

BREVE HISTÓRICO DO ARTIGO 213 E SUAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Carla Beatriz SILVA¹
Fernanda de Matos Lima MADRID²

RESUMO: Este trabalho propõe um breve estudo sobre o tratamento dado pelo legislador ao crime de estupro ao longo dos anos no Brasil. O estupro antes compreendia o rol dos chamados crimes contra os costumes e eram embasados em um modelo patriarcal e machista da sociedade atentando-se mais com a moralidade pública e pretendendo atribuir uma forma de comportamento sexual às pessoas. Na medida em que a sociedade foi se desenvolvendo, a ótica do legislador para o crime de estupro teve de ser ampliada de modo a reajustar a figura típica do delito à conjuntura social vivenciada no Brasil. A Lei 12.015/09 trouxe significativas alterações na parte especial do Código Penal, principalmente no Título VI que trata dos crimes sexuais, de modo a fazer com que o alcance do bem jurídico tutelado fosse maior e estivesse adequado à Carta Magna e o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o Título VI passou a se chamar dos crimes contra a dignidade sexual. Dessa alteração decorreu a fusão das condutas tipificadas nos artigos 213 e 214, ou seja, o delito estupro e atentado violento ao pudor passam a configurar uma única conduta, impedindo assim que seja permitida a continuidade delitiva e afastando a incidência de concurso material. Além disso, outro ponto importante que merece destaque se dá na alteração do sujeito passivo do delito, fazendo com que não apenas a mulher fosse vítima de estupro, mas também o homem.

Palavras-chave: Crimes contra os costumes. Crimes contra a Dignidade Sexual. Lei 12.015/09.

1 INTRODUÇÃO

O estupro trata-se de um dos crimes mais abomináveis e que está presente na sociedade desde os seus primórdios, não sendo de hoje que se registram na humanidade casos de busca do prazer mediante relação sexual forçada.

No que tange a violência sexual quando a vítima é a mulher surgem diversas teorias, seja no ramo biológico, seja no ramo social, dentre elas, a de que a

¹ Discente do 7º. Termo do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP).

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP). Professora do curso de Direito Penal do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP). Advogada Criminalista.

aguçada sexualidade masculina faz com que homens sejam capazes de tal barbárie ou de que essa conduta decorra da vontade do homem de demonstrar que possui poder sobre o sexo feminino.

A verdade é que desde muito tempo as penas aplicadas aos autores deste delito passaram a ser severas, podendo chegar até mesmo a morte. Entretanto, mesmo que tal conduta fosse tão repressiva, é sabido que sempre pairou a dúvida sobre o possível consentimento da vítima, ou seja, até que ponto a vítima seria responsável pela ocorrência do delito levando em conta a resistência imposta para que o ato não se consumasse.

O presente trabalho tem como objetivo propor um breve relato da evolução histórica do crime de estupro e as sanções aplicadas, através de uma análise das Ordenações existentes no período colonial até o atual Código Penal brasileiro e as alterações nele trazidas pela lei 12.015/09.

Para um melhor desenvolvimento e elucidação do assunto foram utilizadas pesquisas em doutrinas e artigos que abordam sobre o tema a fim de uma melhor comparação nas alterações ocorridas ao longo dos anos e suas benfeitorias no tipo penal.

Utilizada a metodologia dedutiva.

2 A EVOLUÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL

No Brasil, desde a era pré-colonial, já existiam cruéis sanções para o agente que praticasse tal conduta. Entretanto, foram com a chegada dos colonizadores e com a utilização das normais penais vigentes em Portugal, chamadas de Ordenações, que toda essa conjuntura passou a ser alterada.

Para Fabio Agne Fayet (2011, pg. 24), as Ordenações tinham em comum a grande influência da Igreja Católica, de modo impor a ideia de que o crime e o pecado seriam correlacionados.

Durante os quase 200 anos de vigência das ordenações Filipinas, o crime de estupro, embora ainda não recebesse esse nome, estava disposto no Quinto Livro, Título XVIII e recebia a seguinte definição: “Todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que

ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello”³ (sic). Torna-se fácil constatar então que neste período, seriam juridicamente protegidas, apenas as mulheres que não possuíam nenhum tipo de conduta que lhe desabonasse perante a sociedade.

Vigente por pouco mais de dois séculos, as ordenações deram lugar a Constituição do Império dois anos após a proclamação de Independência do Brasil.

Entretanto, apenas em 1830 com a chegada do Código Criminal brasileiro o termo estupro foi finalmente utilizado no ordenamento, muito embora esse termo não estivesse limitado apenas à prática de conjunção carnal (MARTINS, 2013, p.10). Esta inclusão deve ser considerada uma grande evolução do ponto de vista penal, principalmente por passar a permitir que o indivíduo fosse punido com a privação da sua liberdade ao invés das antigas penas impostas.

Dessa forma, o estupro propriamente dito foi tipificado como:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.
Se a violentada fôr prostituta.
Penas - de prisão por um mez a dousanos. (sic)

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 annos, 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 annos de prisão.

Apesar da ruptura com as Ordenações e, conseqüentemente, com a religião, mais uma vez fica evidente que o legislador continuava a fazer distinção com relação às vítimas, de modo a prever penas diferentes para o agressor levando em conta a conduta e a vida das vítimas.

O atentado violento ao pudor, muito embora não recebesse esse nome, de acordo com Fabio Fayet (2011, p.29) fora tipificado no artigo 223 com a seguinte redação:

³ Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm>

Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas: de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além de incorrer o réo pela offensa. (sic)

Há de se notar que o estupro era punido com muito mais rigor em relação ao atentado violento ao pudor.

Em 11 de outubro 1890 o Código Republicano foi aprovado e considerado “um grande marco no âmbito do direito penal brasileiro. Com efeito, sob sua égide a denominação ‘estupro’ foi consagrada e restrita à prática da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. (MARTINS, 2013, p.12)

O referido Código trouxe em seu artigo 269 o conceito de estupro, bem como em seu artigo 268 realizou uma pequena ampliação em relação à vítima, de modo a não exigir mais que a mesma fosse virgem, outrossim, ainda honesta, causando influência direta na cominação das penas de modo a torná-las mais branda.

Os artigos se dispunham da seguinte forma, *in verbis*:

Da violência carnal.

(...)

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

Pena – prisão cellular por um a seis anos.

§ 1º. Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão cellular por seis mezes a dois annos.

§ 2º. Se o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

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

Devido a inúmeras criticas por parte de vários doutrinadores, fez-se surgir inúmeros projetos de reforma penal, dentre eles, o escolhido em 1940, de autoria original do professor Alcântara Machado.

Conforme observa Martins (2013, p.14):

O papel exercido por Alcântara Machado no cenário político do País, acompanhado de acontecimentos marcantes em nível nacional, foi decisivo para apontar o rumo a ser seguido pela legislação penal pátria

Posteriormente, o projeto passou por uma revisão coordenada pelo penalista Nelson Hungria, sendo sancionado pelo Decreto-Lei nº 2.848 e passando a entrar em vigor na data de 01 de janeiro de 1942.

2.1 Dos Crimes Contra os Costumes

Os títulos dispostos no Código Penal são usados para descrever qual o bem jurídico será tutelado naquele capítulo. Assim, torna-se importante a sua análise para que seja possível compreender a dimensão da proteção jurídica que será dada.

Denominado “dos crimes contra os costumes”, o Título VI do já citado Código, seguiu a linha de Códigos utilizados em outros países - têm-se os Códigos Francês e Chinês como exemplos – utilizou essa nova nomenclatura para substituir o que anteriormente recebia o nome de “crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”.

Tal alteração causou certa preocupação entre doutrinadores da época como já é de esperar sempre que qualquer nova lei adentra nosso ordenamento jurídico. No caso em tela, o que causou mais discussões foi a terminologia “costume” utilizada.

O costume, apesar de ter um vasto conceito, em sua acepção jurídica é fundamentado em basicamente dois elementos, são eles: *corpus* e *animus*. O primeiro diz respeito à prática reiterada de determinado comportamento; Enquanto o segundo se baseia na obrigatoriedade de se obedecer a algo que seja essencial para a vida em sociedade.

Tudo isso nos remete a teoria do jurista alemão Georg Jelinek, intitulada de “Teoria do Mínimo Ético”⁴, que prega que o direito através do seu conjunto de normas seria uma ferramenta capaz de assegurar o cumprimento mínimo das regras básicas para apresentar o convívio em sociedade bem como a moralidade pública. Assim, a prática reiterada de determinados comportamentos

⁴ Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1876258/no-que-consiste-a-teoria-do-minimo-etico-leandro-vilela-brambilla>

sexuais os quais não eram de acordo com o convívio em sociedade, ou seja, que causassem repulsas e infringissem este mínimo ético, seriam considerados como ilícitos do ponto de vista penal.

Em uma primeira análise, é possível observar então que o termo costume tornava-se restrito ao passo que se referia muito mais ao meio social no qual a vítima estava inserida, de modo que ponderava muito mais o quão aquela conduta era reprovável do ponto de vista comportamental e moral da sociedade - o quanto feria os bons costumes - do que a própria violação de intimidade e dignidade da vítima que é o que, em tese, deveria ser o bem jurídico tutelado.

Conforme ensina o autor André Estefam (2010, p.16):

Cuidava-se de noção impregnada de moralismos, e, dado o contorno que possuíam os crimes contidos neste Título, em sua redação original, transmitia a impressão de que se procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne a sua atividade sexual.

Um clássico exemplo de como esta redação prezava mais pelos bons costumes é a existência no Código Penal, dentre várias outras causas de extinção da punibilidade, do casamento do agressor com a sua vítima como forma de extinguir a sua punibilidade:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

[...]

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

Muito embora isso pareça inimaginável, tendo como base o atual contexto histórico que preza por analisar esse tipo de crime pela ótica constitucional da dignidade humana, esta foi por muito tempo a forma encontrada pelo legislador para minimizar a afronta aos costumes praticados pelo agressor e tentar, de certa forma, proteger a honra da vítima.

Em suma, dos crimes anteriormente previstos neste capítulo do Código Penal, permaneceram o artigo 213, artigo 215 e o artigo 216-A. Dentre esses descritos, aqui será dada uma maior atenção para a conduta do estupro inserida no artigo 213.

3 O ESTUPRO PELA ÓTICA DO CÓDIGO PENAL DE 1940

Inserido no Capítulo I denominado “crimes contra a liberdade sexual” sob o Título de “crimes contra os costumes”, o estupro passou por algumas alterações pontuais posteriores a entrada em vigência do Código Penal.

No ano de 1990 ocorreu a primeira alteração por meio da Lei nº. 8.069, responsável por acrescentar o parágrafo único ao artigo 213, passando a prever o estupro contra menor de 14 anos.

Porém, foi com a chegada da Lei Federal nº. 8.072 também de 1990 que o estupro passou por uma das alterações mais importantes. A referida Lei atribuiu o caráter hediondo ao estupro em sua forma simples de modo a determinar que tal delito recebesse um tratamento mais rigoroso haja vista o seu caráter repugnante.

Devidamente alterada, a redação usada para a configuração do crime de estupro se deu da seguinte forma: “Artigo 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de seis a dez anos”.

A primeira observação a ser feita trata-se do capítulo no qual esta conduta está inserida, que recebe o nome de “dos crimes contra a liberdade sexual”. Entretanto, num sentido amplo, apesar de receber essa denominação, o Código de 1940 ainda prezava pela proteção a moral da vítima perante a sociedade, e não pelo livre direito do ser humano de manter apenas relações sexuais consentidas.

A segunda observação concerne ao conceito de estupro, advindo do latim “*stuprum*”, que em sentido lato tratava-se de relação carnal ilícita de qualquer natureza, e contra qualquer que fosse o sujeito, seja homem ou mulher. Dessa forma, estavam inclusos o sexo oral, a masturbação e afins. Sendo um resquício do antigo código que fora revogado.

Levando-se em conta os sujeitos do delito, torna-se claro que se tratava de um crime próprio, cuja prática exige uma qualidade especial do sujeito ativo. Assim, o delito poderia ser praticado apenas pela figura masculina, pois apenas o homem, biologicamente falando, é que seria capaz de manter conjunção carnal com a mulher, ou seja, a introdução do pênis na vagina seja ela completa ou incompleta.

Entretanto, mesmo sendo um crime próprio, a mulher poderia figurar no polo ativo, em situação excepcional, quando agisse em concurso com um homem ou quando fosse autora mediata, que neste caso “Ocorre autoria mediata quando o autor domina a vontade alheia e, desse modo, se serve de outra pessoa que atua como instrumento”. (GOMES, 2006 apud StÜBEL,1828)

O sujeito passivo, por expressa previsão legal, pode ser apenas a mulher, não mais havendo nenhum tipo de preocupação com suas virtudes.

A não preocupação com as virtudes da vítima tratou-se de grande mudança de pensamento com o surgimento da Lei 11.106 de 28 de março de 2005 retirando definitivamente a expressão “mulher honesta” que ainda eram previstas em alguns artigos do Código Penal. Essa denominação dada resultava em diferença nas penas cominadas, pois possuía tratamento nitidamente discriminatório.

No tocante ao estupro marital (ou *intra-matrimonium*), aquele que é cometido pelo marido em face de seu cônjuge, alguns doutrinadores seguiam a linha de que não era possível a sua ocorrência, pois a relação sexual deveria ser entendida como um dever decorrente do casamento, como um “débito conjugal”. Deste modo, o marido que praticasse a conduta descrita no artigo 213 estaria resguardado por uma excludente de ilicitude (exercício regular de um direito) prevista no artigo 23, II do Código Penal.

Sendo assim, muitos Tribunais⁵ se posicionaram de modo a absolver o marido que praticasse sexo forçado com a esposa diante da sua negativa:

Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida. (...) (RT 461/44 apud MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. São Paulo: Atlas, 1999. p. 1246).

Neste mesmo norte seguia a doutrina clássica, vejamos Gagliano e Pamplona Filho (2001, p.298):

Nesse diapasão, entendemos que, embora existam situações em que o casal não está obrigado a relações sexuais (por decisão conjunta, razões biológicas, convicções religiosas, enfim), afora essas justificadas hipóteses, a conjunção carnal é, em geral, sem nenhuma sombra de dúvida, uma

⁵ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2003-jul-14/marido_forca_ato_sexual_comete_crime_estupro

consequência fundamental, especial dever jurídico decorrente do casamento.

Paralelo a isso, alguns doutrinadores com visão mais contemporânea entendiam que era possível sim a existência do estupro marital nos casos em que os maridos forçosamente, agindo mediante violência ou grave ameaça praticavam conjunção carnal com suas esposas até mesmo nos casos de recusa justificada por parte destas.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2002, p.655-657), "tal situação não cria o direito de estuprar a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento."

No que diz respeito a consumação do delito, não é necessário obter efetivamente a satisfação da lascívia do autor, bastando apenas o início do ato, o constrangimento e a resistência por parte da vítima. O constrangimento deve se valer de violência contra a vítima ou, no caso de grave ameaça (violência moral), podendo ser ampliada, de modo a atingir terceiros com os quais a vítima mantenha algum tipo de contato, de modo a coagi-la para que seja possível a conjunção.

A resistência da vítima deve ser séria, indubitável, verdadeira de modo a deixar claro a sua vontade, caso contrário, o estupro não se caracteriza.

Assim, há de se levar em conta todo o contexto histórico envolvendo o crime descrito haja vista que para alguns autores seria necessário que a vítima demonstrasse militarmente a sua vontade nem que para isso fosse preciso utilizar-se da força física.

Em sua obra, Nelson Hungria (1959, p. 137) cita:

O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militante-mente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro.

Entretanto, não há como prever a reação que a vítima terá diante dessa situação e nem seria justo caracterizar - ou não - o estupro pelo grau de resistência imposta sendo a mulher, notavelmente, fisicamente inferior ao homem.

Neste sentido: “não é necessário que se esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça” (BITENCOURT, 2012, p.51).

De modo também não haver caracterização do estupro nos casos em que a vítima resiste no início, mas consente após iniciada a conduta ou em casos em que a negativa faz parte apenas do “jogo da sedução”.

Conforme entende Rogério Greco (2012, p.476):

Para que seja considerado o dissenso, 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 de sedução’, pois, muitas vezes, o ‘não’ deve ser entendido como ‘sim’.

No tocante a ação penal, tal crime estava submetido ao disposto no artigo 225, caput, do Código Penal, sendo, portanto, um crime de ação penal privada. Apenas se cometido nos termos do artigo 225, §1º, inciso II ou artigo 233, ambos do Código Penal, que dispõem sobre o abuso do pátrio poder, qualidade de pai, padrasto, tutor ou curador; ou se dá violência resultasse lesão corporal grave ou morte, o crime seria de ação penal pública.

O entendimento doutrinário era de que o legislador tentava evitar o que é conhecido como *Strepitus iudicii*⁶:

Expressão latina que significa o comentário de fatos íntimos de alguém, debatidos no processo. Nos crimes contra os costumes, a ação penal é privada para evitar que a sociedade não tome ciência de acontecimentos que afeiam a honra de pessoas nele envolvidas. O Estado remete ao ofendido a deliberação de propor a ação ou preferir o silêncio.

Entretanto, apesar de reconhecer e entender o *Strepitus iudicii*, a doutrina não concordava com a ação penal atribuída a este crime tendo em vista a gravidade do delito e a necessária urgência em punir o acusado. Não seria sensato atribuir único e exclusivamente à vítima a decisão sobre punir ou não o agente. Destarte, nos casos em que a vítima falecia durante o curso da ação penal e não deixava sucessores poderia ocorrer a preempção e a extinção da punibilidade.

⁶ Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26390508/strepitusjudicii/definicoes>

Numa tentativa - também falha - de sanar o problema, o STF editou a súmula nº 608 tornando o estupro com emprego de violência real um crime de ação penal pública incondicionada. Mais uma vez a doutrina não se deu por satisfeita, pois, nos casos do crime acontecer com violência presumida ou se a vítima viesse a falecer no curso da ação penal privada sem deixar sucessores, ocorreria novamente a extinção da punibilidade do agente causador.

Por fim, é passível de se evocar que até este momento citado o crime de atentado violento ao pudor ainda existira e estava disposto no artigo 214 com pena prevista de 02 a 07 anos de reclusão. Considerava-se como ato libidinoso todo ato diverso de conjunção carnal praticado contra alguém mediante violência ou grave ameaça, como o coito anal, masturbação e etc. Neste caso, ao contrário do que previa o crime de estupro, a qualidade do sujeito tanto ativo quanto passivo era irrelevante posto tratar-se de um crime comum.

Por possuírem figuras típicas distintas, grande parte da doutrina entendia que a prática dos delitos de estupro e ato libidinosos geraria concurso material de crimes. Dessa forma, seria inviável falar sobre a continuidade delitiva, e as penas seriam aplicadas cumulativamente.

É notável que a nova nomenclatura do Título VI somada a hediondez do crime de estupro simples como dispõe o artigo 1º, inciso V, da Lei nº. 8.072 de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos) que propôs um tratamento mais rigoroso dando ênfase a crueldade deste tipo de delito, bem como o advento da Lei 12.015/09 trouxeram grandes alterações para a visão que hoje se tem sobre o crime de estupro e sua proteção jurídica de modo a adaptá-los para a nova realidade do Brasil.

4 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Alterado pela Lei 12.015 de 2009, o título VI da Parte Especial do Código Penal intitulado “dos crimes contra os costumes”, passou a se chamado de “dos crimes contra a dignidade sexual”. Como já citado, a antiga nomenclatura era extremamente conservadora e tutelava tão somente o costume, a repulsa da sociedade perante tal conduta de forma a impor as pessoas um padrão de comportamento no que se refere a sua atividade sexual; Enquanto hoje o bem jurídico tutelado se vira para a liberdade sexual da própria vítima, ou seja, sua

autodeterminação sexual, de modo a "escolher seu parceiro sexual, e com ele, praticar o ato desejado no momento que reputar adequado". (MASSON, v.3, p. 796, 2013)

Ao forçar a vítima a prática do estupro o agente não está apenas causando danos físicos, mas também danos morais e psicológicos que muitas vezes serão irreversíveis haja vista que a própria sociedade passa a tratá-la de forma diferente quando se toma conhecimento da prática do crime. Essa junção de fatores pode levar a até mesmo a ocorrência de suicídio.

Vale ressaltar também que não mais se leva em conta a vida pregressa, ou não, da vítima desde que a Lei 11.106 suprimiu do Código Penal a expressão mulher honesta. Assim, nenhuma mulher poderá ser julgada de acordo com as suas condutas.

Ao alterar o título, os legisladores dessa reforma agiram de forma a harmonizá-lo com a sistemática instituída pela Constituição de 1988, mais precisamente em seu artigo 1º, III que trata da dignidade da pessoa humana como sendo o valor dos valores. Notável é que esse inciso constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, estando situado no topo da hierarquia jurídica. Tratando-se de um valor inerente a toda e qualquer pessoa e visa garantir ao ser humano a mínima condição de existência. É por meio desse conceito que todas as demais normas jurídicas devem ser interpretadas e é dessa forma que a dignidade sexual constitui-se como uma espécie do gênero "dignidade da pessoa humana".

Em suma, para Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 817):

O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que por ventura os membros da sociedade resolvam adotar livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direitos alheios, ainda que, para alguns, possam ser imorais ou inadequados. Foi-se o tempo em que a mulher era vista como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autêntico objeto sexual do homem [...]. Na atualidade, há nítida liberação saudável da sexualidade e não poderia o legislador ficar alheio ao mundo real.

A nova nomenclatura, do mesmo modo que anterior por conta do alto grau de complexidade e subjetividade também causou divergências doutrinárias do que venha a ser digno ou não. Julio Fabbrini Mirabete (2011, v.2, p. 384) foi taxativo ao dizer que a nova denominação do Título foi responsável por eliminar ideias preconceituosas enraizadas na sociedade à época de sua elaboração.

Porquanto, alguns doutrinadores mais clássicos se mostravam contrários à nova titulação e faziam duras críticas, pois para eles o crime sexual não deve ser analisado sob a ótica do digno ou indigno e sim do sexo realizado com liberdade e consentimento da vítima.

4.1. Advento da Lei 12.015/09 e suas alterações no artigo 213

No que tange aos crimes sexuais, o advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 mudou o contexto dos crimes sexuais no Brasil, ou pelo menos, se não mudou tudo, alterou drasticamente algumas das figuras típicas, dentre eles, no que concerne o crime de estupro, que ficou definido como: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso".

A primeira vista a indagação que se faz é a ocorrência ou não de *abolitio criminis* do artigo 214, que consiste quando determinada conduta prevista como crime deixa de sê-lo. Convém, neste caso, esclarecer que não ocorreu *abolitio criminis* do atentado violento ao pudor, o que houve foi uma política legislativa de unificação dos artigos 213 e 214 que antes eram subdivididos em duas condutas: estupro e atentado violento ao pudor. Sendo assim, o estupro compreende agora em um único tipo penal, a conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso em geral praticado sem o consentimento da vítima mediante violência ou grave ameaça.

Entretanto, a alteração imposta pela referida Lei de modo a qualificar no tipo penal estupro qualquer outro ato libidinoso diverso de conjunção carnal abre caminho para diversas interpretações sobre o que seria ou não classificado como um ato deste tipo, haja vista que, apesar da conjunção carnal tratar-se de uma espécie de ato libidinoso, o legislador fez questão de segregá-la dos demais.

Com base nisso, Renato de Mello Jorge Silveira (2008, p. 308) é claro "a aceitação de certo grau de indeterminação no conteúdo do tipo pode até ser imprescindível em certos casos, mas nunca no sexual".

O aspecto pena continua inalterado e cominado de 06 a 10 anos de reclusão. Entretanto, de longe, a maior consequência dessa fusão foi benéfica para o autor de crimes sexuais cujo alcance é retroativo, pois deixou de gerar concurso material de crimes cujas penas eram somadas, passando a se tornar um tipo penal

misto alternativo, ou seja, nos casos em que o indivíduo pratica conjunção carnal seguido de qualquer outro ato libidinoso estará praticando um único crime.

Naturalmente, pode-se falar em dois crimes de estupro quando o agente pratica a conduta em dois momentos diferentes sendo ou não com a mesma vítima. Há então a possibilidade de se falar em crime continuado.

O artigo 213 trouxe uma grande vantagem, pois elimina o artigo 223 e sua descrição ambígua que visava tratar da figura qualificada pelo resultado (lesão grave ou morte). A partir da vigência desta Lei, seja a conduta mediante violência, seja a conduta mediante grave ameaça, tem-se a conduta qualificada pelo resultado.

Outra alteração importante diz respeito ao sujeito passivo do delito que agora pode ser tanto homem quanto mulher, entretanto, ainda são raros os casos em que o homem figura como vítima.

O estupro marital passa a ser plenamente aceitável, não ocorrendo mais divergências doutrinárias e jurisprudenciais, sendo então uma das modificações extremamente valoráveis de modo a tentar modificar a tendência paternalista existente na sociedade e a valoração da mulher apenas como um objeto sexual, ainda que no seio familiar.

Neste sentido, 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 polo ativo da relação sexual libidinoso.

Urge salientar então que a partir do advento da Lei 12.015 a mulher não mais se sentirá coagida a praticar relação sexual com seu cônjuge como uma forma de cumprir com as suas obrigações matrimoniais.

Por fim, um último aspecto que merece ser relacionado trata-se da mudança da ação penal. Não se existe mais a ação penal privada nos crimes sexuais e sim ação pública condicionada a representação da vítima, exceto nos casos em que a mesma possuir menor de 18 anos, caso em que se procederá independente de representação e nos casos em que a pratica do delito resultar lesão corporal grave ou morte, pois assim será ação pública incondicionada.

5 CONCLUSÃO

Como é possível perceber, a Lei 12.015/09 tentou se ajustar a nova realidade da sociedade e, conseqüentemente, da Constituição Federal, e em alguns aspectos, o fez acertadamente, como no caso de tutelar o bem jurídico que de fato sofre a lesão, ou seja, a dignidade sexual da vítima. Além do mais, passando a prever que homem também pudesse ser vítima do crime em questão, tratando-os de forma igualitária.

Entretanto, em alguns casos pontuais a Lei trouxe mudanças um tanto quanto controversas a época e que hoje já estão pacificadas, como é o caso da unificação dos artigos 213 e 214 que passaram a configurar um crime único, fazendo com que a prática de qualquer ato libidinoso seguido de conjunção carnal com a mesma vítima não possa mais ter suas penas somadas, ou seja, não existe mais a possibilidade de que se exista concurso material. Neste ponto, a lei retroagirá e atingirá os casos ocorridos antes da sua vigência fazendo com que muitos apenados tenham sua execução penal revisada e diminuída.

Tornar a ação penal pública condicionada à representação é de grande valia dado que neste tipo de crime a lesão atinge única e exclusivamente a vítima, não sendo de interesse público. Dessa forma, a partir da representação da vítima quem passará a agir será o Ministério Público.

Por todos esses aspectos, conclui-se que o legislador ao tentar adequar a Lei à nova realidade, acabou por deixar algumas lacunas que são diariamente motivos de discussões doutrinárias e que levam a beneficiar quem não deveria ser beneficiado, no caso, o agente delinquente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública.** 6. ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva: 2012.

BRAMBILLA, Leando Vilela. **No que consiste a teoria do Mínimo Ético?**
Disponível em: <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1876258/no-que-consiste-a-teoria-do-minimo-etico-leandro-vilela-brambilla> Acesso em: 04 mar. 2017.

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

_____. **Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.
Acesso em: 9 mar. 2017.

_____. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal.
Disponível em:
<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm.
Acesso em: 05 mai. 2015

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 10 mar. 2017.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.** Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Ordenações Filipinas**. Disponível em:
<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais: Comentários a Lei nº. 12.015/09**. Editora Saraiva, 2010.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
GOMES, Luiz Flávio. Autoria mediata em direito penal. **Jus Navigandi**, ISSN 1518 4862, Teresina, ano 11, n. 986, 14 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8099>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, v. III - 9º Ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958-1959.

MARTINS, José Renato. **O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/09: Questões controversas em face das garantias constitucionais**. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>>. Acesso em: 25 mar. de 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. v. III – 3ª Ed. – São Paulo: Editora Método, 2013.

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

_____. **Manual de direito penal: parte especial**. v. 2. 28ª.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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.

ROSSI, Giovana. **OS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO E O MITO DA IMPARCIALIDADE JURÍDICA: Análise do discurso judicial no crime de estupro**. 2015. 92 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

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