

DO ESTUPRO: REFLEXÕES EM FACE DAS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 12.015/2009

Gabriela Gatti dos SANTOS¹
Florestan Rodrigo do PRADO²

RESUMO: As críticas doutrinárias surgidas com a edição da Lei nº 12.015/09, motivou a realização do presente trabalho. Assunto é extremamente interessante, levando à discussão elementos das alterações efetuadas no crime de estupro. O desenvolvimento leva em conta ainda a comparação do texto originário com as mudanças efetuadas pela lei, a divergência doutrinária dos assuntos relevantes. Finalmente deságua na seara doutrinária, para melhor entendimento quanto à aplicação da norma alterada, como forma de contribuir para o deslinde da celeuma criada com as inovações. Apresenta algumas soluções desenvolvidas pela doutrina para melhor aplicação da norma penal.

Palavras-chave: Crimes contra dignidade sexual. Estupro. Estupro de vulnerável. Mudanças da Lei 12.015/09.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo abordar sobre a temática das alterações introduzidas no Código Penal pela Lei nº 12.015/2009, modificando o Título VI, que originalmente previa os Crimes Contra os Costumes, prevendo hoje Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.

Antes das alterações da Lei, o Código Penal mostrava-se antigo e sem aplicabilidade quando aos crimes contra a liberdade sexual na atual liberdade, tal lei veio para atualizar a norma penal, adequando-se da melhor forma a nossa sociedade vigente.

Apesar de alguns acertos quanto as mudanças realizadas, o legislador acabou deixando algumas questões que coube a doutrina discuti e solucionar, um exemplo é a lacuna deixada pelo legislador quanto a vítima que é estuprada em seu décimo quarto aniversário.

¹ A autora é discente do 7.º termo do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP).

² O orientador é Mestre em Direito e professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP).

O trabalho trouxe as visões doutrinárias sobre o novo texto legal, sempre visando a comparação do texto original com o atual, traçando a diferença e as benfeitorias ocasionadas pela mudança.

O mesmo apresentou aspectos históricos sobre o estupro desde as Ordenações Filipinas até o atual texto, com foco no tipo penal, analisado todos seus aspectos.

O trabalho buscou na metodologia dedutiva a comparação da norma infraconstitucional positivada frente aos posicionamentos doutrinário.

A técnica utilizada valeu-se de pesquisas bibliográficas, tendo como fonte os livros, artigos.

2 ASPECTO HISTÓRICO

Desde o surgimento do homem, nasceu junto com ele o instinto da reprodução, o que resulta na sexualidade do ser humano, um assunto desde os primórdios muito delicado.

Por ser um instinto do ser humano, a sexualidade, e a relação sexual devem ser analisadas não só pela ótica da biologia, mas também pela ótica da sociedade e pelo direito, cabendo a ambos darem o valor do que é aceitável ou reprovável quanto a esse assunto.

Conforme Alessandra Greco e João Rassi (2010, p. 5):

“[...] cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sobre a diferença entre o que é “certo” ou “errado” no comportamento sexual e, estabelecido o mínimo de valoração sobre o que é “certo” ou “errado”, “positivo” ou “negativo” na conduta sexual, os conceitos poderão ser modificados e condicionados pelo tempo e pela cultura em uma determinada época.”

Nesse sentido, verifica-se que a sociedade deve estabelecer um parâmetro mínimo de valoração na conduta sexual, para que saiba o que pode ser feito e o que não pode ser feito para a melhor convivência em sociedade, esses parâmetros não podem ser absolutos, devem ser mutáveis, podendo ser alterados e adequados à cultura e a época.

Por esse motivo ao longo da história houve a necessidade de estabelecimento dos limites dessa manifestação inata do homem, valendo-se de combinações como controle social, leis, moral e a religião, e principalmente coube ao direito penal tratar desse assunto, conforme ilustra Alessandra Greco e João Rassi (2010, p. 6).

Ao longo da história do homem, surgiram e desapareceram vários tipos de sociedades com suas culturas, valores e comportamentos característicos, e cada uma dessas sociedades possuíam ideias sobre a sexualidade do homem e sobre quais os limites deveriam ser dados sobre esse tema.

Os relatos mais antigos demonstram que no início das sociedades vigia o pensamento matriarcal, na qual a mulher era a chefe do clã, e acreditava-se que a fêmea era uma figura divina, pelo fato dela gerar a vida, surgindo assim à ideia de que eram deusas no mundo, conforme dita Alessandra Greco e João Rassi (2010, p. 9).

Assim que o homem descobriu seu papel na reprodução, dissolveu-se o pensamento de que a mulher reproduzia sozinha, e que a vida gerada por esta não tinha ligações com os atos sexuais praticados com o homem.

A repressão à sexualidade tomou força com a evolução e consolidação do cristianismo na sociedade, no qual pregava-se a castidade para o homem e a virgindade para a mulher, considerando o casamento um pecado por possuir relação sexual entre o casal, o que não acatado pela sociedade, pois a classe camponesa continuava formando sua família por meio do casamento.

Segundo Alessandra Greco e João Rassi (2010, p. 13), após a queda do Império Carolíngio a Igreja Católica conseguiu maior influência entre os reis e os aristocratas, regularizando o casamento da forma que achava ser correto, não considerando mais o casamento um pecado elevando este a uma instituição divina.

Porém a repressão da Igreja Católica não foi eterna, havendo um afrouxamento em meados do século XX, criando liberdade para o indivíduo decidir quando e como ele quer ter relação sexual. Com o surgimento do anticoncepcional e a luta feminina em meados da década de 60 e 70, possibilitou a mulher dispor do seu corpo da forma que desejasse. O movimento feminista promoveu o estudo sobre o gênero, o que permitiu o surgimento do direito sexual.

O Direito Penal sempre se preocupou sobre esse tema, pois é de suma importância já que a sexualidade, além de ser uma manifestação individual, está

relacionada ao matrimônio, ao adultério, à prostituição, a sociedade, e todos os bens jurídicos tutelados pelo direito que envolve a sexualidade.

2.1 Evolução Histórica do Crime de Estupro

Desde os povos antigos o estupro era considerado um crime possuindo penas severas para o agente, e reprovável para a sociedade.

A legislação mosaica previa

se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados, Mas se o homem encontrasse donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem, o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 siclos de prata ao seu pai. (PRADO, 2010, p. 596-597).

A pena tratada pela legislação mosaica demonstra a severidade do crime, podendo ocorrer à lapidação tanto do agente quanto da vítima, apedrejamento somente ao agente, o casamento do agente com a vítima ou até mesmo um pagamento de um dote ao pai da vítima para que este conseguisse posteriormente um casamento para sua filha, já que nesse período o papel da mulher era a de reproduzir e cuidar da casa e da família, uma mulher deflorada não era vista com bons olhos e dificilmente conseguiria um bom casamento.

No Código de Hammurabi a definição do estupro vinha descrita no seu artigo 130, estabelecendo 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. (PRADO, 2010, p.597).

O artigo 130 do Código de Hammurabi, ilustra novamente a reprovabilidade de um homem manter relações sexuais com uma mulher virgem, sendo apenado com a sua vida.

No antigo Egito, aquele que estuprava recebia como pena a mutilação, conforme demonstra E. Magalhães Noronha (2002, p. 66).

Na Grécia o estupro era punido, primeiramente com pena de multa, em depois fora apenada com pena de morte, conforme relata Renato de Mello Jorge Nogueira (2008, p.74).

No Direito Romano surgiu o termo *stuprum*, este termo possuía dois sentidos, o sentido lato no qual englobava qualquer ato impudico contra homem e mulher, e o sentido estrito que abrangia somente o coito com a mulher virgem ou casada, mas honesta. O *stuprum violentum* situava-se na modalidade de *crime vis*, sendo um delito reprimido pela *Lex Julia de vi publica* possuindo pena capital, conforme ilustra Regis Prado (2010, p. 597).

Ainda no Direito Romano o *stuprum* era classificado em

violentum e *voluntarium*, dividindo-se o último em *proprium*, caso ocorresse a *defloratio* do ato sexual e *improprium*, na hipótese de não ter ocorrido tal resultado. Denominavam *stuprum qualificatum* as cópulas carnis precedidas de violência, fraude e sedução. (PRADO, 2010, p.597).

Dessa forma, para o Direito Romano, existia uma classificação para o estupro, podendo ser violento ou voluntario, este ainda subdividia-se em próprio, quando ocorria a defloração no ato sexual; e impróprio quando não ocorria a defloração. As cópulas carnis precedidas de violência, fraude e sedução eram tipificadas como estupro qualificado.

O antigo Direito Germânico, o delito era punido com pena severa. Já no Direito Canônico, só haveria estupro em casos onde a mulher fosse virgem, caso contrário não haveria crime, conforme ilustra Magalhães Noronha (2002, p.66).

No Direito Espanhol, o estupro já fora punido com pena de morte, sendo elas: a *Fuero Viejo*, que castigava com pena capital, ou com a chamada *declaración de enemistad*, que permitia aos parentes da vítima o direito de decretar a morte do agente. Ainda existia a do *Fuero Real* e as de *Partida*, que eram cominadas as penas máximas, segundo menciona Magalhães Noronha (2002, p.66).

Para o Direito Francês, existia a distinção ente estupro e rapto violento. O Estupro constituía-se no emprego de força contra virgem, mulher ou viúva, com intuito de obter conjunção carnal. Enquanto o Rapto Violento destinava-se a subtração violenta de mulher, virgem ou viúva, de qualquer idade, com a finalidade de abusá-las contra sua vontade. Porém, com o Código de 1810, houve uma modificação nesse conceito, onde o rapto era destinado à subtração de menores, e

se houvesse a figura do estupro, era punido com este delito, conforme demonstra Magalhães Noronha (2002, p. 66).

2.2 Evolução Histórica do Delito de Estupro no Brasil

Antes da colonização no Brasil, vigorava entre as tribos indígenas a fase da vingança privada, onde cada tribo dava a sua sanção quanto aos crimes sexuais, tendo sempre penas severas contra o agente, porém essa forma de solucionar não influenciou o direito penal após a colonização.

Durante a fase do Brasil Colonial, as normas penais impostas para a sociedade foram as que eram vigentes em Portugal, sendo elas as Ordenações Afonsinas (1500-1514), as Ordenações Manuelinas (1514-1603), e as Ordenações Filipinas (1603-1916).

Segundo Fabio Fayet (2010, p. 24):

No Brasil Colonial, estiveram em vigor as Ordenações Afonsinas (1500-1514) e as Ordenações Manuelinas (1514-1603), seguidas das Ordenações Filipinas (1603-1916), que, por sua vez, refletiam o Direito Penal medieval, visando a infundir o temor pelo castigo. Fundamentavam-se estas últimas Ordenações largamente em preceitos religiosos. O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, os apóstatas, os feiticeiros e os benzedores com penas cruéis.

Conforme citado as Ordenações eram baseadas nos preceitos impostos pela Igreja Católica, na qual pregava o temor nas pessoas pelo castigo e também por meio de penas cruéis, na tentativa de com esse medo evitar que o indivíduo pudesse cometer qualquer crime descrito nos diplomas penais. A Igreja Católica nesse período já estava consolidada e possuía influências nos reis e monarcas da época, impondo o que era certo e errado para a Igreja, fazendo com que estes cumprissem suas vontades.

As Ordenações Filipinas no seu Livro V, Título XXIII previa

o estupro voluntário de mulher virgem, que acarretava para o autor a obrigação de se casar com a donzela e, na impossibilidade do casamento o dever de constituir um dote para a vítima. Caso o autor não dispusesse de bens, era açoitado e degredado, salvo se fosse fidalgo ou pessoa de

posição social, quando então recebia tão somente a pena de degredo. (PRADO, 2010, p. 597).

No Título XVIII fora inserido o estupro violento, no qual era reprimido com pena capital, mesmo o agente casando com a vítima ainda assim existiria a pena de morte, conforme ilustra Regis Prado (2010, p. 597).

As Ordenações Filipinas ainda previa nos seus Títulos XIII a XXXIV penas de morte por fogo até sua carbonização, degredo, açoitamento, confisco de bens e multas aos comportamentos considerados Atentado Violento ao Pudor, que não eram a conjunção carnal, mas atos libidinosos diversos, na maioria das vezes praticadas sem violência, conforme ilustra Fabio Fayet (2010, p. 26).

As Ordenações Filipinas tiveram vigência até a instauração do Império no Brasil que ocorreu no ano de 1830, quando foi implantado o Código Criminal do Império, sancionado por D. Pedro I, sobre a influência da Escola Clássica. Tal Código apresentava a existência de atenuantes e agravantes, conforme relata Fabio Fayet (2010, p. 26).

O crime de estupro estava previsto no artigo 222 do Código Criminal do Império, permanecendo ainda a ideia do Direito Romano, na qual tratava os crimes sexuais de forma genérica sob o vocábulo de estupro, o que na época sofreu duras críticas da doutrina.

Segundo Luiz Regis Prado (2010, p. 597):

O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos, mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão.

Como ilustra o autor, fica evidente a preocupação do legislador com a mulher “honesta” dando valor maior ao agente que pratica ofensa contra ela, e ressalta a função da mulher de procriadora com a constituição de um dote, para que esta consiga um bom casamento depois do delito. Para aquelas consideradas prostitutas previa-se uma pena menor ao agente demonstrando que ela possuía menos valor do que uma mulher “honesta”.

O Atentado Violento ao Pudor poderia ser encontrado no Código Criminal do Império no artigo 223, apesar de não ser denominado com este nome, possuía a seguinte redação: “Quando houver simples ofensa pessoal para fim

libidinoso, causando dôr ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a copula. Penas: de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além de incorrer o réo pela offensa.”, conforme relata Fabio Fayet (2010, p. 29).

Com a Proclamação da República em 1889, em 11 de outubro de 1890 entrou em vigor o Código Criminal da República, sendo elaborada às pressas possuiu duras criticas por não acompanhar o avanço doutrinário e em alguns pontos reproduzir textualmente o antigo Código do Império.

O estupro e o atentado violento ao pudor vinham descritos sob o título de “violência carnal”, visando à proteção da honra, honestidade e do ultraje público ao pudor. A sua maior inovação foi no que tange a pena, não utilizando mais a pena de morte e sim a prisão celular, a pena do estupro estava previsto no artigo 268 com a seguinte redação: “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena de prisão cellular por um a seis annos”, e o delito de estupro vinha previsto no artigo 269 com a seguinte redação: “Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher seja virgem ou não”.

Em 7 de dezembro de 1940, entra em vigor no Brasil por meio do Decreto-Lei número 2.848 o Código Penal de 1940 vigente até hoje no Ordenamento Jurídico brasileiro. Conforme ilustra Fabio Fayet (2010, p. 33), este código representava um grande avanço técnico na tratativa dos crimes sexuais, não adotando nenhuma das escolas ou correntes que na época disputavam a solução dos problemas penais, fazendo uma conciliação entre a Escola Clássica e Positiva, aproveitando o que de melhor possuía as legislações modernas do período vigente.

Uma das suas inovações foi no que tangia a pena, não mais prevendo a pena de morte, possuindo agora as penas de reclusão, detenção e multa.

No que se refera ao Estupro, vinha previsto no artigo 213, sob o texto “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, e no artigo 214 vinha previsto o Atentado Violento ao Pudor, sob o texto “constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso do diverso da conjunção carnal”. Sendo assim, o estupro consistia na cópula vaginal mediante violência ou grave ameaça, enquanto o atentado violento ao pudor consistia em qualquer ato libidinoso que não fosse à cópula vaginal mediante violência ou grave ameaça.

Na visão de Fabio Fayet (2010, p. 36):

O estupro e o atentado violento ao pudor são crimes que não se confundem, apesar de ambos ofenderem a liberdade sexual e serem praticados mediante violência ou grave ameaça. A diferença essencial entre os dois é que, no estupro, o dolo consiste na vontade livre e consciente de constranger a vítima à conjunção carnal (introdução do pênis no corpo da vítima por via vaginal), e no atentado violento ao pudor, a intenção do agente é a prática de ato libidinoso diferente da conjunção carnal.

Conforme citado, apesar de ambos os crimes tratarem de liberdade sexual e possuírem violência e grave ameaça, não podem ser confundidos.

A Lei número 8.072, de 25 de julho de 1990 trouxe modificação na pena dos delitos de Estupro e Atentado Violento ao Pudor, antes da lei as penas eram de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos para o Estupro e de reclusão de 2 (dois) a 7 (anos) para o Atentado Violento ao Pudor. Após o advento da Lei 8.072/90, as penas foram modificadas para reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos, para ambos os delitos, e transformou estes delitos em Crime Hediondo.

O Diploma Penal de 1940 mostrava-se ultrapassado para a nossa sociedade atual, principalmente no que tangia aos Crimes Sexuais. O legislador sabiamente elaborou um Diploma Alterador para atualizar a norma, entrando em vigência a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Para Regis Prado (2010, p. 598):

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

Como citado, a Lei 12.015/90 veio para uma atualização da norma com a sociedade, para ficar mais próxima a nossa realidade sociocultural. Porém a lei não teve somente acertos, por ter sido elaborada as pressas o legislador cometeu alguns erros no elaboração da norma, deixando algumas lacunas e dúvidas para o operador do direito, sendo algumas discutidas e solucionadas pela doutrina.

Uma das principais mudanças foi à junção dos delitos de Estupro e Atentado Violento ao Pudor em um único dispositivo, ficando o estupro no artigo 213 sob a seguinte redação: “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.”.

Segundo Fabio Fayet (2010, p. 39), o que inspirou o legislador a realizar a fusão dos artigos 213 e 214 foi o Estatuto de Roma, ratificado no Brasil pelo Decreto número 4.388, em 25 de setembro de 2002, que criou um artigo único para a violência sexual.

O grande avanço dado pela Lei 12.015/09 foi à adequação do tipo de estupro com o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal na qual prevê que homem e mulher são iguais perante a lei, em direitos e obrigações, com isso a lei modificou o tipo, que originalmente previa só a mulher como sujeito passivo, agora prevê que tanto homem quanto mulher são sujeitos passivos.

A Lei 12.015/09 modificou o Título VI do Código Penal que vinha sobre a rubrica de “Dos crimes contra os costumes” alterando para “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Uma inovação trazida pela lei fora o surgimento da figura da vítima pelo Estupro de Vulnerável, disposto no artigo 217-A, do Código Penal. Extinguindo a presunção de violência. Incorporou também o segredo de justiça nos julgamentos dos Crimes Sexuais.

3 Do Estupro

O termo Estupro originou-se do vocábulo *stuprum* do Direito Romano, que significava desonra, vergonha. Nos primórdios este termo era utilizado para vários tipos penais, que abrangia de modo genérico prática impudica cometida pelo homem ou pela mulher sem violência, ou praticas sexuais pelo homem com uso de violência contra a mulher, e até mesmo crimes relacionados ao matrimônio. Hoje, o termo estupro designa a prática sexual, com emprego de violência ou grave ameaça, possuindo conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Originalmente no Código Penal de 1940, o estupro estava previsto no artigo 213, sob a redação “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.”, o Código também trazia de forma autônoma o Atentado Violento ao Pudor, tipificado no artigo 214. Com a Lei 12.015/09, alterou o artigo 213, acrescentando o Atentado Violento ao Pudor em seu texto, extinguindo o artigo 214, e aumentando o sujeito passivo, que antes era só a mulher, e após a lei, tanto homem e mulher são sujeito passivo.

A Lei 12.015/09 alterou o nome do título dos crimes sexuais, antes chamado de “Dos Crimes Contra os Costumes”, hoje está sobre a rubrica “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Modificando assim o bem jurídico, que originalmente era os costumes, protegendo-se hoje a liberdade e dignidade sexual do indivíduo e não mais os costumes.

O conceito de estupro está disposto no artigo 213 sob a redação de: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

3.1 Bem Jurídico Protegido

O Bem Jurídico tutelado pelo Direito Penal no delito de Estupro, ao longo do tempo sofreu várias mudanças.

As Ordenações Filipinas visavam à proteção dos “bons costumes na corte”, envolvendo todo tipo de prática sexual consideradas preocupantes na época. O Código Imperial de 1830 tutelava a “segurança da honra”. Com a instauração da República o bem jurídico passou a ser “segurança da honra, honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”.

O nosso Código Penal, originalmente, protegia os “bons costumes”, protegendo assim a “liberdade sexual da mulher”, possuindo o direito de dispor do próprio corpo.

Segundo Magalhães Noronha (2002, p. 68):

O bem jurídico que o art. 213 protege é a liberdade sexual da mulher; é o direito de dispor do corpo; é a tutela do critério de eleição sexual de que goza na sociedade. É um direito seu que não desaparece, mesmo quando se dá a uma vida licenciosa, pois, nesse caso, ainda que mercadejando com o corpo, ela conserva a faculdade de aceitar ou recusar o homem que a solicita. a liberdade de escolha nas relações sexuais é, dessarte, o bem que o Código, nos preciosos termos do artigo 213, tem em vista.

Como citado, o bem jurídico tutelado era a liberdade sexual da mulher, alcançando as mulheres que viviam da prostituição.

Após a Lei 12.015/09 o bem jurídico foi modificado, protegendo-se agora a “dignidade sexual”, porém não deixou de proteger a liberdade sexual.

Consoante salienta Regis Prado (2010, p. 599):

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem direito pleno à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual.

Como citado, o Direito Penal tutela a autonomia e a liberdade sexual, permitindo ao indivíduo de escolher quando, como e com quem pretende efetuar a relação sexual, não podendo ser obrigado a praticá-lo.

Dessa forma o dispositivo penal tutela a liberdade sexual em sentido estrito e a dignidade sexual em sentido amplo.

Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 45 e 46) relatam que:

[...] a dignidade sexual é uma categoria de difícil apreensão e que deriva da noção maior de dignidade, atributo de todo ser humano reconhecido por convenções internacionais sobre direitos humanos e pela Constituição

brasileira, que a considera fundamento da república. A adjetivação do conceito dignidade, com o qualificativo *sexual*, importa em reconhecer *uma determinada dignidade*, aquela em que o respeito alheio é devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste se autodeterminar à atividade sexual.

Nesse sentido a dignidade sexual se traduz no respeito de terceiros ao sujeito no que tange a sua capacidade de autodeterminar nos assuntos relativos à relação sexual.

Sobre a liberdade sexual, novamente, Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 46):

Liberdade sexual é categoria mais concreta, que significa uma esfera de ação em que o indivíduo – e só ele – tem o direito de atuar, e atuar livremente, sem ingerências ou imposições de terceiros. A liberdade sexual diz respeito diretamente ao corpo da pessoa e ao uso que dele pretende fazer. Ao punir condutas que obriguem o indivíduo a fazer o que não deseja, ou a permitir que com ele se faça o que não quer com o próprio corpo, a norma penal está tutelando sua liberdade sexual.

Dessa forma a liberdade sexual esta ligada ao corpo do individuo e a forma como pretende utiliza-lo, devendo somente ele escolher o que quer fazer, não devendo ser obrigado por ninguém a manter relações sexuais contra sua vontade.

Segundo Regis Prado (2010, p.599-600) a lei penal sexual visa permitir que o indivíduo obtenha autodeterminação sexual, e que exerça com liberdade de escolher e de vontade, conforme suas convicções.

Nesse sentido fica claro que o Direito Penal tutela a liberdade sexual do individuo, protegendo a sua escolha na prática do ato sexual.

Na ótica de José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza (2010, p. 11):

Acresça-se que essa faculdade atribuída a cada pessoa não desaparece mesmo quando ela se dá a uma vida libertina, pois, nesse caso, ainda que comercialize o corpo, mantém a faculdade de aceitar ou recusar a pessoa que solicita seus favores.

Como ilustram os citados autores, a liberdade sexual deve ser protegida até mesmo se o individuo pratica a comercialização de seu corpo, pois deve ter autonomia de escolher com quem quer manter a prática sexual.

No que tange a liberdade sexual o Código Penal não tratou da hipótese em que o agente impede alguém de realizar determinada atividade sexual. Para

Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 46): “Num caso dessa natureza e na falta de tipo penal específico, cabível seria o enquadramento no tipo do constrangimento ilegal”. Ficando assim a solução caso ocorra essa hipótese.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, o bem jurídico tutelado pelo Código Penal é a liberdade sexual, a autodeterminação do indivíduo que possui a faculdade de escolher com quem, como e quando pretende manter suas relações sexuais, sem que ninguém o obrigue a fazê-lo.

3.2 Sujeito Ativo e Passivo

Originalmente, no Código Penal, o Estupro era um crime próprio, somente o homem poderia ser sujeito ativo e somente a mulher poderia ser sujeito passivo. Isso ocorria pelo fato do Estupro no seu texto originário ser descrito como “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, constituindo o tipo somente quando houvesse a conjunção carnal (introdução do pênis na vagina).

Até a vigência do texto originário, o homem quando forçosamente praticava relação sexual com sua esposa, não era considerado estupro, mesmo se usasse violência ou grave ameaça, pois o entendimento da época era que manter relação sexual com sua esposa era um direito do homem, podendo ser utilizado de qualquer meio para a satisfação sexual deste, e um dever da mulher de satisfazer sexualmente o seu marido, mesmo que não quisesse ter relações com este.

Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 128):

[...] ponderava-se que, com o casamento, surge o dever de relacionamento sexual entre os cônjuges. Assim, segundo alguns autores, não haveria crime caso o marido constrangesse a mulher à conjunção carnal, em razão do direito daquele de exigir desta a satisfação sexual. Outros autores, por sua vez, ensinavam que, caso a negativa da mulher se apoiasse em motivo justo, haveria crime. Seriam, por exemplo, as hipóteses de o marido se encontrar com doença venérea ou ser portador de uma moléstia grave e contagiosa, a mulher estar doente, menstruada, ou no período pós-parto (impossibilitada de manter relacionamento sexual, portanto). A mulher também pode negar-se ao ato sexual por razões morais, tais como a situação de saber que o marido teve, pouco antes e no mesmo dia, relações sexuais com prostituta ou amante, ou a hipótese de manter relações sexuais no dia da morte do próprio filho. A solução, muita vez, dependerá do caso concreto.

Como citado, o homem tinha direito de manter relação sexual com a esposa quando desejasse, podendo constrangê-la a prática, sem considerar estupro, podendo ser considerado estupro quando o homem forçosamente constrangesse a esposa a ter relações no dia da morte do filho, quando soubesse de doença venérea, prática de ato sexual com amante ou prostituta no mesmo dia.

Com advento da Lei 12.015/09, o legislador sabiamente atualizou o texto normativo, sendo homem e mulher sujeito ativo e passivo do crime, tornando crime comum, surgindo às hipóteses: do agente ser homem e a vítima mulher, agente mulher e a vítima homem, agente homem e vítima homem, ou agente mulher e vítima mulher.

A lei regulou o artigo 213 do Código Penal, com o artigo 5º, *caput* da Magna Carta, onde homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Permitiu-se também que a esposa seja sujeito passivo do Estupro, caso o marido utilize de violência ou grave ameaça para coagi-la a ter relação sexual. Pode-se considerar uma modificação benéfica à mulher que não mais pode ser coagida a ter relação sexual sem a sua vontade, não tendo amparo legal e nem doutrinário do marido querer forçar sua companheira a satisfazer seu desejo sexual sem que haja a punição.

Conforme expõe Regis Prado (2010, p. 600-601):

[...] é inadmissível que a esposa ou companheira não tenha o direito de se recusar a manter qualquer relação de caráter sexual com o marido ou companheiro pelo simples fato de estarem ligados pelo matrimônio ou pela união estável. Admitir eventual causa justificativa, em tal caso, significa um retorno à sociedade primitiva. O que não infirma também a possibilidade de a mulher se postar no pólo ativo da relação sexual libidinosa.

Como ilustrado acima, a mulher com o advento da Lei 12.015/09, ganhou o direito de dispor do seu corpo como desejar, podendo ter relações com o marido quando quiser, não podendo mais ser obrigada, e o homem perdeu o “direito” de obrigar a esposa, perdendo amparo legal.

A mulher quando se encontra no polo ativo, pela sua estrutura corporal não pode realizar a penetração, não configurando a conjunção carnal, porém pode constranger o homem no polo passivo a praticar atos libidinosos como a *felação* e a

heteromasturbação, atos que se encontram no vasto campo da satisfação da lascívia conforme José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza (2010, p. 11).

Antes a modificação da Lei nº 12.015/09 sustentava Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 44):

[...] já sustentávamos não haver impedimento que uma mulher pudesse ser coautora de *estupro*, diante das previsões dos arts. 22, 29 e 30, in fine, do CP. Embora o crime de estupro fosse catalogado como *crime próprio*, pressupondo no autor uma particular condição ou qualidade pessoal (ser do sexo masculino), nada havia que impedisse a mulher de ser *partícipe* desse delito contra a liberdade sexual. Sustentávamos, ainda, que a mulher podia ser, excepcionalmente, a própria autora, nesse caso, *mediato*, quando, por exemplo, o *autor imediato* (executor) sofresse *coação irresistível* de uma mulher para praticar conjunção carnal violenta. Como nessa hipótese somente o *coautor* responde pelo crime (art. 22 do CP), o *sujeito ativo* do crime de estupro seria uma *mulher*.

Neste sentido, fica claro que desde o Código Penal de 1940 havia a possibilidade da mulher estar no polo ativo do delito.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 45): “[...] qualquer mulher pode ser vítima de estupro: honesta, prostituta, virgem, idosa etc., sempre que for obrigada à prática sexual contra sua vontade.”.

Hoje o estupro pode ser contra qualquer mulher independente do caráter de honestidade ou desonestidade que prevalecia nos antigos textos penais.

A Lei 12.015/09 possibilitou que o sujeito ativo e passivo pudessem ser tanto homem quanto mulher, sendo um crime comum, e não havendo a distinção se os sujeitos são heterossexuais ou homossexuais.

3.3 Tipicidade Objetiva

O delito de Estupro pune o ato de constranger a vítima a praticar ou permitir que se pratique qualquer ato libidinoso.

O dispositivo possui uma única ação nuclear, que é a de “constranger”, cujo significado é compelir, forçar, subjugar, obrigar alguém a fazer algo contra sua vontade.

O estupro encontra-se na categoria dos crimes que necessita da discordância do sujeito passivo, sendo uma elementar do tipo, conforme André

Estefan (2013, p. 144) não poderia se diferente já que a norma tem como fundamento a tutela da liberdade de autodeterminação sexual.

O constrangimento deve se dirigir a obrigar alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Para Damásio de Jesus (2010, p. 130): “O tipo incrimina, outrossim, o ato de constranger o sujeito passivo permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal (nesse caso, pressupõe uma atitude passiva por parte da vítima)”.

Como citado, quando o agente constranger a “praticar”, ele requer uma conduta mais ativa da vítima, e quando o agente constrange a “permitir que com ele se pratique” exige da vítima uma conduta passiva. Essa ideia é reforçada por Regis Prado (2010, p. 601):

Observa-se que a incriminação alcança tanto a conduta do agente que constrange a vítima a realizar o ato libidinoso, de modo ativo, como aquela que submete a vítima a uma situação passiva, a fim de permitir que com ela seja praticado aquele ato.

Na visão de André Estefam (2013, p. 144) “praticar” e “permitir que com ele se pratique” não são verbos nucleares, mas comportamento ativo e passivo no qual o ofendido é sujeita a *manu militari* pelo agente.

Os elementos normativos extrajurídicos do Estupro são a Conjunção Carnal e o Ato Libidinoso, estes termos não se confundem.

A Conjunção Carnal consiste na cópula vaginal (penetração do pênis na vagina), efetuada somente entre o homem e a mulher. O Ato Libidinoso consiste em toda conduta de cunho sexual que não constitua a conjunção carnal. Conforme exemplifica Regis Prado (2010, p. 601) pode ser citado como ato libidinoso:

a *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécie de sexo oral ou bucal); o coito *in femora*; a masturbação; os toques ou apalpadas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros. É certo que não se enquadram aqui hipóteses de necrofilia, bestialismo ou zooerastia.

Os meios executórios do tipo são a violência física (*vis absoluta*) e a grava ameaça (*vis compulsiva*). Caso exista fraude no *modus operandi* não se

enquadra no Estupro, mas sim no artigo 215 do Código Penal, conforme disserta André Estefam (2013, p. 145).

A violência física ou *vis absoluta* consiste na diminuição da capacidade de resistência da vítima, facilitando para o agente a prática sexual. Caso a violência física seja empregada contra terceiro ou coisa não configura crime. Para Damásio de Jesus (2010, p. 133) no caso concreto, quando a agressão for contra terceiro ou coisa, provocando efeito moral, fazendo com que esta se entregue ao agressor, caracteriza estupro.

A violência moral é caracterizada pela ameaça. É a promessa de um dano sério e realizável, capaz de produzir temor na vítima, um mal prometido capaz de gerar terror psicológico a vítima. A ameaça pode ser direta, quando empregada contra a própria vítima, ou indireta quando empregada contra terceiro ou coisa, visando o mal a estes. Como exemplifica Damásio de Jesus (2010, p. 133) “É a hipótese em que a mãe que cede aos instintos do agente que ameaça matar-lhe o filho”.

O mal prometido pode ser justo ou injusto, conforme exemplifica André Estefam (2013, p. 145):

[...] Em nosso sentir, pouco importa se o mal é justo ou injusto. Imagine a conduta de um policial que, flagrando uma mulher vendendo drogas, “convença-a” a ceder aos seus impulsos sexuais para não levá-la presa em flagrante. Há crime de estupro em concurso formal com prevaricação (art. 319, CP). Advirta-se que o exemplo não se confunde com aquele em que a mulher, *espontaneamente*, oferece favores sexuais em troca de sua impunidade.

Quanto à caracterização do tipo diverge a doutrina no que tange a expressão de um simples “não”.

Para José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza (2010, p. 16):

[...] O dissenso, que deve ser expresso e só excepcionalmente presumido, também deve ser sincero e positivo, mas não se exige uma oposição irresistível ou que constitua um ato de heroísmo. Não basta, portanto, um simples não, porque se requer uma real oposição.

Como citado, a vítima não pode dizer uma simples “não”, deve ser algo a mais do que isso, sendo uma verdadeira oposição.

Quando ao tempo de duração da oposição disserta, Flávio Monteiro de Barros (2010, p. 15): “A oposição da ofendida deve estar presente durante todo o desenrolar da conjunção carnal, se a certa altura ela aceita, não há falar-se em estupro.”

Para André Estefam (2013, p. 145) a caracterização do tipo é necessário que a vítima haja com resistência séria e inequívoca, o ofendido deve demonstrar seu dissenso com a prática sexual, bastando um simples “não!”, o tipo não exige que a vítima tenha comportamento heroico, mas a resistência, devendo o dissenso durar todo o ato sexual.

Caso a vítima perceba que a resistência mostra-se ineficaz e assume uma conduta passiva, não descaracteriza o Estupro. Em casos onde haja dúvida sobre a resistência do ofendido, socorre-se de exames, levando em consideração o estado da vítima e do agente, conforme ilustra Regis Prado (2010, p. 602).

Pode haver ato sexual violento consensual, como exemplo as relações sado masoquistas desde que não ocasione lesão corporal grave ou morte.

Não importa se a vítima esta vestida ou não, como disserta Damásio de Jesus (2010, p. 132) existe o crime, o agente que despe uma mulher e apalpa seus seios com emprego de violência ou grave ameaça, ou o agente que acaricia as partes pudendas do ofendido vestido.

Não há necessidade que haja contato físico entre agente ativo entre o agente e a vítima, o agente pode obrigá-lo mediante violência e grave ameaça a masturba-se na sua frente sem tocá-la em momento algum. A vítima também não precisa praticar ato com o agente, pode ser feito com terceiro.

Na hipótese de contemplação passiva, onde o agente constrange a vítima a assistir atos libidinosos praticados por terceiros, não havendo intervenção material do ofendido não caracteriza ato libidinoso, neste caso, entende Damásio de Jesus (2010, p. 132) se trata, no caso concreto, se a vítima for incapaz, estaríamos diante do crime de Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, previsto no artigo 218-A, do Código Penal. Se o ofendido for igual ou maior de 18 anos seria o delito de Constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do mesmo diploma legal com agravante genérica do motivo torpe.

Apesar da ofensa ao pudor as palavras e narrações obscenas não são configura estupro, por não se tratar de ato libidinoso, já que este constitui de qualquer pratica sexual diversa da conjunção carnal.

Uma questão discutida pela maioria da doutrina tange na questão do beijo, quando efetuado no indivíduo sem o seu consentimento, configuraria Estupro? Essa questão já possui hoje solução.

Quando o beijo for “roubado”, entende André Estefan (2013, p. 146) que não pode caracterizar ato libidinoso, podendo configurar Constrangimento ilegal previsto no artigo 146 do Código Penal ou Importunação ofensiva ao pudor, tipificado no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941).

Esse entendimento é baseado no Princípio da Proporcionalidade, uma vez que o Estupro é considerado crime hediondo, por força da Lei dos Crimes Hediondos (Lei número 8.072, de 25 de julho de 1990), aumentando sua pena, que originalmente era de 2 (dois) a 7 (sete) anos de reclusão, para 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, ficaria desproporcional o agente ser condenado por Estupro por um simples beijo “roubado” que não possui grande ofensividade capaz de merecer tal pena. Sendo razoável para a conduta a pena imposta pelo artigo 146 do Código Penal (Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa), e a do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais (Pena: multa).

Quando o beijo for lascivo, aplicado com força, possuindo resquícios de luxúria ou beijo aplicado nas partes pudendas, para Damásio de Jesus (2010, p. 132) deve ser considerado Estupro, pois esse tipo de beijo é considerado ato violento ao pudor.

No mesmo sentido dissertam Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 101):

[...] Assim, da mesma forma que o afago nos seios ou nas nádegas e o toque em outras partes íntimas, o beijo na boca, com requintes de malícia, como o emprego da língua ou o recurso a mordidas, de um modo enfim que convida à progressão do ato para outros, mais diretamente ligados à satisfação do apetite sexual, naturalmente representa uma modalidade de ato libidinoso.

Como citado toda vez que tiver requinte de luxúria no beijo do agente, será configurado estupro pela pratica de ato libidinoso.

O agente que surpreende o ofendido nu, e constrange a permanecer neste estado para a contemplação, comete o delito de Estupro, pois a visão lasciva

é um ato libidinoso e ao constranger a vítima a permanecer sem roupas utiliza de violência ou grave ameaça para à pratica desse ato.

O sujeito passivo não precisa ter consciência do caráter sexual da conduta do agente. O indivíduo menor de 14 anos, o deficiente ou doente mental são tutelados Estupro de Vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal.

3.4 Tipicidade Subjetiva

O Estupro é punido exclusivamente na forma dolosa, não admitindo a forma culposa (imprudência, imperícia e negligência) pelo Princípio da Legalidade, pois se o legislador o quisesse teria feito tal norma. Se não há previsão legal para Estupro Culposo, não existe o crime.

A doutrina diverge no que tange a finalidade do dolo, se específico ou genérico.

Para aqueles que defendem que o dolo é específico, o agente deve possuir dois elementos, sendo eles objetivo (expresso pela consciência e vontade de realizar o tipo) e subjetivo (ânimo lúbrico), exigindo que o agente procure a satisfação da própria luxúria. Regis Prado (2010, p. 603) defende este posicionamento:

O tipo subjetivo é representado pelo dolo, expresso pela consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo de injusto. Exige-se ainda o elemento subjetivo do injusto consistente em particular tendência ínsita no sujeito ativo, "que se identifica com a tendência de envolver a outra pessoa em um contexto sexual". Consigna-se aqui, e em outro dizer, a presença de um ânimo lúbrico (sensual, lascivo, devasso, libidinoso).

Para aqueles que defendem que o dolo é genérico, ilustram que não é necessário que o agente tenha a intenção de satisfazer sua lascívia, o tipo não exige fim especial, bastando somente a intenção de praticar ato libidinoso e a consciência do caráter libidinoso do ato. Entre os que defendem esse posicionamento, encontram-se Damásio de Jesus (2010, p. 133-134), André Estefam (2013, p. 148-149), José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza (2010, p. 21), Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 107).

O entendimento prevalente é que o dolo é genérico, sem necessidade de um elemento subjetivo específico, o agente não precisa satisfazer sua lascívia, basta que tenha o dolo de praticar o tipo (elemento objetivo) por qualquer finalidade, como por exemplo, vingança, humilhação, sadismos etc.

3.5 Consumação

A consumação do Estupro vai depender da forma escolhida pelo agente.

Se o agente só praticar a conjunção carnal (caso raro de se acontecer, pois, via de regra antes da conjunção carnal o agente comete outro ato libidinoso) não exige a completa penetração na vagina, bastando à introdução parcial, sem necessidade da ejaculação.

Se o agente realiza somente outro ato libidinoso, mesmo que configure prelúdio a cópula normal o ilícito já estará consumado, pela elementar “outro ato libidinoso”, conforme disserta Damásio de Jesus (2010, p. 134).

O Estupro é de “mera conduta”, a lei não exige qualquer resultado naturalístico, bastando cometer conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Se o agente praticar vários atos sexuais, com a vítima, no mesmo contexto fático, responderá somente por um único delito de Estupro, isso ocorre em razão da estrutura mista alternativa do tipo, importando em um crime único, devendo ser levado em consideração pelo juiz na dosimetria da pena. Conforme exemplifica André Estefam (2013, p. 150) “Se o agente, por exemplo, obrigar o ofendido á prática de *felatio in ore* e de cópula anal, de modo subsequente e sem solução de continuidade, haverá unidade da infração penal.”.

3.6 Tentativa

A tentativa é admissível, visto que o estupro é crime plurissubsistente, onde o seu *inter criminis* admite fracionamento.

A tentativa se dá quando o agente inicia a execução do crime e vê frustrada sua intenção por fatores alheios.

Exemplifica Regis Prado (2010, p. 603):

[...] Cite-se, como exemplo, a hipótese do agente que, após subjugar a vítima a fim de concretizar a conjunção carnal ou o ato libidinoso, é surpreendido por terceira pessoa, ou consegue a ofendida desvencilhar-se, empreendendo fuga do local, frustrando, destarte, o fim delituoso por ela almejado. Ocorre aqui uma disfunção entre o processo causal e a finalidade a que se direciona o autor do delito.

No exemplo citado não há a consumação do delito, pela surpresa de terceira pessoa, no qual o agente emprega fuga ao local.

3.7 Causas de Aumento de Pena

As causas de aumento de pena estão previstas nos artigos 226 e 234-A do Código Penal.

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

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

III – (Revogado pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005)

O aumento de pena dos incisos I e II é fundado na facilitação pelo agente nos meios executórios. A diferença entre os incisos tange no agente. No inciso I existe a coparticipação de duas ou mais pessoas, enquanto no inciso II o agente é de âmbito familiar valendo-se do temor reverencial que o ofendido nutre pelo agente, além do abalo de ser no âmbito familiar a prática delitiva.

Art. 234 – A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – (Vetado)

II – (Vetado)

III – de metade, se o crime resultar gravidez; e

IV – de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

O inciso III foi introduzido pela Lei 12.015/09, para André Estefam (2013, p. 151) foi correta a introdução desse inciso pelo fato do estupro além de violar a dignidade sexual, resultou em uma gravidez indesejada. Em casos de gravidez provinda de estupro, a mulher é tutelada pelo dispositivo contido no artigo 128, inciso II, do Código Penal (Aborto Sentimental ou Aborto no caso de gravidez resultante de estupro).

No caso do inciso IV, puni-se o agente que agindo com dolo direto ou eventual, transmite doença sexualmente transmissível à vítima. É necessário o efetivo contágio, diferente dos tipos penais previsto nos artigos 130 (Perigo de contágio venéreo) e 131 (Perigo de contágio de moléstia grave), ambos do Código Penal, cuja consumação independe da transmissão da moléstia. Estes ilícitos são absorvidos pelo Princípio da Subsidiariedade Implícita, com a finalidade de evitar o *bis in idem*, quando uma infração penal configura como elementar ou circunstancia do delito, conforme ilustra André Estefam (2013, p. 151).

Pode ocorrer de mais de uma causa de aumento de pena incorrer no mesmo caso concreto. Como exemplifica André Estefam (2013, p. 151): “Pode o estuprador, por exemplo, ser cometido por duas ou mais pessoas e, do ato, resultar gravidez e a transmissão de moléstia venérea”. Quando isso ocorrer, caberá o juiz a decisão de aplicar todas as causas de aumento ou somente algumas, desde que opte pela maior, conforme tipifica o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal.

3.8 Pena

A pena do estupro sofreu alteração desde a elaboração do seu texto originário no Código Penal de 1940.

Quando entrou em vigor a norma em 7 de dezembro de 1940, o estupro possuía pena de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão. Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) houve alteração em sua pena para reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos, na modalidade simples.

3.9 Ação Penal

No texto original do Código de 1940, a ação penal era privada o que foi modificado com o advento da Lei 12.015/09.

A ação penal, atualmente, é Pública Condicionada à Representação da Vítima, via de regra, quando o ofendido for maior de 18 (dezoito) anos.

Será Pública Incondicionada quando a vítima for menos de 18 (dezoito) anos (artigo 225, parágrafo único, do Código Penal); se resultar lesão corporal grave ou morte, tendo em vista o disposto no artigo 101, do Código Penal e na Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

3.10 Prova do Crime de Estupro

Ao longo da história do estupro, houve preocupação quanto à comprovação material do delito, principalmente quando inexistem outros meios do registro do fato, sobrando apenas às declarações da vítima.

No período de vigência das Ordenações do Reino, para a comprovação do estupro, a vítima após o delito, corresse pelas ruas e encontrasse no mínimo três pessoas na qual deveria expor as marcas da violência, gritando para que todos pudessem ouvir o nome do seu agressor.

Atualmente não pode mais se valer de tal método rudimentar, como os utilizados no passado, socorrendo-se agora pela ciência, para que haja maior segurança nas decisões do juiz.

O Estupro é um crime que deixa vestígios (*delicta facti permanenti*), se o vestígio não se der pela conjunção carnal, será por qualquer conduta com emprego de violência efetuada pelo agente. Nestes casos é obrigatório o exame de Corpo de Delito (artigo 158, do Código de Processo Penal), podendo ser suprido por outros meios, como descrito no artigo 167, do Código de Processo Penal: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”.

Nos casos em que o agente e a vítima não tiveram contato sexual intenso, como a cópula vaginal ou anal, e sem o emprego de violência física, somente a grave ameaça, será usada a palavra da vítima, sempre confrontando seus relatos com outros elementos de informação para que não haja dúvidas e que possibilite uma decisão correta do juiz na solução do caso.

3.11 Casamento Subsequente e Extinção da Punibilidade

André Estefam, na sua obra “Direito Penal – Parte Especial (arts. 184 a 285)”, ao abrir o tópico “O estupro e o casamento subsequente”, inicia sua exposição com a seguinte pergunta “O casamento subsequente interfere na punibilidade do crime de estupro?”. E o próprio autor responde em seguida “Como regra não.”.

Quando o Código Penal de 1940 foi editado, trazia nele duas formas de causas extintivas da punibilidade nos Crimes Contra os Costumes. Essas duas formas consistiam, o casamento da vítima com o agente ou casamento da vítima com terceira pessoa.

O casamento com a agente era realizado logo após a prática delitiva e antes do trânsito em julgado de eventual condenação, beneficiando o agente que ficaria livre de aplicação da pena, de todos os efeitos penais principais e secundários, bem como extrapenais da condenação. Se o matrimônio fosse efetuado após o trânsito em julgado o agente só ficaria isento de cumprir a sanção imposta.

O casamento da vítima com terceira pessoa, era a segunda forma de extinção da punibilidade, desde que o delito não tivesse sido cometido com violência real, e que a vítima não requeresse prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal, em até 60 dias contado a partir da celebração do matrimônio, conforme André Estefam (2013, p. 154).

Com o advento da Lei número 11.106, de 28 de março de 2005, ao ao extinguir os incisos VII e VIII do artigo 107, d Código Penal, fez com que o casamento subsequente (*subsequens matrimonium*) não mais fosse uma forma de extinção de punibilidade nos Crimes Contra os Costumes.

Porém, mesmo com a Lei continuou em vigor o entendimento que o matrimônio entre o agente e a vítima extingue a punibilidade. Isto permaneceu pelo fato da ação penal ser privada cabendo à vítima entrar com a ação contra o agente, e caso viesse a casar com o seu ofensor demonstrava renúncia tácita ou perdão tácito. Estes dois institutos são causas de extinção da punibilidade, regulados expressamente pelo Código Penal e Código de Processo Penal.

Com a vigência da Lei 12.015/09, foi alterada a forma da ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual, antes Ação Privada, hoje a ação é pública condicionada a representação da vítima, não existindo mais as figuras do perdão e da renúncia tácita.

Deste modo, conclui-se que hoje o casamento via de regra não extingue a punibilidade do delito, salvo se o matrimônio ocorrer antes de ajuizada a ação penal pelo Ministério Público e não ocorrerem nenhuma das hipóteses do parágrafo único do artigo 225, do Código Penal, resultando em renúncia tácita ao direito de representação.

3.12 Concurso de Crimes

Antes da Lei 12.015/09, o Estupro e o Atentado Violento ao Pudor eram figuras autônomas, dispostas nos artigos 213 e 214, respectivamente.

Antes da fusão efetuada pela Lei mencionada, quando o agente praticava conjunção carnal e outro ato libidinoso (diverso da conjunção normal) ocorria o concurso material ou real dos crimes.

Segundo André Estefam (2013, p. 156-157):

A mais marcante dentre as consequências resultantes da fusão dos arts. 213 e 214 reside em que o ato de constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, *no mesmo contexto fático*, a se submeter à conjunção carnal e a outro ato libidinoso (a esta não vinculado, como o coito anal ou oral), deixou de gerar concurso (material) de crimes, tornando-se *crime único*. É relevante anotar que predominava o entendimento no sentido de que, por se tratarem de delitos de espécies distintas, haveria obrigatoriamente concurso material ou real (CP, art.69); isto é, o autor do fato ficava sujeito a uma pena mínima de doze anos (resultado da soma dos pisos das sanções dos arts. 213 e 214, na redação anterior). Nesse ponto, a alteração é benéfica e deverá retroagir, atingindo todos os fatos anteriores à vigência da lei, até mesmo

aqueles já alcançados por decisão transitada em julgado (CF, art. 5º, XL, e CP, art. 2º).

Essa alteração é benéfica ao agente, pois antes quando havia o concurso de crimes o agente tinha a pena somada de ambos os crimes, após a fusão p agente responde somente por um delito. Este benefício retroagiu aos agentes condenados pelos 2 crimes, diminuindo suas penas, por força da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal.

Outra consequência se suma importância tange na continuidade do crime. Haverá crime continuado quando o agente cometer novamente em outro cenário com a mesma vítima outro estupro.

Defende esta ideia Guilherme Nucci (2010, p. 18):

O concurso de crime altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima. No caso supra mencionado, merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal.

Esse pensamento também é defendido por Damásio de Jesus (2010, p. 136), André Estefam (2013, p. 157), Regis Prado (2010, p. 603).

Quando houver hipótese de lesão corporal leve, resultante da violência empregada, serão absorvidas pelo estupro.

3.13 Formas Qualificadas

A Lei nº 12.015/09 introduziu duas formas qualificadas no crime de Estupro nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 213 do Código Penal, revogando o artigo 223 do Código Penal.

No parágrafo primeiro o legislador qualificou a conduta que decorre da lesão de natureza grave, e em razão da idade da vítima, delimitando em menor de

18 (dezoito) anos e maior de 14 anos (quatorze). Cominando pena de reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

Na primeira hipótese trazida pelo legislado, a lesão de natureza grave, antes da Lei nº 12.015/09 somente configurava o resultado preterdoloso, lesão corporal grave ou morte quando a conduta estava vinculada a violência física, não admitindo nessa hipótese a grave ameaça, conforme José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza (2010, p. 31).

Essa qualificadora trata de delito qualificado pelo resultado, onde há dolo na conduta antecedente e culpa na consequente, como ilustra Regis Prado (2010, p. 604).

Nos casos em que o agente teve dolo tanto no estupro quanto na lesão corporal, não configura a qualificadora, mas concurso de crimes, sendo estupro simples com concurso material com homicídio.

Conforme exemplifica Renato Marcão e Plínio (2011, p. 129):

[...] Por exemplo, quem desejasse matar a vítima do estupro e conseguisse obter tal consequência, deveria responder por estupro em concurso material com homicídio. Assim, apenas haveria o delito de estupro qualificado pelo resultado quando este fosse produto de culpa, jamais de dolo, do sujeito ativo.

Quando houver tentativa de estupro e com resultado da agravante, para André Estefam (2013, p. 152):

Para nós, o *conatus* será possível quando houver dolo no que concerne ao resultado letal. O mesmo não se pode dizer quando presente a culpa, de vez que não há tentativa de crime preterdoloso. Aquele que tenta estuprar, mas por circunstâncias alheias à sua vontade não logra êxito, mas chega a provocar, culposamente, o óbito da vítima, comete tentativa de estupro simples em concurso material com homicídio culposo.

A segunda hipótese prevista no parágrafo primeiro do artigo 213 do Código Penal trata da condição etária da vítima, protegendo o menor de 18 (dezoito) anos e o maior de 14 (quatorze) anos.

A Lei 12.015/09 introduziu também o artigo 217-A que tutela o menor de 14 anos, o que fez surgir uma problemática, se o parágrafo primeiro protege o maior de 14 (quatorze) e o artigo 217-A o menor de 14 (quatorze) como fica a situação do sujeito que é estuprodo no seu 14º (décimo quarto) aniversário?

O legislador acabou deixando uma lacuna, o que coube a doutrina discuti-la e encontrar uma solução.

Ilustra André Estefam (2013, p. 153):

Uma interpretação literal poderia conduzir à (errônea) conclusão de que há estupro simples. Fundamento: quem possui exatos 14 anos não é alcançado pela qualificadora do § 1º (a qual exige pessoa *maior* de 14) e, de modo similar, não há estupro de vulnerável (art. 217-A), porque este somente existe quando o sujeito passivo é *menor* de 14. O absurdo dessa conclusão, todavia, demonstra que com ela não se pode anuir. A caracterização do estupro simples deve, desde logo, ser afastada, caso contrário, constranger adolescente no dia de seu 14º aniversário à prática de ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça, seria punido menos severamente que fazê-lo no dia seguinte (até que completasse a idade adulta). É evidente que a *mens legis* jamais foi a de “presentear” a vítima com semelhante proteção deficiente.

Remanesçam, então, duas possibilidades: considerar a subsunção ao estupro qualificado (art. 213, § 1º) ou ao estupro de vulnerável (art. 217-A). A pena menor cominada ao primeiro revela que, por analogia *in bonam partem*, somente pode ser essa a solução.

No mesmo sentido Damásio de Jesus (2010, p. 129):

Entendemos que deve incidir a qualificadora do art. 213, sob pena de recair no absurdo de considerar o ato estupro simples. Explica-se: se alguém for vítima do crime no dia de seu 14º aniversário (pela literalidade do texto), não há estupro de vulnerável (217-A) ou estupro qualificado (art. 213, § 1.º). Se a infração ocorrer um dia depois, todavia, incide a circunstância mencionada, submetendo o agente a uma pena maior. essa exegese é absurda e deve ser corrigida mediante a interpretação sistemática e teleológica do Texto Legal. Daí resulta que a conduta relativa ao constrangimento de alguém ao cometimento de ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça, no dia de seu 14º aniversário, deve subsumir-se à figura típica do art. 213, §1º, do CP.

Conforme os autores citados, se a norma for interpretada literalmente haveria um benefício ao réu que comete o delito no 14º (décimo quarto) aniversário da vítima, devendo ser feita uma interpretação sistemática e teleológica de forma a punir corretamente, sem presentear-lo com uma norma mais benéfica.

Fabio Agne Fayet (2011, p. 83) discorda da tese defendida por André Estefam (2013, p.153), para ele não existe uma lacuna na lei, a vítima no seu 14º (décimo quarto) aniversário já estaria vivendo seu primeiro dia com quatorze anos, dessa forma seria maior de quatorze anos (quatorze anos e 1 hora), ficando protegido pela qualificadora do artigo 213, Código Penal.

O parágrafo segundo do artigo 213 traz a hipótese da conduta resultar em morte, nesse caso segue a mesma lógica da qualificadora da lesão corporal de natureza

grave, necessita que haja dolo no delito sexual e culpa no resultado morte, sendo um delito de resultado. Caso haja dolo no estupro e dolo no homicídio, responde por estupro simples em concurso com homicídio. A pena cominada é de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

4 CONCLUSÃO

A Lei 12.015/09 trouxe diversas modificações nos Crimes Contra Dignidade Sexual, na tentativa de atualização do Código Penal que mostrava-se para sociedade estar ultrapassado. Apesar de acertar em alguns pontos, nitidamente deixou, outros controvertidos e algumas lacunas, na qual ficou a cargo da doutrina solucionar-las.

Acertadamente, modificou o bem protegido que não mais cabia a tutela a honra e aos costumes na atual sociedade; alterou a figura do sujeito ativo e passivo se adequando ao artigo 5º da Constituição Federal, onde homens e mulheres são iguais perante a lei em deveres e obrigações, possibilitando que a mulher e o homem estejam no polo ativo e passivo, situação que no texto originário não era permitido; uniu os artigos 213 e 214 em uma única norma, disposta no artigo 213; criou o artigo 217-A que visa à tutela do vulnerável.

Porém, não foi de toda acertada, o legislador fora omissos quanto a hipótese da vítima ser estuprada em seu 14º (décimo quarto) aniversário, tutelando somente o maior de quatorze anos no parágrafo primeiro do artigo 213 e o menor de quatorze no artigo 217-A. Interpretado de uma forma literária ocorre a problemática de enquadrar essa hipótese em estupro simples, “gratificando” o réu com uma pena mais branda do que as cominadas na qualificadora e no estupro de vulnerável. Ficando a vítima desprotegida.

Notadamente o legislador ao fazer a Lei não se preocupou com a escrita deixando uma lacuna, a lei penal deve ser interpretada de forma restritiva o que acaba beneficiando o agente que estupra a vítima no seu décimo quarto aniversário.

Nessa situação o presente trabalho verificou que a melhor solução para essa lacuna é a aplicação da interpretação teleológica e sistemática, onde a vítima deve se enquadrar na forma qualificada do estupro (artigo 213, § 1º, Código Penal).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 1988.

_____. **Lei 12.015** (Diploma alterador). Brasília, DF, 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a dignidade sexual**. Araçatuba: Editora MB, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código Penal** (Decreto-Lei nº 2.848). Brasília, DF, 1940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais: comentários à Lei n. 12.015/2009**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTEFAM, André. **Direito penal: Parte Especial (Arts. 184 a 285)**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012-2013.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Patrícia Gonçalves Dias. **O novo estatuto legal dos crimes contra à dignidade sexual: artigos 213 e 217-A do código penal**. Presidente Prudente, 2010. 75 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2010.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. 3. 5. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte especial**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do código penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINUCCI, Jéssica. **Do estupro de vulnerável**. 2012. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2011.

MOLINA, Victor Matheus. **O tratamento jurídico-penal do estupro**. Presidente Prudente, 2008. 87 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas 'Antonio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 17. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIERANGELI, José Henrique; RASSI, João Daniel. **Crimes sexuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial – Arts. 121 a 249**. Vol.2. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.