

DO NOVO CRIME DE ESTUPRO E APONTAMENTOS À LEI Nº. 12.015, DE 7 DE AGOSTO, DE 2009.

Bruno Marques da SILVA¹

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo apontar as modificações implementadas pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, que alterou de modo considerável o título dos crimes contra o costume.

Far-se-á cotejamento entre as redações anteriores a Lei, abordando inclusive a possibilidade da pessoa do sexo masculino ser sujeito passivo do crime de estupro, e a controvérsia arguida com relação à natureza da ação penal, que antes da alteração possuía natureza privada e, com a alteração, possui, agora, natureza pública condicionada à representação da vítima. Destarte, concluímos, abordados, os pontos mais destacados de sua nova feição, buscando-se ainda explicitar as consequências práticas das alterações.

PALAVRAS-CHAVE: CRIME CONTRA OS COSTUMES - AÇÃO PENAL PÚBLICA – LEI N. 12.015/09.

1 INTRODUÇÃO

Promovendo a relatividade quanto à tradição secular de nosso Direito Penal, a Lei Ordinária Federal n. 12.015, de 07 de Agosto de 2009, publicada no Diário Oficial da União do dia 10 do mesmo mês e ano, promoveu alteração substancial e inédita no Art. 213 do Código Penal, e, inclusive, revogando o Art. 214 do mesmo Diploma. Criou tipo penal novo, como é perceptível pela inclusão do art. 217-A, no renomeado capítulo II, “dos crimes sexuais contra vulnerável”, anteriormente chamado “da sedução e da corrupção de menores”. Instituído-se, destarte, o crime de “estupro de vulnerável”.

¹ Discente do 6º Termo B, do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

O Poder Legislativo, inúmeras vezes ausenta-se do exercício de sua função legiferante, com dilação, considerável, inclusive não atendendo o clamor popular, quando das incessantes solicitações de “justiça”, seja alterando preceito primário ou secundário de lei penal, seja saneando textos ultrapassados. O que gera inconvenientes para os aplicadores do direito, bem como seus estudiosos, não se obtendo respaldo, pelo fato de remanescerem incorporados ao texto legal, ensejando, culminando em seu desuso.

Depois da entrada em vigor da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, a qual procedeu a reformulação de algumas condutas no Capítulo IV, do Título VI, do Código Penal Brasileiro, suprimindo textos, proporcionando, como se sabe, relevantes modificações, atualizando diversas condutas, representando importante progresso à época, entra em vigor a Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, a qual introduziu alteração substancial nos dispositivos elencados no rol do Capítulo I, do Título VI, do Código Penal Brasileiro. A Lei proporcionou alteração inclusive nos tipos penais que não foram alterados pela Lei 11.106/05.

Com relação às recentes alterações, uma que desperta maior atenção é a reformulação do crime de estupro (art. 213), onde o rol de pessoa que podem ser sujeito passivo foi reformulado, estabelecendo nova perspectiva ao introduzir a pessoa do sexo masculino como possível vítima do referido delito, proporcionando novas hipóteses de incidência.

2 COMENTÁRIOS À ALTERAÇÃO DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL

A redação do artigo 213, que precede a alteração trazida pela Lei n. 12.015/09, trazia a seguinte redação, *in verbis*: “*Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*”, punido com pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Agora, o novo texto do *caput* do mesmo artigo passou a ter a seguinte redação, *in verbis*: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter*

conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

É de fácil percepção, através de uma simples leitura, que a alteração na estrutura típica do crime foi significativamente relevante.

É notável, também, que o bem jurídico tutelado pela norma penal continua sendo a liberdade sexual, porém antes protegendo a liberdade sexual exclusiva da mulher, e agora, também, resguarda a do homem.

Essa possibilidade é ensejada pela introdução da elementar “alguém” na redação do tipo penal, abarcando a possibilidade do homem ser vítima de estupro.

A doutrina elencava que o homem, desde logo, que na hipótese do mesmo ser constrangido por mulher a manter com ela conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, seria vítima do crime de constrangimento ilegal (art. 146).

O crime de constrangimento ilegal, notando-se pela leitura do dispositivo, a pena cominada é de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, sendo crime de menor potencial ofensivo. Agora com a abrangência do homem no tipo penal do crime de estupro, a mulher pode ser sujeito ativo, onde anteriormente à Lei, só poderia ser o homem, por ser somente através dele que se poderia proporcionar a manutenção de conjunção carnal, sendo, destarte, crime de mão própria, cominando a pena de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Deste modo, o sujeito ativo do crime de estupro deveria ser necessariamente o indivíduo do sexo masculino, só admitindo-se a participação da mulher como co-autora, quando, por exemplo, a mulher segurasse a outra parte, para que o homem mantivesse conjunção carnal com esta. E de autoria mediata, materializando através do exemplo, quando a mulher convencesse o homem a manter conjunção carnal com a outra parte, mediante violência ou grave ameaça. E, ainda, a ocorrência da participação da mulher como partícipe do delito, ao instigar um homem a estuprar a vítima (NUCCI, p. 862, 2008).

Com a entrada em vigor da Lei, não paira dúvidas no sentido de se reconhecer como sujeito ativo do crime de estupro, tanto o homem quanto a mulher.

A quem diga que a visão anterior era uma afronta grave a diversos preceitos fundamentais, e que a manutenção desta visão não faz mais sentido nos dias de hoje, tendo em vista que a figura frágil da mulher, já está superada, visando-se contemplar, dessa forma, ambos os sexos, evitando, com isso, a produção de normas de caráter manifestamente discriminatório (ARAUJO, p. 3, 2009)

Destaca-se, a absorção, do artigo 214 (do atentado violento ao pudor), pelo artigo 213 (do estupro), onde no artigo 214 punia-se toda e qualquer prática, mediante violência ou grave ameaça, de atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, praticado contra o homem ou a mulher.

Com a absorção do artigo 214 pelo artigo 213, é importante salientar que não houve, destarte, *abolitio criminis* da conduta, pois a conduta, agora, fora incorporada ao artigo 213, isto é, a este fenômeno Luiz Flávio Gomes dá o nome de *continuidade-típica*, sendo que “o que era proibido antes continua sendo proibido na nova lei” (GOMES, p. 9, 2007).

Agora a mesma conduta descrita no revogado artigo 214, possui o *nomem júris* “estupro” para todos os efeitos (AMARAL, p. 1, 2009).

Encerra-se, com isso, a discussão sobre a incidência de concurso material de crimes entre as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, e agora sendo possível a continuidade delitiva entre as condutas, por fazerem parte da mesma espécie.

Com relação à expressão “conjunção carnal”, que seria, basicamente, a introdução, completa ou incompleta, do órgão sexual masculino na cópula vaginal da mulher.

A provável discussão a cerca do termo, é trazida pelo pensamento de Carlos Eduardo Rios do Amaral (p. 2, 2009), ao tratar que a grande dúvida será a definição do que agora signifique “conjunção carnal”. A expressão “outro ato libidinoso” prevista na parte final do novo artigo 213, não facilitará, conforme denota o estudioso, solução para o impasse criado pela Lei n. 12.015/09:

“Se a expressão “conjunção carnal” fosse unicamente reveladora da cópula vaginal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher, não seria necessária a outrora presença da elementar “mulher” na redação original do Art. 213 do Código Penal. É regra principiante em Direito que a Lei não contém expressões inúteis. Se a tão-só introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher, mediante violência ou grave ameaça,

traduzisse a definição de conjunção carnal para a configuração do Estupro, bastaria que o tipo do Art. 213 enunciasse “constranger à conjunção carnal”, como, *mutatis mutandi*, faz o vigente Art. 123 do Código Penal, que tipifica o crime de Infanticídio (Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após), sem fazer menção ao sexo de seu sujeito ativo (agente), uma vez que só a mulher pode estar “sob a influência do estado puerperal”.

Há quem conteste tal posicionamento, com relação à expressão “conjunção carnal”, quando se diz que se a expressão fosse unicamente reveladora da cópula vaginal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher, não seria necessária a outrora presença da elementar “mulher” na redação original, pois se estaria esquecendo dos casos dos transexuais, que também com ajuda da medicina passam a possuir “vagina”, sendo necessária, caso queira restringir o legislador, a palavra “mulher”.

Porém, o autor traz em seu estudo que há posicionamento dizendo que enquanto no ordenamento jurídico brasileiro não for reconhecida de forma expressa as práticas homossexuais, principalmente no que tange ao reconhecimento e regulamentação da união entre homens, deverá ser temporariamente desprezada pela jurisprudência e doutrina a concepção de coito anal como conjunção carnal. Sendo que tal prática deverá ser tutelada pela elementar do tipo “outro ato libidinoso”, quando do emprego de violência ou grave ameaça. Este entendimento, pelo menos até a chegada, se aprovada, de legislação pertinente, quando, assim, a prática de coito anal mediante violência e grave ameaça deverá ser deslocada para a elementar da conjunção carnal. Contudo, remeter-se-ia a todo tipo de penetração íntima profunda entre amantes o significado de conjunção carnal. Reservando, neste sentido, os outros atos libidinosos tais como o sexo oral, o coito *inter femora*, a masturbação, os toques em genitálias, dentre outros, à elementar “outro ato libidinoso”.

Ainda sobre a elementar “outro ato libidinoso”, antes quem estuprava obtinha o mesmo rigor na aplicação da pena do indivíduo que só direcionasse sua mão no órgão sexual de outrem, mediante violência ou grave ameaça, por exemplo, agora não será diferente. A pena continua a mesma para as duas condutas, mas há quem diga que haverá incoerência dizer que aquele que direcionou sua mão ao órgão sexual de outrem, acariciando-a, mediante violência ou grave ameaça, também será chamado de estuprador.

Com relação à consumação do crime de estupro, segundo Guilherme de Souza Nucci (p. 865/867, 2008) é necessário que o(a) (face a alteração legal e introdução da mulher do sujeito ativo) o sujeito ativo pratique conjunção carnal com a vítima, pouco importando se a introdução do pênis na vagina é completa ou incompleta, ou pratique ou permita que com ele se pratique (antigo entendimento de consumação do crime de atentado violento ao pudor) outro ato libidinoso, não se exigindo, ainda, a satisfação do desejo sexual (ob. cit., p. 863, 2008). A tentativa permanece admissível, pois a fase executória, em todos os casos, pode ser fracionada (crime plurissubsistente) (ob. cit., p. 866, 2008).

Em conclusão, às modalidades que qualificam o crime, foram empregadas modificações no sentido de que agora, conforme consta do §1º, *in verbis*: “*Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos*”. A pena cominada foi mantida, como se pode perceber pela redação supracitada, mantendo o resultado lesão corporal de natureza grave, sendo que a alteração trazida pela lei está pautada na inclusão da circunstância da pessoa ser menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos.

No caso em que a pessoa seja menor de 14 (catorze anos), a conduta praticada contra ela será a descrita pelo novo artigo 217-A, (“Estupro de vulnerável”). Ressalte-se que não há consensualidade, encontradas nas relações sexuais entre maiores, partindo do menor, tendo em vista que o legislador vislumbra que as vítimas nesta qualidade não devem praticar relações sexuais, a não ser que superadas as circunstâncias descritas no tipo (AMARAL, p. 5, 2009). Este posicionamento do legislador é combatido por alguns doutrinadores que entendem que a liberdade sexual só seria atingida de maneira grave nos casos de violência ou grave ameaça. Nesse sentido Silva (p. 73, 2006) *apud* Alberto Silva Franco: “Toda lesão à liberdade sexual encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração da área penal”.

Concordamos com a consideração de que a idade mínima elencada pelo legislador, atende os apelos constitucionais da proteção integral da criança e do adolescente, justificando-se, assim, o maior desvalor da conduta. Mesmo entendimento é extensível às hipóteses do §1º do art. 217-A, tendo em vista que praticar relação sexual com as pessoas descritas no tipo penal seria, no mínimo,

repugnante. A Lei ainda extinguiu a figura da vítima de estupro com violência presumida (revogado art. 244), tendo em vista a implementação do referido tipo penal.

Ainda com relação do menor de 14 (catorze) anos, nota-se que a lacuna apresentada anteriormente quanto ao sujeito passivo presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, está suprida pela redação do artigo 218-A (“Satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente”).

Já a segunda qualificadora, do § 2º do artigo 213, traz basicamente a mesma da redação anterior, com a alteração no preceito secundário, ou seja, se da conduta resultar morte do sujeito passivo, ao sujeito ativo será cominada a pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, e não mais 25 (vinte e cinco).

Sob última análise, veremos o artigo 218-B (“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”). Neste tipo penal, não se exige o emprego de violência ou a grave ameaça para sua configuração. Isso é ponto importante para que o intérprete da lei não confunda a qualificadora do §1º do artigo 213, com a forma equiparada trazida pelo artigo 218-B, §2º. I.

3 ALTERAÇÕES REFERENTES À AÇÃO PENAL

Conforme antiga disposição do artigo 225 do Código Penal Brasileiro, a ação penal para processar os crimes elencados nos Capítulos I, II, era a ação penal privada, tendo em vista que a persecução penal só era iniciada mediante queixa. Com exceção das situações descritas no § 1º, inciso I, quando a ação era pública condicionada à representação (antiga redação do §2º do mesmo artigo) e II, quando a ação era pública incondicionada; e também no caso das qualificadoras do artigo 213. Ressalta-se, inclusive, que o STF chegou a editar a Súmula n. 608 dizendo que *“no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”*.

O que se visava preservar era a intimidade da vítima, tendo em vista que a repercussão social gerada pela prática do crime, *de per se*, já causa repulsa incomensurável no meio social.

Tinha-se por escopo a preservação da intimidade da vítima por questões de foro íntimo ou familiar. Dava-se, então a possibilidade da vítima querer ou não interpelar o sujeito ativo do crime, judicialmente, mediante queixa-crime, decidindo, nesta órbita, sobre a apreciação do Poder Judiciário.

Esta questão interferia de tal maneira que muitos indivíduos praticantes das condutas delituosas constantes nos Capítulos I e II do Título VI, não eram punidos, o que deixava as vítimas descobertas. Isso ensejou o legislador a dar nova redação ao artigo 225, no sentido de impor, como regra, que os crimes constantes do Capítulo I e II do Título VI, seriam processados mediante ação penal pública condicionada à representação. Com exceção instalada no parágrafo único do mesmo dispositivo legal que diz, *in verbis*: “*Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável*”. A justificativa é trazida por Tiago Lustosa Luna de Araújo: (p. 6, 2009)

“O argumento para justificar a alteração do artigo foi o de tornar eficaz a proteção da liberdade sexual da pessoa, em especial, a proteção ao desenvolvimento da sexualidade da criança e do adolescente. Os interesses em jogo, na visão do feitor da lei, não envolvem mais questões de interesse estritamente privado, mas sim de interesse público”.

Destarte, em maior apelo social, o legislador preferiu destacar a repulsa da sociedade e seu interesse precípua em ver a resposta do Estado aplicada de forma concreta, e deixando de lado as questões de foro íntimo e familiar que envolvia a tutela do artigo antes da reforma.

Em suma, com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/09, introduzindo a ação penal pública condicionada à representação, como regra, não é de se justificar a existência da Súmula 608 editada pelo STF, conforme comentado anteriormente, pois se o receio que se tinha em deixar a vítima do crime de estupro desprotegida foi suprido, tendo em vista que o Ministério Público não poderá dispor da ação penal, como ocorria anteriormente quando a ação penal era de natureza privada.

O legislador, mantendo a visão de apelo e proteção às vítimas carecedoras de cuidados especiais, proporciona, ainda, a previsão de ação penal

pública incondicionada, para proteção dos menores de 18 (dezoito) anos e vulneráveis. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 225.

Questão pertinente a ser arguida é que, com a introdução da ação penal pública condicionada à representação, como regra disposta no artigo 225, abrangendo, conforme redação do referido dispositivo legal, os tipos penais reunidos no Capítulo I e II do Título VI, dos quais o estupro (art. 213) se faz presente. A controvérsia que merece nossa atenção é o fato de que como o §2º do artigo 213 traz a forma qualificada pelo resultado morte (preterdolo), o legislador ao suprimir a ação penal privada no artigo 225, e implantar a ação penal pública condicionada, como regra para os crimes do Capítulo I e II do Título VI, proporcionaria a problemática na hipótese em que a vítima seja sozinha, não tendo ascendente, descendentes, ou qualquer pessoa que possa zelar por seus interesses e essa vítima morre em decorrência da conduta praticada pelo sujeito ativo. Vê-se aqui, que a medida do legislador em que, querendo proteger as vítimas do crime de estupro, implementa a ação penal pública condicionada, acaba criando ponto controverso, tendo em vista que na oportunidade o Estado nada poderia fazer para propor a resposta à sociedade pelo fato criminoso praticado pelo agente, porque sua única legitimada para desatar as amarras do Ministério Público para que este processe o crime, encontra-se falecida.

Há no congresso nacional o animus de se extinguir a ação penal de natureza privada, do Código Penal, onde os crimes que são processados mediante queixa-crime, agora seriam impulsionados pela representação.

Há quem entenda que tal medida seria errônea e equivocada, pois não se deveria extinguir a ação penal privada, mas sim ampliar o rol de crimes que são processados mediante ação penal pública condicionada.

4 COMENTÁRIOS ÀS ALTERAÇÕES INSERIDAS À LEI N. 8.072/90

A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que trata dos crimes hediondos, também foi alterada pela Lei n. 12.015/09, colocando fim à discussão no que

concerne à hediondez do estupro simples, mesmo apesar do Supremo Tribunal Federal já ter entendido que o estupro simples tratava-se de crime hediondo, restavam ainda posicionamentos diversos na doutrina, o que agora tem se estagnado pela redação do art. 1º, V, da Lei dos Crimes Hediondos, trazendo a especificação do estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º), incluindo, inclusive, o estupro de vulnerável (VI – estupro de vulnerável – art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

Por fim, observamos o lapso do legislador ao fazer permanecer a redação do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não o adaptando as alterações trazidas pela Lei n. 12.015/09, tendo em vista que a referida lei, em seu artigo 7º, revogou os artigos 214, 223 e 224 do Código Penal Brasileiro.

O que poderia ensejar problemas futuros é o fato de que a Lei n. 12.015/09 trouxe a previsão de um novo tipo penal, abrangendo a disposição do revogado artigo 224 do Código Penal, o que não poderia haver incidência de causa de aumento de pena diretamente sobre essa nova figura típica, cometida de modo simples (*caput*) ou qualificado (§§ 3º e 4º), sob pena de *bis in idem*.

Temos o respaldo para nortearmos nosso pensamento nesse sentido pelo fato de que a redação do revogado artigo 224, existente da *alínea a*, agora integra a disposição do *caput* do artigo 217-A, e as redações das *alíneas b* e *c*, do revogado artigo 224, agora integram a redação do §1º do artigo 217-A. Portanto, se tais circunstâncias são levadas em conta para tipificar o crime, as mesmas circunstâncias não poderiam ser consideradas como causa para o aumento da pena.

4 CONCLUSÃO

Sobre a nova figura típica do crime de estupro, entendemos as alterações quais introduziu o legislador, como tratamento à evolução social a que se é dado às questões que envolvem sexualidade e, principalmente, a posição de destaque social que a mulher, hoje, ocupa na coletividade.

Tem-se também o posicionamento de que o legislador visou a realização dos princípios constitucionais de igualdade e defesa da dignidade da

pessoa humana, afastando posicionamentos discriminatórios, que ainda assombravam a legislação.

Como a evolução do pensamento social é célere, muitas vezes a legislação não o acompanha, e a lei acaba caindo no desuso, porém, até que outra a revogue ela continua impondo sua repressividade. Com as alterações o legislador além de promover a igualdade, visou, inclusive, preservar ainda mais a dignidade da criança e o adolescente, face à exposição dos mesmos através da internet, que já é realidade na maioria dos lares brasileiros, suprindo pontos lacônicos da disposição anterior e implementando condutas que anteriormente ficavam impunes, por falta de previsão legal. Tudo isso para que cada vez mais condutas atentatórias à preservação dos “pequenos”, tenham a resposta social e repressão estatal.

Ademais, todo o esforço dispensado ao estudo dos dispositivos revogados fica como aprendizado e marco da evolução social, servindo, tão somente como objeto de estudo histórico.

5 BIBLIOGRAFIA CITADA E CONSULTADA

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Do homem também como sujeito passivo do delito de estupro (Lei nº 12.015/2009)**. Revista Jus Vigilantibus, de 15.08.09: Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/41405>. Acesso em 17 ago. 2009;

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **O(s) novo(s) crime(s) de estupro. Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei nº 12.015/2009. Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2232, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13307>>. Acesso em: 11 ago. 2009;

CASTRO, Leandro. **Breves comentários à lei 12.015/09**, disponível em: <http://advogadoleonardocastro.wordpress.com/2009/08/10/breves-comentarios-a-lei-12-0152009/>. Acesso em: 17 ago. 2009;

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Dicionário compacto jurídico**. – 11. ed. – São Paulo: Rideel;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes Sexuais: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005**. Leme: J. H. Mizuno, 2006.