de discernir quando a recusa da vítima ao ato sexual importa em manifestação autêntica de sua vontade, de quando, momentaneamente, faz parte do “jogo da sedução”, pois que, muitas vezes, o “não” deve ser entendido como “sim”.

Pontua acertadamente o jurista ao sustentar que aquele que, acreditando piamente na recusa da mulher como parte do “jogo de sedução” e que a negação meramente verbal faz presumir a aquiescência da mulher ao ato sexual, incide em erro (escusável) de tipo se a mulher se recusava de fato, elidindo, assim, o dolo; e, como não há modalidade culposa do estupro, a conduta é atípica.

Assevera Nelson Hungria (1959, p. 118-119):

É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. Nem é de confundir a efetiva resistência com a instintiva ou convencional relutância do pudor, ou com o jogo de simulada esquiva ante uma *vis grata*.

Ainda no que se refere à resistência oferecida pela vítima, parte da doutrina sustenta a impossibilidade de a mulher adulta ou já desenvolvida ser

estuprada por um único agente, pois a simples movimentação da bacia evitaria a penetração.

Nelson Hungria (1959, p. 123) reforça o entendimento da impossibilidade de estupro com unidade de agente ao citar uma das decisões de Sancho-Pança, na *ilha Baratária*:

Certa vez, na audiência de Sancho, entrou uma mulher que, trazendo um homem pela gola, bradava: “Justiça! Justiça, senhor governador! Se não a encontro na terra, irei buscá-la no céu. Este mau homem surpreendeu-me em pleno campo e abusou de minha fraqueza.” Negada formalmente a acusação, Sancho tomou ao acusado sua recheada bolsa de dinheiro e, a pretexto de reparação do mal, passou-a à querelante. Foi-se esta em grande satisfação, mas Sancho ordenou ao acusado que a seguisse no seu encalço, para retomar a bolsa. Em vão, porém, tentou o homem reaver o seu dinheiro, e voltou de rosto agatanhado e a sangrar, confessando-se vencido. Então, fazendo a mulher restituir a bolsa, disse-lhe Sancho: “Se tivesses defendido tua honra tão empenhadamente como vens defender essa bolsa, jamais a terias perdido. Não passas de uma audaciosa ladra.”

Ainda que o não-consentimento se dê *a posteriori* (antes, contudo, da penetração do pênis na vagina, ou — se depois dessa — a mulher deseja parar a atividade sexual, e o homem emprega violência ou grave ameaça para forçá-la a continuar), caracteriza-se o delito, como explica Ney Moura Teles (2004, p. 52):

O simples fato de a vítima encontrar-se, voluntariamente, na companhia do agente em ambientes adequados para a realização do ato sexual, como hotéis ou motéis, para onde se locomoveu espontaneamente, não é suficiente para o reconhecimento de seu consentimento. Não é porque aceitou o convite para ir ao motel que está obrigada a, ali, manter relações sexuais com o namorado ou acompanhante porque, até mesmo quando desejava inicialmente, pode a mulher, por qualquer razão, geralmente inaceitável para o agente, modificar sua atitude interna, inclusive quando pretende, por mero capricho, protelar a realização do encontro sexual. Nenhuma concessão pode ser feita, quando se tratar de liberdade individual.

O termo *mulher* (elemento normativo de valoração extrajurídica – cujo conceito é extraído fora do Direito Penal) designa o sujeito passivo e o objeto material do crime.

O tipo emprega a expressão *conjunção carnal*, de modo que a configuração do estupro se dá apenas quando a mulher é constrangida a este ato de

libidinagem; qualquer outro ato libidinoso obtido por meio de violência ou grave ameaça constitui crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP).

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a *conjunção carnal*, no sentido em que foi empregado pelo legislador, é exclusivamente a cópula vagínica.

A cópula vulvar ou vestibular e o coito *inter femmurs* ou *intra-femures* não estão compreendidos na expressão *conjunção carnal*, não obstante possa resultar em gravidez (no primeiro caso), e o constrangimento a tais cópulas importa crime de atentado violento ao pudor ou estupro tentado, conforme o *animus* do agente.

Eis o magistério de Julio Fabbrini Mirabete (1999, p. 1247):

Não se configura o crime, mas o de atentado violento ao pudor ou a tentativa de estupro, na cópula vestibular ou vulvar (...).

Desse modo, a prática abortiva do feto fruto da cópula vestibular não é um fato ilícito, uma vez que o artigo 128, inciso II, do Código Penal a permite nos casos em que do estupro resulte a gravidez da vítima — malgrado tal comportamento seja, sem sombra de dúvidas, moralmente reprovável —, não fazendo distinção se o crime é tentado ou consumado, de forma que, se o coito vulvar caracterizar tentativa de estupro, haverá a aplicação da referida norma penal permissiva. Caso caracterize atentado violento ao pudor, de igual modo, haverá incidência da aludida permissão por força da analogia *in bonam partem*.

Convém ressaltar que a introdução de qualquer objeto, que não seja o membro viril, na cavidade vaginal não configura *conjunção carnal*. Assim, a penetração de dedos, hastes metálicas, pênis de borracha, “vibradores”, objetos cilíndricos; enfim, qualquer coisa, fora o pênis, na vagina, mediante violência ou grave ameaça, não configura o crime de estupro, mas sim o de atentado violento ao pudor.

Assim, a inseminação artificial forçada não tipifica o crime do art. 213 do CP, haja vista que não há intromissão do órgão genital masculino na cavidade vaginal da vítima, ou seja, não há *conjunção carnal*. Logo, o crime é o de

constrangimento ilegal (art. 146 do CP) ou, se a conduta é dirigida à satisfação da lascívia do agente, o de atentado violento ao pudor. (art. 214 do CP).

Imprescindível que a conjunção carnal seja obtida por meio de violência ou grave ameaça para tipificar o delito, visto tratar-se de *crimen vis* ou crime *per força*.

O constrangimento à conjunção carnal mediante violência se dá quando o sujeito ativo a obtém aplicando a força física, de sorte que a ofendida fica impossibilitada de reagir e evitar o coito.

Ocorre, *v.g.*, quando o criminoso, empregando força, segura a vítima ou a amarra para desenvolver a atividade sexual. É a denominada *vis corporalis*, *vis corpori illata* ou *vis absoluta*.

A violência pode ser real ou ficta. Real é aquela em o sujeito obriga efetivamente a mulher a ter relação sexual com ele, empregando a força física a ponto de vencer a resistência oferecida pela vítima. Ficta ou presumida, por seu turno, é o adinículo estabelecido pelo legislador no sentido de que o agente abusa sexualmente da vítima, com o uso de força física, em determinadas ocasiões, ainda que no mundo fenomênico isto não tenha sucedido, em virtude das circunstâncias objetivas erigidas pela lei. É o que acontece com aquele que tem conjunção carnal com mulher cuja idade não excede 14 anos, com mulher alienada ou débil mental, desde que o agente, no momento do ato sexual, tenha ciência desta circunstância, ou, ainda, com mulher que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Há uma presunção de violência nestes casos, de acordo com o disposto no art. 224 do Código Penal. Assim, se a conjunção carnal se der nestas circunstâncias, mesmo com o consentimento da mulher, o estupro ficará caracterizado. Ressalta-se que a referida presunção, segundo o entendimento que predomina na doutrina e na jurisprudência, é relativa, cabendo, portanto, prova em sentido contrário. (vide capítulo 15)

O constrangimento pode-se dar também pela grave ameaça, que consiste na intimidação da vontade da vítima por promessa de castigo ou malefício condicionado à recusa ou à oposição ao ato sexual pretendido pelo agente, seja através de palavra ou de gesto intimidativos. Cuida-se da violência moral, *vis compulsiva*, *vis animo illata* ou *vis conditionalis, metus*, na qual o autor mete medo

na vítima, promete-lhe, por meio de palavras ou de sinais, mal iminente ou futuro, mas factível, caso ela não adira à sua vontade de ter, com ele, conjunção carnal.

A ameaça deve, necessariamente, ser grave, isto é, séria, capaz de atemorizar a ofendida e idônea para vencer-lhe a resistência, para tipificar o crime de estupro. A gravidade da ameaça reside nos efeitos psicológicos que a intimidação pode causar no sujeito passivo. A grave ameaça pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Direta quando o mal prometido se dirige à pessoa da ofendida e indireta quando se referir a terceira pessoa ou a coisas que lhe são próximas. É implícita ou tácita a ameaça quando o agente dá a entender de maneira inequívoca que um mal sobrevirá a vítima ou a pessoas ou a coisas próximas a ela, sem, contudo, dizê-lo expressamente. *Contrario senso*, expressa é a ameaça em que o autor anuncia o mal que eventualmente virá, se a vítima não permitir a conjunção carnal, expressa e abertamente. Exemplo: “A” ameaça tirar a vida de “B” (mulher), encostando-lhe uma arma de fogo na cabeça, se ela não mantiver conjunção carnal com ele.

A ameaça de revelar segredos da mulher para obtenção da cópula vagínica não tipifica, de regra, o delito descrito no art. 213 do CP.

10 TIPICIDADE SUBJETIVA

O tipo subjetivo do estupro é o dolo geral, consistente na livre vontade e consciência de constranger mulher, violentando-a ou ameaçando-a gravemente, à conjugação carnal. Dolo é a consciência e vontade de concretizar todos os elementos objetivos do tipo penal.

Não se exige elemento subjetivo especial do tipo de injusto para tipificar o delito em apreço, embora a doutrina penal tradicional assim lecione

Dolo específico — É de necessidade ser apurado esse dolo, a fim de que se não leve a confundir o crime de atentado ao pudor, máxime nos casos de tentativa, em que não é raro ver confundido uma figura criminosa com a outra. Esse elemento subjetivo consiste na “vontade de ter relações de conjunções carnal com uma mulher”. (GUSMÃO, 1954, p. 94)

Elemento subjetivo especial do tipo de injusto é o propósito especial a que a conduta do agente se dirige e sem o qual a conduta é atípica; é o fim almejado pelo criminoso. Diz respeito a tendências, ânimos do sujeito ativo que vêm expressos no tipo penal.

De fato, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente à realização do congresso sexual; todavia, tal intenção não se refere ao elemento subjetivo do injusto, mas sim ao que a doutrina clássica chama dolo genérico. Extraí-se do conceito de dolo que este deve, necessariamente, incidir sobre todos os elementos objetivos do tipo. Ora, a *conjunção carnal* é um dos elementos objetivos do tipo penal. Logo, também sobre ele deve recair o propósito criminoso, não se tratando, assim, de dolo específico.

Não se exige tampouco que o agente constranja a vítima à conjugação carnal para o fim de satisfazer sua libido; primeiramente, porque tal exigência não está expressa no tipo; além do que, não se mostra razoável que aquele que força uma mulher ao congresso carnal sem visar à sua satisfação sexual não pratique o delito, por ausência do elemento subjetivo. Suponha-se que o indivíduo, com o fito de vingar-se de seu inimigo capital, submetta, mediante violência ou grave ameaça, a

irmã deste à conjunção carnal. Não haveria, porventura, crime de estupro? Evidente que sim!

Não há modalidade culposa do delito de estupro.

11 CONSUMAÇÃO

Consuma-se o estupro com a introdução, ainda que parcial, do membro viril do sujeito ativo na cavidade vaginal da ofendida (*intromissio penis in vaginam*). Diz-se consumado, dessa forma, o estupro quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, ou seja, a consumação se dá no momento da obtenção, por meio da violência ou grave ameaça, da cópula vagínica (CP, art. 14, I).

Não se exige, para a consumação, orgasmo, ejaculação, ereção, rompimento da membrana himenal etc., basta a intromissão, completa ou incompleta, do órgão copulador na vagina.

12 TENTATIVA

Tentativa é a frustração do plano do autor que se dá em virtude de circunstâncias divorciadas de sua vontade, depois de iniciada a execução do delito (CP, art. 14, II).

Sendo o estupro um crime plurissubsistente, em que o *iter criminis* pode ser fracionado, isto é, a conduta pode ser desdobrada em vários atos, a tentativa é perfeitamente possível, embora, *a priori*, isso possa parecer inconcebível, tendo em vista que se estaria diante do delito de atentado violento ao pudor consumado.

Ocorre, contudo, que essa idéia de que a tentativa de estupro não seria possível — porque a não obtenção da conjunção carnal, por circunstâncias alheias à vontade do agente, já caracterizaria o crime do artigo 214 do CP consumado — é equivocada, e isso é pacífico na doutrina.

Em primeiro lugar, pode ocorrer a chamada tentativa branca ou incruenta, em que não há a realização de um ato de libidinagem, sequer, na vítima; mas, pela manifestação inequívoca do propósito de manter conjunção carnal, é possível verificar o elemento subjetivo do agente, o qual, sendo interrompido antes de realizar qualquer ato libidinoso, responde por tentativa de estupro, e não por atentado violento ao pudor tentado, eis que a sua pretensão era a conjunção carnal.

Em segundo lugar, ainda que ocorra a prática de um ou de alguns atos de libidinagem, o crime será o de estupro tentado, se o agente visava à conjunção carnal.

Deve-se, portanto, verificar o elemento subjetivo do sujeito para que se possa amoldar sua conduta ao tipo do artigo 213 do CP, na forma tentada, ou ao tipo do artigo 214 do CP, em sua forma tentada ou consumada; assim, se constatado que o agente agiu com o dolo de praticar estupro e, em razão de circunstâncias alheias à sua vontade, o delito não se consumou, por não ter havido penetração (ainda que parcial) do pênis na vagina, o agente responderá por tentativa de estupro, mesmo se houver sido realizados atos libidinosos diversos da

conjunção carnal. No entanto, se tais atos não forem corolários do prelúdio ao coito normal, *v.g.*, coito oral, coito anal etc., o sujeito ativo responderá também por atentado violento ao pudor em concurso de crimes.

Enuncia, neste diapasão, Nelson Hungria (1959, p. 127):

Assim, deve responder por estupro tentado o indivíduo que, depois de empolgar a vítima, joga-a ao chão ou para cima do leito, levantando-lhe as vestes, arrancando ou rasgando-lhe as calças, e retira o membro em ereção, procurando aproximá-lo do *pudendum* da vítima, mas vindo a ser impedido de prosseguir por circunstâncias independentes de sua vontade (como quando a vítima consegue desvencilhar-se e fugir ou sobrevém intervenção de terceiros). Desde de que haja um inequívoco ensaio de introdução da vêrga, é identificável o *conatus*.

Pode haver desistência voluntária quando o agente desiste, voluntariamente, de prosseguir na execução, respondendo tão-somente pelos atos já realizados, nos termos do artigo 15 do Código Penal. Assim, responde por atentado violento ao pudor aquele que depois de iniciar a execução do estupro, desiste de prosseguir, tendo já praticado atos de libidinagem contra a vítima. Nota-se que é impossível o arrependimento eficaz, visto que, introduzindo o pênis, ainda que parcialmente, no órgão genital da ofendida, o crime já estará consumado, sendo impossível impedir que o resultado se produza, pois este, obviamente, já se produziu, não dando lugar ao arrependimento eficaz.

Dispõe o artigo 17 do Código Penal que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

Diante do dispositivo supracitado, será impossível o crime de estupro, por ineficácia absoluta do meio, quando se tratar, por exemplo, de indivíduo que tenha absoluta impotência *couendi*, bem como se tratará de crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto, quando, *verbi gratia*, o sujeito passivo for um homem transvestido de mulher e o sujeito ativo, percebendo-o, abandona a *meta optata*, não se punindo, em ambos os casos, a tentativa.

13 CONCURSO DE CRIMES

É perfeitamente possível que o estupro seja cometido em concurso com outros crimes.

Pode haver concurso material do crime de estupro com o crime de homicídio quando o agente, mediante mais de uma ação, pratica as duas infrações penais: estupro e homicídio.

Convém ressaltar, porém, que se o resultado (morte da vítima do estupro) sobrevier a título de culpa, não haverá concurso de crimes, mas sim estupro qualificado pelo resultado morte (CP, art. 223, parágrafo único).

Também é possível que ocorra concurso material ou formal de estupro com o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

Haverá concurso material quando, nos termos do artigo 69 do CP, o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, realizar as condutas tipificadas nos artigos 213 e 122 do CP.

Exemplifique-se: o estuprador, depois de ter cometido o estupro e aproveitando-se do estado de fragilidade da ofendida, passa a induzi-la ou a instigá-la a suicidar-se ou presta-lhe auxílio para que o faça.

Se, todavia, o sujeito induz ou instiga a vítima ao suicídio ou presta-lhe auxílio para que o faça durante o ato sexual forçado, haverá concurso formal de crimes porque as condutas são praticadas num mesmo contexto; em outras palavras, mediante uma só ação, são praticados os dois delitos (CP, art. 70).

Poderá haver, ainda, concurso formal do estupro com o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, quando a vítima estiver grávida e o feto morrer, em decorrência da conjunção carnal forçada.

É possível também o concurso do estupro com o crime de lesão corporal. Em se tratando de lesão corporal leve, esta é absorvida pela violência do estupro. Tratando-se, contudo, de lesão de natureza grave ou gravíssima, haverá concurso material ou formal de crimes (dependendo do modo de execução). No

entanto, se o resultado (lesão corporal grave ou gravíssima) sobrevier a título de culpa, não haverá falar-se em concurso de crimes, mas em estupro qualificado pela lesão corporal (CP, art. 223).

O estupro pode ser praticado também em concurso formal com o delito de perigo de contágio venéreo quando o estuprador sabe ou deve saber que está contaminado de moléstia venérea.

Se o indivíduo privar a liberdade de uma mulher, mediante seqüestro ou cárcere privado, sem, contudo, visar à conjunção carnal; mas, depois de tê-la seqüestrado ou encarcerado, a constrange ao coito *secundum naturam*, haverá concurso material do crime de seqüestro e cárcere privado (CP, art. 148, *caput*) com o estupro (CP, art. 213). Entretanto, caso o seqüestro ou cárcere privado seja cometido com o fim de manter conjunção carnal com a vítima, haverá concurso do crime de seqüestro e cárcere privado qualificado pela intenção libidinoso (CP, art. 148, § 1º, V) com o estupro (CP, art. 213).

Quanto ao concurso de crimes de estupro com o atentado violento ao pudor, há divergência doutrinária.

Há os que defendem que o estupro absorve os demais atos libidinosos praticados.

Outros, porém, sustentam que há concurso material de crimes.

No entanto, a solução mais acertada é a constatação do concurso material de crimes ou não a partir das circunstâncias em que o estupro é realizado. Em outros termos, dependendo de como os atos libidinosos forem perpetrados, haverá ou não concurso de crimes. Ou seja, se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal não se apresentar como meio natural para a realização do estupro, haverá concurso de crimes; do contrário, estará absorvido pelo estupro. (BITENCOURT, 2007, p. 867)

Destarte, sendo de extrema dificuldade ou quase impossível ter conjunção carnal escoimado de qualquer outro ato de libidinagem, deve-se analisar os fatos e interpretar as normas penais à luz do bom senso, de forma que, se o ato libidinoso fizer parte do desmembramento lógico da conjunção carnal, *v.g.*, carícia no seio, o atentado violento ao pudor deve ser absorvido pelo estupro. Se, todavia, o

ato libidinoso for bem destacado, *v.g.*, coito oral ou coito anal, ter-se-á estupro em concurso material com atentado violento ao pudor.

O estupro pode também ser praticado em concurso formal com o crime de ato obsceno quando o fato ocorrer em lugar público, ou aberto ou exposto ao público.

A jurisprudência tem admitido a continuidade delitiva de estupro, desde que praticado contra a mesma vítima e presentes as condições do artigo 71 do CP. Só excepcionalmente, por questão de política criminal, pode haver continuidade delitiva de estupro contra vítimas diversas quando presentes os requisitos do parágrafo único do artigo 71 do CP. (STF: RTJ 81/551 e RT 542/452)

Pode, ainda, haver concurso de crimes do estupro com outros delitos além dos já explicados. Exemplo: estupro e roubo, estupro e curandeirismo, estupro e quadrilha ou bando etc.

14 FORMAS QUALIFICADAS

O artigo 223, *caput*, e parágrafo único do Código Penal prevêem formas qualificadas do estupro, uma vez que cominam pena mínima e máxima superior àquela cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora do tipo básico.

Subsumindo-se, assim, o fato a uma das situações descritas nesses dispositivos, incidirá a qualificadora.

Importante salientar que se cuidam de hipóteses preterdolosas ou preterintencionais, ou seja, os resultados a que se referem os tipos derivados devem, necessariamente, sobrevir a título de culpa; do contrário, cuidar-se-á de concurso de crimes. Logo, incidirá a qualificadora quando, em termos mais simples, houver dolo na conduta antecedente e culpa pelo evento conseqüente.

O artigo 223, *caput*, do Código Penal qualifica o estupro, exasperando a pena abstrata para reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos, na hipótese em que resultar lesão corporal de natureza grave (CP, art. 129, §§ 1º e 2º) da violência.

O parágrafo único, de seu turno, define o estupro como qualificado se do fato resulta a morte, cominando pena de reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos. Exemplificando: O sujeito ativo, querendo — exclusivamente — ter conjunção carnal, constrange a vítima ao ato sexual, tapando-lhe a boca com um travesseiro (com o intuito de evitar que terceiros escutem os seus bramidos), ocasionando-lhe, desta forma, a morte.

Há, contudo, uma celeuma doutrinária e jurisprudencial concernente à situação em que os resultados do tipo derivado são produzidos sem que o delito de estupro se tenha consumado.

Uma das soluções apresentadas, considerando que se trata de *tentativa de estupro qualificado pelo resultado*, é a aplicação da pena da qualificadora, reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).

Outra solução é a aplicação da pena da qualificadora, sem qualquer diminuição, devendo a questão da consumação ou não do estupro ser considerada pelo juiz na fixação da pena base (CP, art. 59).

Entretanto, a primeira solução mencionada mostra-se equivocada, já que não há tentativa de crime preterdoloso, tendo em vista que há culpa no conseqüente e esta não se coaduna com a tentativa.

Extrai-se esta conclusão da lição de Luiz Regis Prado (2002, p. 42):

Desse modo, a tentativa vem a ser um tipo incompleto: o tipo *subjetivo (voluntas sceleris)* está perfeito (correspondente à fase consumativa), mas o tipo objetivo não se perfaz integralmente (ausente um atributo material). Isso significa: o delito tentado tem uma tipicidade subjetiva completa e uma tipicidade objetiva *defeituosa* ou *falha*.

Ora, se a tentativa tem tipicidade subjetiva completa, não se pode defender que haja tentativa de crime culposo nem, de igual modo, de delito preterintencional, haja vista que, na culpabilidade, o tipo subjetivo é incompleto, e o evento ocorre em função da inobservância de um *cuidado geral objetivo*, por imprudência, negligência ou imperícia.

A segunda solução, por seu turno, parece ser mais adequada, pois não admite a tentativa de estupro qualificado pelo resultado.

15 CASOS DE AUMENTO DE PENA

O artigo 9º da Lei nº 8.072/90 e o artigo 226 do Código Penal encerram casos de aumento de pena aplicáveis tão-somente ao crime de estupro e ao atentado violento ao pudor. Aplicava-se também, antes do advento da Lei nº 11.106/05, ao rapto violento, mas este agora foi deslocado para o artigo 148, inciso V, do Código Penal.

Tratam-se de casos de aumento de pena porque a lei se limita a estabelecer um *quantum*, uma fração a ser exasperada na pena do tipo básico, não fixando limites mínimo e máximo.

No que se refere ao estupro, o artigo 9º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) preceitua que, respeitado o limite de 30 (trinta) anos (CP, art. 75), a pena será acrescida de metade se a vítima encontrar-se em qualquer das hipóteses referidas no artigo 224 do Código Penal.

O artigo 224 do Código Penal, por sua vez, traz hipóteses em que se presume a violência. Presunção esta, segundo o entendimento jurisprudencial dominante atualmente, relativa, ou seja, passível de prova em sentido contrário.

Cuida-se, portanto, de presunção *juris tantum*.

O acusado pode, destarte, demonstrar que não houve violência para se chegar ao ato sexual e que esta, devido às circunstâncias do fato, não pode ser presumida, mas sim comprovada nos autos.

Haverá presunção de violência quando: a) a vítima não for maior de 14 (catorze) anos (CP, art. 224, a); b) a ofendida for alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância (CP, art. 224, b) e c) o sujeito passivo não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência (CP, art. 224, c).

Diz o item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal: “O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma

pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*. Por outro lado, se a *incapacidade de consentimento* faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua *incapacidade de resistência*, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos).”

Não sendo a vítima maior de 14 (catorze) anos, ter-se-á estupro com violência presumida e incidirá a majorante de que trata o artigo 9º da Lei nº 8.072/90. Isto importa dizer que o consentimento da mulher não maior de 14 (catorze) anos à cópula vaginal não elide o estupro com pena acrescida de metade, salvo prova da inocorrência da violência.

Nada obsta que o agente incida em erro de tipo, como no caso em que acredita tratar-se de mulher maior de 14 (catorze) anos, em função de sua aparência física.

Resta, nesta hipótese, verificar se se trata de erro *inevitável, invencível* ou *escusável* (ocasião em que haverá exclusão da tipicidade — dolo ou culpa); ou se o erro sobre o elemento constitutivo do tipo: *não maior de 14 (catorze) anos*, em que incidiu o agente, é *evitável, vencível* ou *inescusável* (caso em que se exclui o dolo, permitindo a punição por crime culposo, se previsto em lei, nos ditames do artigo 20, *caput*, do Código Penal).

Em se tratando de erro inevitável, invencível ou escusável, em que, mesmo tendo observado as precauções exigíveis a um homem de diligência mediana, o agente não pôde evitá-lo, afasta-se o dolo e a culpa, tornando o fato atípico.

Tratando-se, contudo, de erro evitável, vencível ou inescusável, que poderia ser evitado pelo agente, se este tivesse procedido com a cautela do homem

mediano, exclui-se apenas o dolo, respondendo o sujeito por crime culposo, caso haja modalidade culposa para o delito em exame.

Não havendo, com efeito, estupro culposo, a distinção supracitada tem importância apenas acadêmica, visto que, num e noutro caso, não haverá crime, por ausência de tipicidade, em razão da exclusão do dolo e da falta de previsão de modalidade culposa.

Presume-se também a violência, assim como se aumenta de metade a pena, se a vítima for alienada ou débil mental, desde que o agente tenha ciência desta circunstância.

Convém, primeiramente, distinguir vítima *alienada mental* de *débil mental*, já que, ao menos em tese, segundo a hermenêutica, a lei não emprega expressões inúteis.

Desta feita, enquanto a vítima alienada mental é aquela desvairada, louca, doida, alheada etc., a débil mental é a que possui desenvolvimento intelectual minguado — congenitamente ou adquirido precocemente — caracterizado sobretudo por dificuldade de adaptação social e perturbações ou deficiência de julgamento.

A alienação mental refere-se à loucura ao passo que a debilidade mental concerne à redução da capacidade intelectual.

Para fins penais, esta distinção não tem tanta relevância, porque, numa ou noutra situação, se presumirá a violência, majorando a pena de metade (desde que o agente saiba que a vítima é alienada ou débil mental).

A expressão “e o agente conhecia esta circunstância” fulmina qualquer arrepsia respeitante ao elemento subjetivo, pois fica evidenciado que só se presumirá a violência e incidirá a majorante se o agente proceder com dolo direto (CP, art. 18, I, primeira parte).

No concernente à alínea *c* do artigo 224 do Código Penal, nota-se que o legislador autorizou ao hermeneuta uma interpretação extensiva analógica, porque o tipo apresenta (nas letras *a* e *b*) uma relação casuísta (vítima não maior de 14 anos e vítima alienada ou débil mental) seguida de uma formulação genérica (vítima que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência).

O legislador, dessa forma, presume a violência se a vítima não é maior de 14 anos, porque esta, a rigor, não pode oferecer resistência contra aquele que deseja possuí-la sexualmente, em razão de sua pouca idade, e eventual consentimento ao ato sexual seria inválido. Do mesmo modo, presume a violência, se se tratar de alienada ou débil mental, pelas mesmas razões, isto é, seja em virtude da loucura, seja pelo nível intelectual reduzido, considera-se impossível o oferecimento de resistência, não tendo, igualmente, validade o consentimento da ofendida. Não querendo, acertadamente, ser taxativo, tendo em vista a impossibilidade de se prever toda e qualquer situação em que a vítima não possa opor-se à conjunção carnal, o legislador, na alínea c, criou, depois de haver elencado determinadas situações em que a violência se presume, uma fórmula genérica, por meio da qual se torna possível estender o alcance da norma para abranger outras situações, que não expressas no tipo. A referida fórmula encontra-se consubstanciada na seguinte expressão: “por qualquer outra causa”.

São exemplos de hipóteses de impossibilidade de oferecimento de resistência, que se subsumem na letra c do artigo 224 do Código Penal, a embriaguez completa, o uso de entorpecentes, a imobilização por enfermidade, a deficiência física, a hipnose (BITENCOURT, 2007, p. 903), desde que nas determinadas pelo próprio agente, etc.

Igualmente, aumenta-se objetivamente a pena caso o estupro seja praticado na forma descrita no artigo 226 do Código Penal.

Aduz o inciso I do artigo 226 do Código Penal que a pena é aumentada de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.

O concurso de pessoas a que se refere a norma penal engloba tanto a co-autoria como a participação acessória ou secundária, sendo irrelevante o sexo do co-autor ou do partícipe (visto ser possível alguém do sexo feminino ser co-autor do crime de estupro, desde que presente alguém do sexo masculino, para executar o núcleo do tipo — capítulo 8).

A elevação da pena do estupro cometido em concurso de agentes tem por fundamento a maior dificuldade da vítima em defender-se, o que evidencia o maior desvalor da ação, justificando o recrudescimento da pena.

O artigo 1º da Lei nº 11.106/05 alterou a redação do inciso II do artigo 226 do Código Penal. Primeiramente, elevou o aumento da pena, que era de quarta parte, para metade, se o crime for cometido por aquelas pessoas descritas no tipo. Além disso, suprimiu do rol o pai adotivo, bem como acrescentou a madrasta, o tio, o cônjuge e o companheiro, modificando a ordem. Anteriormente à Lei nº 11.106/05, o artigo 226, II, do Código Penal dispunha que a pena do estupro era aumentada de quarta parte, se o agente fosse ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tivesse autoridade sobre ela. Com o advento a Lei nº 11.106/05, a redação do artigo 226, inciso II, do Código Penal ficou da seguinte maneira:

Art. 226. A pena é aumentada:

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

Considera-se, aqui, maior o desvalor da ação, tendo em vista a qualidade especial do estuprador, que, em razão da autoridade que exerce sobre a vítima, a subjuga com maior facilidade, pois, prevalecendo-se de sua autoridade, a inibe de defender-se mais seriamente. Recrudescer-se também a pena do estupro porque há flagrante ferimento aos princípios morais-familiares. (BITENCOURT, 2007, p. 910)

O aumento de pena para esses casos é plenamente justificável, tendo em vista que, sendo o delito praticado por aquelas pessoas referidas no dispositivo legal, o ato terá maior censurabilidade, tanto porque, em função do temor reverencial que a vítima tem em relação ao agente, a sua resistência é neutralizada ou anulada, dependendo da situação, como porque atenta patentemente contra a moral e os bons costumes, por, na maioria das vezes, tratar-se de relações incestuosas, o que torna o ato ainda mais repugnante.

Ascendente é aquele de quem se descende; é a pessoa cujo grau de parentesco se estabelece em linha reta em relação aos antepassados de um determinado indivíduo. Exemplo: pai, avô, bisavô etc.

Padrasto é o indivíduo que ocupa o lugar de pai, em relação aos filhos que sua mulher teve de outra relação.

Madrasta (feminino de padrasto), por óbvio, é aquela que ocupa o lugar de mãe, em relação aos filhos havidos de seu marido em outro relacionamento.

Evidentemente, sendo do sexo feminino, a madrasta não pode realizar a ação física, tendo apenas cabimento o acréscimo de metade da pena nos casos de co-autoria ou participação.

Tio (parente consangüíneo de terceiro grau em linha colateral da ofendida) é o irmão dos pais, em relação aos filhos destes, assim como o marido da tia, em relação aos sobrinhos desta.

Irmão (parente consangüíneo de segundo grau em linha colateral da vítima) é o filho do mesmo pai e da mesma mãe, ou só do mesmo pai (irmão consangüíneo) ou só da mesma mãe (irmão uterino), em relação à(s) outra(s) filha(s).

Cônjuge: denominação de cada uma das pessoas unidas pelos laços do matrimônio. Em se tratando de estupro, o termo abrange tão-somente o cônjuge varão, em relação à esposa, uma vez que esta não pode cometer estupro contra aquele. O constrangimento exercido pelo cônjuge virago contra o marido para obter o congresso carnal configura crime de constrangimento ilegal, segundo o entendimento defendido por Rogério Greco (2006, 528), ou crime de atentado violento ao pudor, de acordo com o ensinamento de Luiz Regis Prado (2001, p. 195) (capítulo 6). No respeitante ao delito do artigo 214 do CP, a expressão engloba tanto o marido quanto a esposa, visto que a ambos é possível constranger o outro cônjuge a praticar ou a permitir que com ele se pratique atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Ao incluir, de forma expressa, o *cônjuge* no rol exemplificativo do inciso II do artigo 226 do CP, o artigo 1º da Lei nº 11.106/05 pôs termo àquela secular discussão sobre a possibilidade de o marido figurar como sujeito ativo no crime de estupro praticado contra sua mulher, pois não só admitiu que o marido pode estuprar sua mulher como também considerou o fato causa de aumento de pena.

Companheiro, no que se refere ao estupro, é a pessoa do sexo masculino partícipe de uma união estável. Esta, segundo o conceito de Luiz Augusto

Gomes Varjão (1999, p. 73): “é o concubinato puro, isto é, a convivência duradoura de homem e mulher, não unidos entre si por matrimônio, que vivem como se casados fossem.”

O artigo 1.723 do Código Civil relaciona os pressupostos para configuração dessa entidade familiar. São eles: a) diversidade de sexo; b) convivência pública, contínua e duradoura; c) existência de relação estabelecida com objetivo de constituir família e d) ausência de impedimento para contrair matrimônio (CC, art. 1.521), não se aplicando o inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato. (WALD, 2005, p. 318)

Tutor é a pessoa capaz a quem a lei confere o encargo de cuidar do menor e administrar seus bens, de forma a suprir a falta do poder familiar, tendo, nitidamente, caráter assistencial. (GONÇALVES, 2005, p. 572)

Frise-se, outrossim, que os condenados por crime contra os costumes não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam, por serem considerados incapazes de tal exercício pela lei civil (CC, art. 1.735, IV).

Curador “é alguém a quem a lei confere o cargo para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens, de indivíduos menores, ou maiores, que por si não o podem fazer, devido a perturbações mentais, surdo-mudez, prodigalidade, ausência, ou por ainda não ter nascido.” (MIRANDA, 2001, p. 273)

A exemplo do que ocorre com a tutela, não podem exercer a curatela os condenados por crime contra os costumes, pois as regras sobre o exercício da tutela são aplicadas, com exceção do artigo 1.772 do Código Civil, ao da curatela (CC, art. 1.781).

De acordo com o artigo 2º da CLT, considera-se *empregador* a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. O § 1º do mesmo artigo equipara a empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Preceptor é aquele que ministra preceitos ou instruções; aio, mestre, mentor.

Por último, a Lei Penal emprega novamente uma fórmula genérica (“...ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”) precedida por uma relação casuística e exemplificativa.

Diante disso, qualquer outra pessoa que possua outro título que lhe dê autoridade sobre a vítima e que a violenta para ter com ela conjunção carnal terá sua pena aumentada de metade, malgrado não esteja expressamente referido na norma penal. É o caso do pai adotivo, outrora previsto de forma expressa no rol, que foi extirpado da relação pela Lei nº 11.106/05; todavia, como irrefragavelmente ele exerce autoridade sobre a vítima, continua incidindo a majorante.

O artigo 5º da Lei nº 11.106/05 revogou expressamente o inciso III do *caput* do artigo 226 do Código Penal.

Desse modo, se o agente for casado, ainda que essa condição importe ofensa ao matrimônio, a pena não será elevada de quarta parte consoante a redação do dispositivo revogado.

Por ser normal penal (já que disciplina a pena) que beneficia o réu, ela retroage para alcançar os estupradores casados, que cometeram o delito sob a égide da lei anterior, devendo (devido à mudança legislativa) este acréscimo de quarta parte da pena, em razão da qualidade de casado, ser abatido da pena a eles fixada. Isto porque se trata de exceção ao postulado da irretroatividade da lei penal (CF, art. 5º, XL e CP, art. 2º parágrafo único), visto que a lei ulterior favorece o agente.

Vale lembrar que o postulado da irretroatividade da lei penal deriva do princípio da reserva legal, consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal.

16 AÇÃO PENAL

O artigo 225 do Código Penal disciplina a ação penal nos crimes contra os costumes, previstos no Título VI do mesmo diploma, e estabelece, no *caput*, a seguinte regra: “nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.”

O legislador conferiu à ofendida ou ao seu representante legal a legitimidade para propor a ação penal em face do estuprador, podendo, todavia, permanecer em silêncio diante da ocorrência do delito, se preferir, haja vista que os crimes contra os costumes afetam profundamente a intimidade da vítima. Pertence a esta, portanto, o direito de desencadear a persecução penal, pois, se o crime se procedesse mediante ação pública incondicionada — a qual independe da vontade da vítima para ser deduzida em juízo —, ter-se-ia uma situação em que a lei imporia a propositura da ação penal todas as vezes em que se verificasse a materialidade delitiva e indícios de autoria, mesmo que o ajuizamento da ação importasse exposição da ofendida a situações vexatórias, fosse para ela motivo de opróbrio perante a sociedade, o que, muitas vezes, ocorre. Isso seria cruel e injusto para com a vítima que, não obstante ter sido violentada sexualmente, ver-se-ia necessariamente envolvida na lide penal, que somente lhe traria mais humilhação e vergonha.

No mesmo sentido, Fernando Capez (2007, p. 137) explica que o fundamento da ação penal privada é “evitar que o *streptus iudicii* (escândalo do processo) provoque no ofendido um mal maior do que a impunidade do criminoso, decorrente da não-propositura da ação penal.”

Referindo-se a lei aos crimes definidos nos capítulos anteriores (Capítulos I, II e III do Título VI), ficam excluídos do alcance da norma, obviamente, os definidos no mesmo capítulo (Capítulo IV do Título VI), quais sejam: o estupro ou atentado violento ao pudor qualificados pela lesão corporal de natureza grave (CP, art. 223, *caput*); e o estupro ou atentado violento ao pudor qualificados pelo resultado morte (CP, art. 223, parágrafo único). Assim, nestes crimes, a ação penal é pública incondicionada.

Se do estupro resultar lesão corporal de natureza leve ou vias de fato, há divergência quanto à ação penal. Alguns autores sustentam que ação é de iniciativa privada, já que a lesão leve e as vias de fato são abrangidas pela violência do estupro, sendo absorvidas por este. Outros ensinam que a ação é pública incondicionada, porque se trata de crime complexo (em que há fusão de dois ou mais delitos num único tipo penal), seguindo, por isso, a regra do artigo 101 do Código Penal e a orientação da Súmula 608 do STF. Há, por fim, quem defenda ser a ação pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal, porque, com o advento da Lei 9.099/95 (art. 88), a lesão corporal leve passou a ser procedida mediante representação, de forma que a aplicação do artigo 101 do CP implicaria esta condição de procedibilidade.

Entende-se que o primeiro posicionamento é o mais acertado, pois é a interpretação que melhor se coaduna com a *mens legis*. Ora, se o espírito da lei é o de facultar à vítima a propositura da ação penal, tendo em vista as conseqüências nefastas para a ofendida (já apontadas) que podem advir de tal ajuizamento, e que a *violência* referida no tipo absorve a lesão leve e as vias de fato; não faz sentido ser pública a ação penal referente ao estupro em que resulta lesão corporal de natureza leve ou vias de fato e ser de iniciativa privada quando estas não sobrevêm, uma vez que tanto a lesão corporal leve quanto as vias de fato são absorvidas pela violência do estupro e não o qualificam, de sorte que, constituindo a mesma figura típica ambos os casos, não há razão para a distinção de procedimento.

A segunda corrente mostra-se insustentável no que tange ao fundamento da aplicação do artigo 101 do Código Penal, já que o dispositivo refere-se aos crimes complexos, e o estupro não é crime complexo, pois, embora seja o crime de constrangimento ilegal qualificado pela conjunção carnal, esta, de per si, não configura crime, não havendo falar-se em fusão de crimes num só tipo penal. Demais disso, o artigo 101 prevê que, nos crimes complexos, a ação será pública incondicionada se uma das infrações também se proceder por ação penal pública incondicionada. Ocorre que na lesão leve procede-se mediante representação, de acordo com o artigo 88 da Lei 9.009/95, não havendo falar-se, por conseguinte, em ação pública incondicionada.

No que concerne ao fundamento da aplicação da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, a corrente é perfeitamente defensável, haja vista que a

súmula enuncia que a ação é pública incondicionada no crime de estupro, se praticado com violência real.

A última corrente também se mostra equivocada porque, como já foi explicado, o estupro não é delito complexo, não sendo, portanto, abrangido pelo artigo 101 do Código Penal.

O § 1º do artigo 225 do Código Penal excepciona a regra da ação penal de iniciativa privada ao dispor que, no caso da vítima ou seus representantes legais não puderem arcar com as despesas do processo sem colocar em risco a própria subsistência ou a da família, isto é, se forem pobres na acepção jurídica do termo (pobreza essa que pode ser provada por qualquer meio, inclusive pela notoriedade do fato), a ação penal será pública condicionada à representação da ofendida ou de seu representante legal (art. 225, § 1º, I c/c § 2º); ademais, no inciso II, preceitua que a ação penal será pública incondicionada se o crime for praticado por quem tem autoridade sobre a vítima (quem detém pátrio poder — atualmente, poder familiar — abusando dele para cometer o crime, ou se o delito é cometido com o abuso da qualidade de padrasto, tutor ou curador).

Como a ação penal pública (condicionada ou incondicionada) é informada pelo princípio da indisponibilidade, surgiram dúvidas sobre a constitucionalidade do artigo 225, § 1º, I e § 2º do Código Penal, pois haveria ferimento ao princípio constitucional da isonomia, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

A afronta ao princípio da igualdade se dá à medida que a norma infraconstitucional faz distinção entre pessoas de acordo com a situação econômica delas, uma vez que priva o pobre, na forma da lei, de dispor da ação penal intentada, com a sua representação, pelo Ministério Público, ao mesmo tempo que confere àquele que não é considerado pobre pela Lei (Lei nº 1.060/50) a faculdade de dispor da ação penal depois de apresentada a queixa-crime, já que, para este último, a ação, via de regra, é privada, vigorando, portanto, o princípio da disponibilidade.

Seria, desse modo, inconstitucional o artigo 225, § 1º, I e § 2º do Código Penal por, em razão da condição financeira da ofendida ou de seu

representante legal, tratá-los desigualmente, em relação às vítimas não consideradas pobres, nos ditames legais.

Com efeito, ao menos em tese, o artigo 225, § 1º, I e § 2º do Código Penal não teria sido recepcionado pela Constituição da República de 1988.

Ainda, se o estupro for cometido com violência real, segue-se a orientação do Supremo Tribunal Federal, e o crime será perseguível por ação penal pública incondicionada.

17 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O artigo 107 do Código Penal elenca exemplificativamente as causas de extinção da punibilidade. A superveniência de tais hipóteses, em princípio, impede o Estado de infligir sanção penal àqueles que delinqüiram.

Convém analisar as causas de extinção da punibilidade descritas no artigo 107, frente ao tipo de estupro.

A primeira situação elencada no dispositivo que extingue a punibilidade é a morte do autor do crime. Como, no direito penal brasileiro, vigora o princípio da personalidade ou da personalidade, não se cogita a hipótese de a sanção penal ultrapassar a pessoa do condenado (sendo aplicada, por exemplo, aos seus familiares).

Diante disso, falecendo o agente, extingue-se a punibilidade. Trata-se de manifestação do princípio constitucional da personalidade (CF/88, art. 5º XLV).

Esta causa de extinção da punibilidade, evidentemente, aplica-se ao estuprador que morrer após a prática delitiva.

O inciso II do artigo 107 do Código Penal prevê a extinção da punibilidade pela anistia, graça ou indulto.

A anistia é uma medida de clemência estatal, consistente no ato do Congresso Nacional (CF/88, arts 21, VII e 48, VIII) que incide sobre determinados fatos delituosos e extingue a punibilidade dos que os praticaram, desde que concedida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Denomina-se *geral* ou *plena* a anistia concedida ampla e indistintamente. Já a anistia concedida restritivamente a determinados delitos especificados em lei ou a certos agentes é rotulada *parcial* ou *restrita*. Caso a concessão da anistia ocorra anteriormente à condenação, falar-se-á em anistia *própria*; sendo, porém, concedida após a condenação, diz-se que a anistia é *imprópria*. Tanto a anistia própria quanto a imprópria podem ser condicionadas, caso em que poderá haver recusa por parte do beneficiário; sendo, contudo, incondicionada, a faculdade da recusa não subsiste.

A anistia, uma vez concedida, é insuscetível de revogação, devendo o juiz declarar *ex officio* extinta a punibilidade (Lei nº 7.210/84, art. 187).

A graça, de seu turno, é ato privativo do Presidente da República, destinado a indivíduos condenados, particular ou coletivamente considerados, com base na conduta deles. É necessário que a medida seja solicitada pelo condenado, Ministério Público, Conselho Penitenciário ou por autoridade administrativa.

Finalmente, o indulto é um ato de indulgência que compete exclusivamente ao Presidente da República (CF/88, art. 84, XII) e que extingue a punibilidade de indivíduos condenados, particular ou coletivamente considerados, (indulto *pleno*) ou reduz a sua pena (indulto *parcial*), ou, ainda, substitui a pena imposta por outra mais branda (*comutação*), independentemente de requerimento do condenado, Ministério Público, Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa.

Tratando-se de indulto — pleno ou parcial — condicionado ou de comutação, há possibilidade de recusa por parte do destinatário. Ao revés, o beneficiário não pode recusar o indulto incondicionado.

Compete ao juiz da vara de execuções penais declarar extinta a punibilidade do condenado ou adequar a pena imposta ao comando do decreto presidencial, nos termos dos artigos 192 e 193 da Lei nº 7.210/84.

Tanto a graça como o indulto só podem ser concedidos após a condenação.

Como o estupro é definido, na legislação pátria, como crime hediondo (Lei nº 8.072/90, art. 1º, V), não se aplica o inciso II do artigo 107 do Código Penal, pois a anistia, a graça e o indulto são inadmissíveis para crimes dessa natureza (CF/88, art. 5º, XLVIII; Lei nº 8.072/90, art. 2º, I e Lei nº 9.455/97, art. 1º, § 6º).

Outra causa de extinção da punibilidade é a *abolitio criminis* (CP, art. 107, III), fenômeno pelo qual a lei posterior deixa de considerar crime um fato anteriormente definido como tal, fazendo cessar a execução e os efeitos penais da sentença condenatória (CP, art. 2º). Esta causa de extinção da punibilidade aplica-se ao estupro. Portanto, se eventualmente for editada uma lei, deixando de considerar o estupro como crime, haverá extinção da punibilidade. Com efeito, os que foram condenados e os que estiverem sendo processados ou investigados pelo

fato agora descriminalizado deverão, obrigatória e imediatamente, ser libertados, na primeira situação, e a persecução penal, nas últimas hipóteses, deverá ser, de imediato, cessada, haja vista que a lei penal mais benéfica retroage em favor do réu e/ou indiciado. Trata-se de exceção ao postulado da irretroatividade da lei penal (CF/88, art. 5º, XL, *in fine*).

Enuncia o inciso IV do artigo 107 do Código Penal, como causa extintiva da punibilidade, a prescrição, a decadência e a perempção.

Em linhas gerais, *prescrição* é a perda do *ius puniendi* ou do *ius punitiois* estatal, em função do seu não exercício dentro do prazo especificado na lei. Assim, após o transcurso do prazo legalmente assinalado, sem que o Estado exerça o direito de punir ou o direito de executar a sanção penal imposta em sentença penal condenatória irrecorrível — que nasce com a prática delituosa ou com o trânsito em julgado da sentença condenatória —, resta extinta a punibilidade do criminoso.

São espécies de prescrição: a) prescrição da pretensão punitiva, que se divide em: a.1) prescrição da pena cominada em abstrato ou da ação; a.2) prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente; a.3) prescrição retroativa e a.4) prescrição antecipada, virtual ou hipotética; e b) prescrição de pretensão executória. Todas elas importam a extinção da punibilidade do agente.

A prescrição em abstrato regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, em consonância com a tabela do artigo 109 do Código Penal.

O estupro, então, cuja pena máxima cominada é de 10 (dez) anos, prescreve abstratamente em 16 (dezesesseis) anos (CP, art. 109, II).

Por seu turno, a prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente é aquela que se verifica entre a sentença penal condenatória recorrível e o seu trânsito em julgado, começando sua fluência a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação ou do improvimento do seu recurso. Regula-se pela pena concretizada, imposta na sentença (CP, art. 110, § 1º). Exemplo: condenado o estupro a 6 (seis) anos de reclusão por sentença recorrível, verificar-se-á a prescrição superveniente e consequente extinção da punibilidade, se, após o trânsito em julgado da sentença para a acusação ou depois

de improvido seu recurso, fluírem 6 (seis) anos sem que a sentença penal condenatória tenha passado em julgado.

Diferentemente da prescrição intercorrente, a prescrição retroativa é contada para trás, retroativamente, da publicação da sentença penal condenatória recorrível até o recebimento da denúncia ou queixa e, também, deste momento até a prática do crime, depois do trânsito em julgado para a acusação, sendo regulada pela pena concreta, fixada na sentença (CP, art. 110, § 2º). Suponha-se que o estuprador tenha sido condenado a 6 (seis) anos de reclusão por sentença recorrível. Verifica-se a prescrição retroativa se da prática criminosa até o recebimento da denúncia ou queixa ou do recebimento da inicial acusatória até a publicação da sentença penal condenatória recorrível transcorreu o prazo de 6 (seis) anos.

A última modalidade de prescrição da pretensão punitiva é a rotulada prescrição antecipada, virtual ou hipotética. É aquela que, de fato, não ocorreu. Porém, diante da pena máxima aplicável e das circunstâncias do caso concreto, dar-se-á fatalmente quando da aplicação da sanção penal, ou seja, a pretensão punitiva do Estado está virtualmente prescrita nos casos em que isso ocorre. Não há previsão legal desta espécie de prescrição. Trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial aceita por uns e rejeitada por outros.

Finalmente, a prescrição da pretensão executória é a que se regula pela pena *in concreto*, depois de passada em julgado a sentença penal condenatória para ambas as partes, tendo por termo inicial o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Imagine-se que o autor de um estupro seja condenado definitivamente (sentença penal transitada em julgado tanto para defesa quanto para a acusação) a 6 (seis) anos de reclusão. A partir do trânsito em julgado para a acusação, o Estado tem, no prazo de 6 (seis) anos, o direito de executar a sanção imposta na sentença, sob pena de estar prescrita a pretensão executória (*ius punitivis*).

Saliente-se que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação é o marco inicial da fluência do prazo da prescrição intercorrente, retroativa e da pretensão executória porque é um fenômeno que veda a *reformatio in pejus*.

No crime de estupro, o termo inicial da prescrição em abstrato é o dia da consumação da infração penal ou, tratando-se de tentativa de estupro, o dia em que a atividade criminosa cessou (CP, art. 111, I e II).

A prescrição intercorrente e a retroativa começam a correr da publicação da sentença penal condenatória recorrível com trânsito em julgado para a acusação, ou com o improvimento de seu recurso (CP, art. 110, §§ 1º e 2º).

Por último, o prazo prescricional da pretensão executória inicia-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, ou com o trânsito em julgado da decisão que revoga o *sursis* ou o livramento condicional, ou, ainda, com a interrupção da execução da pena, exceto quando o seu tempo deva ser computado (internação por doença mental) (CP, art. 112, I e II). Tratando-se, contudo, de condenado reincidente, verifica-se a prescrição da pretensão executória pela pena máxima cominada em abstrato, conforme os prazos estipulados no artigo 109 do Código Penal, aumentando-se 1/3 (um terço) (CP, art. 110, *caput, in fine*).

O prazo prescricional deve ser necessariamente reduzido de metade se o agente era menor de 21 (vinte um) anos à época do fato criminoso ou se era maior de 70 (setenta) anos na data de sentença (CP, art. 115).

Suspende-se o prazo prescricional, antes do trânsito em julgado da sentença final, quando houver, em outro processo, questão prejudicial não resolvida, da qual dependa o reconhecimento da existência do crime (CP, art. 116, I).

A prescrição também é suspensa, antes de passada em julgado a sentença final, se o agente estiver cumprindo pena fora do país (CP, art. 116, II).

Depois de passada em julgado a sentença final, há suspensão da prescrição pelo lapso em que o condenado está preso por outro motivo. (CP, art. 116, parágrafo único).

Interrompe-se a prescrição do delito do artigo 213 do Código Penal pelo recebimento da denúncia ou da queixa, pela sentença condenatória recorrível, pelo início ou continuação do cumprimento da pena e pela reincidência (CP, art. 117, I, IV, V e VI). Em sendo causas interruptivas da prescrição, uma vez verificadas, o prazo começa a correr integralmente do dia da interrupção, salvo se esta se deu pelo início ou continuação do cumprimento da pena (CP, art. 117, § 2º).

Enquanto nas causas suspensivas da prescrição o prazo anterior à suspensão é computado, nas interruptivas esse período é desconsiderado, iniciando-se novamente a contagem do prazo prescricional a partir da interrupção.

La prescripción puede suspenderse o interrumpirse. En el primer caso, el tiempo em que subsiste la causa que genera la suspensión, no se computa, pero cesada la misma el término de prescripción se reanuda. Em el segundo, la causa interruptiva produce el efecto de borrar el plazo transcurrido hasta entonces debiendo desde allí computarse um nuevo término. (RIGHI y FERNÁNDEZ, 1996, p. 491)

Havendo concurso de crimes, a prescrição corre isoladamente em relação a cada um (CP, art. 119).

Evidentemente, prescrito o delito de estupro, em qualquer modalidade de prescrição, estará, conseqüentemente, extinta a punibilidade do sujeito ativo.

A decadência, prevista também como causa extintiva de punibilidade no inciso IV do artigo 107 do Código Penal, é a perda do direito de queixa ou de representação, em virtude da inércia e conseqüente não exercício de tais direitos pela vítima ou por seu representante legal no prazo legalmente fixado, que, via de regra, é de 6 (seis) meses, contados a partir da data do conhecimento da autoria ou a partir do término do prazo para o oferecimento de queixa subsidiária (CP, art. 103 e CPP, art. 38). Incide apenas na ação penal de iniciativa exclusivamente privada e na ação pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal. Logo, somente nas ocasiões em que o estupro se procede mediante queixa ou mediante representação da vítima ou de seu representante legal, pode haver decadência e, por conseguinte, a extinção da punibilidade do autor do crime.

Além da prescrição e da decadência, o inciso IV do artigo 107 do Código Penal ainda prevê como causa de extinção da punibilidade a perempção.

Perempção é a perda do direito do querelante em prosseguir com a ação penal de iniciativa exclusivamente privada, em razão de sua inatividade durante o curso do processo.

O artigo 60 do Código de Processo Penal aduz as situações em que a ação penal privada é considerada perempta. São elas: a) a não prática de atos processuais capazes de promover o andamento do feito por 30 (trinta) dias seguidos

por parte do querelante; b) a morte do querelante ou a sua incapacidade superveniente, sem que, dentro de 60 (sessenta) dias, compareça em juízo, para prosseguir no processo, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvada a hipótese do artigo 36 do Código de Processo Penal; c) o não comparecimento injustificado do querelante a qualquer ato processual a que deva estar presente ou a não formulação do pedido de condenação nas alegações finais e d) a extinção da personalidade jurídica do querelante pessoa jurídica.

Aplica-se esta causa de extinção da punibilidade apenas aos estupro que se processam mediante queixa-crime.

Nos crimes de estupro que se processam por ação penal de iniciativa privada, o inciso V do artigo 107 do Código Penal prevê como causa de extinção da punibilidade a renúncia do direito de queixa e o perdão aceito.

A *renúncia* é um ato unilateral do ofendido ou de seu representante legal, somente exercido antes do oferecimento da queixa-crime, por meio do qual há manifestação no sentido de abrir mão à propositura da ação penal, tácita ou expressamente.

É expressa a renúncia quando referida manifestação constar de declaração subscrita pela vítima, por seu representante legal ou por procurador com poderes específicos (CPP, art. 50).

Há renúncia tácita quando o ofendido ou seu representante legal praticarem atos incompatíveis com a intenção de litigar (não compreendendo os atos de mera cordialidade, subordinação, nem o fato de o ofendido ter recebido a indenização do dano causado pelo crime — CP, art. 104, parágrafo único, 2ª parte), podendo ser demonstrada por todos os meios de prova em direito admitidos (CPP, art. 57).

Havendo concurso de pessoas, a renúncia do direito de queixa em favor de um agente estende-se aos demais. Se a pluralidade for de vítimas, a renúncia de uma delas não impede o exercício do direito de queixa das outras.

O *perdão* é um ato bilateral em que o querelante desiste de prosseguir com a ação penal já intentada e que apenas produz efeitos se aceito pelo querelado em três dias (o silêncio do querelado implica a sua aceitação), podendo ocorrer de

forma expressa ou tácita, dentro ou fora do processo (CP, art. 106, *caput*) até o trânsito em julgado da sentença condenatória (CP, art. 106, § 2º).

No dizer de Zaffaroni (1997, p. 50), o fundamento desta causa de extinção da punibilidade é cristalino:

[...] tratándose de delitos para los cuales la acción legal queda em manos del particular ofendido, sin que el Estado intervenga en el impulso procesal, será facultad del particular hacer cesar los efectos del resultado del mismo, de la misma manera que Kant sostenía en los delitos que afectaban únicamente al soberano quien tenía el poder de indultar.

Na dicção do § 1º do artigo 106 do Código Penal, tácito é o perdão resultante da prática de ato incompatível com o ânimo de prosseguir com a ação penal, podendo, a exemplo da renúncia tácita, ser demonstrado por todos os meios de prova em direito admitidos (CPP, art. 57).

Em caso de pluralidade de querelados, o perdão concedido a um deles alcança todos automaticamente (CP, art. 106, I; CPP, art. 51). Havendo mais de um ofendido, o perdão concedido por um deles não prejudica o direito dos outros (CP, art. 106, II).

Note-se que somente com a aceitação do perdão o estupro terá a sua punibilidade extinta por força do artigo 107, V, do Código Penal; logo, recusando-o, a ação prosseguirá, não havendo extinção da punibilidade.

Segundo o inciso VI do artigo 107 do Código Penal, extingue-se a punibilidade pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite.

Retratação é o ato pelo qual o agente — cabal, expressa e voluntariamente — se desdiz duma afirmação cujo conteúdo configura ilícito penal.

A retratação do agente apenas extingue a punibilidade do agente, *nos casos em que a lei a admite*, quais sejam: o crime de calúnia e de difamação (CP, art. 143); o crime de injúria praticado por meio da imprensa (Lei nº 5.250/67, art. 26, *caput* e parágrafos) e o crime de falso testemunho e falsa perícia (CP, art. 342, § 2º).

Desta feita, não se aplica o artigo 107, VI, do CP ao crime do artigo 213 do mesmo *codex*, tendo em conta que a lei não admite a retratação no caso de estupro. Ademais, não faz sentido falar em retratação de estupro, pela própria

natureza do delito. É inconcebível e até mesmo inimaginável tal situação. Logo, a retratação não é causa de extinção da punibilidade no crime de estupro.

Os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal foram expressamente revogados pelo artigo 5º da Lei 11.106/2005.

Estabelecia o inciso VII que o casamento do agente com a vítima, em crimes sexuais, extingua a punibilidade daquele.

Ocorre que, mesmo com a revogação da norma, o matrimônio entre vítima e ofensor ainda extingue a punibilidade deste, nos crimes de estupro que se processam por ação penal de iniciativa privada, uma vez que o *subsequens matrimonium* caracteriza renúncia tácita (caso a queixa não tenha sido oferecida) ou perdão tácito (se a queixa já foi oferecida). O fato torna-se não-punível por força do inciso V do artigo 107 do Código Penal. Numa palavra, o casamento do ofensor com a vítima configura espécie de renúncia ou perdão atinente aos crimes sexuais, e agora constitui forma genérica de renúncia ou perdão implícitos.

Persiste, todavia, a punibilidade do agente se o delito é reprimível por ação penal pública, já que para esta vige o princípio da indisponibilidade.

De seu turno, o inciso VIII previa a extinção da punibilidade do agente pelo casamento da vítima de um crime sexual, cometido sem violência ou grave ameaça, com terceiro, desde que não houvesse requerimento de prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data da celebração. O legislador entendia que a vítima desses crimes ficava “manchada” perante a sociedade e que o casamento dela com terceira pessoa, que não o autor do crime, tinha o condão de extirpar essa “mancha”, reparando o dano psicossocial suportado pela ofendida, de modo a desaparecer a pretensão punitiva estatal.

Por fim, o artigo 107, inciso IX, do Código Penal anuncia o perdão judicial como causa extintiva da punibilidade.

Cuida-se de direito subjetivo do acusado de, presentes algumas circunstâncias previstas em lei, exonerar-se da aplicação da sanção penal, malgrado a caracterização do crime.

Dessa forma, o juiz somente pode conceder o perdão judicial naquelas situações indicadas pelo legislador.

Assim, conclui-se que o inciso IX do artigo 107 não tem aplicabilidade ao estupro, levando-se em conta que a lei não prevê a benesse aos autores do aludido delito.

18 PROVA DO ESTUPRO

O estupro, segundo sua classificação doutrinária, é um delito não-transeunte, ou seja, a sua prática, em regra, deixa vestígios, de maneira que a realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto, é indispensável para a comprovação dos elementos objetivos do tipo penal, não podendo supri-lo a confissão do acusado (CPP, art. 158).

Importante destacar que a regra do artigo 158 do Código de Processo Penal contém frinchas do sistema da certeza moral do legislador ou da verdade formal, em que a própria lei estabelece o valor de cada prova, pois, ao dispor que a confissão do acusado não pode suprir o exame de corpo de delito, o legislador mensura o valor probante do exame pericial e da confissão em crimes não-transeuntes, atribuindo àquele meio de prova maior valor, o que se revela incompatível com o sistema da livre convicção motivada ou da verdade real, adotado pelo processo penal brasileiro.

Por isso, ao lado da imprescindibilidade da prova pericial caminha a admissibilidade de outros meios probatórios lícitos — inclusive a confissão — para se buscar a verdade real. Isto porque a perícia, embora necessária em crimes que deixam vestígios, não é o único meio de prova admitido para apurá-los (ainda que isso possa, inadvertidamente, ser inferido da leitura do artigo 158 do Código de Processo Penal), devendo o julgador sopesá-la em cotejo com o conjunto de provas que for amealhado nos autos, não se vinculando ao laudo elaborado pelos peritos e decidindo livremente de acordo com a sua convicção, desde que fundamentadamente. Observa-se, com efeito, o princípio da comunhão da prova, o princípio liberatório (CPP, art. 182) e o princípio do livre convencimento motivado do juiz.

Diz-se que o exame de corpo de delito é direto quando os peritos apreciam os vestígios materiais do crime. Denomina-se indireto o exame de corpo de delito quando os peritos não têm contato com os elementos sensíveis da infração penal, utilizando-se de outros meios de prova para a elaboração do laudo.

Por vezes, o exame de corpo de delito será dispensado em determinados crimes de estupro, apesar da exigência legal. Existem casos em que o exame pericial mostra-se inidôneo para comprovar a materialidade delitiva, e obrigar a vítima a sujeitar-se à sua realização somente lhe acarretaria um constrangimento desnecessário.

Assaz elucidativo é o exemplo de Rogério Greco (2006, p. 540-541) em que o exame é dispensável:

Veja-se, por exemplo, a hipótese em que uma senhora com 60 anos de idade, mãe de 10 filhos, tenha sido estuprada mediante o emprego de grave ameaça por parte do agente, não tendo havido, até mesmo, ejaculação, e que tenha sido convencida por uma de suas filhas a levar os fatos ao conhecimento da autoridade policial somente 30 dias depois de ocorrido.

Em seguida, o doutrinador explica:

Nesse caso, pergunta-se: Qual a necessidade de tal exame? Seria para apontar o rompimento do hímen? Ou mesmo para identificar a violência sofrida? Ou para a colheita de sêmen? Enfim, como se percebe, os fatos apresentados não exigem nenhuma dessas comprovações. Aqui, na qualidade de mãe de 10 filhos, todos nascidos de parto normal, não haveria qualquer possibilidade de resistência himenal, que já teria rompido há muitos anos. No caso apresentado, também não houve o emprego de violência, mas tão-somente a grave ameaça a fim de subjugar a vítima ao ato sexual, que aconteceu como outro qualquer. A ausência de ejaculação (mesmo que no contato sexual tenha ocorrido secreção de líquido peniano), após a mulher ter se lavado, enojada do constrangimento sexual a que foi submetida, afastaria também a necessidade da perícia, que nada poderia atestar depois de decorridos 30 dias da conjunção carnal.

Dessa forma, reputa-se válida, mesmo sem o exame pericial, a utilização de outros meios de prova para esclarecer o fato, nesses casos.

Conclui-se pela existência do estupro quando o exame pericial demonstrar a ocorrência de todos os elementos objetivos do tipo.

Em primeiro lugar, verifica-se se houve ou não conjunção carnal. São meios diagnósticos da conjunção carnal: a) a rotura do hímen (se a vítima era virgem ou, não sendo, se o possuía em sua inteireza); b) a presença de espermatozóide na cavidade vaginal; c) a presença de uma substância chamada fosfatase ácido

prostática na cavidade da vagina; d) a constatação de alguma doença sexualmente transmissível pelo contato e e) a gravidez.

Comprovada a conjunção carnal, mister se faz detectar os sinais de violência deixados no corpo da ofendida, provenientes do prélio travado com o agressor, como “equimoses ou escoriações, mais evidenciadas nas faces internas das coxas, nos braços, na face, em derredor do nariz e da boca — como tentativa de fazer calar os gritos da vítima — e, finalmente, escoriações na face anterior do pescoço, quando existe a tentativa de esganadura ou como forma de amedrontá-la.” (FRANÇA, 1998, p. 187)

A grave ameaça não se comprova por esse exame pericial.

Falando o laudo em favor do estupro, o juiz confrontá-lo-á com as demais provas coligidas para, daí, prestar a tutela jurisdicional.

A apreciação do depoimento da vítima deve revestir-se de maiores cautelas, como a experiência tem demonstrado. O magistrado deve verificar a verossimilhança do fato narrado pela ofendida, levando em consideração as circunstâncias do fato relatado: os meios de execução, as características físicas do agressor e da própria vítima, o seu comportamento etc, tudo com vistas à investigação da verossimilitude da história apresentada em juízo pela vítima.

Não se trata de descaso pela palavra da vítima; ao contrário, acredita-se nela na medida em que o seu depoimento não repugna a verdade.

Não raramente os vestígios do crime sexual desaparecem, não há testemunhas nem qualquer outra prova ou indício de autoria contra o indivíduo, senão a versão da vítima sobre os fatos, o que justifica a preocupação com a verossimilidade de sua palavra.

São situações tormentosas para a aferição da materialidade e autoria do crime porque certamente os únicos elementos de que o juiz disporá para formar o seu convencimento e fundamentar sua decisão serão as palavras da vítima contra as do acusado.

Em casos assim, recomenda-se, além da verificação da verossimilhança da história apresentada, que se aprofunde o julgador ao máximo na busca pela verdade real, pois é possível e não raro a mulher, que falsamente se

queixa haver sido vítima de estupro, apresentar uma versão absolutamente crível, seja em razão de sua habilidade para mentir, seja porque montou todo um cenário para incriminar o seu desafeto.

As queixas mentirosas de estupro são conhecidas na praxe forense como síndrome da mulher de Putifar.

Trata-se de alusão a uma passagem bíblica do Livro de Gênesis (39, 1-23).

De outro lado, a palavra o acusado também necessita ser cuidadosamente recebida pelo juiz.

Muitas vezes, o réu, mesmo tendo cometido o estupro — consumado ou tentado —, consegue, mediante preparação de uma armadilha ou por intermédio de técnicas arditosas de persuasão, fazer com que a narrativa da vítima pareça inverossímil, quando, de fato, não é.

Portanto, o magistrado deve ser cauteloso ao interrogar o réu, não devendo nele acreditar sem uma análise mais acurada dos fatos, ainda que a sua versão pareça verdadeira.

Basta lembrar a história de Suzana, contemplada no apêndice do Livro do profeta Daniel (13, 1-64), na qual dois anciãos inventaram uma versão perfeitamente crível para incriminá-la injustamente.

Em suma, diante da tormentosa situação em que os vestígios desaparecem, sem que haja outras provas esclarecedoras do fato nos autos, o juiz deve averiguar escrupulosamente a veracidade da versão tanto do réu quanto do sujeito passivo, para que não seja intrujado pelo poder persuasivo de um ou de outro, e faça justiça no caso concreto. As mencionadas histórias de José e de Suzana servem justamente para exortar aos juízes essa cautela.

19 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O crime definido no artigo 213 do Código Penal: estupro, é doutrinariamente classificado como comum, material ou de resultado, doloso, comissivo, instantâneo, de dano, de forma vinculada e plurissubsistente.

É crime comum quanto ao agente porque o tipo não exige nenhuma qualidade ou condição especial para o sujeito ativo. O fato de somente ao homem ser possível praticar estupro não significa que a norma penal exige uma qualidade especial para o autor do fato. Qualquer pessoa do sexo masculino, indistintamente, pode cometer o delito em estudo. Não há uma qualidade específica para o agente, como acontece, por exemplo, com o crime de peculato (CP, art. 312).

Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 822), todavia, sustenta tratar-se de crime próprio, pois entende que o crime “demanda sujeito ativo qualificado ou especial”.

Data maxima venia, não parece ser esse o entendimento mais abalizado. A lição de Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 866) vem demonstrar isso: “trata-se de crime *comum* (o fato do homem, em tese, ser o sujeito ativo não o qualifica como crime próprio)”.

Trata-se de delito material ou de resultado, isto é, aquele cuja consumação depende de um evento decorrente da conduta incriminada.

Damásio Evangelista de Jesus (1993, p. 92), no entanto, entende que o estupro é um delito de mera conduta ou de mera atividade porque o tipo penal não faz referência a nenhum resultado advindo do comportamento do sujeito.

Nesse ponto, *concessa venia*, parece que o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 822) é o mais acertado. Em suas palavras, trata-se de crime material porque o delito “exige resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento da liberdade sexual da vítima”.

O estupro é um crime doloso, ou seja, o agente atua com consciência e vontade de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Não existe a previsão da modalidade culposa.

É um crime comissivo, significa dizer, é praticado por meio de ação positiva. Só excepcionalmente será omissivo impróprio ou comissivo por omissão, nas hipóteses descritas no artigo 13, § 2º, alíneas *a*, *b* e *c*, do Código Penal.

É, ainda, delito instantâneo (aquele que se consuma num determinado momento; a consumação não se protraí no tempo).

Delito de dano, o estupro exige efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal que o define como crime: a liberdade sexual da mulher.

A expressão *conjunção carnal* empregada pelo tipo vincula o modo de execução; por isso, estamos diante de um delito de forma vinculada.

Finalmente, é um crime plurissubsistente, pois a conduta incriminada pode ser fracionada em vários atos.

20 CONCLUSÃO

Em suma, conclui-se que, no respeitante ao sujeito ativo, excepcionalmente a mulher pode figurar como autora do crime de estupro, na hipótese em que, mediante coação moral irresistível, obrigar terceiro do sexo masculino a constranger mulher à conjunção carnal, nos termos do artigo 22 do Código Penal; a mulher que subjuga um homem ao congresso carnal comete crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146), e não atentado violento ao pudor (CP, art. 214), por força do princípio da legalidade; diante da nova redação do artigo 226, II, do Código Penal, encerra-se a dissensão doutrinária sobre a possibilidade do marido cometer estupro contra sua esposa, pois, tanto isso é possível, que o legislador considerou o fato causa de aumento de pena; quanto ao concurso de agentes, a mulher pode tanto ser partícipe como co-autora, desde que, no último caso, haja um homem presente; nas hipóteses de curra, deve haver tantos estupros quantas forem as conjunções carnis perpetradas, respondendo o sujeito como autor pelo estupro — relativo ao ato sexual por ele realizado — e como partícipe ou co-autor (dependendo da situação) em relação às demais relações sexuais hauridas por seus comparsas.

No tocante ao sujeito passivo, conclui-se que o transexual pode ser vítima de estupro, em razão de fatores sociais e psicológicos.

Em relação ao tipo subjetivo, verifica-se que se trata de um tipo congruente, não se exigindo, portanto, nenhuma finalidade específica para a configuração do delito.

Admite-se a tentativa, e os atos libidinosos diversos da conjunção carnal eventualmente praticados a configuram quando o agente visava à conjunção carnal, não se tratando, portanto, de atentado violento ao pudor consumado.

Chega-se à conclusão de que o concurso de crimes entre estupro e atentado violento ao pudor é possível, desde que os atos de libidinagem diversos da conjunção carnal não façam parte do desdobramento natural para o coito vaginal.

Ainda, verifica-se que a presunção de violência de que trata o artigo 224, *a*, do Código Penal deve ser tida como relativa, em virtude dos costumes vigentes e da maturidade sexual da vítima não maior de 14 (catorze) anos, nos dias de hoje.

No que diz respeito à ação penal, esta, em regra, é de iniciativa privada se o crime é cometido com violência presumida, e pública incondicionada se praticado com violência real (interpretação do *caput* do artigo 225 do Código Penal e da Súmula 608 do STF). O § 2º do artigo 225 do Código Penal deve ser considerado inconstitucional por afrontar o princípio da isonomia, e, por conseguinte, a ação deve ser de iniciativa privada na hipótese prevista no artigo 225, § 1º, I, do Código Penal.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CREUS, Carlos; BUOMPADRE, Jorge Eduardo. **Derecho penal: parte especial 1**. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 3.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal 2: parte especial: artigos 162 a 226**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1962.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial: artigos 155 a 249**. Niterói: Impetus, 2006. v. 3.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

GUSMÃO, Chrysolito. **Dos crimes sexuais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito penal**: parte especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz ; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial**. 4. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2007. v. 1.

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal IV**: delitos en particular. 2. ed. Bogotá: Temis, 1972.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio: parte especial. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1954.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Código de Processo Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Manual de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001. v. 3.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Crimes contra os costumes**. São Paulo Saraiva, 1943.

_____. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Direito penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial: artigos 184 a 288. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Artigos 1º a 120. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Considerações críticas acerca do estupro e atentado violento ao pudor. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, ano 8, n. 46, p. 81-103.out./nov. 2007.

RIGHI, Esteban; FERNÁNDEZ, Alberto A. **Derecho penal**: la ley. el delito. el proceso y la pena. Buenos Aires: Hamurabi, 1996.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal 3**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. t. 1

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte especial. artigos 213 a 359-H. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 7. ed. Saraiva, 1984. v. 1.

VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União estável**: requisitos e efeitos. São Paulo: Juarez de Oliveira: 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil I**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito civil VI**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal V**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1997.