

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

**JOÃO VÍCTOR CARVALHO BARBOSA**

**A NOVA FACE DO CRIME DE ESTUPRO EM RAZÃO  
DA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009**

**FORTALEZA  
2010**

**JOÃO VÍCTOR CARVALHO BARBOSA**

**A NOVA FACE DO CRIME DE ESTUPRO EM RAZÃO  
DA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009**

Monografia submetida à Faculdade de Direito, da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Victor Hugo Medeiros Alencar

**FORTALEZA  
2010**

**JOÃO VÍCTOR CARVALHO BARBOSA**

**A NOVA FACE DO CRIME DE ESTUPRO EM RAZÃO  
DA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009**

Monografia submetida à Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em 22/06/2010.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Victor Hugo Medeiros Alencar (Orientador)**  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

**Prof. Marcos de Holanda**  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

**Prof. Daniel Maia**  
Universidade Federal do Ceará - UFC

*Aos meus pais, Barbosa e Úrsula, que  
sempre estiveram ao meu lado  
durante toda essa caminhada.*

## **AGRADECIMENTOS**

À Universidade Federal do Ceará e, particularmente, à Faculdade de Direito por todo o apoio acadêmico oferecido durante todos esses anos de curso.

Aos meus pais e aos meus avós que sempre investiram e acreditaram no meu potencial e foram essenciais à concretização dos meus objetivos.

Aos amigos que conquistei durante todos esses anos de Faculdade, em relação aos quais vou levar sentimentos de amizade, respeito e consideração.

Ao professor Victor Hugo Medeiros Alencar, no qual me espelho, não só como exemplo de profissional dedicado e competente, mas também como exemplo de ser humano digno.

Ao professor Marcos de Holanda, em relação ao qual tenho profundo respeito, admiração e amizade.

Ao professor Daniel Maia, que, prontamente, aceitou participar da banca examinadora da minha monografia.

*Deve-se sempre ter em vista o que é independência e o que é liberdade. Esta última é o direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem não teria mais liberdade, uma vez que os outros teriam também esse poder.*

*(Montesquieu – Do Espírito das Leis)*

## RESUMO

A lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 veio alterar substancialmente o Título VI do Código Penal Brasileiro, que, tratando dos chamados “crimes contra a dignidade sexual”, propiciou relevantes inovações em relação ao crime de estupro. Dentre as principais mudanças trazidas pela nova legislação, encontramos a fusão, em um mesmo tipo penal, das condutas relativas ao estupro e ao atentado violento ao pudor, antes previstas em preceitos cominatórios distintos, e, em consequência, a ampliação do rol de sujeitos ativos e passivos do crime, que passou a englobar homens e mulheres indistintamente. Neste ponto, destacam-se os questionamentos relativos à aplicação das regras de direito intertemporal em relação às situações constituídas sob à égide da legislação passada. Destacamos também a criação de um tipo penal específico, denominado de “estupro de vulnerável”, para tratar da hipótese do delito praticado contra os indivíduos que se encontram incapacitados de consentir, validamente, na realização do ato sexual. Neste ponto, destacam-se as discussões relacionadas à definição e abrangência do conceito de vulnerável e à possibilidade ou não de ainda relativizar o instituto da presunção de violência. Objetiva-se, portanto, a análise das diversas problematizações suscitadas em virtude da nova configuração do crime de estupro.

Palavras chaves: dignidade sexual; estupro; estupro de vulnerável.

## **ABSTRACT**

The Law 12.015 of 7th August 2009 came to change, substantially, the Title VI of the Brazilian Penal Code, that, treating of the "crimes against sexual dignity," provided important innovations in relation to the crime of rape. Among the major changes brought about by new legislation, we find the merger, in a same offense, of the conducts relating to the rape and indecent assault, which were provided in different precepts, and, in consequence, the expansion of the list of active subjects and passive subjects of the crime, which now include men and women alike. At this point, are important the questions related to the application of rules of intertemporal law in relation to situations implemented under the influence of the old legislation. We can detach the creation of a specific crime, named in "rape of vulnerable", that was a hypothesis of crime committed against individuals who are unable to consent validly in making the sexual act. At this point, are important the questions related to definition and scope of the concept of the vulnerable and the possibility or not to relativize the institute of the presumption of violence. It aims, therefore, the analysis of various problems related with the new configuration of the crime of rape.

Keywords: sexual dignity; rape; rape of vulnerable.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 DA SISTEMÁTICA ANTERIOR À LEI 12.015/2009. DOS CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Objetividade jurídica: da proteção dos costumes .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 O crime de estupro antes da Lei 12.015/2009 .....</b>	<b>15</b>
2.2.1 Evolução histórica .....	15
2.2.2 Tipo penal objetivo e tipo penal subjetivo. Consumação e tentativa .....	19
2.2.3 Sujeito passivo e sujeito ativo .....	21
2.2.4 Classificação doutrinária do crime .....	26
2.2.5 Posse sexual mediante fraude – art. 215 .....	28
<b>2.3 O crime de atentado violento ao pudor .....</b>	<b>29</b>
2.3.1 Evolução histórica .....	29
2.3.2 Tipo penal objetivo e tipo penal subjetivo. Consumação e tentativa .....	31
2.3.3 Sujeito ativo e sujeito passivo .....	33
2.3.4 Classificação doutrinária do crime .....	34
2.3.5 Atentado violento ao pudor mediante fraude – art. 216 .....	36
<b>2.4 Disposições comuns aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor .....</b>	<b>37</b>
2.4.1 Formas qualificadas .....	37
2.4.2 Causas de aumento de pena .....	38
2.4.3 Presunção de violência .....	39
2.4.4 Ação penal .....	41
2.4.5 Concurso de crimes e hipótese de absorção, pelo estupro, dos atos libidinosos anteriores à conjunção carnal .....	43
<b>3 A NOVA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/2009 .....</b>	<b>46</b>
<b>3.1 Objetividade jurídica: da proteção da dignidade sexual .....</b>	<b>46</b>
<b>3.2 Tipo penal objetivo e tipo penal subjetivo. Consumação e tentativa .....</b>	<b>50</b>
<b>3.3 Sujeito ativo e sujeito passivo .....</b>	<b>60</b>
<b>3.4 Classificação doutrinária do crime .....</b>	<b>63</b>

<b>3.5 Formas qualificadas: art. 213, §§1º e 2º .....</b>	<b>66</b>
<b>3.6 Causas de aumento de pena: Art. 226 e Art. 234-A, incisos III e IV .....</b>	<b>68</b>
<b>3.7 Ação penal e segredo de justiça .....</b>	<b>73</b>
<b>3.8 Violação sexual mediante fraude – art. 215 .....</b>	<b>75</b>
<b>3.9 Outros questionamentos práticos sobre o tema .....</b>	<b>79</b>
3.9.1 Revogação do art. 214 do Código Penal: <i>abolitio criminis</i> ? .....	79
3.9.2 O Código Penal Militar e a Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 .....	81
3.9.3 Retroatividade da lei penal mais benéfica – Concurso de crimes .....	83
3.9.4 Ação penal e direito intertemporal .....	88
<b>4 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL .....</b>	<b>91</b>
<b>4.1 Base cognitiva da Lei 12.015/2009 .....</b>	<b>91</b>
<b>4.2 Conceito de vulnerável .....</b>	<b>93</b>
4.2.1 A vulnerabilidade presente em outros ramos do ordenamento jurídico .....	95
4.2.2 A vulnerabilidade nos moldes da Lei 12.015/2009 .....	99
<b>4.3 Análise do dispositivo legal .....</b>	<b>102</b>
<b>4.4 Classificação doutrinária do crime .....</b>	<b>115</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>117</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>120</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 veio modificar substancialmente o Título VI do Código Penal Brasileiro, passando a intitulá-lo “*Dos Crimes contra a dignidade sexual*” em substituição à antiga nomenclatura denominada “*Dos Crimes contra os costumes*”, a qual não mais se adequava à realidade dos bens que, juridicamente, procuravam-se proteger.

Na verdade, de acordo com a antiga terminologia, o que se estava procurando tutelar eram determinados *valores* da sociedade, exteriorizados através de certos padrões de comportamento sexual, ou, em outras palavras, “*os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática*”, transmitindo a impressão de que mais se procurava impor às pessoas um padrão mediano de sexualidade, do que, propriamente, proteger a liberdade e a dignidade do ser humano.

Nesse sentido, tendo em vista a necessidade de estabelecer, de forma mais direta e adequada, o bem jurídico a ser tutelado, o legislador resolveu voltar particular atenção à *dignidade sexual* dos indivíduos. Isso significa que o Estado passou a desenvolver uma atuação mais direcionada à proteção de valores pessoais, do que, propriamente, de valores morais da sociedade, o que se apresenta em plena consonância com os ditames trazidos pela Constituição Federal de 1988, que consagra, como princípio basilar de todo o nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, com o intuito de fazer prevalecer em seu texto a proteção dada aos direitos fundamentais do ser humano, procurando resguardar as condições de dignidade, liberdade e igualdade, dentro, ao menos, de patamares mínimos, é que a Lei 12.015/2009 criou novas condutas típicas, alterou algumas já existentes e extinguiu outras, demonstrando assim que as evoluções comportamentais ocorridas na sociedade, sobretudo em matéria sexual, trouxeram consigo novas e graves preocupações, bem diferentes daquelas existentes ao tempo da elaboração do Código Penal nos idos de 1940.

Entretanto, a par das inúmeras modificações trazidas pelo dispositivo legal em comento, nenhuma delas suscitou mais críticas, discussões e polêmicas, tanto na sociedade

civil como no meio acadêmico, do que àquelas relacionadas à nova redação do *crime de estupro*, trazida pelo artigo 213 do Estatuto Criminal. E não é por menos.

Afinal, há quanto tempo a sociedade e o meio jurídico esperavam o reconhecimento do homem como sujeito passivo do crime de estupro? Quem imaginava que um dia a mulher poderia figurar como sujeito ativo do delito, independentemente das situações hipotéticas e excepcionais trazidas pela doutrina? Isso tudo foi possível graças à Lei 12.015/2009, que, ao tratar de forma equivalente os crimes sexuais praticados contra homens e mulheres, permitiu a concretização do princípio da isonomia entre os dois gêneros no campo sexual.

E essa ampliação do rol de sujeitos ativos e passivos do delito de estupro, só se tornou viável diante da alteração dos elementos normativos do tipo que, após a revogação do crime de atentado violento ao pudor, inserto no art. 214 do Código Penal, passou a prever, em seu texto legal, a conduta a ele correspondente. Ou seja, o estupro não mais se consuma apenas com a conjunção carnal (que exige, necessariamente, uma relação heterossexual), mas também com a prática de atos libidinosos diversos, o que permite a concretização do crime entre pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, assim como toda inovação, a Lei 12.015/2009 levantou inúmeros questionamentos acerca de sua aplicabilidade, os quais, em sua maioria, foram objetos de estudo e debates ao longo deste trabalho.

Neste sentido, destacamos, por exemplo, as discussões relacionadas ao direito intertemporal, uma vez que a Lei 12.015/2009, ao trazer inúmeras inovações em relação à sistemática anterior, as quais, a depender da situação, podem tornar mais gravosa ou vantajosa a situação do agente, pode ser aplicada tanto de forma retroativa como de forma ultrativa, a exigir do intérprete e do aplicador da lei uma análise mais criteriosa do caso concreto. Ressaltamos, neste contexto, a aplicação do estatuto reformador em relação aos investigados ou condenados, à égide da legislação passada, em concurso material pelos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, bem como em relação à mudança de titularidade da ação penal nos crimes sexuais.

Da mesma forma, levantou-se a discussão acerca da ocorrência ou não de *abolitio criminis* do art. 214 do Código Penal, bem como sobre a influência de todas essas modificações no sistema trazido pelo Código Penal Militar.

No mais, procuraram-se destacar, de forma sucinta, as modificações realizadas em relação ao delito previsto no art. 215 do Código Penal, intitulado de *violação sexual mediante fraude*, o qual, em situação análoga àquela que ocorreu com o crime de estupro, também se originou da fusão de condutas previstas em figuras normativas distintas, a saber, os crimes de *posse sexual mediante fraude e atentado violento ao pudor mediante fraude*.

Por fim, procuramos analisar, de forma pormenorizada, em um capítulo específico, o crime de *estupro de vulnerável*, previsto no art. 217-A do Código Penal, o qual, após revogar o art. 224 do referido diploma repressivo, também levantou muitos questionamentos no seio jurídico, sobretudo em relação à definição e à abrangência do conceito de “vulnerável”, bem como sobre a permanência ou não do instituto da *presunção de violência* no nosso ordenamento jurídico e a possibilidade de sua relativização.

E com o objetivo de explicitar, de forma mais objetiva, todas essas alterações relacionadas ao crime de estupro, tornou-se imprescindível uma análise comparativa da sistemática anterior e posterior à edição da Lei 12.015/2009, bem como uma compilação dos posicionamentos doutrinários existentes sobre o assunto, além de destacar as principais decisões dos Tribunais Superiores a ele relacionadas.

Vale salientar, porém, que o presente trabalho monográfico não pretende esgotar as discussões existentes sobre o assunto, até porque se trata de um tema recente e que está sendo constantemente objeto de debates por parte dos doutrinadores e dos nossos Pretórios. Dessa forma, o presente estudo limita-se a apresentar as principais alterações do referido delito, as problematizações que se originaram em torno do assunto e, pelo menos em tese, os possíveis caminhos a serem seguidos pelo intérprete e pelo aplicador da lei ao se depararem com tais questionamentos.

## 2 DA SISTEMÁTICA ANTERIOR À LEI 12.015/2009. DOS CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.

### 2.1 Objetividade jurídica: da proteção dos costumes

Anteriormente ao advento da Lei nº. 12.015 de 07 de agosto de 2009, os artigos 213 e 214, inseridos no Título VI (Dos crimes contra os costumes) e Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual) do Código Penal Brasileiro, assim dispunham, respectivamente, acerca do crime de estupro e de atentado violento ao pudor:

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

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

*Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

*Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos*

Ao analisarmos a maior parte da doutrina penal que dissertava sobre os delitos em comento, agora alterados pela Lei 12.015/2009, podíamos perceber que aquela era unânime em destacar a *liberdade sexual* como o bem da vida a ser juridicamente tutelado, a qual, em outras palavras, pode ser entendida como “a capacidade que toda pessoa tem de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual”<sup>1</sup>.

Entretanto, quando partimos para a análise do Título do Código Penal em que os crimes estavam inseridos, percebemos que a preocupação do legislador não era, primordialmente, a proteção da liberdade sexual como um valor pessoal, voltada para a tutela da dignidade da pessoa humana, mas sim dos preceitos sociais, ou, da forma como estava disposto no código, dos *costumes*, que podiam ser entendidos como “os hábitos da vida sexual

---

<sup>1</sup> CARMONA SALGADO, C. apud PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume III – Parte Especial, p. 253. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

aprovados pela moral prática, ou, o que vale a mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplinas sociais”<sup>2</sup>.

Dessa forma, de acordo com a antiga terminologia, o que se estava procurando resguardar eram determinados valores morais da sociedade relacionados à ética sexual e, talvez por isso, cuidava-se de uma noção impregnada de moralismos, que transmitia a impressão de que mais se buscava impor às pessoas um padrão mediano de sexualidade, do que, propriamente, proteger a liberdade e a dignidade de cada indivíduo. Em outras palavras, colocava-se a “moralidade pública sexual” como o verdadeiro bem a ser juridicamente tutelado.

Nesse sentido, podemos destacar as palavras de Heleno Cláudio Fragoso:

Os crimes contra os costumes estão situados entre as ofensas que atingem diretamente bens e interesses do indivíduo, e as que atingem diretamente interesses do grupo. O bem jurídico que se tutela nos crimes deste capítulo, não é propriamente um direito à liberdade sexual, cuja existência é, aliás, negada por alguns autores. Na lição irrepreensível de Manzini, o que aqui se protege e tutela é a moralidade pública e os bons costumes, no particular aspecto da inviolabilidade carnal da pessoa, contra atos violentos e abusivos.<sup>3</sup>

Em relação ao assunto, mesmo antes da alteração produzida pela lei 12.015/2009, muitos eram os doutrinadores que já apresentavam suas críticas à terminologia aplicada ao Título VI do Código Penal Brasileiro (“Dos Crimes contra os Costumes”), declarando que o que se pretendia proteger, através dos tipos penais incriminadores ali previstos, não eram os costumes, mas sim a liberdade e a respeitabilidade que toda pessoa tem em matéria sexual, as quais, por sua vez, encontravam-se intimamente ligadas à dignidade da pessoa humana.

Nessa toada, podemos destacar as palavras de Guilherme de Souza Nucci, que soube, de forma clara e objetiva, expor os argumentos que, futuramente, serviriam de base para a reforma trazida pela lei 12.015, no que tange aos crimes sexuais. Senão vejamos:

A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados costumes, de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo, inclusive no tocante à vetusta denominação de *crimes contra os costumes*. 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 porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados (...) O Código Penal está a

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 873, 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>3</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Volume II, p. 491. São Paulo, Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, 1962.

merecer, nesse contexto, reforma urgente, compreendendo-se a realidade do mundo moderno, sem que isso represente atentado à moralidade ou à ética, até porque tais conceitos são mutáveis e acompanham a evolução social.<sup>4</sup>

Assim, já entendia-se à época que, embora não se pudessem descartar totalmente os valores morais e éticos da sociedade, seria imprescindível interpretar a expressão contida no Título VI do Código Penal de acordo com os ditames da Constituição Federal, tendo como foco a proteção da dignidade sexual da pessoa humana, que significa o direito que toda pessoa tem em ter sua liberdade sexual respeitada, seja na prática das ações, seja na escolha dos seus parceiros.

Nesse sentido, podemos concluir que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, na antiga concepção de “crimes contra os costumes”, apesar de serem interpretados, sistematicamente, como instrumentos de tutela da “moralidade pública sexual”, do ponto de vista teleológico, deveriam ser interpretados como instrumentos de proteção da dignidade sexual da pessoa humana, fato este que passou a constar, de forma expressa, nos termos da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009<sup>5</sup>.

## **2.2 O crime de estupro antes da lei 12.015/2009**

### 2.2.1 Evolução histórica

Os crimes sexuais, entre eles o estupro, sempre foram bastante reprimidos pelas sociedades ao longo do tempo, as quais, a depender dos costumes, etnias e origem de cada uma, estabeleciam formas específicas para reprimir a violação da liberdade de escolha e de consentimento nas relações sexuais.

A princípio, na legislação hebraica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e desposada, isto é, prometida em casamento a outro que se encontrasse na cidade, ambos eram apedrejados até a morte. Entretanto, se este homem

---

<sup>4</sup> NUCCI, *op.cit.*, p. 873/874.

<sup>5</sup> Ver tópico 3.1.

praticasse o mesmo ato, valendo-se de igual violência física, contra mulher virgem, porém não desposada, somente este seria apedrejado, mas não até a morte, pois ficaria obrigado a casar-se com ela, sem jamais repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 siclos de prata ao pai (Deuteronômio XXII, 22 a 29).<sup>6</sup>

O Código de Hamurabi, caracterizado por um conjunto de leis criados na Mesopotâmia, por volta do século XVIII a.C, também trazia a definição do crime de estupro e a penalidade a ele aplicada, assim dispondo no seu Capítulo X (delitos contra a ordem da família), artigo 130: “Se alguém viola a 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”.<sup>7</sup>

No Egito, a pena era a de mutilação (castração do esturador). Na Grécia, a princípio, se o delito fosse praticado somente uma vez, a pena aplicada era a de multa, entretanto, após a legislação ser modificada, passou-se a aplicar a pena de morte, independentemente da reincidência do agente.<sup>8</sup>

No Direito Romano, o termo *stuprum* representava, em sentido lato, qualquer ato impudico praticado contra homem ou mulher, englobando inclusive, pelo menos num primeiro momento, o adultério e a pederastia. Em sentido estrito, alcançava apenas a conjunção carnal praticada com mulher virgem ou não casada, mas sem violência. Nesse sentido, destacam-se os ensinamentos de Heleno Cláudio Fragoso:

A palavra *stuprum*, no antigo direito romano, significava qualquer impudícia praticada com homem ou mulher, casada ou não. A *Lex Julia de adulteriis* (18 d.C) emprega-a para designar o adultério, indiferentemente, com a palavra *adulterium*. Posteriormente procurou-se distinguir os dois conceitos, significando o estupro a união sexual ilícita com viúva, e o adultério, com mulher casada (*adulterium in nuptam stuprum in viduam committitur*). Em sentido estrito, porém, era estupro toda união sexual ilícita, com mulher não casada.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume III – Parte Especial, p. 253, 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>7</sup> BRASIL. Cultura Brasil. Código de Hamurabi. Disponível em: <http://www.culturabrasil.pro.br/hamurabi.htm>. Data de acesso: 18/03/2010.

<sup>8</sup> PRADO, *op. citi.*, p. 253.

<sup>9</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Volume II, p. 491/492. São Paulo, Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, 1962.

Por outro lado, a conjunção carnal violenta entrava, para os romanos, na concepção ampla de *crimen vis*, o qual era reprimido, pela *Lex Julia de vi publica*, com a pena de morte.

Na Idade Média, sob a égide do direito canônico, exigia-se para a configuração do crime de estupro, além do emprego da violência, que a mulher fosse virgem, não cabendo, por esta razão, falar na prática do delito contra mulher já deflorada.

No mais, as antigas leis espanholas outorgavam aos parentes da vítima o direito de decidir ou não pela morte do ofensor (“*declaración de enemistad*”), enquanto as leis inglesas os puniam com a castração e o vazamento dos olhos.<sup>10</sup>

No Brasil, sob a égide das Ordenações Afonsinas, punia-se com a morte o homem, de qualquer estado e condição, que, com emprego de violência, mantinha relação sexual com mulher casada, religiosa, virgem ou viúva, não podendo, em tal caso, gozar de nenhum privilégio pessoal, a fim de que se pudesse relevar a aplicação da pena. Além disso, mesmo que o violentador, depois de praticado o ato, casasse com a vítima, ainda que com seu consentimento, não escaparia da morte, salvo se o monarca quisesse desconsiderar a pena por graça especial.<sup>11</sup>

Com as Ordenações Manuelinas veio a previsão de punição, também com a pena de morte, dos crimes sexuais praticados contra escravas e prostitutas, não sendo, entretanto, aquela executada até que o agente fosse informado do motivo da execução. No mais, com disposições comuns àquelas trazidas pelas Ordenações Afonsinas, previu-se a impossibilidade de isenção da pena do infrator, mesmo que houvesse o consentimento posterior da vítima ou o casamento desta com aquele.<sup>12</sup>

Ademais, as Ordenações Filipinas previram no seu Livro V, Título XVIII, tanto a conjunção voluntária com mulher virgem, que acarretava a obrigação do autor de casar com esta ou, na impossibilidade de casamento, de constituir um dote para a sua família, como a

---

<sup>10</sup> NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal – 3º Volume, p. 125. São Paulo, Saraiva, 1964.

<sup>11</sup> SANTOS, Leonardo Falcão dos. Do crime de estupro. R2 Direito. Disponível em: <[http://www.r2learning.com.br/site/artigos/artigo\\_default.asp?ID=938](http://www.r2learning.com.br/site/artigos/artigo_default.asp?ID=938)>. Data de acesso: 20/03/2010.

<sup>12</sup> Ibidem.

conjunção violenta que, por sua vez, era punido com a pena capital, que subsistia ainda que o criminoso se cassasse com a ofendida após praticado o delito.<sup>13</sup>

Posteriormente, o Código Criminal do Império de 1830, em seu artigo 222, definiu o crime de estupro como a conduta de “ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta”, estabelecendo a pena de prisão de três a doze anos, mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Além disso, determinava que se esta fosse prostituta a pena reduziria para um mês a dois anos de prisão.

O Código Republicano de 1890, inovando a legislação até então existente sobre o assunto, aclarava a possibilidade do estupro ser praticado por meio de violência psíquica, segundo o que dispunha o seu art. 269: “*chame-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades physicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcóticos*”. Além disso, cominava-se uma pena mais branda: prisão celular, de um a seis anos, além do dote.

Por fim, com a edição do atual Código Penal, datado de 07 de dezembro de 1940, procurou-se estabelecer de forma clara e concisa, sob a denominação de “crime contra os costumes”, a definição do crime de estupro, em seu artigo 213, que assim dispunha: “*Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*”.

Entretanto, a Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, objeto de estudo do presente trabalho científico, veio modificar substancialmente a característica original do crime de estupro, principalmente, ao incorporar, no seu tipo objetivo, a conduta antes prevista no revogado art. 214 (atentado violento ao pudor) e possibilitar que homens e mulheres pudessem ocupar a posição de sujeito ativo e passivo do delito, de forma sucessiva ou concomitante. Dessa forma, passou o art. 213, previsto como *crime contra a dignidade sexual*, a ter a seguinte disposição: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”.

---

<sup>13</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Volume II, p. 491. São Paulo, Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, 1962.

### 2.2.2 Tipo penal objetivo e tipo penal subjetivo. Consumação e tentativa

Segundo a antiga redação do artigo 213 do Código Penal, o crime de estupro era definido como a conduta do agente em “*constranger (forçar, compelir) mulher (somente pessoa do sexo feminino) à conjunção carnal (introdução do pênis na vagina), mediante violência (vis corporalis) ou grave ameaça (vis compulsiva)*”.

Entretanto, analisando o supracitado dispositivo, em comparação à nova redação trazida pela lei 12.015/2009, percebemos que a conduta exigida para a configuração do crime de estupro, qual seja, o ato de *constranger à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*, ainda permanece na atual definição do delito, somente tendo sido incorporado a esta a conduta característica do atentado violento ao pudor (prática de atos libidinosos diversos) e ampliado o rol de sujeitos ativos e passivos do delito (atualmente, homens e mulheres podem ser autores e vítimas do crime de estupro). Senão vejamos:

*Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009*

*Art. 213. 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.*

Por esta razão, tendo em vista as características similares dos dois dispositivos legais (antigo e atual), permito-me, num primeiro momento, deixar de examinar, de forma pormenorizada, os elementos do tipo penal objetivo, para estudá-los, em todas as suas características específicas, quando da análise do dispositivo supracitado, no tópico 3.2 deste trabalho científico.

No que concerne ao elemento subjetivo do tipo, o ultrapassado dispositivo penal exigia, para a concretização do delito, “*a vontade livre e consciente do agente em obter a conjunção carnal*”, não sendo admitida, dessa forma, a modalidade culposa. E, para o aplicador da lei, a verificação do dolo do agente mostrava-se imprescindível, uma vez que permitia distinguir a tentativa de estupro do atentado violento ao pudor, quando os atos

poderiam ser os mesmos e somente a intenção do sujeito é que faria a distinção entre as duas figuras. Nesse sentido, posicionava-se Rogério Greco:

Isso porque, a nosso ver, o que diferencia a tentativa de estupro do atentado violento ao pudor é o elemento subjetivo com que atuava o agente, ou seja, o seu dolo. Se o dolo era o de constranger mulher à *conjunção carnal*, caso não consiga a penetração, deverá ser responsabilizado pela tentativa de estupro. Entretanto, se anteriormente à penetração o agente já havia praticado com a mulher atos que, por si sós, já poderiam se configurar no delito de atentado violento ao pudor, deverá responder pela tentativa de estupro, em concurso com o delito de atentado violento ao pudor.<sup>14</sup>

Entretanto, modernamente, não existe mais essa preocupação em diferenciar a tentativa de estupro do atentado violento ao pudor, uma vez que as condutas, antes previstas em dispositivos distintos, agora se encontram fundidas num mesmo tipo penal, a ensejar, obviamente, a prática de uma única conduta.

Vale ressaltar ainda que, ao considerar a consumação do estupro somente com a ocorrência da conjunção carnal, o legislador abriu a possibilidade da existência de crime de estupro tentado, o que, atualmente, mostra-se de difícil configuração, uma vez que a prática de qualquer outro ato libidinoso, diverso da cópula vagínica, também permite a caracterização do crime de estupro, nos moldes da nova redação do art. 213 do Código Penal, acima transcrito.

Assim, considerava-se consumado o crime de estupro somente com a efetiva introdução do pênis do homem na vagina da mulher, não importando se total ou parcialmente, nem se havia ou não rompimento da membrana himenal, desconsiderando-se ainda a ocorrência ou não de ejaculação.

Dessa forma, se o agente *demonstrasse sua intenção de manter conjunção carnal com a vítima*, mas, por atos alheios à sua vontade, não realizasse a penetração do órgão viril, mesmo que houvesse contato entre seus órgãos sexuais, estar-se-ia diante da tentativa de estupro. É o caso, por exemplo, do homem com ejaculação precoce. Nessa hipótese, como o agente ficava impossibilitado de prosseguir no ato e praticar a conjunção carnal, tendo em vista a flacidez peniana, após a ejaculação, considerava-se uma mera tentativa de estupro.

Outro caso, bastante diferente do exemplo supracitado, é o homem portador de *impotência coeundi*, ou seja, de incapacidade de obter a ereção peniana, o que impede de

---

<sup>14</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial, Volume III, p. 467/499. 3ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

praticar o ato de penetração. Nesta situação, como o agente nem consegue ter a ereção, considerava-se impraticável o estupro (em virtude da ineficácia absoluta do meio) e, conseqüentemente, tratava-se de hipótese de crime impossível, salvo se a conduta do agente pudesse ser enquadrada como atentado violento ao pudor.

### 2.2.3 Sujeito passivo e sujeito ativo

Pela redação antiga do art. 213 do Código Penal, somente a mulher, independentemente de sua idade ou conduta social, poderia configurar como sujeito passivo do crime de estupro e somente o homem poderia ser o sujeito ativo, tendo em vista que somente este pode manter conjunção carnal, caracterizado, como foi dito anteriormente, pela introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher.

A partir dessa constatação, mostrava-se impossível, por exemplo, falar-se em estupro cometido numa relação homossexual, seja ela masculina ou feminina, algo que, nos dias atuais, já é inteiramente possível de ocorrer, uma vez o papel de sujeito ativo ou passivo, das ações previstas no tipo penal do art. 213, podem ser exercidos tanto pelo homem quanto pela mulher.

Dessa forma, sob a égide da legislação passada, se uma mulher, por exemplo, utilizasse instrumentos para fim de penetração na vagina de outra mulher ou praticasse masturbação em um homem contra sua vontade, estaria praticando atentado violento ao pudor. Do mesmo modo se um homem, a título de exemplo, praticasse coito anal em outro homem, sua conduta enquadrar-se-ia no mesmo delito.

Entretanto, apesar de inicialmente refutada a possibilidade da mulher figurar como sujeito ativo do crime de estupro, muitas foram as teses levantadas pelos doutrinadores a fim de excepcionar esta regra que, num primeiro momento, parecia ter um caráter absoluto.

Vale destacar, por exemplo, a existência de posição doutrinária no sentido de entender o estupro como crime comum, uma vez que qualquer pessoa, não importando o sexo, poderia *constranger* uma mulher, segurando-a, por exemplo, para que um homem mantivesse

com ela conjunção carnal. Nesse caso, sem dúvidas, a mulher poderia ser coautora do crime de estupro, uma vez que teria praticado a conduta descrita no núcleo do tipo do antigo art. 213 do Estatuto Criminal. Tratava-se, entretanto, de entendimento minoritário.

Além disso, considerando-se a situação do crime de estupro poder ser praticado por omissão do agente, nos termos do art. 13, §2º do Código Penal, levantou-se a possibilidade de a mulher ser, nesta hipótese, sujeito ativo de um crime omissivo impróprio. Assim, se ela assumisse a posição de garantidora, tendo o dever legal de evitar a prática do crime, e, mesmo assim, permitisse sua consumação, a esta deveria ser atribuída a autoria delitiva.

É o caso, por exemplo, da mãe que sabendo que o marido tem relações sexuais freqüentes com a filha menor de idade, tendo o poder e o dever de agir para evitar o resultado prático do crime, nada faz para impedir o ocorrido, sob a alegação de querer preservar o relacionamento conjugal.

Outra hipótese levantada pela doutrina, em que a mulher também apareceria como sujeito ativo do referido crime, seria o caso de coação irresistível praticada por esta contra um homem, obrigando-o a ter relações sexuais com outra mulher.

Em relação ao assunto, alguns doutrinadores, tal como Luiz Régis Prado, defendiam essa possibilidade. Senão vejamos:

Excepcionalmente, na hipótese de o sujeito ativo da cópula carnal sofrer coação irresistível por parte de outra mulher para a realização do ato, pode-se afirmar que o sujeito ativo do delito é uma pessoa do sexo feminino, já que, nos termos do art. 22 do Código Penal, somente o coator responde pela prática do crime.<sup>15</sup>

Nesse mesmo contexto, Guilherme de Souza Nucci<sup>16</sup> e Cezar Roberto Bitencourt<sup>17</sup> também propunham o enquadramento da mulher como *autora mediata* do crime de estupro, uma vez que, com base no art. 29 do Código Penal (concurso de pessoas), ela estaria se valendo de pessoa não culpável (submetida à coação moral irresistível) para executar o delito.

---

<sup>15</sup> PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume III – Parte Especial, p. 255/256. 4ª ed.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 876. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4, p.2. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

Entretanto, como afirmava Rogério Greco, no caso de se considerar o crime de estupro como delito de mão própria, não se poderia sequer suscitar tal hipótese, uma vez que tais crimes não admitem coautoria ou autoria mediata, tendo em vista a necessidade da conduta ser praticada, de forma indeclinável, por pessoa específica (neste caso, o homem).<sup>18</sup>

Outro ponto de discussão em torno do assunto, este porém não muito aceitável, era a hipótese do “coito praticado entre mulheres” em virtude da existência de clitóris hipertrófico. Entretanto, tal idéia não mereceu prosperar, tendo em vista que a “conjunção carnal” à que se refere a lei, somente diz respeito à introdução do membro viril no órgão sexual feminino.

No mais, apesar das discussões existentes acerca da possibilidade da mulher ser ou não sujeito ativo direto do crime de estupro, a doutrina majoritária se posicionava no sentido de aceitar, no caso de concurso de pessoas, que aquela assumisse o papel de coautora ou partícipe.

Convém destacar ainda que, durante muito tempo, travou-se um debate no meio jurídico, que atualmente já se encontra devidamente superado, acerca da possibilidade do marido figurar como sujeito ativo do crime de estupro praticado contra a própria esposa.

De um lado, doutrinadores como Heleno Cláudio Fragoso<sup>19</sup> defendiam a impossibilidade desta hipótese se configurar, tendo em vista ser a cópula *intra matrimonium* um dever recíproco de ambos os cônjuges. Assim, se o marido obrigasse a mulher a ter com ele conjunção carnal, estaria acobertado pela causa de justificação relativa ao *exercício regular de um direito*.

Defendendo posição intermediária, E. Magalhães Noronha<sup>20</sup> afirmava que a violência, por parte do marido, também não constituiria, em princípio, crime de estupro, salvo se a oposição da mulher se fundasse em poderosas razões morais ou em um direito mais relevante, como, por exemplo, a existência de doenças venéreas ou transmissíveis. Em qualquer outra hipótese, estaria o marido agindo no exercício legítimo do direito à posse sexual de sua esposa.

---

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial, Volume III, p. 467/499. 3ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

<sup>19</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Volume II, p. 493. São Paulo, Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, 1962.

<sup>20</sup> NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal – 3º Volume, p. 125. São Paulo, Saraiva, 1964.

Entretanto, os doutrinadores modernos entendem que, embora existam direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, decorrentes do vínculo matrimonial que se estabeleceu entre eles, tal fato não poderá servir de justificativa para o marido praticar condutas violentas ou ameaçadoras a fim de conseguir concretizar a conjunção carnal com sua esposa. Nesse sentido, esclarece Carlos Roberto Gonçalves:

Já se reconheceu que a recusa reiterada da mulher em manter relações sexuais com o marido, caracteriza injúria grave, sendo causa de separação litigiosa, salvo se ela assim procedeu com justa causa.

No entanto, a obrigação não envolve o atendimento a taras ou abusos sexuais. A *tradio corporum* e o *jus in corpus* não devem ser confundidos com a sujeição às aberrações sexuais, mas devem ser entendidas no interesse pessoal de cada um dos cônjuges, com o respeito à sua liberdade sexual, de forma que esse bem da personalidade deve ser respeitado pelo cônjuge no que se refere à escolha e prática de atividades sexuais normais.<sup>21</sup>

Vale ressaltar ainda que, por força de interpretação constitucional e do art. 1724 do Código Civil, este mesmo raciocínio deve ser admitido em se tratando de estupro praticado por companheiro contra companheira na constância da união estável.

Como explanado anteriormente, de acordo com a antiga tipificação do crime de estupro, somente a mulher poderia configurar como sujeito passivo do delito. Entretanto, muitas discussões também foram levantadas em torno do assunto, como, por exemplo, àquelas relacionadas à possibilidade da prostituta ou do transexual serem vítimas do aludido crime.

Em relação à prática do crime em desfavor de prostitutas, embora os Códigos Criminais de 1830 (art. 222) e de 1890 (art. 268, §1º) estabelecessem a diferença de penalidade entre a conduta delituosa praticada contra “mulher pública” e “mulher honesta”, tal distinção não prosperou em face do atual Estatuto Criminal, punindo-se, da mesma forma, o estupro, assim como qualquer outro crime sexual, praticado contra toda e qualquer mulher, independente de sua posição social e, muito menos, de suas virtudes morais. Senão vejamos:

A liberdade sexual é um direito assegurado a toda mulher, independente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar. No crime de estupro não se perquire sobre a conduta ou honestidade

---

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume VI, p. 176. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta<sup>22</sup>.

Entretanto, demonstrando um posicionamento contrário (atualmente, considerado retrógrado), Magalhães Noronha defendia que o estupro da prostituta não merecia o mesmo tratamento do crime praticado contra “mulher honesta”, uma vez que os bens jurídicos tutelados eram diferentes nos dois casos. Senão observe-se:

Somos do parecer que podia o legislador ter considerado à parte o estupro da prostituta. Não há dúvida de que pelo fato de ela se alugar, de comerciar com o corpo, não perde o direito de dispor dele e conseqüentemente merece proteção legal. O coito contra sua vontade é um atentado à liberdade sexual e, portanto, não poderia deixar de fazer parte do Cap. I do tít. VI. Mas daí a não distinguir a mulher pública da honesta, parece-nos haver grande distância.

A meretriz estuprada, além da violência que sofreu, não suporta outro dano. Sem reputação e honra, nada tem a temer como consequência do crime. A mulher honesta, todavia arrastará por todo o sempre a mancha indelével com que a poluiu o estuprador – máxime se for virgem, caso que assume, em nosso meio, proporções de dano irreparável. No estupro da mulher honesta há duas violações: contra a liberdade sexual e contra a honra; no da meretriz, apenas o primeiro bem é ferido.

Outra polêmica questão levantada pelos doutrinadores dizia respeito à possibilidade ou não do transexual figurar como sujeito passivo do crime de estupro, questionamento este que, atualmente, encontra-se superado pela nova redação do art. 213 do Código Penal, que possibilita que tanto homens como mulheres assumam o pólo passivo do referido delito<sup>23</sup>.

O transexualismo, segundo ensinamento de Genival Veloso de França, pode ser entendido como “uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero”<sup>24</sup>.

Entretanto, antes da reforma produzida pela Lei 12.015/2009, tratava-se de questão bastante polêmica saber se, depois de se submeter à cirurgia de reversão genital, criando o que a medicina denomina de neovagina, poderia o transexual ser vítima do crime de estupro.

---

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4, p.3. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

<sup>23</sup> Vide tópico 3.3.

<sup>24</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal, p. 235. 8ª ed. Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 2007.

Nesse contexto, considerava a doutrina que somente após ser judicialmente reconhecido como pessoa do sexo feminino, com sentença transitada em julgado que permitisse a alteração no seu registro de nascimento, é que poderia a pessoa ser considerada “mulher” para todos os efeitos jurídicos, inclusive para o penal.

Entretanto, embora a discussão não tenha mais relevância prática, faço questão de ressaltar que não desfruto da mesma opinião acima referida, pois se o que o legislador quis resguardar através do tipo previsto no art. 213 do Código Penal foi a liberdade, a dignidade e a respeitabilidade sexual da mulher, tendo em vista, principalmente, os efeitos nefastos de um ato de violência física e moral, assim também deveria tratar o transexual, que, psicologicamente, até mesmo antes da cirurgia de mudança de sexo, goza da plena convicção de pertencer ao sexo oposto, sempre agindo e sentindo como se mulher fosse.

#### 2.2.4 Classificação doutrinária do crime

Tendo em vista todas as características, acima expostas, acerca da antiga concepção do crime de estupro, podemos elencar algumas classificações referentes ao delito previsto no art. 213 do Código Penal.

Primeiramente, havia grande discussão se o estupro tratar-se-ia de um **crime próprio**, de **mão-própria** ou **comum**.

Assumindo um posicionamento peculiar, que à época parecia ser minoritário, Cezar Roberto Bitencourt defendia ser o crime de estupro um **crime comum**, afirmando que “o fato de somente o homem, em tese, ser o sujeito ativo não o qualifica como crime próprio”<sup>25</sup>.

Por outro lado, assumido posição diversa, *que mais parecia refletir o entendimento majoritário*, Guilherme de Souza Nucci<sup>26</sup> defendia ser um **crime próprio**, onde,

---

<sup>25</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4, p.6. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 879. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

apesar de exigir-se uma qualidade ou condição especial do sujeito ativo e passivo, permitia-se o raciocínio da autoria mediata e da coautoria, como ressaltado anteriormente.

De outra ponta, encontrávamos a idéia exarada por Rogério Greco, que afirmava tratar-se de um **crime de mão-própria** no que diz respeito ao sujeito ativo, pois exigia uma atuação pessoal do agente, não se podendo delegar a prática da conduta típica e um **crime próprio** com relação ao sujeito passivo, pois que somente a mulher poderia figurar nessa condição <sup>27</sup>.

Ademais, tratava-se de um **crime doloso**, ou seja, exigia-se para sua configuração a vontade livre e consciente do agente em obter a conjunção carnal, não sendo admitida a modalidade culposa.

Era um crime, em regra, **comissivo**, pois dependia de uma conduta positiva voltada para a violação de uma norma proibitiva, apesar de admitir-se também a modalidade **omissiva imprópria**, quando o agente gozasse do *status* de garantidor, tendo o poder e o dever de evitar a prática da conduta, mas nada fazia para impedir sua configuração.

Tratava-se de **crime material**, pois sua consumação dependia da produção naturalística de um determinado resultado, qual seja o efetivo tolhimento da liberdade sexual da mulher. Era ainda **delito de forma vinculada**, uma vez que só podia ser cometido através da conduta prevista no tipo, consistente na introdução do órgão viril na cavidade vagínica da mulher.

Além disso, caracterizava-se como **crime de dano**, já que para sua consumação era necessário haver a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado e **crime instantâneo**, pois o resultado era momentâneo (ocorrência da conjunção carnal), não se prolongando no tempo.

Por fim, era classificado como **crime monossujeetivo**, tendo em vista a conduta descrita no tipo poder ser praticada por um único agente, sem a necessidade de nenhum tipo de associação delitiva; **plurissubsistente**, uma vez que era possível determinar, perfeitamente, o seu *iter criminis* (cogitação, preparação, execução e consumação) e **não-transeunte**, pois era capaz de deixar vestígios, podendo, por esta razão, ser objeto de exame de corpo de delito.

---

<sup>27</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial, Volume III, p. 467. 3ª ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2007.

### 2.2.5 Posse sexual mediante fraude – art. 215 do Código Penal

No estudo da antiga sistemática do delito de estupro, não poderíamos deixar de fazer menção à existência de um crime a ele correlato, também alterado pela lei 12.015/2009, denominado de ‘posse sexual mediante fraude’ (conhecido também como *estelionato sexual*), caracterizado pelo ato de “ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”, prevendo ainda uma causa de aumento de pena, no caso de ser praticado “contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) anos”.

Pela análise do referido dispositivo penal, podemos perceber um elemento em comum com a antiga redação do crime de estupro, qual seja a *prática de conjunção carnal com mulher*, diferenciando-se daquele, no entanto, em virtude de duas características peculiares.

A primeira dizia respeito ao verbo da conduta principal, pois enquanto no tipo do art. 213 era *constranger*, no dispositivo em comento era *ter* conjunção carnal, o que permitia concluir que *somente o homem* seria o sujeito ativo do delito, acabando com qualquer possibilidade de discussão de quem mais poderia assumir a titularidade da conduta criminosa.

A segunda peculiaridade estava no meio utilizado pelo agente para praticar o delito, pois, diferentemente do art. 213, que exigia o uso da violência ou da grave ameaça, no caso do art. 215 do Código Penal, exigia-se a *fraude*, ou em outras palavras, o uso de ardil, do engano, do artifício, no sentido de viciar o consentimento da vítima e poder, desta maneira, conseguir obter a conjunção carnal. Além disso, já não se levava mais em consideração a ‘honestidade’ da mulher, elemento este revogado pela lei 11.106/2005, por considerá-lo dependente dos padrões ético-sociais vigentes na comunidade e, por esta razão, de caráter discriminatório. Senão vejamos:

A fraude deve constituir meio idôneo para enganar mulher – que se encontra de *boa-fé* – sobre a *identidade pessoal* do agente ou sobre a *legitimidade da conjunção carnal*. Em outros termos, a vítima precisa ser *enganada* pelo agente, sob pena de não se configurar a *fraude*; havendo dúvida, a menor que seja, há previsão, e quem prevê e consente *assume*, no mínimo, os riscos das consequências, descaracterizando a “entrega” mediante ardil. É irrelevante a “honestidade da vítima” – ao contrário do

que prescrevia o Código Penal em sua redação original –, que tampouco precisa ser virgem, circunstância que, se positiva, constitui qualificadora do crime<sup>28</sup>.

Da mesma forma que no crime de estupro, o que se procurava resguardar, com o tipo penal incriminador em destaque, era a *liberdade sexual da mulher* e, de forma mais ampla, os costumes, devendo estes, como ressalvado anteriormente, ser interpretados, teleologicamente, no sentido da proteção da dignidade da pessoa humana.

Por fim, vale ressaltar que, no caso de fraude grosseira, em que a vítima não estaria se entregando enganosamente ao agente, poder-se-ia falar em crime impossível, em razão da ineficácia absoluta do meio utilizado.

## **2.3 O crime de atentado violento ao pudor**

### 2.3.1 Evolução histórica

O atentado violento ao pudor, na forma como hoje o consideramos, não foi conhecido como crime autônomo nas legislações mais antigas, apesar de algumas sociedades ainda punirem certos atos, que, de alguma forma, desvirtuavam da moral pública da época.

E essa abstenção no tratamento da matéria pelas legislações antigas, tais como a grega e a romana, deveu-se muito à cultura destas civilizações que, comumente e sem nenhum pudor, admitiam a prática de condutas sexuais exacerbadas. Nesse sentido, por exemplo, era muito comum as pessoas frequentarem os chamados “banhos públicos”, os quais se tornaram famosos pelas práticas homossexuais, ou ainda as festas onde a sensualidade e a luxúria imperavam, com a presença de homens e mulheres em promiscuidade, que faziam destes lugares verdadeiros antros de devassidão<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4, p.6. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

<sup>29</sup> NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal – 3º Volume, p. 152. São Paulo, Saraiva, 1964.

Na verdade, no direito romano, tais atos de desregramento, quando passaram a ser punidos, eram enquadrados no conceito amplo de *crimen vis* ou mesmo como injúria. Aliás, a própria tentativa de estupro era punida como injúria. Na Idade Média, era, em geral, considerado como tentativa de estupro violento.<sup>30</sup>

O Código Francês de 1810 equiparava, inicialmente, o estupro ao atentado violento ao pudor, tendo sido, posteriormente, alterado pela lei de 1832, que estabeleceu tratamento diverso para os dois casos.<sup>31</sup>

No Brasil, as Ordenações Filipinas puniam os atos de sodomia, por qualquer maneira cometida, as relações carnavais entre mulheres, as molices (pecados onanísticos) e, finalmente, os toques desonestos e torpes, para ao quais se fixaram penas mais brandas.<sup>32</sup>

O Código Criminal de 1830, em seu art. 223, definia o delito de “ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verificasse a cópula carnal”. O fato é que, neste crime, embora a conduta se aproximasse do atentado violento ao pudor, deste se distanciava ao colocar somente a mulher como sujeito passivo do delito.

No Código Republicano de 1890 o crime era capitulado no seu art. 266 que assim definia o atentado violento ao pudor: “atentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral”. Vê-se, dessa forma, que a vítima passou a ser a pessoa de qualquer sexo, bem diferente do diploma legal anterior.

Por fim, com a edição do atual Código Penal, datado de 07 de dezembro de 1940, procurou-se estabelecer de forma clara e concisa, sob a denominação de “crime contra os costumes”, a definição do crime de atentado violento ao pudor, em seu artigo 214, que assim dispunha: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*”.

---

<sup>30</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Volume II, p. 497. São Paulo, Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, 1962

<sup>31</sup> *Ibdi.*, p. 497.

<sup>32</sup> *Ibdi.*, p. 497.

Entretanto, a Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, objeto de estudo do presente trabalho científico, veio revogar o crime previsto no art. 214 do Código Penal, passando a conduta, nele prevista, a fazer parte da nova redação do art. 213 do referido estatuto, que assim prevê: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”.

Entretanto, muita discussão gerou-se na doutrina acerca do fenômeno jurídico supracitado, questionando-se se houve uma *abolitio criminis* do crime de atentado violento ao pudor ou se ocorreu apenas uma mera transferência da conduta nele prevista para outro tipo penal, num fenômeno conhecido como continuidade normativo-típica. Esta questão será avaliada no capítulo seguinte, quando trataremos das mudanças trazidas pela Lei 12.015.

### 2.3.2 Tipo penal objetivo e tipo penal subjetivo. Consumação e tentativa

Segundo a redação do, agora revogado, artigo 214 do Código Penal, o crime de atentado violento ao pudor era definido como a conduta do agente em “*constranger (forçar, compelir) alguém (pessoa do sexo feminino ou masculino) a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência (vis corporalis) ou grave ameaça (vis compulsiva)*”.

Assim, em linhas gerais, o crime de atentado violento ao pudor exigia do agente a prática de conduta diversa da conjunção carnal, pois, caso contrário, o delito seria o de estupro (caso, obviamente, praticado contra mulher). Assim, os atos do agente poderiam variar desde contatos voluptuosos, como toques, apalpadelas e beijos mais ardentes, como condutas mais incisivas, tais como o sexo oral e o sexo anal.

Entretanto, analisando a redação do art. 214 do Código Penal, que previa o crime de atentado violento ao pudor, em comparação à nova redação do art. 213, podemos percebermos que a conduta exigida para a sua configuração, qual seja o ato de *constranger alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*, ainda permanece na atual definição do delito de estupro. Senão vejamos:

*Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009*

*Art. 213. 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.*

Por esta razão, tendo em vista as características similares dos dois dispositivos legais, permito-me, num primeiro momento, deixar de examinar, de forma pormenorizada, os elementos do tipo penal objetivo, para estudá-los, em todas as suas características específicas, quando da análise do dispositivo supracitado, no tópico 3.2 deste trabalho científico.

No que concerne ao elemento subjetivo do tipo, o ultrapassado dispositivo penal exigia, para a concretização do delito, “*a vontade livre e consciente do agente em praticar ou permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal*”, não sendo admitida, dessa forma, a modalidade culposa.

Existia, entretanto, uma celeuma doutrinária acerca da necessidade, para a configuração do crime de atentado violento ao pudor, do agente agir com a finalidade específica de deixar aflorar a sua libido ou se a mera prática objetiva de um ato considerado de libidinagem, independentemente do intuito do agente, já seria suficiente para a caracterização do delito.

Alguns doutrinadores defendiam que só poderia se caracterizar a prática do ato libidinoso quando o agente sentisse ou se dispusesse a sentir a concupiscência, ou seja, seria indispensável ter além da consciência da libidinagem do ato, o escopo libidinoso de praticá-lo, ou seja, o intento de satisfazer sua lascívia e expandir a sua luxúria. Nesse sentido, encontramos o posicionamento de Heleno Cláudio Fragoso:

Não será de reconhecer-se o ato libidinoso se não for praticado com esse fim especial, de satisfazer a própria concupiscência, pertencendo tal fim ao mesmo tempo, ao elemento subjetivo do crime e à antijuridicidade, como momento subjetivo do ilícito.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Volume II, p. 491. São Paulo, Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, 1962.

Em contrapartida, outros estudiosos, em sua maioria, defendiam que seria absolutamente irrelevante a referida finalidade específica do agente, sendo exigido apenas o fim especial de violentar a vítima. Adotando tal idéia, encontramos os ensinamentos de Rogério Greco:

Basta, para efeitos de reconhecimento do delito de atentado violento ao pudor, que o agente saiba, efetivamente, que com seu comportamento obriga a vítima a praticar ou a permitir que com ela se pratique um ato considerado libidinoso, diverso da conjunção carnal. O ato, por si só, considerado lascivo de acordo com o padrão moral médio, já será suficiente para a caracterização do delito tipificado no art. 214 do Código Penal, não havendo necessidade de se comprovar que o agente, por meio dele, tinha o objetivo de satisfazer a sua libido.<sup>34</sup>

Realmente, vários são os exemplos em que o agente poderia consumir o referido crime sem a intenção de satisfazer sua libido, como, por exemplo, quando praticasse coito anal por simples vingança ou ainda com intuito de humilhar a vítima. Nesses casos, não poderia ser responsabilizado por injúria real, mas pelo crime previsto no art. 214 do estatuto criminal.

Dessa forma, considerava-se consumado o crime de atentado violento ao pudor quando o agente, depois de praticado o constrangimento mediante violência e grave ameaça, forçava a vítima a praticar ou permitia que com ela se praticasse o ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Ou seja, a consumação coincidia com a prática do ato libidinoso. Embora fosse admitida a tentativa, por ser um crime plurissubsistente, esta era de difícil constatação.

### 2.3.3 Sujeito passivo e sujeito ativo

Segundo a redação do art. 214, podemos observar que a lei referia-se ao sujeito passivo de forma genérica, através da expressão “alguém”, estabelecendo, desta forma, que tanto o homem quanto a mulher poderiam figurar como vítimas do aludido crime, quer em relações heterossexuais, quer em relações homossexuais, tendo em vista o pólo ativo do delito também poder ser ocupado por pessoas de ambos os sexos.

---

<sup>34</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial, Volume III, p. 502. 3ª ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2007.

Isso porque o ato libidinoso assume proporções maiores que a conjunção carnal (que somente pode ser praticada numa relação heterossexual), abrangendo uma infinidade de condutas que podem ser concretizadas, indiscriminadamente, por ambos os sexos, tais como o sexo oral, os beijos lascivos, os tradicionais “amassos”, as apalpadelas salientes, dentre outros exemplos.

Ademais, muitas das considerações feitas, anteriormente, em relação ao crime de estupro também encontravam cabimento quando da análise do crime de atentado violento ao pudor.

Podemos destacar, por exemplo, a possibilidade de o crime ser praticado, em regra, de forma comissiva, a exigir do agente um comportamento positivo voltado à violação da norma proibitiva, bem como de forma omissiva, quando o sujeito assumisse a posição de garantidor, tendo o poder e o dever de evitar o resultado prático do crime, mas nada fazia para impedir sua consumação (omissão imprópria).

Além disso, era predominante na doutrina a possibilidade de tal crime também poder ser praticado entre os cônjuges, não podendo se falar em débito conjugal, por parte de qualquer um deles, que permitisse subjugar o outro consorte e submetê-lo, contra sua vontade, à prática sexual. Na verdade, o que tinha que se considerar, nos dizeres de Magalhães Noronha, era que “mesmo na intimidade da alcova o pudor não desaparecia<sup>35</sup>”. Mesmo raciocínio era empregado, inclusive, entre companheiros na constância da união estável

No mais, vale destacar ainda que o sujeito passivo do crime não poderia ser diferenciado dos demais, em virtude de seu comportamento social ou moral, punindo-se, da mesma forma, o crime praticado contra homens e mulheres que exerciam a atividade de prostituição, não se podendo presumir, em virtude de suas condutas, qualquer consenso na prática dos atos libidinosos.

#### 2.3.4 Classificação doutrinária do crime

---

<sup>35</sup> NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal – 3º Volume, p. 157. São Paulo, Saraiva, 1964.

Tendo em vista todas as características, acima expostas, acerca do revogado crime de atentado violento ao pudor, podemos elencar algumas classificações referentes ao delito previsto no art. 214 do Código Penal.

Primeiramente, pela própria redação do mencionado dispositivo, podemos destacar que se tratava de um **crime comum**, uma vez que permitia que tanto homens quanto mulheres figurassem como sujeito ativo e passivo do delito.

Ademais, tratava-se de um **crime doloso**, ou seja, exigia-se para sua configuração a vontade livre e consciente do agente em constranger alguém a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo dispensável a finalidade específica de satisfazer a própria lascívia.

Assim como o delito de estupro, era um crime, em regra, **comissivo**, apesar de admitir-se também a modalidade **omissiva imprópria**, quando o agente gozasse do *status* de garantidor, tendo o poder e o dever de evitar a prática da conduta, mas nada fazia para impedir sua configuração.

Tratava-se de **crime material**, pois sua consumação dependia do efetivo tolhimento da liberdade sexual do homem ou da mulher e **de forma livre**, uma vez que podia ser praticado através das mais variadas condutas, que fossem reconhecidas como atos libidinosos.

Além disso, caracterizava-se como **crime de dano**, já que para sua consumação era necessário haver a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado e **crime instantâneo**, pois o resultado era momentâneo, não se prolongando no tempo.

Por fim, era classificado como **crime monossujeetivo**, tendo em vista a conduta descrita no tipo poder ser praticada por um único agente, sem a necessidade de nenhum tipo de associação delitiva; **plurissubsistente**, uma vez que era possível determinar, perfeitamente, o seu *iter criminis* (cogitação, preparação, execução e consumação) e **não-transeunte**, quando fosse capaz de deixar vestígios (exemplo, sexo anal) ou **transeunte**, quando não fosse possível a sua constatação por meio de perícia (exemplo, apalpadela nas nádegas).

### 2.3.5 Atentado violento ao pudor mediante fraude – art. 216 do Código Penal

Na análise do crime de atentado violento ao pudor também não poderíamos deixar de comentar acerca do delito, a ele correlato, denominado de “atentado violento ao pudor mediante fraude”, antes previsto no art. 216 (que, por sua vez, também foi revogado pela Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009), que era caracterizado pelo ato de “induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, prevendo ainda uma causa de aumento de pena, no caso de ser praticado “contra vítima menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) anos”.

Da mesma forma que ocorria no crime de ‘posse sexual mediante fraude’, no delito em comento, em virtude do emprego de fraude por parte do sujeito ativo, a vontade da vítima também era viciada, a qual, após ser induzida em erro, praticava ou permitia que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Dessa forma, percebia-se que tanto o homem quanto a mulher poderiam figurar como sujeito ativo do delito, exigindo-se, a título de dolo, que aqueles agissem com o intuito de convencer, persuadir, quebrar a resistência da vítima (tanto homem como mulher) para fazê-la ceder aos seus apelos sexuais, visando à prática de atos libidinosos diversos da cópula vagínica. Veja-se, portanto, como era importante reconhecer a finalidade específica do agente, pois caso dirigisse sua conduta à consumação de conjunção carnal, estaríamos diante do crime previsto no art. 215 do Código Penal.

Percebia-se ainda, assim como no crime de atentado violento ao pudor, que na consumação do delito, a vítima poderia assumir tanto uma postura ativa, realizando em si mesma, no agente que a induziu ou em terceira pessoa os atos de libidinagem, como uma postura passiva, submetendo-se à prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Podia ocorrer ainda o caso da vítima praticar, simultaneamente, as duas condutas, de forma ativa e passiva.

Da mesma forma que no crime de atentado violento ao pudor, o que se procurava resguardar, com o tipo penal incriminador em destaque, era a *liberdade sexual, tanto do homem quanto da mulher* e, de forma mais ampla, a “moralidade pública sexual”.

Por fim, vale ressaltar que, no caso de fraude grosseira, em que a vítima não estaria se entregando enganosamente ao agente, também se poderia falar em crime impossível, em razão da ineficácia absoluta do meio utilizado.

## **2.4. Disposições comuns aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor**

### 2.4.1 Formas qualificadas

O artigo 223 do Código Penal, também revogado pela Lei 12.015/2009, previa as formas qualificadas de prática dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Senão vejamos:

***Art. 223.** Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:*

*Pena – reclusão, de 8 (oito) anos a 12 (doze) anos.*

***Parágrafo único.** Se do fato resulta a morte:*

*Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.*

Primeiramente, deve-se ressaltar que tais formas qualificadas somente se aplicavam aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, uma vez que eram as únicas infrações penais, previstas no Título VI do referido Estatuto, praticadas mediante o emprego de violência.

Ademais, vale ressaltar que os crimes praticados com base no artigo em comento deveriam ser considerados preterdolosos (quando há dolo na conduta antecedente e culpa no conseqüente), uma vez que os resultados qualificadores, ali previstos, somente poderiam ser imputados ao agente a título de culpa. Assim, se ele houvesse querido ou assumido a produção do resultado mais grave, deveria responder em concurso material pelo crime de natureza sexual e pelo crime resultante da violência. Nesse sentido, E. Magalhães Noronha posicionava-se:

Consequentemente se na prática de um dos delitos sexuais violentos, o agente quer direta ou eventualmente a morte da vítima, haverá concurso de homicídio com um dos crimes contra os costumes, o mesmo devendo dizer-se a respeito da lesão grave. Se, entretanto, a prova indica que tais resultados, sobrevieram sem que o sujeito ativo os quisesse (direta ou eventualmente), ocorrerá uma das hipóteses do artigo em exame. Excetua-se naturalmente o caso fortuito.<sup>36</sup>

Existia ainda outro questionamento em relação à hipótese na qual o agente, na tentativa de praticar o crime sexual contra a vítima, produzisse a sua morte ou a lesão corporal de natureza grave, sem, contudo, ter conseguido concretizá-lo. A dúvida era se, neste caso, o agente responderia pela tentativa qualificada ou pelo crime qualificado consumado. Em relação ao tema, a doutrina apresentava divergências.

De um lado, alguns estudiosos, como Luiz Régis Prado, defendiam a tese de crime qualificado consumado, declarando que as condutas que resultassem em lesão corporal de natureza grave e morte, deveriam ter o mesmo tratamento, independente de serem tentadas ou consumadas. Isso porque o reconhecimento da tentativa qualificada traria o inconveniente de se reconhecer uma pena inferior do que aquela prevista para o delito de lesão corporal seguida de morte.<sup>37</sup>

Em posição contrária, Rogério Greco defendia a tese de tentativa qualificada, entendendo que o reconhecimento de crime consumado, quando, na verdade, este permaneceu na fase de tentada, seria um raciocínio completamente *contra legem*, com ofensa frontal à regra determinada pelo inciso II do art. 14 do Código Penal.<sup>38</sup>

#### 2.4.2 Causas de aumento de pena

As causas de aumento de pena, alteradas pela Lei 11.106 de 28 de março de 2005, estão previstas no art. 226 do Código Penal, que assim dispõe:

**Art. 226.** *A pena é aumentada:*

---

<sup>36</sup> NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal – 3º Volume, p. 284. São Paulo, Saraiva, 1964.

<sup>37</sup> PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume III – Parte Especial, p. 255/256. 4ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>38</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial, Volume III, p. 467. 3ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

*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;*

Cabe destacar, contudo, que tais causas de aumento de pena não foram revogadas ou modificadas pela Lei 12.015 de 2009, tendo permanecido integrais suas redações originais, somente tendo sido somado a estas outras circunstâncias majorantes, que passaram a ser previstas no art. 234-A do Código Penal.

Por esta razão, as considerações em relação ao dispositivo em comento serão devidamente realizadas em momento oportuno, quando da análise da nova sistemática do crime de estupro, no tópico 3.6 do presente trabalho.

#### 2.4.3 Presunção de violência

O art. 224 do Código Penal, também revogado pela Lei 12.015/2009, previa, em algumas situações específicas, uma presunção de violência (também chamada de *violência ficta*), pertinente às pessoas que não possuíam a capacidade de discernir entre a conveniência ou não de adotar determinada postura em matéria de sexualidade. Dessa forma, não se levava em consideração a *eventual* concordância delas com o ato sexual mantido com terceiro <sup>39</sup>. Senão vejamos:

*Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:*

- a) não é maior de 14 (quatorze) anos;*
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;*

---

<sup>39</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 896/897. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

c) *não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência;*

Muitos questionamentos foram levantados acerca da constitucionalidade do presente artigo. Alguns doutrinadores defendiam ser tal norma flagrantemente inconstitucional, uma vez que nada poderia ser presumido em matéria penal, a ponto de violar o princípio da presunção de inocência. Assim, ou a violência era demonstrada no caso concreto ou não se trataria de figura típica.

Em contrapartida, a maioria da doutrina entendia ser perfeitamente possível o legislador eleger determinados parâmetros para a aplicação da lei penal, levando em consideração os fatos da vida social e os elementos colhidos pela experiência do cotidiano. E, no caso do art. 224, tratou de escolher certas situações de vida que, pela maior vulnerabilidade das pessoas envolvidas, exigiam um amparo legal mais efetivo.

A primeira hipótese, em que se permitia presumir a violência do agente, ocorria quando **a vítima não era maior de quatorze anos de idade**. Nesse caso, considerava-se que a pessoa não gozava de maturidade suficiente para discernir sobre os atos da vida sexual. Por esta razão, por faltar-lhe a necessária capacidade para consentir na prática do ato e na escolha de seus parceiros, entendia-se que tais indivíduos sempre eram vítimas de violência sexual.

Entretanto, essa presunção, que num primeiro momento era considerada absoluta (*iuris et de iure*), passou a ser relativizada pelos Tribunais Superiores (presunção *júris tantum*), cedendo diante do caso concreto. Assim, diante das mudanças comportamentais da sociedade, o aplicador da lei passou a considerar a possibilidade de descaracterização do delito, quando esses indivíduos já tivessem pleno discernimento dos seus atos.

Dessa forma, com base neste entendimento, era possível ser alegado erro de tipo, com o intuito de afastar a presunção de violência no que diz respeito ao ato sexual praticado com vítima menor de 14 anos, quando o agente tivesse relação sexual com pessoa nesta qualidade, imaginando, no entanto, ser maior de idade em virtude de sua compleição física ou conduta social.

A segunda hipótese prevista na lei dizia respeito ao crime praticado em desfavor da **vítima alienada ou débil mental, quando o agente conhecia esta circunstância**. Neste caso, presumia-se a violência quando as vítimas, não tendo inteligência para compreender a

situação sexual proposta pelo agente ou não podendo se determinar de acordo com esse entendimento, submetiam-se à prática sexual libidinosa, praticada por pessoa conhecedora desta circunstância.

Por fim, também se presumia a violência quando **a vítima, não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência**. Percebe-se que o referido dispositivo possuía um caráter mais amplo, abrangendo todas as outras hipóteses em que a vítima poderia encontrar-se em estado de inconsciência ou incapacidade de resistência, tais como enfermidades, debilidades orgânicas, paralisia, embriaguez completa, hipnose, sono profundo, idade avançada, dentre tantos outros exemplos.

Entretanto, com a revogação do mencionado dispositivo legal, não há mais menção expressa, em nosso ordenamento, à violência ficta ou à presunção de violência por parte do sujeito ativo do crime sexual, tendo sido todas as condutas supracitadas, em virtude da lei 12.015 de 2009, incorporadas num tipo penal autônomo, denominado de *estupro de vulnerável*, expresso no art. 217-A do Código Penal, conforme analisaremos, de forma pormenorizada, no Capítulo 4 deste trabalho científico.

#### 2.4.4 Ação penal

O art. 225 do Código Penal, também objeto de modificação pela Lei 12.015, determinava a natureza da ação penal relativa aos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI:

*Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.*

*§1º. Procede-se, entretanto, mediante ação pública:*

*I – se a vítima ou seus pais não podem prever as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;*

*II – se o crime é cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.*

*§2º. No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.*

Percebia-se, assim, que a regra geral nos crimes contra os costumes era a ação penal de iniciativa privada, sendo iniciada mediante queixa. E esse posicionamento do legislador, em privilegiar a vontade da vítima, estava atrelado à própria natureza dos crimes sexuais, que, na maioria das vezes, impunha uma situação humilhante e degradante para o indivíduo que sofreu o abuso, o qual poderia, por esta razão, preferir silenciar e evitar expor o seu caso para a sociedade.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal resolveu excepcionar essa regra, estabelecendo tratamento diverso para o crime de estupro praticado com violência real (também extensível ao atentado violento ao pudor) por intermédio da Súmula 608: “*No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*”.

Dessa forma, esse entendimento exarado pelo STF tornava letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, pois, na verdade, só se permitia a ação penal de iniciativa privada, ou mesmo a pública condicionada à representação, nas hipóteses em que o crime fosse cometido com emprego de *grave ameaça*.<sup>40</sup>

Ademais, apesar de a regra ser a ação de iniciativa privada, no caso do §1º, inciso I c/c com §2º, ambos do artigo 225, tinha-se um caso de *ação penal pública condicionada à representação* do ofendido ou de quem tivesse qualidade para representá-lo. Assim, tratando-se de vítima pobre, que não fosse capaz de suportar as despesas processuais, sem colocar em risco a própria subsistência ou à de sua família, caberia ao Ministério Público ajuizar a ação penal em face de manifestação formal por parte do ofendido ou de seu representante legal.

Vale ressaltar ainda que a doutrina considerava prescindível o atestado de pobreza emitido por delegado de polícia, bastando, para tanto, uma simples declaração, de próprio punho do interessado ou de seu representante legal, afirmando sua condição de pobreza, para o fim de sustentar a demanda. Entretanto, se o estado de miserabilidade fosse evidente, a

---

<sup>40</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial, Volume III, p. 555. 3ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

referida declaração seria irrelevante e não poderia funcionar como óbice à atuação do órgão ministerial<sup>41</sup>.

A segunda hipótese, que era prevista no §1º, inciso II do dispositivo em comento, trazia um caso *ação penal pública incondicionada*, quando o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, uma vez que os próprios representantes legais da vítima, por serem os autores do delito sexual, não poderiam dar ensejo à ação penal.

Na verdade, essa expressão ‘pátrio poder’ era interpretada como ‘poder familiar’<sup>42</sup>, uma vez que dizia respeito a ambos os pais, tendo em vista que tanto a mãe como o pai poderiam praticar os crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal. Além disso, tomando como base o mesmo raciocínio, a expressão “padrasto” deveria ser interpretada de forma ampla, a englobar também a madrasta, bem como as relações advindas de união estável (companheiro/companheira) e do concubinato (concubino/concubina).

No entanto, como mencionado anteriormente, a redação do referido artigo, que tratava da ação penal nos crimes sexuais, foi modificada pela Lei 12.015/2009, que passou a prever como regra a *ação penal pública condicionada à representação*, trazendo, no entanto, a possibilidade de proceder-se mediante *ação penal pública incondicionada* se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável<sup>43</sup>.

#### 2.4.5 Concursos de crimes e hipótese de absorção, pelo estupro, dos atos libidinosos anteriores à conjunção carnal.

De acordo com a sistemática anterior à Lei 12.015/2009, em que conviviam, concomitantemente, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, era possível falar em concurso de crimes entre estes, uma vez que o agente, com a finalidade de manter uma

---

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 905. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>42</sup> **Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar**, enquanto menores; **art. 1.631**. Durante o casamento e a união estável, **competem ao poder familiar aos pais**; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. (destaque nosso).

<sup>43</sup> Vide tópico 3.7.

diversidade de atos libidinosos com a vítima, praticasse conjunção carnal e outro ato diverso, como, por exemplo, o sexo oral ou o coito anal.

No entanto, o grande questionamento que se fazia em torno do assunto era saber qual a espécie de concurso seria aplicada ao caso, se concurso material ou continuidade delitiva.

Existia uma corrente doutrinária, encabeçada por Rogério Greco, que defendia o raciocínio relativo ao crime continuado, entendendo que o estupro e o atentado violento ao pudor classificar-se-iam como crimes da mesma espécie (tendo em vista, o objeto jurídico tutelado ser o mesmo) e, caso presentes os requisitos contidos no art. 71 do Código Penal, sua regra deveria ser aplicada<sup>44</sup>.

Entretanto o posicionamento da doutrina majoritária, adotado pelos nossos Tribunais Superiores, foi o raciocínio do concurso material de crimes, entendendo que somente poderiam ser considerados crimes de mesma espécie, a ensejar a aplicação da continuidade delitiva, aqueles que possuíssem a mesma tipificação penal, ou seja, se amoldassem nas mesmas figuras típicas (o que não ocorria com o estupro e o atentado violento ao pudor). Senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO E ATENTADO E VIOLENTO AO PUDOR. DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. ATOS LIBIDINOSOS DISTINTOS DE PRAELUDIA COITI. CONTINUIDADE DELITIVA. INADMISSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 61, INCISO I, DO CP. RECURSO PROVIDO. **1. Não se consubstanciando os atos libidinosos em praeludia coiti, ocorre crime de atentado violento ao pudor em concurso material com o estupro, não podendo, dessa forma, ser aplicada a regra insculpida no art. 71 do Código Penal, por serem crimes de espécies diversas.** Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. 2. Comprovada a reincidência, a sanção deverá ser sempre agravada. Deixar de aplicar o acréscimo referente a essa circunstância agravante, aduzindo, entre outras coisas, que tal instituto não se coaduna com a ordem constitucional vigente, ofende o art. 61, inciso I, do Código Penal, que endereça um comando ao aplicador da lei e não uma faculdade. 3. Recurso provido. (REsp 1080909/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009). (destaque nosso).<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial, Volume III, p. 487. 3ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

<sup>45</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801724451&pv=000000000000>. Data de acesso: 20/03/2010.

Vale ressaltar, contudo, que não se admitia o concurso material, quando a prática do ato libidinoso fosse meramente preparatória à cópula vaginal. Dessa forma, devia-se observar se estes atos eram de ocorrência necessária ou correspondiam aqueles de pequena monta (um beijo forçado, por exemplo), pois, se assim fossem, deveriam ser absorvidos pelo crime de estupro e não haveria concurso material.

Entretanto, como analisaremos mais adiante, quando estudarmos os principais questionamentos práticos trazidos pela aplicação da Lei 12.015/2009 <sup>46</sup>, não há mais que se falar em concurso material entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, justamente por que tais condutas, antes previstas em dispositivos legais diferentes, agora compõem um único tipo penal (art. 213 do CP).

---

<sup>46</sup> Vide tópico 3.9.

### **3 A NOVA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/2009.**

#### **3.1 Objetividade jurídica: da proteção da dignidade sexual**

A lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 veio modificar substancialmente o Título VI do Código Penal Brasileiro, passando a intitulá-lo “*Dos Crimes contra a dignidade sexual*” em substituição à antiga nomenclatura denominada “*Dos Crimes contra os costumes*”, a qual, como demonstrado anteriormente, não mais se adequava à realidade dos bens que, juridicamente, procuravam-se tutelar através dos tipos penais ali previstos.

Percebia-se, desta forma, que a preocupação inicial do legislador, à época da edição do Código Penal, nos idos de 1940, relacionada à forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade, já não se encontrava mais compatível com os ditames trazidos pela Constituição Federal de 1988, que, ao estabelecer como seu escopo principal a concretização dos direitos fundamentais do ser humano, mostrava-se mais preocupada em resguardar condições mínimas de dignidade, liberdade e igualdade entre os indivíduos, do que propriamente tutelar a “moralidade pública sexual”.

Além disso, vale ressaltar que, nos anos de 1940, os padrões de moralidade, de ética e de disciplina sexual eram bastante diferentes dos atuais, o que reforça a idéia de que tais “costumes”, por serem de caráter efêmero, não poderiam continuar servindo como parâmetro para a atuação tutelar do Estado. Tal conclusão encontra suporte nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

Tais costumes não apresentavam mecanismos propícios para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude e nem mesmo para encontrar apoio e harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos da atualidade.<sup>47</sup>

Dessa forma, podemos dizer que a Constituição Federal de 1988, ao permitir a incorporação explícita de valores e opções políticas em seu texto, sobretudo no que diz

---

<sup>47</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p.11. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

respeito à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, possibilitou a “reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico”<sup>48</sup>.

Nesse diapasão, quando da elaboração da Lei 12.015/2009, agiu bem o legislador ao focar a *dignidade da pessoa humana* como o bem a ser juridicamente protegido, pois esta, independentemente da evolução no tempo e no espaço, deve ser vista como uma prerrogativa inerente a qualquer indivíduo, que tem que ser, não apenas formalmente reconhecida, mas concreta e materialmente efetivada. Em relação ao conceito de dignidade da pessoa humana, podemos destacar os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.<sup>49</sup>

Portanto, sendo a proteção da dignidade da pessoa humana um preceito de ordem constitucional, não poderia a Lei 12.015/2009, por seu caráter infraconstitucional, ser daquela discrepante, tendo em vista a “supremacia das normas constitucionais” que acabam por consagrar valores a serem, obrigatoriamente, seguidos pelas outras normas que lhe são inferiores. Seguindo essa linha de raciocínio, encontramos o posicionamento de Evandro Capano:

Com observância desse ensinamento e novamente atentos ao sentido de que o ser humano possui uma dimensão física e outra moral, é mister colacionar que a dignidade da pessoa humana é princípio pétreo entre nós, da qual a legislação infraconstitucional não poderá jamais discrepar.<sup>50</sup>

Assim, tendo em vista a necessidade de estabelecer, de forma mais direta e adequada, o bem jurídico a ser tutelado, o legislador resolveu voltar particular atenção à *dignidade sexual*. Isso significa que o Estado passou a desenvolver uma atuação mais direcionada à proteção de valores pessoais dos indivíduos, do que, propriamente, de valores

---

<sup>48</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, p. 35. 2ª ed. Salvador, Editora JusPodium, 2008.

<sup>49</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, p. 16. 19ª ed. São Paulo, Atlas S.A, 2006.

<sup>50</sup> CAPANO, Evandro Fabiani. Dignidade Sexual – Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009, p. 27. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

morais da sociedade, o que se apresenta em plena consonância com os ditames trazidos pela atual Constituição Federal.

Em síntese, tutelar a *dignidade sexual* do ser humano significa proteger a honra, a decência, a respeitabilidade que toda pessoa tem em matéria sexual, procurando-se garantir a liberdade de poder fazer suas próprias escolhas e de dispor, livremente, do próprio corpo, além de refutar qualquer forma de violência ou exploração que agrida a sua vontade. Por esta razão é que o legislador passou a enxergar a sexualidade como *valor intrínseco* do ser humano e não como um mero preceito social, abandonando, desta forma, a idéia de sua total transcendência para além do espaço da pessoa humana.

Em relação ao assunto, André Estefam conseguiu resumir, em poucas palavras, a idéia central buscada pelo legislador ao proporcionar a mudança de nomenclatura no Título VI do Código Penal Brasileiro:

Ao tratar nosso Código de crimes contra a “dignidade sexual”, fica claro que busca garantir a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo da exploração, a intangibilidade ou indenidade sexual, além de pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo.<sup>51</sup>

Neste mesmo sentido, podemos destacar os ensinamentos de Evandro Fabiani Capano que também conseguiu descrever, de forma clara e objetiva, o verdadeiro espírito das reformas produzidas pela Lei 12.015/2009 em relação aos crimes sexuais previstos em nosso ordenamento jurídico. Senão vejamos:

Nessa linha, os princípios enumerados, e principalmente, a expressa menção ao respeito da dignidade da pessoa humana, dão-nos uma clara visão da natureza da norma constitucional que rege a ordem jurídica, qual seja, o irrestrito respeito aos direitos humanos, juntamente com o direito à vida, devendo sua composição atender aos direitos sociais da comunidade e do ser humano e em especial sua dignidade sexual.

(...)

Atentos pois não só ao mandamento constitucional da proteção da “dignidade da pessoa humana”, mas também à espécie “dignidade sexual da pessoa humana”, ao nosso ver agora positivado materialmente pelo legislador penal brasileiro, fato fundamental em uma democracia, não há como não se conferir ao ser humano, como

---

<sup>51</sup> ESTEFAM, André. Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009, p.19. São Paulo, Saraiva, 2009.

entidade moral e física, proteção ao seu corpo, à sua personalidade, no tocante ao modo como enxerga o sexo e sua sexualidade, bem como sua honra sexual.<sup>52</sup>

Imprescindível se faz ainda salientar as palavras da deputada Maria do Rosário (PT-RS), relatora do Projeto de Lei 4850/2005 (gênese da Lei 12.015/2009), ao comentar acerca das alterações produzidas pelo dispositivo em comento: “*O Código Penal não pode continuar tratando os crimes sexuais como crimes contra os costumes, porque o Código é de 1940. Não são os costumes que são aviltados no estupro, o que é aviltado é o ser humano. O que é aviltado é a mulher, o homem, a criança*”.<sup>53</sup>

Convém ressaltar também que a referida mudança no Título VI do Código Penal foi importante para nortear a integração, interpretação e aplicação das figuras típicas nele contidas, uma vez que tornou-se possível delimitar, de forma mais direta, a finalidade maior destes dispositivos legais, qual seja, a proteção da dignidade sexual da pessoa humana. Nesse sentido preleciona Rogério Greco<sup>54</sup>:

O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois, através de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas.

Dessa maneira, com base nas considerações realizadas, podemos concluir que as modificações relacionadas, em particular, ao crime de estupro, ao propiciar, por exemplo, a ampliação do tipo penal objetivo e do rol de sujeitos ativos e passivos do delito, também permitiram, como veremos no decorrer deste capítulo, a concretização de garantias constitucionais relacionadas à liberdade, à igualdade e à dignidade do ser humano.

No mais, a criação de uma nova figura típica, denominada de *estupro de vulnerável*, veio demonstrar que as evoluções comportamentais ocorridas na sociedade trouxeram consigo, ao longo do tempo, novas e graves preocupações, que, por refletirem

<sup>52</sup> CAPANO, Evandro Fabiani. Dignidade Sexual – Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009, p. 27-28. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>53</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4850/2005. Parecer à Emenda Substitutiva Global de Plenário nº 1 proferido pela Relatora, Dep. Maria do Rosário (PT-RS), pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, que conclui pela sua aprovação. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/564750.pdf>. Data de acesso: 21/04/2010.

<sup>54</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 445. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

claras violações à dignidade da pessoa humana, sobretudo de crianças e adolescentes, apresentaram-se muito mais importantes, sem dúvidas, do que os malfadados “costumes”.

Enfim, pode-se dizer que a lei 12.015/2009, ao fazer prevalecer em seu texto a proteção dada a dignidade da pessoa humana, que envolve, por óbvio, a dignidade sexual, depois de quase 70 (setenta) anos da edição do atual Código Penal, demonstrou ser fruto de um movimento político-social contemporâneo conhecido como Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Pós-moderno, que busca, acima de tudo, a eficácia da Constituição, como valor em si mesma, passando o seu texto a ter um caráter mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

### **3.2 Tipo penal objetivo e tipo penal subjetivo. Consumação e tentativa**

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 veio alterar, de forma essencial, o tipo previsto no art. 213 do Código Penal, ao unificar, numa mesma figura típica, as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor (que levou à revogação do art. 214), passando, o referido dispositivo, sob a rubrica de *estupro*, a ter a seguinte redação:

*Art. 213. 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.*

Na verdade esta modificação adveio de longas reivindicações doutrinárias, uma vez que não se conseguia mais admitir a distinção feita pelo legislador no tratamento dos crimes sexuais praticados contra homens e mulheres, em clara violação ao princípio da isonomia, tendo em vista que, em ambos os casos, o objeto jurídico a ser protegido é o mesmo: a liberdade e, de forma mais ampla, a dignidade e respeitabilidade que toda pessoa tem em matéria sexual.

Ademais, pode-se dizer que o legislador apenas consagrou um costume que já era praticado pela população em geral, que, muito frequentemente, não fazia a distinção entre os

crimes de estupro e de atentando violento ao pudor, denominando de “estupro” até mesmo a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como, por exemplo, ocorria no caso de coito anal praticado por um homem contra uma mulher ou até mesmo contra outro homem.

Dessa forma, de acordo com a nova legislação, o crime de estupro pode ser definido como a conduta do “*agente* (homem ou mulher) em *constranger* (forçar, compelir) *alguém* (pessoas de ambos os sexos), *mediante violência* (*vis corporalis*) ou *grave ameaça* (*vis compulsiva*), a ter *conjunção carnal* (introdução do pênis na vagina) ou *a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso* (ato diverso da cópula vagínica)”.

Segundo a definição supracitada, percebe-se que o núcleo do tipo penal é o verbo *constranger*, que deve ser compreendido como a atividade do agente voltada a tolher a liberdade da vítima, obrigando-a, forçando-a ou coagindo-a a prática do ato sexual. Na verdade, “trata-se de modalidade especial de constrangimento ilegal, praticado com o fim de fazer com que o agente tenha sucesso no congresso carnal ou na prática de outros atos libidinosos”<sup>55</sup>.

É fato também que a ação de *constranger* pressupõe uma conduta positiva do agente, voltada para a violação de uma norma proibitiva, o que faz com que o crime caracterize-se, em regra, como comissivo. No entanto, nada obsta que se configure a hipótese de crime omissivo impróprio, quando o agente, gozando de *status* de garantidor, nos moldes do art. 13, §2º do Código Penal<sup>56</sup>, nada faz para impedir o resultado prático da ação delituosa.

Ainda de acordo com a redação legal, a prática do constrangimento tem que se dar mediante o *emprego de violência* ou de *grave ameaça*.

A *violência*, a qual aduz a lei, diz respeito à utilização de força física (*vis corporalis, vis absoluta*) no sentido de vencer a resistência da vítima e subjugá-la a prática do ato sexual. E essa violência não se resume a utilização da própria força do agente, podendo o

---

<sup>55</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 450. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

<sup>56</sup> Art. 13. (...) §2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

mesmo utilizar-se de outros meios como, por exemplo, fogo, gases, energia elétrica (choque), etc.

Convém ressaltar ainda que, para a caracterização do crime de estupro, o emprego da violência não se limita ao corpo da própria vítima, podendo também ser dirigida contra terceiro ou coisa a que o ofendido esteja diretamente vinculado. É só imaginar a hipótese do agente que, ao maltratar o animal de estimação de uma mulher, a quem ela trata como se filho fosse, a obriga a praticar a conjunção carnal.

A *grave ameaça*, por sua vez, é a violência moral (*vis compulsiva*) suscetível de causar grande temor à vítima, a ponto de esta, com receio de sofrer o mal prometido, submeter-se à conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

Da mesma forma que na violência física, não é obrigatório que a ameaça seja praticado contra a pessoa ofendida, podendo incidir também sobre pessoa ou coisa estimada por esta. É o caso, por exemplo, da mãe ou do pai que cedem aos apelos sexuais do sujeito, que, com a arma em punho, ameaça matar seu filho ou ainda daquele que se submete ao ato sexual diante do fundado temor de uma coisa, que lhe é extremamente cara e relevante, ser destruída.

Além disso, tem-se que esta ameaça deve ser séria e realizável - a ponto de causar na vítima um fundado temor de que venha a se concretizar - e que o mal prometido seja, potencialmente, capaz de obter o efeito moral desejado. Defendo tal idéia, encontramos os ensinamentos de Damásio de Jesus:

É preciso que a ameaça seja grave, que o mal prometido seja idôneo para obter o efeito moral desejado, que o dano prometido seja considerável, de forma que a vítima, para evitar o sacrifício do bem ameaçado, ofereça sua própria honra, abdicando do seu direito de dispor do próprio corpo.<sup>57</sup>

Entretanto, mostra-se imprescindível que se analise a ameaça também do ponto de vista subjetivo, levando-se em consideração os efeitos que esta pode produzir na vítima, a partir de suas características pessoais. Isso porque o argumento utilizado como ameaça para certa pessoa, como, por exemplo, o fato de espalhar boatos sobre sua sexualidade, pode ser

---

<sup>57</sup> JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Especial – Volume 3, p. 95-96. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

vista, por outra, de forma natural, sem nenhuma relevância. Nesse sentido, posiciona-se a doutrina:

Quanto à ameaça, deve ser analisada objetiva e subjetivamente, sob o aspecto da suficiência. “Há certos tipos de ameaça que, por si sós, nos dão a certeza de provocarem, no espírito da vítima, séria perturbação. Nessa ordem, as ameaças de morte, expressas de forma real ou simbólica, como enviar uma coroa de flores, fazer uma cruz à porta etc. Nesses casos, presente o requisito da seriedade, nenhuma dúvida haverá sobre o poder inibidor de tal promessa. Nos outros casos vários cuidados são exigidos. Muita vez o exame puramente objetivo da ameaça não será suficiente. Faz-se imprescindível uma valoração, senão perfeita, ao menos aproximada da impressão causada à paciente. Não poucas vezes os Tribunais se têm detido no exame dos reflexos íntimos do mal *subjetivamente grave*. A idoneidade objetiva será analisada conjuntamente com o aspecto subjetivo para determinar-se, fora de dúvidas, a impossibilidade ou a *irrelevante inconveniência* em resistir”.<sup>58</sup>

Por fim, deve-se considerar que o mal prometido pode ser justo ou injusto. É o caso, por exemplo, do policial que ao flagrar uma mulher ou um homem roubando uma loja, em vez de exercer o dever legal de prendê-los, acaba, em contrapartida, exigindo favores sexuais sob a ameaça de concretizar o ato de prisão. Ou ainda, aquele que, descobrindo o ato de traição da mulher, exige desta a prática de conjunção carnal, sob a ameaça de contar para o marido acerca da infidelidade.

Em seguida, exige-se que o constrangimento, praticado mediante violência ou grave ameaça, seja dirigido no sentido de *ter conjunção carnal* ou *praticar ou permitir que se pratique com a vítima, de forma não consentida por ela, outro ato libidinoso*.

Convencionou-se adotar no ordenamento jurídico brasileiro o *sistema restritivo* no que diz respeito à interpretação da expressão “conjunção carnal”, sendo esta entendida somente como a penetração do pênis do homem na vagina da mulher, pelo que se restringe, *nesta hipótese*, o sujeito passivo do delito, que tem que ser, *necessariamente*, pessoa do sexo oposto ao do sujeito ativo, pressupondo uma relação heterossexual.

Como destacado no capítulo anterior, configura-se a conjunção carnal quando ocorre a introdução do pênis, total ou parcialmente, na vagina da mulher, sendo prescindível, para sua concretização, que haja rotura himenal ou ejaculação por parte do autor. Senão vejamos posicionamento jurisprudencial neste sentido:

---

<sup>58</sup> MESTIERE, João apud NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 877-878. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

EMENTA HABEAS CORPUS - ESTUPRO - LESÃO CORPORAL LEVE - ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA - INVIABILIDADE - INDÍCIOS DE AUTORIA - MATERIALIDADE COMPROVADA - AUSÊNCIA DE ESPERMA PARA CONFIGURAÇÃO DO PRETENSO ATO DELITUOSO - ROTURA INTEGRAL DO HÍMEM - IRRELEVÂNCIA DIANTE DA CÓPULA VAGÍNICA - PALAVRA DA VÍTIMA - LAUDO PERICIAL - RETRATAÇÃO DA VÍTIMA ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚCIA - EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - ALEGADA ILEGITIMIDADE DO MP ANTE A INCIDÊNCIA DO ART. 225 DO CP - INSUBSISTÊNCIA - INAPLICABILIDADE DO ART. 88 DA LEI Nº 9.099/95 - APLICAÇÃO DA SÚMULA 608 DO STF - ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA REAL - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - MATERIALIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - ORDEM DENEGADA. **No crime de estupro, a conjunção carnal é elemento integrativo do tipo, sendo despicienda a ejaculação para a suposta configuração do delito. Tampouco é necessário o rompimento himenal da vítima, integral ou parcial.** A retratação da vítima é irrelevante nos crimes de estupro com violência real, cuja ação penal é pública incondicionada, a teor da Súmula nº 608 do STF, ainda que a lesão corporal seja de natureza leve. O art. 88 da Lei nº 9.099/95 não tem o condão de alterar o Enunciado da Súmula nº 608 do STF, sendo indene de dúvidas a legitimidade do Ministério Público para o exercício da ação penal em tela. (TJ/MT, HABEAS CORPUS Nº 70882, Rel. Des. PAULO INÁCIO DIAS LESSA, 1ª Câmara Criminal, julgado em 01/09/2009). (destaque nosso).<sup>59</sup>

No mais, além da união pênis-vagina, o crime de estupro também se concretiza com a prática de qualquer ato libidinoso dela diverso, conduta esta antes prevista no revogado art. 214, sob a rubrica de *atentado violento ao pudor*.

Nestes termos, nos moldes do art. 213 do Código Penal, caracteriza-se como “outro ato libidinoso” todas aquelas condutas de natureza sexual, *excluindo-se a conjunção carnal*, praticadas pelo agente com o intuito ou não de satisfazer a própria lascívia, tais como “a *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (sexo oral); o coito anal, *inter femora*; a masturbação; os toques e apalpadelas do pudendo e dos membros inferiores; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, dentre outros”<sup>60</sup>.

Muitas das condutas acima exemplificadas, por se revestirem de objetividade, caracterizam, de forma inequívoca, a prática de um ato libidinoso. No entanto, outras, por serem de caráter subjetivo, necessitam da análise das circunstâncias do caso concreto para verificar se, realmente, enquadram-se ou não como tal. É o caso, por exemplo, do chamado “beijo lascivo”.

<sup>59</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR\\_70882-2009\\_02-09-09\\_124581.pdf](http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_70882-2009_02-09-09_124581.pdf). Data de acesso: 27/04/2010.

<sup>60</sup> PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume III – Parte Especial, p. 268. 4ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

Apesar de inexistir um consenso doutrinário acerca de seu conceito, a maioria dos estudiosos entende que o beijo lascivo é aquele voluptuoso, com o fim de satisfazer a libido do agente, de forma que atinja a moral média da sociedade. Senão vejamos a idéia exarada por Damásio de Jesus:

Evidentemente, não se pode considerar como ato libidinoso o beijo casto e respeitoso aplicado nas faces, ou mesmo o “beijo roubado”, furtiva e rapidamente, dado na pessoa admirada ou desejada. Diversa, porém, é a questão, quando se trata do beijo lascivo nos lábios aplicado à força, que revela luxúria e desejo incontido, ou quando se trata do beijo aplicado nas partes pudendas.<sup>61</sup>

Entretanto, apesar de se apresentar correta a classificação do beijo lascivo como ato libidinoso, não menos correta é a necessidade de se aplicar, nestes casos, os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* quando da graduação da pena a ser aplicada, uma vez que um beijo, mesmo considerado voluptuoso, não pode ser comparado, em grau de ofensividade à dignidade sexual, por exemplo, ao coito anal ou ao sexo oral.

Com base nesta idéia, alguns doutrinadores chegam até mesmo a defender que, diante da desproporcionalidade entre a conduta praticada e a possível pena a ser aplicada (no mínimo seis anos de reclusão), não poderia se admitir a caracterização do beijo lascivo como ato libidinoso e, conseqüentemente, como delito de estupro. Nesse sentido, posiciona-se Rogério Greco:

(...) o Direito Penal não poderá agir desse modo com um sujeito que praticou um comportamento que, a nosso ver, não tem a importância exigida pelo tipo penal do art. 213 do diploma repressivo.

Poderá, nesse caso, ser responsabilizado pelo delito de constrangimento ilegal, previsto pelo art. 146 do Código Penal, ou mesmo pela contravenção penal de *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61 da LCP), dependendo da intensidade e da gravidade do fato praticado, evitando-se, outrossim, a aplicação de uma pena extremamente desproporcional.<sup>62</sup>

Outro questionamento realizado pela doutrina diz respeito à necessidade de haver contato físico entre autor e vítima para que se caracterize a prática do ato libidinoso. Embora existam divergências doutrinárias sobre o assunto, demonstra-se perfeitamente cabível, a meu ver, a sua prática sem contato físico entre os envolvidos, bastando, para tanto, que o autor, a título de exemplo, constranja a vítima para que esta pratique em si mesma a masturbação ou fique sem roupas em sua frente para que possa contemplá-la e satisfazer sua libido.

<sup>61</sup> JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Especial – Volume 3, p. 102. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

<sup>62</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 484. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

A título de complementação é importante dizer também que o ofendido não precisa ter consciência da libidinagem do ato nele praticado, sendo desconsiderada, para fins de consumação do crime de estupro, a capacidade da vítima de entender o caráter libidinoso da conduta, podendo, como se verá mais adiante, esta ser praticada contra uma inocente criança ou mesmo contra uma prostituta ou garoto de programa.

Passadas estas considerações iniciais, convém analisar as posições que podem ser ocupadas pela vítima na prática do delito. No primeiro caso, esta assume um *papel ativo*, quando *pratica* o ato libidinoso no seu próprio corpo, no corpo do agente constrangedor ou ainda no de terceira pessoa alheia à situação principal. Em outra mão, assume um *papel passivo*, quando *permite que com ela se pratique* o ato libidinoso, que pode ser concretizado tanto pelo próprio agente que a constrange, como também por um terceiro, cumprindo ordens daquele.

Outro ponto bastante discutido pelos estudiosos diz respeito ao consentimento e ao grau de resistência da vítima, como óbices à consumação do delito de estupro.

Como já tivemos a oportunidade de analisar, o crime de estupro se caracteriza pela prática do *constrangimento* da vítima, mediante violência ou grave ameaça, a fim de obter desta a prática da conduta sexual. Por esta razão, tem-se, por óbvio, que se o indivíduo consente com a sua realização, não há que se falar, a priori, na consumação de qualquer delito, salvo se aquele caracterizar-se como vulnerável, nos termos do art. 217-A do Estatuto Criminal.

Dessa forma, somente caracterizar-se-ia o crime de estupro quando houvesse resistência da vítima, ou seja, quando esta não desejasse praticar o ato sexual querido pelo ofensor. No entanto, o referido dissenso tem que ser, cuidadosamente, analisada no caso concreto, sob pena de chegarmos a situações de completa injustiça.

De início, é importante salientar que o consentimento válido é aquele que precede de maneira *imediate* o ato sexual, mesmo que tenha havido, anteriormente, qualquer manifestação da vítima no sentido de corresponder aos apelos sexuais do agente. Senão vejamos:

Embora tenhamos exemplificado com uma possibilidade de erro sobre os fatos que antecederam a prática do ato sexual, não significa que, em virtude de ter a vítima

correspondido sexualmente de alguma forma com o agente, isso permitirá que este chegue ao ato culminante da conjunção carnal. A vítima tem o direito de dizer não, e sua negativa deve ser compreendida pelo agente, mesmo que em momentos anteriores houvesse alguma cumplicidade entre eles.<sup>63</sup>

Acrescente-se ainda que o dissenso da vítima deve perdurar durante toda a prática do ato sexual, não havendo crime se esta, embora tenha resistido de início, aquiesceu, posteriormente, e obteve prazer no contato com o ofensor. Entretanto, deve-se ficar atento àquelas situações em que o sujeito passivo, *percebendo que qualquer resistência imposta será inócua*, desiste de lutar, submetendo-se à prática libidinoso. Nessa hipótese, embora não tenha mais havido resistência física do ofendido, tal passividade não significa consentimento e, portanto, não pode ser utilizada para afastar o caráter delitivo da conduta perpetrada.<sup>64</sup>

Exemplo interessante, extraído de caso verídico da justiça brasileira, é aquele em que uma mulher, ao perceber que o estupro era inevitável, solicitou ao agente que utilizasse preservativo. Por esta razão, o autor terminou sendo absolvido sob a alegação de que a vítima teria aquiescido com a relação sexual. Todavia, percebe-se que o julgamento mostrou-se equivocado, tendo em vista que a atitude da ofendida, em vez de demonstrar concordância com a situação, foi, na verdade, muito prudente, considerando que, não tendo mais como reagir em virtude do desequilíbrio de forças existentes, procurou preservar-se do contágio de doenças venéreas ou mesmo de uma provável gravidez.<sup>65</sup>

Observa-se, assim, que a resistência não tem que ser avaliada do ponto de vista da intensidade, a exigir da vítima uma força heróica ou desesperada de se livrar daquela situação, adotando uma postura de mártir, a ponto de colocar a própria vida em risco. O que se exige na verdade é que esta resistência seja verdadeira, que, realmente, a pessoa ofendida *não queira* se submeter aos apelos do agente, mesmo que não se utilize da força física para repudiar a prática do ato. Nesse sentido, declara Roberto Bittencourt:

A ordem jurídica não pode esperar de ninguém a capacidade de praticar atos heróicos. Também aqui vigem os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, recomendando-se, concretamente, a avaliação da relação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. Assim, não é necessário que se

---

<sup>63</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 465. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

<sup>64</sup> ESTEFAM, André. Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009, p.36. São Paulo, Saraiva, 2009.

<sup>65</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 19-20. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça.<sup>66</sup>

Questão diversa, mas também de discussão relevante, diz respeito ao reconhecimento do instituto da *desistência voluntária* em face da nova redação dada ao art. 213 do Código Penal. Apesar da hipótese traduzida neste dispositivo ser bem ampliativa no que diz respeito à possibilidade de condutas sexuais a serem praticadas pelo agente (conjunção carnal e atos libidinosos diversos), mesmo assim ainda é possível o raciocínio constante no art. 15 do Estatuto Criminal.<sup>67</sup>

Para tanto, bastaria que o agente, querendo levar a efeito, por exemplo, a conjunção carnal contra a vítima, desistisse de prosseguir com a empreitada criminosa e não praticasse, em nenhum outro momento da ação, ato libidinoso diverso que ainda pudesse importar no reconhecimento do crime de estupro. Isso porque, não se pode, de forma absoluta, afirmar que todos os atos preparatórios à cópula vagínica, constituem, necessariamente, “outros atos libidinosos”, nos termos do art. 213 do Código Penal.

Em relação ao elemento subjetivo do tipo, reclama-se para a concretização do estupro “*a vontade livre e consciente*” do agente em constranger a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso. Dessa forma, por ausência de disposição legal expressa, inadmite-se a modalidade culposa do delito.

Ainda em relação ao assunto, questiona-se se seria necessária a finalidade específica do agente de satisfazer a própria lascívia ou se a prática objetiva da conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos já seria suficiente para configurar a conduta delituosa. Discussões doutrinárias à parte, entendo ser perfeitamente possível que o agente seja responsabilizado pelo crime de estupro, mesmo que tenha praticado a conduta descrita no tipo sem o intuito de satisfazer a concupiscência, como ocorre, por exemplo, no caso em que age com o objetivo de humilhar ou se vingar da vítima.

Por fim, considerando tudo o que foi explanado neste tópico, pode-se concluir que o crime de estupro, nos moldes do art. 213 do Código Penal, consuma-se quando o agente,

---

<sup>66</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4, p.5. 3ªed. São Paulo, Saraiva, 2007.

<sup>67</sup> Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

depois da prática do constrangimento levado a efeito mediante a violência ou a grave ameaça, tem conjunção carnal ou obriga a vítima a praticar ou permitir com que ela se pratique ato libidinoso diverso.

No entanto, vale relembrar, que no caso da conjunção carnal, a conduta somente se consuma quando ocorre a penetração, total ou parcial, do pênis na cavidade vaginal, independente de ejaculação do autor ou da rotura himenal da vítima. No caso dos outros atos libidinosos, a consumação do crime coincide com a prática do respectivo ato, seja quando a vítima atua de forma ativa, seja quando atue de forma passiva.

Por trata-se de crime plurissubsistente, ou seja, onde se pode delimitar o seu *iter criminis*, é perfeitamente possível que ocorra a modalidade tentada, apesar de, na prática, ser de difícil constatação, uma vez que, mesmo que não se consume a conjunção carnal, os atos preparatórios do agente já podem configurar a prática de ato libidinoso diverso e, portanto, o crime de estupro.

Nesta ocasião, torna-se imprescindível reavivar algumas questões interessantes discutidas no capítulo anterior, particularmente no tópico 1.2.2, analisando-as com base na nova legislação.

O primeiro ponto diz respeito à situação em que o homem goze de impotência *coeundi*, ou seja, da incapacidade de obter a ereção peniana, estando impedido, por óbvio, de realizar os atos de penetração. Como já tivemos a oportunidade de comentar, ao analisarmos a sistemática anterior à Lei 12.015/2009, em que o crime de estupro só poderia consumir-se mediante a realização de conjunção carnal, ocorrendo tal hipótese ficaria caracterizado o crime impossível, diante da ineficácia absoluta do meio.

No entanto, com base na nova redação do delito de estupro, somente caracteriza-se o crime impossível se a finalidade do agente for a cópula vaginal ou o sexo anal, que pressupõe o estado de ereção peniana. No mais, se mesmo com impotência *coeundi*, o homem praticar atos libidinosos diversos com a vítima, a exemplo da masturbação, consumado estará o crime do art. 213 do Código Penal.

A segunda situação, a que esta muito se assemelha, é o caso do agente que, visando a conjunção carnal ou o sexo anal, ejacule precocemente, ficando em estado de

flacidez peniana e, assim, impedido de prosseguir na concretização do ato. Nessa hipótese, poderia configurar-se a tentativa de estupro, salvo se o agente não tiver levado a efeito outros atos libidinosos relevantes.

### 3.3 Sujeito ativo e sujeito passivo

De acordo com a nova redação do art. 213 do Código Penal, tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo ou passivo do crime de estupro, quer sucessiva, quer concomitantemente. Isso porque, ao utilizar a expressão “alguém” para designar a vítima da violência ou da grave ameaça, o legislador permitiu abarcar todo gênero de indivíduos, tanto do sexo masculino, quanto do sexo feminino. Além disso, apesar da *conjunção carnal* restringir-se à união homem-mulher (relação heterossexual), a *prática de atos libidinosos diversos* abrange todas as espécies de condutas sexuais possíveis de serem praticadas por pessoas de ambos os sexos, inclusive, nas relações homossexuais.

Dessa forma, além da possibilidade, já reconhecida pela legislação passada, do homem estuprar uma mulher, mediante a prática de *conjunção carnal*, agora aquele pode praticar o delito contra esta ou mesmo contra outro homem, quando os obriguem a praticar ou permitir que com eles se pratiquem outro ato libidinoso.

Neste mesmo sentido, a mulher, pela própria disposição do texto legal, pode figurar como sujeito ativo do crime, quando subjugar um homem à prática da *conjunção carnal* ou constrangê-lo, bem como outra mulher, a praticar ou permitir que com eles se pratiquem atos libidinosos diversos.

E esta inovação trazida pelo legislador, ao tratar de forma equivalente os crimes sexuais praticados contra homens e mulheres, reflete a busca pela concretização do princípio da isonomia, uma vez que não se pode mais negar, nos dias atuais, a igualdade existente entre os dois gêneros no campo sexual, que devem ter sua liberdade e dignidade respeitadas da mesma maneira. Refletindo este pensamento, encontramos as palavras de Fabiani Capano:

Pensamos que não há mais espaço na ordem constitucional atual para um tratamento diferenciado sobre o valor social do homem e da mulher, de modo que o contexto

em que foram valorados à época os “costumes”, produzindo essa separação jurídica entre estupro e atentado violento ao pudor, pelo prisma apontado por Hungria, não mais se justifica, sendo que com a nova base cognitiva filosófica da “dignidade sexual da pessoa humana”, ambos os sexos têm o direito de respeito de seus corpos, não se apresentando quaisquer óbices em realizar a tutela penal das condutas apontadas através de um único preceito sancionatório.<sup>68</sup>

Entretanto, vale salientar que embora se reconheça a possibilidade do homem e da mulher figurarem como sujeito ativo ou passivo do delito de estupro, há que se estabelecer uma diferenciação quando da prática das condutas previstas no tipo, quais sejam, a *conjunção carnal* e a *realização de atos libidinosos diversos*.

Primeiramente, partindo do conceito restritivo de *conjunção carnal* que é definido como “a penetração do pênis do homem na vagina da mulher”, vê-se que, apesar do sujeito ativo, que pratica o ato de constrangimento, poder ser indivíduo de quaisquer dos sexos, *o sujeito passivo somente poderá ser pessoa do sexo oposto ao do agente constrangedor*, a exigir, *obrigatoriamente*, uma relação heterossexual.

Em relação ao assunto, poderíamos ainda levantar a hipótese da *conjunção carnal* não ser praticada pelo próprio agente constrangedor e, mesmo assim, este responder pelo crime de estupro. Seria o caso, por exemplo, do homem ou da mulher que, mediante *coação irresistível*, obrigasse, indistintamente, outro homem ou uma mulher a praticar a *conjunção carnal* contra vítima do sexo oposto. Nesse caso, conforme já abordado no capítulo anterior, mais precisamente no tópico 1.2.3, o agente responderia como autor mediato do crime, uma vez que se valeu de interposta pessoa para praticá-lo, nos termos do art. 22 do Código Penal<sup>69</sup>.

No mais, quando nos referimos à realização de outros *atos libidinosos*, não há dúvidas de que tanto o homem quanto a mulher podem ser enquadrados como autores e vítimas do mencionado delito, tendo em vista a amplitude de condutas sexuais, diversas da cópula vagínica, que podem ser realizadas pelos agentes.

É viável, portanto, reconhecer a possibilidade do crime de estupro ser realizado por várias pessoas ao mesmo tempo, como, no caso, em que o homem pratica coito anal numa mulher, que, concomitantemente, é apalpada no pudendo por outra pessoa do mesmo sexo.

---

<sup>68</sup>CAPANO, Evandro Fabiani. Dignidade Sexual – Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009, p. 38. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>69</sup> Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem

Neste caso, deve-se reconhecer a existência de dois crimes de estupro, imputados, individualmente, a cada um dos envolvidos, na qualidade de autor, naquele que participar diretamente, e de partícipe, naquele que prestar auxílio para a sua concretização.

É importante ainda trazer à baila, de forma sucinta, algumas considerações relevantes feitas no capítulo anterior, acerca do sujeito passivo do delito, adaptando-as à realidade trazida pela Lei 12.015/2009.

De início, cabe salientar, com base nos argumentos já expostos, relativos à proteção da liberdade e da dignidade sexual da pessoa humana, que não se pode admitir que o marido ou a mulher, na constância do casamento, ou mesmo o companheiro e a companheira, durante a união estável, pratiquem, um contra o outro, sob a alegação do *exercício regular de um direito*, qualquer tipo de constrangimento no sentido de ter a conjunção carnal ou obrigar o consorte a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso.

Convém ressaltar, ainda, que o crime de estupro pode ser praticado contra toda e qualquer pessoa, independentemente do aspecto moral ou qualquer qualificação social da vítima, não se devendo levar em consideração a sua conduta ou honestidade pregressa, podendo ser sujeito passivo do delito até mesmo uma prostituta ou um garoto de programa, sem que isso leve à presunção de consentimento na prática do ato sexual.

Por fim, a par das discussões doutrinárias e jurisprudenciais existentes quando da vigência da legislação anterior, acerca da possibilidade do transexual figurar como sujeito passivo do delito de estupro, verifica-se que hoje tal questão perdeu interesse. Isso porque, independentemente do reconhecimento do transexual como indivíduo do sexo feminino, a relação sexual forçada praticada contra este já pode caracterizar, senão a conjunção carnal, um ato libidinoso diverso, apto a configurar o estupro. Defendendo tal idéia, Rogério Greco preleciona que:

Hoje, após a nova redação dada ao art. 213 do Código Penal pela Lei nº. 12.015, de 7 de agosto de 2009, a questão perdeu interesse. Isso porque, mesmo que não tenha havido modificação no registro de nascimento da pessoa que se submeteu à mencionada cirurgia, podemos entender que a relação sexual forçada conduzirá, obrigatoriamente, ao reconhecimento do delito de estupro. Assim, tendo havido ou

não modificação no registro de nascimento, com a alteração do sexo natural da vítima, a hipótese será de reconhecimento do estupro.<sup>70</sup>

### 3.4 Classificação doutrinária do crime

Tomando como base todas as inovações trazidas pela Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, que veio modificar, de forma robusta, a redação legal do crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, podemos, neste momento, analisar as principais características do mencionado delito.

Inicialmente, vale ressaltar que, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina, o crime passa a ser comum em relação aos sujeitos, tendo em vista a possibilidade de ser praticado tanto pelo homem quanto pela mulher, não sendo necessária nenhuma qualidade especial.

Entretanto, assumindo um posicionamento peculiar, Rogério Greco entende que existe uma diferenciação na classificação do crime, a depender do objetivo à que se dirige a conduta perpetrada pelo agente.

Assim, de acordo com o supracitado doutrinador, *se a conduta for dirigida à conjunção carnal*, o crime deve ser considerado de **mão-própria em relação ao sujeito ativo**, que pode ser tanto o homem, quanto a mulher, uma vez que se exige uma atuação pessoal do agente, e **próprio em relação ao sujeito passivo**, que deve ser ocupado, *necessariamente*, por pessoa do sexo oposto ao do agente constrangedor (homem ou mulher), uma vez que a conjunção carnal pressupõe uma relação heterossexual. Por outro lado, *se a conduta for dirigida a praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso*, o crime deve ser considerado **comum**, *tanto em relação ao sujeito ativo, como em relação ao sujeito passivo*.

71

---

<sup>70</sup>GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 470. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

<sup>71</sup>*Ibdi.*, p. 452.

Contudo, defendendo um posicionamento intermediário, entendo que o crime, em relação à prática da conjunção carnal, deva ser visto como *próprio* em relação aos sujeitos ativo e passivo, tendo em vista que é possível o raciocínio da coautoria e da autoria mediata, enquanto, em relação à prática de outros atos libidinosos, deva ser visto como comum, tanto em relação ao sujeito ativo, como em relação ao sujeito passivo.

Ademais, trata-se de **crime doloso**, exigindo para a sua configuração “*a vontade livre e consciente do agente*” em constranger a vítima a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso, não sendo admitida a modalidade culposa. Além disso, *não é necessário que haja a finalidade específica do agente em satisfazer a própria lascívia*, bastando que tenha, objetivamente, praticado a conduta exigida no tipo.

Trata-se de crime, em regra, **comissivo** a depender de uma conduta positiva do agente, voltada à violação da norma proibitiva, apesar de também admitir-se a modalidade **omissiva imprópria**, quando aquele, gozando do *status* de garantidor, tendo o poder e o dever de evitar a prática da conduta, nada faz para impedir sua configuração.

Corresponde a um **crime material**, uma vez que sua consumação depende da produção naturalística de um determinado resultado, qual seja o efetivo tolhimento da liberdade e da dignidade sexual de todo e qualquer indivíduo, bem como a um crime **de forma vinculada**, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal e de **forma livre**, quando disser respeito ao cometimento de outros atos libidinosos.

Caracteriza-se como **crime de dano**, já que para sua consumação é necessário haver a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado e **crime instantâneo**, pois o resultado é momentâneo (ocorrência da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso), não se prolongando no tempo.

Por fim, é classificado como **crime monossubjetivo**, tendo em vista a conduta descrita no tipo poder ser praticada por um único agente, sem a necessidade de nenhum tipo de associação delitiva; **plurissubsistente**, uma vez que é possível determinar, perfeitamente, o seu *iter criminis* (cogitação, preparação, execução e consumação) e **não-transeunte**, quando for capaz de deixar vestígios, como no caso do sexo anal ou oral, ou **transeunte**, quando for

de difícil constatação pela perícia, como, por exemplo, na hipótese de apalpadelas nos órgãos genitais da vítima.

Todavia, vale ressaltar que o exame de corpo de delito não é imprescindível para a formação do convencimento do julgador, quando este, valendo-se de outras provas e das próprias circunstâncias do caso concreto, entender pela efetiva ocorrência do delito. Neste caso, assume importância ímpar a palavra da vítima.

Já é entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência que nos crimes sexuais, por serem, em regra, praticados em locais ermos, sem testemunhas e muitas vezes não deixando qualquer vestígio, a palavra da vítima pode servir para embasar um decreto condenatório, desde que seja corroborada por outros meios de provas existentes nos autos.

Neste sentido, encontramos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA QUE COMPROVAM A PRÁTICA DELITIVA. CONDUTA QUE PERMANECE TÍPICA MESMO DEPOIS DO ADVENTO DA LEI 12.015/09. RECURSO DESPROVIDO. I - Conforme tem decidido a jurisprudência, nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem testemunhas presenciais, a palavra da vítima é de amplo valor probatório, sobretudo se corroborada por outros elementos de convicção contidos nos autos, em contraposição à contraditória negativa do acusado. II - No caso em exame a vítima relatou com detalhes, tanto na fase inquisitiva quanto judicial, os abusos cometidos por seu genitor, não deixando dúvidas sobre a autoria delitiva. III - Em que pese a negativa do acusado, o depoimento prestado pela vítima se harmoniza com os demais elementos de prova. Destarte, restou devidamente comprovado o delito de atentado violento ao pudor praticado por Edson Paulino dos Santos contra sua filha Erika Covre dos Santos, em especial diante das declarações por ela prestadas que, aliada aos outros elementos de prova, autorizam a manutenção da sentença. IV - Embora a Lei 12.015/2009 tenha introduzido significativas modificações no capítulo referente aos crimes sexuais, não há que se falar em sua incidência ao presente caso. A conduta antigamente descrita no artigo 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor) não foi abolida do ordenamento jurídico, tendo sido apenas incorporada pelos artigos 213 e 217-A do Código, operando-se aquilo que a doutrina alcunhou de "continuidade normativo-típica". V - Recurso desprovido. (TJ/ES, APELAÇÃO CRIMINAL 44090005768, Rel. Des. SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, 2ª Câmara Criminal, julgado em 02/12/2009, publicado em 21/01/2010). (destaque nosso).<sup>72</sup>**

---

<sup>72</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://www.tj.es.gov.br/cfmx/portal/Novo/det\\_jurisp.cfm?NumProc=272814&edProcesso=&edPesquisaJuris=lei%2012%2E015&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2000&edFim=01/05/2010](http://www.tj.es.gov.br/cfmx/portal/Novo/det_jurisp.cfm?NumProc=272814&edProcesso=&edPesquisaJuris=lei%2012%2E015&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2000&edFim=01/05/2010). Data de acesso: 27/04/2010.

### 3.5 Formas qualificadas – art. 213, §§ 1º e 2º

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, ao inserir duas modalidades qualificadas no crime de estupro, revogando o art. 223 do Código Penal, já analisado no tópico 1.4.1 do capítulo anterior, veio acabar com todas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que existiam em torno da redação defeituosa deste último dispositivo legal, que assim dispunha:

*Art. 223. Se da **violência** resulta lesão corporal de natureza grave:*

*Pena – reclusão, de 8 (oito) anos a 12 (doze) anos.*

*Parágrafo único. Se do **fato** resulta a morte:*

*Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.*

Verificava-se, assim, que o questionado artigo, ao prever, em seu *caput*, a qualificadora consistente em lesões corporais de natureza grave, *resultantes da violência*, colocava em dúvida se aquela poderia ser aplicada mesmo no caso da lesão advir da *grave ameaça*. Além disso, quando trouxe, no seu parágrafo único, a qualificadora consistente na morte da vítima, mencionou apenas a expressão “se do fato resulta...”, o que também colocou em dúvida se o *fato* referia-se somente à violência, prevista de forma expressa no *caput*, ou também abrangeria a grave ameaça.

Entretanto, tais questionamentos perderam força com a nova redação dada ao art. 213 do Código Penal, que em seus §§1º e 2º previram as qualificadoras do crime, estabelecendo que estas deveriam advir da *conduta* do agente, em clara referência ao *caput* do dispositivo, que diz respeito à prática do constrangimento, tanto por meio de violência, quanto por meio da grave ameaça. Senão vejamos:

*Art. 213. 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.*

*1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:*

*Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.*

*2º Se da conduta resulta morte:*

*Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos*

Inicialmente, cabe salientar que, no caso de lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima, para que haja a aplicação das respectivas qualificadoras é necessário que o crime seja preterdoloso, ou seja, que o agente tenha agido com dolo no antecedente e culpa no consequente, seja por imprudência, imperícia ou negligência. Assim, se o agente queria, *dolosamente*, causar a lesão corporal grave ou a morte da vítima, deverá responder pelo crime de homicídio ou lesão corporal em concurso material com o crime de estupro.

Neste sentido, assevera Rogério Greco:

No entanto, pode ter agido com ambas as finalidades, vale dizer, a de praticar o crime sexual (estupro), bem como a de causar lesões corporais graves ou a morte da vítima. Nesse caso, como exposto acima, deverá responder por ambas as infrações penais, em concurso material de crimes, nos termos preconizados pelo art. 69 do Código Penal.<sup>73</sup>

Conforme explica Cezar Roberto Bitencourt:

Os resultados qualificadores referidos neste dispositivo devem ser *preterdolosos*, sendo inaplicáveis as qualificadoras se não houver, pelo menos, *culpa* (art. 19 do CP). No entanto, se o agente houver querido ou assumido o risco da produção do resultado mais grave, este dispositivo não será igualmente aplicado, pois haverá concurso de crimes: o de natureza sexual e o resultante da violência.<sup>74</sup>

No entanto, apesar da doutrina majoritária defender o caráter preterdoloso dos crimes previstos nos §§1º e 2º do art. 213 do Código Penal, há estudiosos que se manifestam pela possibilidade do resultado qualificador ser provocado a título de dolo e, mesmo assim, restar configurado o crime de estupro na modalidade qualificada e não o concurso material como mencionado anteriormente. Assim, posiciona-se Guilherme de Souza Nucci:

<sup>73</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 456. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

<sup>74</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4, p.72. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

Defendemos tratar-se de crime qualificado pelo resultado, cuja finalização (resultado mais grave) pode ser atingido pelo agente, nos termos do art. 19 do Código Penal, tanto por dolo quanto por culpa (...). Temos por certa a idéia de que todo resultado qualificador pode ser alcançado por dolo ou culpa, exceto quando o legislador deixa bem clara a exclusão do dolo (...). Constitui equívoco, em nosso entendimento, pretender a divisão, na última hipótese, em concurso de crimes, vale dizer, levar o agente a responder por estupro em concurso com homicídio, desde que haja dolo quanto ao resultado morte. Afinal, o crime qualificado pelo resultado existe como figura típica autônoma e destacada justamente para permitir ao legislador fixar a pena adequada a esses delitos com resultado duplo, num mesmo contexto, sem que o juiz se valha do instituto do concurso de crimes. *Separar* o crime qualificado pelo resultado, a bel prazer, significa lesão ao princípio da legalidade.<sup>75</sup>

Convém destacar ainda que somente a lesão corporal de natureza grave é que configura a qualificadora, tendo em vista que “as lesões corporais simples ou vias de fato são absorvidas pelo tipo básico, porque integram a própria violência”<sup>76</sup>.

No entanto, a grande inovação trazida pela reforma legislativa de 2009 foi a punição mais severa do crime de estupro praticado contra adolescentes maiores de 14 (quatorze) e menores de 18 (dezoito) anos, os quais encontram-se em grau de desenvolvimento psicológico peculiar, a ensejar um maior juízo de censura sobre o agente que insista na prática do delito contra tais indivíduos.

Por fim, o parágrafo segundo prevê o resultado mais grave da conduta, que é a morte do sujeito passivo. Neste caso, mesmo que ocorra, *previamente*, a consumação da conduta descrita no parágrafo anterior, como, por exemplo, o estupro de vítima menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos, deverá ser aplicado somente a qualificadora do resultado morte, tendo em vista suas penas serem mais severas.

### **3.6 Causas de aumento de pena - arts. 226 e 234-A, III e IV**

Analisando as inovações trazidas pela Lei 12.015/2009, percebemos que esta previu, no art. 234-A, III e IV do Código Penal, algumas causas de aumento de pena, para os crimes contra a dignidade sexual, que não existiam na égide da legislação passada. No entanto, podemos verificar também que foram mantidas as circunstâncias majorantes do art.

<sup>75</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 26. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

<sup>76</sup> TELES, Ney Moura. Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 14. São Paulo, Atlas S.A, 2006.

226 do referido Estatuto, com o intuito de suprir as vedações realizadas no dispositivo inovador.

Assim preceitua o art. 226 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;*

A primeira parte do artigo supracitado traz a hipótese do aumento de quarta parte da pena quando o crime for cometido com o *concurso de duas ou mais pessoas*, partindo-se da idéia de que este tipo de comportamento, por diminuir ou mesmo anular a possibilidade de resistência da vítima, exige um maior grau de censura por parte do Estado.

Em relação ao assunto, cabe salientar a existência de uma divergência doutrinária sobre a necessidade ou não, para que se configure a hipótese estudada, dos agentes envolvidos atuarem, conjuntamente, nos atos de execução do delito sexual.

De um lado, defendendo posição similar, Rogério Greco<sup>77</sup> e Cezar Roberto Bitencourt<sup>78</sup> entendem, para fins de aplicação da majorante, pela necessidade da presença dos agentes no local da prática do delito, os quais devem participar efetivamente da sua execução. De outra ponta, autores como Guilherme de Souza Nucci<sup>79</sup> e Luiz Régis Prado<sup>80</sup> entendem que basta que os envolvidos tenham concorrido de qualquer forma para o crime, antes ou durante a execução, quer prestando auxílio, instigando ou induzindo os reais executores da conduta sexual.

---

<sup>77</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 460. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

<sup>78</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4, p.80. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

<sup>79</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 908. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>80</sup> PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume III – Parte Especial, p. 362. 4ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

Permissa vênia aos renomados autores Nucci e Prado, entendo também que, para que se aplique a majorante prevista no art. 226, I, do Código Penal, é necessário que todos os envolvidos participem diretamente da execução da conduta sexual, tendo em vista que o objetivo do legislador foi punir, de forma mais robusta, aqueles que, através da associação delitativa, mitiguem ou anulem a capacidade de resistência da vítima, o que não ocorre, por exemplo, quando o indivíduo, simplesmente, empreste uma arma ao executor com o intuito de auxiliá-lo a constranger a vítima mediante grave ameaça.

O segundo caso de aumento de pena ocorre quando o crime é praticado por ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por quem, sob qualquer outro título, tem autoridade sobre ela. Neste caso, o escopo do legislador foi reprovar, de forma mais intensa, a conduta daquelas pessoas que, valendo-se do maior grau de proximidade, confiança e, até mesmo, intimidade com a vítima, praticam o delito sexual.

Luiz Régis Prado dissertando sobre o tema, traça, de forma objetiva, a idéia refletida pelo mencionado dispositivo:

A maior gravidade do injusto, particularmente do desvalor da ação, nessas hipóteses, é evidente, já que o crime é praticado justamente por aquele que tem o especial dever de proteção, vigilância e formação moral da ofendida, o que debilita sobremaneira sua defesa. A exasperação da pena encontra fundamento ainda em considerações de ordem político-criminal, posto que o sujeito ativo pode se prevalecer voluntariamente das referidas relações também – ou unicamente – para favorecer sua impunidade.<sup>81</sup>

Por sua vez, o art. 234-A, III e IV, introduzido pela Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, prevê o seguinte:

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

*I - Vetado*

*II - Vetado*

*III - de metade, se do crime resultar gravidez; e*

---

<sup>81</sup> *Ibdi.*, p. 362.

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

Analisando o inciso III do referido artigo, vemos que, neste caso, foram levadas em consideração as consequências nefastas de uma gravidez não desejada, resultante de uma concepção violenta, que muitas vezes levam a mãe e a sua própria família a rejeitarem o feto e interromperem a vida deste através do aborto (legalmente permitido, com base no art. 128, II, do Código Penal). Assim, considera-se que os efeitos produzidos na vítima ganham uma escala muito maior, quando esta é colocada na situação de ter que optar pela continuidade ou não da vida do próprio filho, e, no caso em que decida pelo seu nascimento, pelo fato de ter que conviver, para sempre, com a lembrança de sua malfada origem.

Por fim, o inciso IV prevê o aumento da pena de um sexto até metade quando o agente transmitir à vítima doença sexualmente transmissível, de que sabe ou deveria saber ser portador, como, por exemplo, o HPV, a gonorréia, a hepatite B e a herpes genital. Nesse caso, para efeitos de comprovação da efetiva transmissão da doença, a vítima deverá ser submetida a exame pericial.

Nesta ocasião faz-se imprescindível relatar o grande debate doutrinário e jurisprudencial em torno da transmissão do HIV pelo autor do crime de estupro. Indaga-se, neste caso, se se trataria de um mero resultado qualificador do delito sexual ou de um crime autônomo, consistente na tentativa de homicídio.

De um lado, alguns estudiosos entendem, com base nos avanços atuais da medicina, que já permitem ao infectado ter uma expectativa de sobrevivida prolongada, que a AIDS não mais pode ser vista como “sinônimo” de morte. Entretanto, tal idéia ainda encontra resistência no posicionamento da maioria dos doutrinadores, que, aceitando o caráter letal da doença, entendem que há a configuração da tentativa de homicídio pelo agente que, sabendo ser portador, transmite o vírus HIV à vítima.

Neste sentido, merece destaque o raciocínio de Rogério Greco:

Sabemos que a AIDS não somente é uma doença incurável, mas também letal. Embora, como já afirmamos anteriormente, existam os “coquetéis” de medicamentos que fazem com que a vítima tenha sobrevivida prolongada, não foi proclamada, ainda, a sua cura.

Assim, no caso de querer o agente transmitir o vírus HIV, entendemos que o seu dolo será o de homicídio (...) <sup>82</sup>

Tomando como base a mesma idéia, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

Desta forma, quando o agente buscar transmitir o vírus da AIDS, propositalmente, pela via da relação sexual ou outra admissível (ex: atirando sangue contaminado sobre a vítima), deve responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado (conforme o resultado atingido). <sup>83</sup>

Podemos destacar, inclusive, a existência de posição judicial nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PORTADOR VÍRUS DA AIDS. DESCLASSIFICAÇÃO. ARTIGO 131 DO CÓDIGO PENAL. 1. **Em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio.** 2. Ordem denegada. (HC 9.378/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/1999, DJ 23/10/2000 p. 186). (destaque nosso). <sup>84</sup>

Assim, se aceitássemos o raciocínio referente à letalidade da “Síndrome da Imunodeficiência Adquirida”, caso o agente praticasse o crime de estupro, sabendo ser portador da referida doença, não deveria responder somente pelo delito sexual com o aumento da pena, mas sim pelo concurso formal impróprio entre os crimes de estupro e de tentativa de homicídio <sup>85</sup>.

Em relação ao assunto, vale salientar que cabe ao Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus 98.712, ajuizado no dia 16 de abril do corrente ano, dizer se a transmissão consciente da AIDS para outra pessoa pode ser considerada tentativa de homicídio. Neste caso, ao açougueiro Jayr Galhardo Júnior foi imputada a prática de tentativa de homicídio, porque, sabendo-se portador do vírus HIV, teria mantido, em épocas distintas, relacionamento amoroso e sexual com três mulheres, de quem, deliberadamente, ocultou a doença.

<sup>82</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume II, p. 365. 3ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

<sup>83</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 643. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=AI\\_DS\\_tentativa\\_homicidio](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=AI_DS_tentativa_homicidio). Data de acesso: 27/04/2010.

<sup>85</sup> BRASIL. Jus Navigandi. LEAL, João José. Novo tipo penal de estupro unificado. Considerações sobre as causas de aumento de pena e a ação penal. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13481>. Data de acesso: 27/04/2010.

De acordo com as últimas notícias, no julgamento do feito realizado no dia 27/04/2010, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, relatou-se que “após os votos dos Ministros Marco Aurélio, Relator, e Dias Toffoli, e da Ministra Cármen Lúcia, que conheciam do pedido de *habeas corpus* e deferiam, em parte, a ordem, pediu vista do processo o Ministro Ayres Britto”.<sup>86</sup>

### **3.7 Ação penal e segredo de justiça**

O art. 225 do Código Penal, modificado pela Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, que dispõe sobre o tipo de ação penal para os crimes definidos do Capítulo I (crimes contra a liberdade sexual) e Capítulo II (crimes sexuais contra vulnerável) do Título VI (crimes contra a dignidade sexual) deste Estatuto, passou a ter a seguinte redação:

*Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.*

*Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.*

Dessa forma, enquanto na antiga sistemática a regra era a ação penal privada, a nova disciplina legal estabeleceu que o padrão deve ser a ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo quando a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, quando esta será pública incondicionada.

Cabe ressaltar que a mudança da ação penal nos crimes sexuais esteve ligada a uma questão de política criminal, uma vez que se procurou manter a proteção da intimidade do indivíduo, que, sendo adulto e capaz, pode decidir ou não representar pela ofensa, mas, ao

---

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual – HC 98712. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2671205>. Data de acesso: 14/06/2010.

mesmo tempo, colocou nas mãos do Ministério Público, quando acionado, o dever de assumir a persecução penal.

Questão bastante interessante, que apresenta divergências entre os doutrinadores, diz respeito à possibilidade, ou não, de continuar aplicando, em face da modificação trazida pela Lei 12.015/2009, a Súmula 608 do Supremo Tribunal, que assim dispõe:

*Súmula 608: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.*

Na verdade, o que se discute é se a referida redação sumular veio limitar a interpretação do *caput* do art. 225, uma vez que, ao serem interpretadas conjuntamente, nos leva a entender que *somente nos casos em que os crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal forem praticados mediante grave ameaça* é que a ação pena será pública condicionada à representação da vítima. Por outro lado, no caso de violência real a ação será pública incondicionada.

De um lado, autores como Rogério Greco<sup>87</sup> entendem que o enunciado da Súmula 608 do STF continua a ser aplicado mesmo em face da Lei 12.015/2009, fazendo letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, tendo em vista que, nos casos em que o crime for cometido mediante violência real, a ação penal será pública incondicionada, independentemente de a vítima ser ou não menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Assumindo posição contrária, encontramos os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci<sup>88</sup>:

Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com a violência, a ação é pública condicionada à representação. (...). Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009. Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, *desde que* a vítima concorde em representar. Mais que justo no cenário presente.

Inclusive, chegamos a encontrar decisões judiciais neste sentido:

---

<sup>87</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 460. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

<sup>88</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 643. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

'HABEAS CORPUS'. CRIMES DE ESTUPRO TENTADOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI N. 12.015/2009. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. DESISTÊNCIA EXPRESSA DAS VÍTIMAS AO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. - Diante da modificação do artigo 225 do Código Penal Brasileiro, introduzida pela Lei n. 12.015/2009, **o crime de estupro - exceto quando cometido quando menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável - deverá ser apurado através de ação penal pública condicionada à representação da vítima, ainda que praticado com violência real**. - As disposições do artigo 225 do Código Penal possuem reflexos de natureza material, devendo, por isso, retroagir quando favoráveis ao réu. Inteligência do artigo 5º, XL, da Constituição da República c/c parágrafo único do artigo 2º do Código Penal. - Se as ofendidas contavam com mais de 18 (dezoito) anos de idade e renunciaram, expressamente, ao direito à representação, resulta patente a ilegitimidade do Ministério Público, devendo ser declarada extinta a punibilidade do paciente em relação aos crimes de estupro tentados descritos na denúncia. - 'Habeas Corpus' concedido para determinar o trancamento parcial da ação penal. (TJ/MG, HABEAS CORPUS Nº 1.0000.09.508562-7/000, Rel. Des. RENATO MARTINS JACOB, 2ª Câmara Criminal, julgado em 03/12/2009, DJ 15/01/2010). (destaque nosso).<sup>89</sup>

Enfim, não poderíamos deixar de mencionar a inovação trazida pelo art. 234-B que dispõe que os processos, em que se apuram os crimes contra a dignidade sexual, devem correr em segredo de justiça. Senão vejamos:

*Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça*

### **3.8 Violação sexual mediante fraude – art. 215**

Em situação análoga àquela que ocorreu com o crime de estupro, no qual houve a unificação, num mesmo tipo penal, de condutas previstas em figuras normativas distintas, o delito de *violação sexual mediante fraude*, inserto no art. 215 do Código Penal, também se originou da fusão, com a inclusão de novos elementos, dos já não mais existentes delitos de *posse sexual mediante fraude* e *atentado violento ao pudor mediante fraude*. Ressalta-se, assim, que o art. 216 foi revogado e o art. 215 foi modificado, passando este último a ter a seguinte redação:

<sup>89</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=9&txt\\_processo=508562&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=açãoopenaldignidadesexualsúmula608](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=9&txt_processo=508562&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=açãoopenaldignidadesexualsúmula608). Data de acesso: 27/04/2010.

*Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:*

*Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.*

*Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

Vale ressaltar que, por tratar-se da utilização de meio artificioso ou ardiloso pelo agente, a fim de ludibriar a vítima e, assim, poder obter a conduta sexual querida, tal delito também é conhecido como *estelionato sexual*.

Inicialmente, partindo para a análise dos elementos do tipo, vemos que muitos destes assemelham-se àqueles previstos no crime de estupro, como ocorre, por exemplo, quando se exige, para a sua configuração, a prática da *conjunção carnal* ou de *ato libidinoso diverso*.

Neste ponto, não podemos esquecer, com base nas considerações já oportunamente realizadas, que a expressão *conjunção carnal*, a ser interpretada restritivamente, deve ser entendida somente como a cópula pênis-vagina, enquanto os *outros atos libidinosos* enquadram-se como todas aquelas condutas sexuais, diversas da conjunção carnal, praticadas pelo agente com o intuito ou não de satisfazer a própria lascívia.

No mais, cabe recordar também que a conjunção carnal, por exigir, necessariamente, a existência de uma relação heterossexual, pode ser praticada, tanto pelo homem, quanto pela mulher, mas somente em desfavor de vítimas do sexo oposto. Nesse sentido, o crime, em relação ao sujeito ativo e passivo, *caracteriza-se como próprio*, uma vez que apesar de exigir uma atuação pessoal do agente, aceita o raciocínio da coautoria e da autoria mediata. Por outro lado, quando a conduta for direcionada a praticar outros atos libidinosos, *o crime classifica-se como comum*, tendo em vista tanto o homem, quanto a mulher poderem praticá-lo, sem a necessidade de nenhuma adjetivação especial.

Entretanto, de forma diversa da conduta descrita no art. 213 do Código Penal, *a vítima só pode assumir, no caso concreto, uma postura passiva diante do agente*, suportando a prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Assim, caso, em virtude da fraude ou

de outro meio utilizado pelo agente, a vítima venha a *praticar* o ato sexual, assumindo uma postura ativa, a conduta deverá ser considerada atípica, uma vez que não se pode aplicar a analogia em *malam partem*.

Outra diferença que pode ser estabelecida entre os dois dispositivos (art. 213 e art. 215, ambos do Código Penal), diz respeito ao *meio empregado* pelo agente para se obter a conjunção carnal ou praticar os atos libidinosos diversos.

Assim, enquanto no crime de estupro, exige-se o emprego da violência ou da grave ameaça com o intuito de vencer a resistência da vítima à concretização do ato sexual, no crime de violação sexual mediante fraude, o agente se vale do ardil ou de outro artifício para iludir a vítima, induzindo-a ou mantendo-a em erro, para com esta praticar a conduta sexual.

E para conseguir enganar o indivíduo, o agente pode se utilizar tanto da *fraude*, que “trata-se do engodo destinado a alterar a compreensão do sujeito passivo acerca da realidade”<sup>90</sup>, como de *outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de sua vontade*, que, “por interpretação analógica, também deve ter uma conotação fraudulenta, a fim de que o agente possa conseguir praticar as condutas previstas no tipo”<sup>91</sup>.

Contudo, a interpretação da expressão “*outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*” não é tão simples quanto parece, principalmente diante da similitude com a redação do §1º do art. 217-A do Código Penal, o que pode gerar, no caso concreto, muitas dúvidas acerca da aplicação de ambos os dispositivos.

Inicialmente, vejamos o que prevê o art. 217-A, §1º do Código Penal:

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

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

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

<sup>90</sup> ESTEFAM, André. Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009, p.47. São Paulo, Saraiva, 2009.

<sup>91</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 493. 7ª edição. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

*qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.* (destaque nosso).

Percebe-se, portanto, que existe uma semelhança muito grande entre as redações dos dois dispositivos legais, a exigir, por parte do intérprete e aplicador da lei, a determinação do alcance das novas elementares introduzidas no caput do art. 215, a fim de que possam coexistir com a mencionada hipótese de estupro de vulnerável, prevista no §1º do art. 217-A.

Dessa maneira, quando o agente, por exemplo, praticasse conjunção carnal com pessoa completamente embriagada, que se encontrasse impossibilitada de oferecer resistência e, por óbvio, impedida de manifestar livremente sua vontade, ficaria a dúvida sobre qual o crime que o indivíduo deveria responder, se estupro de vulnerável ou violação sexual mediante fraude.

Porém, visando distinguir estas duas situações, a doutrina tem entendido que no crime de *violação sexual mediante fraude*, **a vítima consente na prática do ato sexual**, no entanto, em virtude do emprego do ardil ou de outros artifícios, tal consentimento não é válido, uma vez que a manifestação de vontade encontra-se embasada em falsa percepção da realidade. Em contrapartida, no crime de *estupro de vulnerável*, **a vítima, simplesmente, não consente ou resiste**, porque está impossibilitada, física ou psicologicamente, de manifestar sua vontade. Ou seja, neste caso, a resistência da pessoa ofendida é nula.<sup>92</sup>

Nesta mesma toada, encontramos a idéia exarada por Guilherme de Souza Nucci:

Para compatibilizar os dois tipos penais, considerando-se, inclusive, a diversidade das penas, parece-nos seja a solução analisar o grau de resistência da vítima ou, sob outro ângulo, o grau de perturbação da sua livre manifestação. Quando houver resistência relativa ou perturbação relativa, logo, há alguma condição de haver inteligência sobre o ato sexual, embora não se possa considerar um juízo perfeito, poder-se-á cuidar da figura do art. 215. Entretanto, havendo resistência nula ou perturbação total, sem qualquer condição de entender o que se passa, dever-se-á tratar da figura do art. 217-A, §1º. Aliás, quando a imputação disser respeito a estupro de vulnerável, com fundamento no art. 217-A, §1º, pode o magistrado, ao julgar, desclassificar a infração para o tipo previsto no art. 215, consistente em violação sexual mediante fraude ou outro meio, que merece ser considerado subsidiário em relação ao primeiro.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> BRASIL. ADEPOL – Associação dos Delegados da Polícia Civil do Estado de Sergipe. ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. *Da posse à violação sexual mediante fraude. O novo alcance do art. 215 do Código Penal*. Disponível em: <http://www.adepol-se.org.br/Artigos.asp?identificacao=39>. Data de acesso: 26/04/2010.

<sup>93</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 29. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

No mais, o parágrafo único do mencionado artigo, com redação que lhe foi dada pela Lei 12.015/2009, passou a prever a possibilidade de o crime ser praticado com o intuito de obter vantagem econômica, hipótese em que deverá ser aplicada a pena de multa, cuja aplicação será regulada pelo art. 49 do Código Penal.<sup>94</sup>

Conclui-se, portanto, que consumado estará o crime quando o agente, mediante o emprego de fraude ou de outro meio que impeça ou dificulte a manifestação livre da vontade, tenha com a vítima a conjunção carnal (que se efetiva, com a penetração do pênis na vagina da mulher) ou pratique outro ato libidinoso (caso em que a consumação coincide com a realização do próprio ato). Por ser crime plurissubsistente, é possível aceitar o raciocínio da tentativa.

No que tange ao elemento subjetivo, o delito só pode ser praticado dolosamente, não havendo a necessidade da finalidade específica em satisfazer a própria lascívia. Por ausência de previsão legal, inadmite-se a modalidade culposa.

Por fim, torna-se curial dizer que a fraude utilizada tem que ser idônea a enganar a vítima e fazê-la se submeter ao ato sexual, não havendo que se falar em crime quando a fraude for grosseira (hipótese de crime impossível, em virtude da ineficácia absoluta do meio). No entanto, é imprescindível que esta idoneidade seja aferida, subjetivamente, no caso concreto, levando-se em consideração as características pessoais do sujeito passivo.

### **3.9 Outros questionamentos práticos sobre o tema**

#### **3.9.1 Revogação do art. 214 do Código Penal: *abolitio criminis*?**

Com a revogação do art. 214 do Código Penal iniciou-se uma grande discussão no meio jurídico acerca da possível descriminalização da conduta do atentado violento ao pudor, a exigir, como consequência, em relação aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei

---

<sup>94</sup> Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária

12.015/2009, a absolvição do réu ou a extinção da execução penal, com base no art. 2º do mesmo diploma repressivo.<sup>95</sup>

Entretanto, não podemos concordar com aqueles que defendem tal possibilidade. Em primeiro lugar, vale salientar que a conduta que caracterizava o crime de atentado violento ao pudor, qual seja, *constranger alguém a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*, não deixou de ter a sua proibição prevista na lei penal incriminadora.

Na verdade, o que houve foi uma mera transferência das elementares típicas que construía material e formalmente este delito para outra figura normativa, prevista no art. 213 do Código Penal, sob o *nomen jùris* de estupro, que agora, além da prática da conjunção carnal, também prevê a realização de outros atos libidinosos como parte da conduta criminosa.

Como assevera Rogério Greco, aplica-se, nesta hipótese, o chamado *princípio da continuidade normativo-típica*, uma vez que houve, no caso concreto, somente uma “migração dos elementos anteriormente constantes na revogada figura prevista no art. 214 do Código Penal, para o art. 213 do mesmo diploma repressivo”.<sup>96</sup>

Outro argumento desfavorável à tese de *abolitio criminis* é a intensa reprovabilidade social da conduta que caracterizava o crime de atentado violento ao pudor, a qual, por esta razão, não poderia ter sido simplesmente abolida do nosso ordenamento, como aconteceu, por exemplo, com os crimes de adultério e sedução que não mais se compatibilizavam com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Em relação ao assunto, convém colacionar o entendimento dos nossos Pretórios:

**APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPROS E ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR CONTRA DUAS VÍTIMAS - EXISTÊNCIA E AUTORIA COMPROVADAS APENAS QUANTO A UMA DAS OFENDIDAS - CONTINUIDADE DELITIVA - DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. I. A Lei 12.015/2009, recentemente editada, alterou sobremaneira o Título do Código Penal referente aos crimes contra os costumes (agora denominados crimes contra a dignidade sexual), revogando, inclusive, o artigo 214 do Código Penal. II. Por outro lado, o tipo penal do atentado violento ao**

<sup>95</sup> Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

<sup>96</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 486. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010

**pudor foi incluído, com todos os seus contornos, sob a rubrica do estupro (artigo 213), não havendo que se falar, assim, em ""abolitio criminis"".** III. Devidamente comprovadas autoria e existência dos estupros e dos atentados violentos ao pudor praticados pelo acusado contra uma das vítimas e ausentes quaisquer circunstâncias que afastem sua responsabilidade penal, imperiosa a manutenção do édito condenatório. IV. Por outro lado, havendo sérias dúvidas em relação aos crimes supostamente praticados contra a outra ofendida, a prudência recomenda a absolvição, ante o princípio ""in dubio pro reo"". V. É possível a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, por tutelarem bens jurídicos pessoais da mesma espécie, notadamente em face da edição da Lei 12.015/2009, responsável por colocar ambos no mesmo tipo penal. VI. Dado parcial provimento ao recurso. (TJ/MG, APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0512.04.020347-7/002, Rel. Desa. JANE SILVA, 3ª Câmara Criminal, julgado em 06/10/2009, publicado em 24/11/2009). (destaque nosso).<sup>97</sup>

**EMENTA:** AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGIME. ABOLITIO CRIMINIS. LEI 12.015/09. DUPLO GRAU. **1. A Lei 12.015/09 não operou a abolitio criminis no que tange à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Houve inclusão dos elementos normativos em outro tipo penal.** 2. A problemática acerca da forma de concurso e de as infrações (arts. 213 e 214 do CP) representarem ou não delito único, apesar de aventada na petição ao juízo a quo, não foi objeto de decisão no primeiro grau jurisdicional, motivo por que, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, não há como ser decidido no presente recurso. A pretensão comporta nova apreciação pelo juízo a quo, em razão do âmbito de abrangência da coisa julgada no juízo da execução penal e da necessidade de serem enfrentadas as questões aventadas, de forma global. 3. Pretensão referente ao regime de cumprimento da pena, já decidida pelo juízo a quo. AGRAVO DESPROVIDO. POR MAIORIA. (Agravo N° 70033952052, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 28/01/2010, Publicado em 19/03/2010). (destaque nosso).<sup>98</sup>

### 3.9.2 O Código Penal Militar e a Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009

Embora pouco trabalho pela doutrina, faz-se imprescindível discutir acerca dos reflexos da Lei 12.015/2009 no tratamento jurídico dado aos crimes sexuais dispostos no Código Penal Militar. Isso porque, enquanto na legislação penal comum os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor foram unificados numa mesma figura típica, naquele ainda continua a existir a distinção entre ambos os delitos, conforme se denota da leitura dos seus artigos 232 e 233:

<sup>97</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/\\_inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=512&ano=4&txt\\_processo=20347&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=abolitiocriminislei12.015](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=512&ano=4&txt_processo=20347&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=abolitiocriminislei12.015). Data de acesso: 27/04/2010.

<sup>98</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Data de acesso: 27/04/2010.

## **CÓDIGO PENAL MILITAR**

### **CAPÍTULO VII - DOS CRIMES SEXUAIS**

#### ***Estupro***

*Art. 232. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:*

*Pena - reclusão, de três a oito anos, sem prejuízo da correspondente à violência.*

#### ***Atentado violento ao pudor***

*Art. 233. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar, a praticar ou permitir que com ele pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

*Pena - reclusão, de dois a seis anos, sem prejuízo da correspondente à violência.*

Dessa forma, questiona-se se a dicotomia entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, com todas as consequências advindas desta situação, ainda continuaria a ser aplicada no Código Penal Militar ou se aquela teria sido igualmente abolida com o advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009.

Embora, num primeiro momento, pudéssemos até mesmo levantar a hipótese de possível violação ao princípio da isonomia, a afastar por completo qualquer tratamento diferenciado entre os jurisdicionados, assim não tem se posicionado a doutrina que discorre sobre o assunto, a qual entende que o estatuto militar, por caracterizar-se como um subsistema penal específico, não foi albergado pela referida reforma legislativa. Senão vejamos:

Imperioso será o leitor ter conhecimento de todos os novos institutos que se apresentam com a Lei 12.015/2009, porém não lhe será indicado descartar o conhecimento anterior e as distinções que existiam no sistema antigo, pois esse somente foi revogado no que podemos chamar, agora, de “subsistema” do Código

Penal, se contrastado com outro “subsistema” vigente entre nós, ou seja, o do Código Penal Militar, legislação em vigor pelo Dec.-lei 1001/69.<sup>99</sup>

(...)

A Lei 12.015/2009 modificou o crime de estupro como vimos acima, porém não fez quaisquer referências ao Código Penal Militar – Dec-lei 1.001/69, sendo certo que este continua em vigência.<sup>100</sup>

Outros estudiosos, por sua vez, concluem que a Lei 12.015/2009, por não ter criado um novo crime de estupro ou de atentado violento ao pudor, mas apenas unificado estas condutas numa mesma figura típica (art. 213), manteve a identidade desta infração penal com àquelas ainda previstas nos artigos 232 e 233 do Código Penal Militar. Nesse contexto, de acordo com o art. 9º, II do referido diploma legal<sup>101</sup>, basta que se cumpram os requisitos ali expostos, para que o indivíduo responda pelo crime militar de estupro ou de atentado violento ao pudor.<sup>102</sup>

### 3.9.3 Retroatividade da lei penal mais benéfica – Concurso de crimes

Anteriormente à vigência da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, em que o estupro e o atentado violento ao pudor eram previstos como delitos distintos, podíamos aceitar o raciocínio do concurso de crimes entre ambas as infrações, quando, por exemplo, visando levar a efeito a conjunção carnal, o agente também praticasse, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, atos libidinosos diversos, desde que estes não fossem meramente preparatórios à cópula vagínica (ocasião em que seriam absorvidos pelo crime de estupro).

<sup>99</sup>CAPANO, Evandro Fabiani. Dignidade Sexual – Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009, p. 21. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>100</sup> *Ibdi.*, p.44.

<sup>101</sup>Art. 9º - Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: (...) II - os crimes previstos neste Código, **embora também o sejam com igual definição na lei penal comum**, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.

<sup>102</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. AZEVEDO, André Mauro Lacerda. III Encontro Nacional das Corregedorias Gerais das Justiças Militares dos Estados e das Corregedorias das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares. **O crime de estupro à luz da lei nº. 12.015/09 e os seus reflexos no Direito Penal Militar**. Disponível em: [www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art013.pdf](http://www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art013.pdf). Data de acesso: 28/04/2010.

No entanto, como já tivemos a oportunidade de estudar, a doutrina era divergente quanto ao tipo de concurso configurado nesta hipótese. De um lado, estudiosos defendiam tratar-se de crime continuado - desde que cumpridos os requisitos do art. 71 do Código Penal -, uma vez que o estupro e o atentado violento ao pudor enquadrar-se-iam como crimes da mesma espécie; ao passo que outros, *com suporte na jurisprudência dominante*, entendiam que o caso seria de concurso material, haja vista que os referidos delitos, por não terem a mesma tipificação legal, não podiam ser considerados da mesma espécie.

Contudo, diante da unificação das referidas condutas delituosas sob uma mesma figura típica, agora previstas no art. 213 do Estatuto Criminal, não há mais que se aceitar a tese de concurso material entre estas, tendo em vista que, por tratar-se de *tipo penal alternativo*, mesmo que o agente venha a incorrer na prática de ambas as ações (conjunção carnal e atos libidinosos diversos), deverá responder por um crime único.

Nesse sentido, encontramos a doutrina de Rogério Greco:

Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como *crime único*, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla (tipo misto alternativo), aplicando-se somente a pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes.<sup>103</sup>

Ressalta-se o posicionamento de nossos pretórios sobre o assunto:

REVISÃO CRIMINAL. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA EM JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. DECLARAÇÕES INCONSISTENTES ANTE O ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. CONDENAÇÃO DO RÉU COMO INCURSO NOS CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL. LEI 12.015/2009. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROAÇÃO. 1. Quando os argumentos apresentados pela vítima na tentativa de livrar a responsabilização penal do inculcado além de evasivos, são inverossímeis, posto que não guardam relação com os demais elementos de provas produzidos nos autos da ação penal, a improcedência do pedido de absolvição na ação revisional é medida impositiva. 2. **A partir das alterações trazidas pela Lei n.º 12.015/2009, é defeso a aplicação do instituto do concurso material entre a conduta de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, porquanto a novatio legis promoveu a fusão entre aqueles tipos penais, passando a definir o estupro como um crime de ação múltipla, posto que o tipo apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações ali previstas.** 3. Constatando-se, no caso concreto, que a lei nova é mais benéfica ao Réu, obrigatória se faz sua aplicação de forma

---

<sup>103</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 486. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010

**retroativa, consoante orientação da norma constitucional (art. 5º, XL) e da infra-constitucional (art. 2º, do CPB) V.v. REVISÃO CRIMINAL. RETRATAÇÃO. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PROVA INSUFICIENTE. 1 - A mera retratação da ofendida, em justificação judicial, não é suficiente para desconstituir a condenação de seu avô. 2 - Revisão criminal improcedente. (TJ/AC, Revisão Criminal n. 2009.002653-7, Rel. Desa. ISAURA MAIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, publicado em 23/03/2010). (destaque nosso).<sup>104</sup>**

**ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA SUFICIENTE - CONDENAÇÃO MANTI LEI Nº 12.015/2009 - NOVATIO LEGIS IN MELIUS- ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - CONDUTA HOJE PREVISTA COMO CRIME DE ESTUPRO - AFASTAMENTO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIME - NECESSIDADE - RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE CRIME ÚNICO - HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. ESTUPRO - CRIME HEDIONDO - CARACTERIZAÇÃO. REGIME PRISIONAL - POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO - ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.464 DE 28 DE MARÇO DE 2007. (TJ/SP, Apelação Criminal n. 993060714333, Rel. Desa. MARIA TEREZA DO AMARAL, 8ª Câmara Criminal, julgado em 26/11/2009, publicado em 18/01/2010). (destaque nosso).<sup>105</sup>**

Dessa forma, considerando benéfica a alteração legislativa, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar, com base no art. 5º, XL da Constituição Federal de 1988<sup>106</sup> e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal<sup>107</sup>, que o art. 213 do referido diploma repressivo, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 12.015/2009, deve ser aplicado, de forma retroativa, para beneficiar os investigados, processados ou condenados em concurso material pelos delitos supracitados. Senão vejamos:

**REVISÃO CRIMINAL - REEXAME DE PROVAS - PEDIDO INDEFERIDO -- CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL - EDIÇÃO DA LEI Nº 12.015 - 'NOVATIO LEGIS IN MELLIUS'. - 1. Não se constituindo a ação revisional numa espécie de segunda apelação, mas uma estreita via pela qual é possível modificar o trânsito em julgado para sanar erro técnico ou injustiça da condenação, não se presta para o reexame das provas exaustivamente examinadas pelo Julgador originário e pelo Órgão Colegiado por ocasião do julgamento da apelação, as quais não foram desconstituídas por qualquer elemento novo de convicção, é de rigor o indeferimento do pedido revisional nessa parte. - 2. **Tendo entrado em vigor a Lei nº 12.015/2009, revogando expressamente o art. 214 do Código Penal, e alterado a redação do art. 213 do referido diploma, englobando, neste dispositivo, as antigas condutas relativas aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, trata-se, sem qualquer dúvida, de 'novatio legis in melius', que de acordo com o princípio da retroatividade inserto no art. 5.º, XL, da CF e no § único do art. 2.º do CP, tem aplicação imediata, devendo, portanto, serem excluídas da condenação as penas relativas ao delito de atentado violento ao pudor praticado****

<sup>104</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://websajju.tjac.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>. Data de acesso: 28/04/2010.

<sup>105</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Data de acesso: 28/04/2010.

<sup>106</sup> Art. 5º da CF/88: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

<sup>107</sup> Art. 2º, parágrafo único, CP - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

**no mesmo contexto do delito de estupro.** - 3. Pedido revisional parcialmente deferido. (TJ/MG, REVISÃO CRIMINAL N° 1.0000.08.488483-2/000, Rel. Des. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, 1ª Câmara Criminal, julgado em 08/03/2010, publicado em 16/04/2010). (destaque nosso).<sup>108</sup>

Assim, por exemplo, nos casos de inquéritos já instaurados para apurar a prática de ambos os delitos, ainda que haja a descrição dos fatos de maneira distinta, com o advento da Lei 12.015/2009, a denúncia ou a queixa somente deve imputar ao réu o crime previsto no art. 213 do Código Penal.

Da mesma maneira, no caso do agente já ter sido denunciado pelo estupro e pelo atentado violento ao pudor, praticados anteriormente à vigência da nova legislação, cabe ao magistrado, diante da alteração em comento, condená-lo somente por um delito único de estupro (art. 213 do CP), devendo, no entanto, levar em consideração, no momento do cálculo da pena-base, a quantidade de atos sexuais praticados contra a vítima. Nesse sentido, posiciona-se Guilherme de Souza Nucci:

Nesse campo, ingressa o princípio constitucional da individualização da pena, vale dizer, o cometimento de violência sexual consistente em conjunção carnal resulta no mínimo de seis anos; a prática da violência sexual lastreada em conjunção carnal associada a um ou mais atos libidinosos constitui cenário diferenciado. Portanto, valendo-se do disposto no art. 59 do Código Penal, pensamos ser incabível a fixação de apenas seis anos. A pena mínima não se justifica diante da multiplicidade de condutas sexuais violentas contra determinada vítima. Porém, isso não significa ser viável a condenação por dois delitos a um mínimo de doze anos, algo que restou no passado.<sup>109</sup>

No caso de ter havido condenação do réu pelo concurso de crimes, cabe ao Tribunal, em grau de apelação, rever a pena, com o intuito de encontrar aquela que for mais justa. Por fim, se o condenado já estiver cumprindo a pena, competirá ao juiz de execução ajustar a condenação, desde que, para tanto, não tenha que reavaliar provas, pois, neste caso, a competência será do Tribunal, através da ação de revisão criminal.<sup>110</sup>

Vale salientar ainda que alguns doutrinadores, ao entenderem que o art. 213 do Código Penal contemplou uma hipótese de tipo penal cumulativo - com a previsão de dois

<sup>108</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=8&txt\\_processo=488483&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=CONCURSODECRIMESESTUPROLEI12.015](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=8&txt_processo=488483&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=CONCURSODECRIMESESTUPROLEI12.015). Data de acesso: 28/04/2010.

<sup>109</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 66. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

<sup>110</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 487. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010

crimes distintos e autônomos entre si -, acreditam na possibilidade de se aplicar as regras da continuidade delitiva, desde que preenchido os requisitos do art. 71 do nosso diploma repressivo.<sup>111</sup> Defendendo essa hipótese, Fernando Brandini Bargalo, juiz de direito substituto do TJDF, assevera que:

Ainda que por uma questão de estilo o núcleo do tipo “constranger” tenha sido utilizado em apenas uma oportunidade, nos parece claro que há duas condutas típicas incriminadas no preceito primário: constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal e constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Por uma questão de proporcionalidade (e lógica), aquele que além da conjunção carnal pratica ato libidinoso destacado da conjunção (excluídas as chamadas praeludia coiti apalpamento, beijos etc) incidiria em dupla conduta de estupro, ou em uma só conduta em continuidade (pela primeira e também pela segunda figura). Para nós, é a melhor interpretação e a que mais se coaduna com a vontade legislativa.

Destarte, em nossa modesta opinião, permanece inalterada a possibilidade de cumulação das penas, ou de continuidade delitiva. Conforme adiantamos, a nova formulação típica autoriza o reconhecimento da continuidade delitiva entre o constrangimento à conjunção carnal e o constrangimento a ato libidinoso diverso, pois agora não há mais desculpas: trata-se de crimes da mesma espécie, mais, estão sob o mesmo nomen iuris.<sup>112</sup>

Nesse sentido, também já conseguimos encontrar decisão judicial:

Apelação - Estupro e atentado violento ao pudor cometidos em concurso material - Condenação - Recurso defensivo - Absolvição - Improcedência - Materialidade e autoria devidamente demonstradas - Confissão do acusado corroborada com depoimento da vítima e das testemunhas - Condenação de rigor - Necessária a readequação da tipificação das condutas, nos termos da Lei nº 12.015/2009 - Crimes de estupro e atentado violento ao pudor englobados em uma única figura típica, nos termos do artigo 213 do Código Penal - Não caracterização de concurso material - **Conjunto probatório dos autos que evidencia terem sido os crimes praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução, importando em continuidade delitiva / Reconhecimento do crime continuado, na sua majoração máxima, plenamente justificada face à gravidade das infrações praticadas pelo acusado** - Recurso parcialmente provido (TJ/SP, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 990092183109, Rel. Des. SALLES ABREU, 4ª Câmara Criminal, julgado em 12/01/2010, publicado em 23/01/2010). (destaque nosso).<sup>113</sup>

O próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu essa possibilidade:

<sup>111</sup> Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

<sup>112</sup> BRASIL. Blog do Professor Hamilton Hamoras. BARBAGALO, Fernando Brandini. A nova figura do estupro. Disponível em: <http://www.hamoras.com/?p=117>. Data de acesso: 29/04/2010.

<sup>113</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Consulta de Jurisprudência. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Data de acesso: 30/04/2010.

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E TENTATIVA DE ESTUPRO. INFRAÇÕES COMETIDAS, ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 12.015/09, EM SEMELHANTES CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO, GUARDANDO IDENTIDADE. ATOS POSTERIORES HAVIDOS COMO CONTINUIDADE DO PRIMEIRO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **1. Segundo o art. 71 do Código Penal, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. 2. Após as inovações trazidas pela Lei nº 12.015/09, os arts. 213 e 214 do Código Penal hoje estão condensados no mesmo dispositivo legal, constituindo, dessarte, crimes da mesma espécie, o que viabiliza a aplicação da regra do art. 71 da Lei Penal.** 3. No caso presente, o intervalo entre os acontecimentos é de aproximadamente um mês. As condições de lugar (residência do acusado) e maneira de execução (aproveitava-se do fato de a vítima estar dormindo em casa) são absolutamente semelhantes, o que conduz ao reconhecimento do crime continuado. 4. Tomando por base o número de infrações cometidas – 2 (duas) – deve incidir a majoração no patamar de 1/6 (um sexto). 5. A pretensão absolutória esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência de todo incompatível com a via eleita. 6. Ordem parcialmente concedida para, reconhecendo o crime continuado entre as infrações cometidas pelo ora paciente, reduzir a pena sobre ele recaída, de 10 (dez) anos de reclusão para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. (HC 114.054/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2010, DJE 19/04/2010). (destaque nosso).<sup>114</sup>

### 3.9.4 Ação penal e direito intertemporal

Como já tivemos a oportunidade de estudar, enquanto na antiga sistemática dos crimes sexuais a regra era a ação penal privada, a lei 12.015/2009 veio estabelecer como padrão a ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo na hipótese de vítima menor de 18 anos ou vulnerável, quando aquela será pública incondicionada.

No entanto, no caso de ações penais privadas já instauradas anteriormente ao advento da Lei 12.015/2009, a doutrina e a jurisprudência tem entendido que aquelas devem subsistir, operando-se a sua ultratividade, tendo em vista serem mais benéficas ao agente,

<sup>114</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Consulta de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+continuado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Data de acesso: 30/04/2010.

quando, por exemplo, permitem o reconhecimento do instituto da decadência.<sup>115</sup> Nesse sentido, encontramos os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

As ações que estiverem em andamento (ou findas), promovidas pela vítima, por queixa, podem continuar seu rumo, sem qualquer obstáculo. Nesse prisma, o fato de, a partir da Lei 12.015/2009), a legitimidade ter-se transmitido ao Ministério Público, não afasta a anterior legitimidade do ofendido. Sob tal prisma, o lado processual da novel lei traz benefício ao acusado. **A este se torna mais favorável ser a ação privada, pois, conforme a fase, poderia haver perdão, por exemplo, com reflexo material, consistente na extinção da punibilidade.** Logo, mantém-se a vítima no pólo ativo. (destaque nosso)

Caso esteja o inquérito em andamento, ilustrando, por estupro ocorrido com grave ameaça contra maior de 18 anos, pensamos deva continuar a ser ação privada, aplicando-se a lei anterior, pois mais benéfica. Afinal, assim ocorrendo, pode haver renúncia, perdão, decadência, etc., com extinção da punibilidade.<sup>116</sup>

Corroborando este entendimento, destacamos a jurisprudência mais atual sobre o assunto:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA OS COSTUMES. CONFLITO DE LEIS. ILEGITIMIDADE ATIVA MINISTERIAL. FATO ANTERIOR À LEI 12.015/09. **Em que pese a Lei nº 12.015/2009 ter alterado a legitimidade ativa referente aos crimes contra a dignidade sexual, permanece o reconhecimento da legitimação do ofendido para ingressar com a ação privada.** No caso, a queixa-crime e a denúncia foram ofertadas, respectivamente, em 22 e 24 de setembro de 2009, quando ambos, MP e ofendido, eram legitimados para o ajuizamento da ação. Todavia, além dos representantes legais da ofendida terem ingressado com a competente queixa-crime, obedecendo o prazo de 06 meses previsto no artigo 38 do CPP, o fato efetivamente foi cometido sob a égide da lei anterior. **Assim, equivocada a decisão que recebeu a denúncia ofertada pelo Ministério Público e admitiu os querelantes como assistentes de acusação, pois se trata de feito com parte ativa ilegítima.** À UNANIMIDADE, CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM DE HABEAS CORPUS PLEITEADA EM FAVOR DE L.A.P.N., PARA RECONHECER A ILEGITIMIDADE ATIVA MINISTERIAL, DETERMINANDO O RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO A QUO, PARA EXAME DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS PARA O RECEBIMENTO OU NÃO DA QUEIXA CRIME. (Habeas Corpus Nº 70033772575, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 28/01/2010). (destaque nosso).<sup>117</sup>

No entanto, vale destacar que, para aqueles que entendem que a Súmula 608 do STF ainda continua a ser aplicada em nosso sistema jurídico, mesmo em face da Lei 12.015/2009, nos crimes de estupro em que existe violência real, a ação penal continua como pública incondicionada, sem maiores discussões em relação ao assunto. Seria, na verdade,

<sup>115</sup> Art. 103,CP - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

<sup>116</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 70-71. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

<sup>117</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Consulta de Jurisprudência. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Data de acesso: 30/04/2010.

como ressalvado anteriormente, uma interpretação *restritiva* do alcance do *caput* da nova redação do art. 225 do Código Penal, uma vez que estaria prevendo uma outra possibilidade de ação penal pública incondicionada, além daquela já expressamente trazida pelo parágrafo único (“quando a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável”).

Por outro lado, para aqueles que entendem que com o advento da Lei 12.015/2009 a Súmula 608 do STF perdeu a razão de existir, o magistrado deve, nos casos de estupro que foram praticados com violência real, aplicar, retroativamente, a regra geral da *ação penal pública condicionada à representação do ofendido*. Dessa forma, o juiz deve intimar a vítima, para que esta consinta na continuidade da ação penal pelo Ministério Público (devendo, para tanto, formalizar a representação) ou, simplesmente, negue tal consentimento, hipótese em que o juiz extinguirá a punibilidade. Nesse caso, como ressalvado, o novo art. 225 deve retroagir para beneficiar o réu.<sup>118</sup>

Mesma coisa deve acontecer nos casos anteriormente enquadrados no art. 225, II do Código Penal, *que previa hipóteses de ação penal pública incondicionada*, quando o crime fosse cometido em virtude de abuso do poder familiar, pelo padrasto (ou madrasta), tutor ou curador. Dessa forma, tirando as situações que ainda podem ser enquadradas no parágrafo único da nova redação do art. 225 do diploma criminal, quando a ação penal continuará sendo pública incondicionada (afinal, os vulneráveis estão, em regra, submetidos ao poder familiar, à tutela ou curatela), nas outras hipóteses, como, por exemplo, do curatelado, maior de 18 anos e não vulnerável, a ação deverá ser pública condicionada à representação, hipótese em que é cabível o mesmo raciocínio exposto no parágrafo anterior.

---

<sup>118</sup> NUCCI, *op. cit.*, p. 69.

## 4 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL)

### 4.1 Base cognitiva da lei 12.015/2009

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 teve sua gênese a partir da instalação da “Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes”, a qual, após realizar intensas investigações acerca da violência sexual praticadas em desfavor da infância e da juventude, constatou a inadequação da legislação penal brasileira à realidade fática que se apresentava, tendo, por esta razão, apresentado proposições legislativas de alteração do Código Penal e da lei dos crimes hediondos, com o intuito de tipificar novos crimes sexuais ou aumentar a pena daqueles já previstos.

E os estudos desenvolvidos nesta CPMI acabaram dando origem ao Projeto de Lei do Senado Federal 253/2004 que, no seu texto de justificção, já conseguia demonstrar, de forma clara, a necessidade de concretizar as mudanças que estavam sendo propostas, tendo em vista que o Código Penal, do jeito que se apresentava, não mais acompanhava a evolução da sociedade, que, a cada dia, mostrava novos casos de violação da liberdade sexual dos indivíduos, sobretudo, de crianças e adolescentes. Senão vejamos:

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

<sup>119</sup>

Posteriormente, vale ressaltar, que o Projeto de Lei do Senado Federal 253/2004, através de emenda aglutinativa substitutiva global, que trouxe alguns ajustes de caráter redacional e de mérito ao seu texto legal, integrou-se ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 4850/2005, que, por sua vez, deu origem à Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009.

---

<sup>119</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 253/2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730>. Data de acesso: 06/05/10.

Dessa forma, analisando a origem da Lei 12.015/2009, podemos aferir que a base cognitiva, que lhe deu arrimo, sempre esteve diretamente relacionada à necessidade de combater as situações de violência e exploração sexual praticadas, sobretudo, contra àquelas pessoas que se encontravam em peculiar condição de desenvolvimento, não sendo por acaso que o projeto de lei inicial denominou o Título VI do Código Penal de “Crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual”, em clara referência às crianças e aos adolescentes.

Nesse sentido, podemos destacar as ilações de Evandro Fabiani Capano:

Assim, podemos verificar que o objeto de estudo – Lei 12.015/2009 – teve por intenção, desde seu nascedouro, a maior proteção das crianças e adolescentes, pois nascido na Comissão Parlamentar de Inquérito Mista para averiguar a exploração sexual de crianças e adolescentes, sendo esse, portanto, um dos vetores principais de sua base filosófica, que deverá sustentar de forma sistêmica as exegeses legais que se farão necessárias no trato hermenêutico da matéria.<sup>120</sup>

Entretanto, mesmo tendo mostrado uma grande preocupação em punir os crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, não se pode concluir que o legislador, ao prescrever os “crimes contra a dignidade sexual”, somente quisesse tutelar os interesses jurídicos daqueles, tendo em vista que a expressão é bem mais abrangente, a englobar a liberdade e a respeitabilidade que todo e qualquer indivíduo tem em matéria sexual.

E o maior reflexo dessa base cognitiva, na qual se sustenta a Lei 12.015/2009, foi a inserção de um capítulo específico para tratar dos “crimes sexuais contra os vulneráveis”, o que reforça a idéia de que o legislador sempre procurou punir, de forma mais robusta, os delitos praticados contra aquelas pessoas que, pela sua condição pessoal, encontram-se incapacitadas de consentir validamente na prática do ato sexual e que, por esta razão, são mais suscetíveis de sofrer qualquer tipo de exploração ou violência por parte do agente.

Nesse sentido, destacam-se as palavras de Rogério Greco ao dissertar sobre o objeto jurídico tutelado nos crimes sexuais previstos no Capítulo II do Código Penal, em especial o delito de “estupro de vulnerável”:

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano,

---

<sup>120</sup> CAPANO, Evandro Fabiani. Dignidade Sexual – Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009, p. 24. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.<sup>121</sup>

Contudo, embora a doutrina majoritária posicione-se no sentido de que a liberdade sexual dos vulneráveis também é objeto de tutela jurídica do Estado, outros doutrinadores entendem de forma contrária, defendendo a idéia de que aqueles não gozam de tal prerrogativa, pois não são capazes de exercer qualquer opção volitiva nesse contexto. Nesse diapasão, Evandro Fabiani Capano assevera que “o objeto jurídico tutelado não pode ser a ‘liberdade sexual’, pois a lei, ao afastar, pela revogação expressa, o art. 224 do CP, acabou por tornar a conduta criminal objetiva e gerou a indisponibilidade do ato sexual para os vulneráveis”<sup>122</sup>.

Em relação ao assunto, entendo caber razão à primeira corrente doutrinária que sustenta que a liberdade sexual dos vulneráveis também faz parte do bem jurídico tutelado pelos dispositivos do Código Penal. Isso porque, embora não se reconheça a capacidade destas pessoas exercerem, de forma plena, a sua liberdade de escolha sexual e respeito ao próprio corpo, não se pode querer negá-los a existência de tal direito, que já se encontra incorporado em seu patrimônio jurídico. Aliás, como se sabe, a existência do direito, não pode ser confundida com a capacidade de exercê-lo.

#### **4.2. Conceito de vulnerável**

Além da modificação realizada no Título VI do Código Penal Brasileiro, que passou a fazer referência aos “crimes contra a dignidade sexual” em contraposição à antiga nomenclatura “dos crimes contra os costumes”, a Lei 12.015/2009 também veio alterar o Capítulo II do referido Título, passando a denominá-lo “dos crimes sexuais contra vulnerável”.

Entretanto, não nos parece que o legislador soube delimitar, de forma objetiva, o conceito jurídico de “vulnerável”, tendo apresentado, quando da redação dos dispositivos do

---

<sup>121</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 519. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

<sup>122</sup> CAPANO, *op. cit.*, p. 65.

referido Capítulo, definições variáveis sobre o instituto, que mostram a necessidade de tentar delinear, de forma clara e homogênea, quais as parcelas da sociedade que, realmente, merecem a proteção especial exigida pela lei.

Nesse sentido, por exemplo, enquanto o art. 217-A do Código Penal, que trata do *estupro de vulnerável*, somente estabelece a proteção dos indivíduos menores de 14 (quatorze) anos, o art. 218-B, que trata da *prostituição ou favorecimento sexual de vulnerável*, faz referência, bem mais ampla, aos menores de 18 (dezoito) anos. Assim, interpretando sistematicamente estes artigos, que fazem parte do mesmo Capítulo do diploma repressivo, poderia se afirmar, a princípio, que o conceito de “vulnerável” englobaria, além dos indivíduos menores de 14 (catorze) anos de idade, os maiores de 14 (catorze) e menores de 18 (dezoito) anos.

Sustentando esta idéia, Rogério Greco assevera que:

Na verdade, não existe uma definição clara do conceito de vulnerabilidade. Quando se cuidou do crime de estupro, o novo diploma legal entendeu como vulnerável o menor de 14 (catorze) anos, bem como alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não pudesse oferecer resistência.

O referido art. 218-B, ao que parece, fornece um conceito mais amplo de pessoa vulnerável, uma vez que inclui, em sua definição, o menor de 18 (dezoito) anos.<sup>123</sup>

No entanto, quando nos deparamos com a redação do parágrafo único do art. 225, que trata da ação penal nos crimes sexuais, a referida afirmação passa a ser questionada, uma vez que assim está disposto: “procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos *ou* pessoa vulnerável”. Dessa forma, coloca-se em dúvida se todo menor de 18 anos seria pessoa vulnerável, tendo em vista a clara distinção feita pelo dispositivo legal em comento.

Outro ponto de destaque, diz respeito a algumas impropriedades terminológicas utilizadas pelo legislador na tipificação das condutas penais, como se observa, por exemplo, com o tipo previsto no art. 218 do Código Penal, intitulado de *corrupção de menores*, no qual apenas se faz referência aos indivíduos menores de 14 (catorze) anos, quando se sabe que o termo “menor”, nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente, diz respeito tanto à criança (menor de doze anos) como ao adolescente (maior de doze e menor de 18 anos).

---

<sup>123</sup> GRECO, *op. cit.*, p. 519.

O mesmo fenômeno pode ser observado no art. 218-A, o qual, apesar de utilizar a expressão “criança e adolescente”, para designar o sujeito passivo do delito, também só menciona os menores de 14 (catorze) anos, esquecendo, desta forma, que os maiores de 14 (catorze) e menores de 18 (dezoito) anos, nos termos do ECA, também são considerados adolescentes.

Enfim, percebe-se que a definição do conceito de “vulnerável” trata-se de um desafio para o intérprete e o aplicador da lei, os quais, na tentativa de delimitar o universo de pessoas que, de fato, enquadram-se como merecedoras da proteção especial, tem que analisar como este instituto é visto em outros ramos do nosso ordenamento jurídico, para só então poder defini-lo nos moldes trazidos pela Lei 12.015/2009.

#### 4.2.1 A vulnerabilidade presente em outros ramos do ordenamento jurídico

Embora o termo “vulnerável” tenha sido mencionado de forma expressa pela Lei 12.015/2009 para fazer referência àquelas pessoas que, de forma temporária ou permanente, encontram-se incapacitadas de consentir na realização do ato sexual, o nosso ordenamento jurídico, em outras situações, já trouxe a previsão deste instituto de forma implícita, como é o caso, por exemplo, da incapacidade prevista no Código Civil Brasileiro.

Dessa forma, embora se saiba que todo ser humano, desde seu nascimento até sua morte, é titular de direitos e obrigações na ordem civil, nem todos podem exercer, pessoalmente, tais prerrogativas. Assim, o legislador entendeu por bem que certos indivíduos, em razão de condições específicas de idade, saúde e desenvolvimento intelectual, não poderiam exercer seus direitos de forma plena, em virtude de serem, no caso concreto, mais suscetíveis de violação.

Nesse sentido, destacam-se as palavras de Sílvio Rodrigues:

O legislador, ao arrolar entre os incapazes referidas pessoas, procura protegê-las. Partindo de que ao menor falta a maturidade necessária para julgar de seu próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou ao silvícola falta o senso preciso para defender seu patrimônio, o

legislador inclui todos esses indivíduos na classe dos incapazes, a fim de submetê-lo a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses.<sup>124</sup>

Percebe-se, desta forma, que o legislador, nos artigos 3º<sup>125</sup> e 4º<sup>126</sup> do Código Civil Brasileiro, ao elencar, respectivamente, os casos de *incapacidade absoluta* e *incapacidade relativa*, procurou destacar os indivíduos, que pela suas características pessoais, são considerados mercedores de maior proteção por parte do Estado, pelo que criou mecanismos específicos para tal fim, como, por exemplo, a necessidade de representação (no caso dos absolutamente incapazes) e de assistência (no caso dos relativamente incapazes) para a realização dos atos da vida civil, sob pena destes serem considerados nulos ou anuláveis.

Além dessas medidas de ordem geral, a lei também previu outros casos de cunho protetivo dos interesses do incapaz, como, por exemplo, o fato de não correr a prescrição em desfavor dos absolutamente incapazes<sup>127</sup> ou ainda a situação de ninguém poder reclamar o que, por obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a obrigação paga<sup>128</sup>.

No mesmo sentido, apresenta-se o Estatuto da Criança e do Adolescente que, justamente por reconhecer a maior vulnerabilidade daquelas pessoas que se encontram em peculiar condição de desenvolvimento, crescimento e formação moral e social, procurou através de normas específicas, garantir a concretização dos seus direitos e garantias fundamentais.

E essa maior preocupação em reconhecer tais indivíduos como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de garantias especiais decorrentes da sua condição específica, adveio da “Doutrina da Proteção Integral”, que trouxe a concepção de que as crianças e os adolescentes, por serem sujeitos de direito e não meros objetos de intervenção no mundo adulto (como preconizava a “Doutrina da Situação Irregular”),

---

<sup>124</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Parte Geral (Volume I), p. 39-40. 34ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

<sup>125</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

<sup>126</sup> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

<sup>127</sup> Artigo 198, inciso I, Código Civil Brasileiro.

<sup>128</sup> Artigo 181, Código Civil Brasileiro.

deveriam ser respeitados e reconhecidos perante a família, a sociedade e o Estado. Nesse sentido, destacam-se as palavras de Antônio Carlos Gomes da Costa:

A doutrina da proteção integral afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor perspectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade de seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos. (*grifo nosso*)<sup>129</sup>

Podemos encontrar a aplicação de tais preceitos, por exemplo, nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que assim declaram:

*Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*

*Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*

Vale ressaltar ainda que, nos termos do art. 2º do referido Estatuto, define-se criança como sendo aquela pessoa menor de doze anos, ao passo que o adolescente como sendo aquele cuja idade varia de doze a dezoito anos. Dessa forma, pode-se concluir que, necessariamente, toda criança será absolutamente incapaz, nos termos do Código Civil, ao passo que o adolescente poderá ser tanto absolutamente incapaz, quando tiver mais de doze e menos de dezesseis anos de idade, ou relativamente incapaz, quando tiver entre dezesseis e dezoito anos.

---

<sup>129</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir, AMARAL e SILVA, Antônio Fernando do, MENDEZ, Emilio Garcia (Coords.). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais, p. 19. São Paulo, Malheiros, 1992.

Contudo, o fato do legislador estabelecer um tratamento jurídico distinto em relação aos “vulneráveis”, com destaque para a proteção dada às crianças e aos adolescentes, não significa, de qualquer forma, uma violação ao princípio da isonomia, justamente em virtude da diferença de desenvolvimento físico e mental entre aqueles e os demais indivíduos, o que gera a necessidade de “tratar os iguais, igualmente, e os desiguais, desigualmente, na medida de suas desigualdades”.

Assim, o fato do próprio Código Penal levar em consideração “a capacidade da pessoa de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento”, para aferir a sua imputabilidade penal, demonstra a preocupação da lei em tratar de forma diferenciada, no que tocante à responsabilidade penal, o indivíduo que não possui o discernimento suficiente para compreender as conseqüências de seus atos e a amplitude das normas criminais.

Nesse sentido, o art. 27 do Código Penal, com subsídio no art. 228 da Constituição Federal e no art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece:

*Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*

Denota-se, assim, que o menor de idade, em virtude de sua “vulnerabilidade moral e social”, não poderia ser submetido ao mesmo sistema penal que um adulto criminoso, principalmente quando nos deparamos com a organização carcerária em nosso país, que se apresenta falida e sem perspectivas de melhoras, tendo em vista que em vez de promover a ressocialização do preso, acaba funcionando como um estímulo à reincidência delitiva.

Com isso em vista, foi criada uma estrutura especial, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, para cuidar dos casos de jovens infratores que cometam qualquer tipo de crime ou contravenção penal, sendo aqueles submetidos às medidas de proteção, previstas no art. 101<sup>130</sup>, bem como as medidas sócio-educativas, previstas no art. 112<sup>131</sup>, as

---

<sup>130</sup> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e

quais, por terem um caráter mais pedagógico-educativo, do que propriamente punitivo, apresentam-se como a solução mais adequada para reestruturar o adolescente e inseri-lo novamente na sociedade.

No mais, além da necessidade de aplicação da legislação específica em relação aos menores infratores, a inimputabilidade penal também trouxe outras consequências jurídicas, como aquela prevista no art. 26 do Estatuto Criminal, que isenta de pena “o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, *inteiramente incapaz* de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Podemos destacar ainda a situação de semi-imputabilidade, prevista no art. 26, parágrafo único, do nosso diploma repressivo, que leva à redução da pena do agente que “em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado *não era inteiramente capaz* de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Além disso, o art. 28, §1º do Estatuto Criminal traz outra hipótese de inimputabilidade penal, que ocorre quando “o agente, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, *inteiramente incapaz* de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento”, sendo possível ainda, nos termos do §2º do referido artigo, que a pena seja somente reduzida, quando, pelos mesmos motivos do parágrafo antecedente, o agente não era *plenamente capaz* de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

#### 4.2.2 A vulnerabilidade nos moldes da Lei 12.015/2009

---

tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.

<sup>131</sup> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

A partir das considerações acima realizadas, referentes à incapacidade civil (absoluta e relativa), às normas de proteção à criança e ao adolescente e aos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade penal, podemos concluir que muitos de seus elementos podem ser utilizados como base do conceito de “vulnerável” trazido pela Lei 12.015/2009, embora, pela análise dos dispositivos legais do Capítulo II do Título VI do Código Penal, ainda permaneça certa indefinição sobre qual a abrangência desse conceito, ou seja, qual a parcela da sociedade é, efetivamente, objeto da proteção delineada.

Como já comentado anteriormente, embora previstos no mesmo capítulo do Código Penal, os “crimes sexuais contra vulneráveis” apresentam esferas de proteção distintas, fazendo referência, em certas ocasiões, aos menores de 14 (catorze) anos, como no caso dos crimes de *estupro de vulnerável* (art. 217-A), de *corrupção de menores* (art. 218) e de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente* (art. 218-A), enquanto, em outras situações, o manto protetor do Estado volta-se, de forma mais ampla, ao menor de 18 anos, como ocorre no crime de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável* (art. 218-B).

Assim, em uma primeira análise, poder-se-ia concluir, sem maiores problemas, que todas as crianças e adolescentes, nos termos do ECA, estariam enquadradas no conceito de “vulnerável”. Entretanto, tal afirmativa passa a ser questionada, quando o próprio art. 225, parágrafo único, do Código Penal, nos leva a entender que nem todos os menores de 18 anos podem ser taxados como pessoas vulneráveis, uma vez que assim dispõe: “*procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável*”.

Porém, com base nos argumentos já expostos, nos parece que a redação do questionado artigo 225 do diploma repressivo, não passou de um mero erro técnico do legislador ao redigi-lo, haja vista que não se pode negar que o adolescente até dezoito anos seja dotado de vulnerabilidade, a exigir, portanto, proteção especial por parte da lei, como pode ser observado nos artigos 213, §1º<sup>132</sup>, 216-A, §2º<sup>133</sup>, 218- B, *caput* e §2º, I<sup>134</sup>, 227, §1º<sup>135</sup>, 230, §1º<sup>136</sup>, 231, §2º<sup>137</sup>, I, 231-A, §2º, I<sup>138</sup> do Código Penal.

---

<sup>132</sup> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (...) §1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou **se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos** (...). (destaque nosso).

Percebe-se, assim, com base nos casos supracitados, que o conceito de vulnerabilidade vai muito mais além dos crimes previstos no Capítulo II do Título VI do Código Penal, abrangendo também os demais delitos contra a dignidade sexual cujas vítimas se encontrem em situações semelhantes.

Nesse sentido, melhor seria que a redação do referido art. 225 do Código Penal, assim dispusesse: “procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou *outra* pessoa vulnerável”.

Contudo, o fato do legislador estabelecer um tratamento distinto entre os menores de 14 (catorze) anos e os demais adolescentes, não significa que houve uma desconsideração da vulnerabilidade destes últimos, sendo apenas entendido, nos termos da justificção do Projeto de Lei do Senado 253/2004, que “em virtude do grau de desenvolvimento, respeita-se certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 18 anos”.<sup>139</sup>

E nessa toada, justamente por entender que existe uma diferença de desenvolvimento sexual entre tais indivíduos, Guilherme de Souza Nucci declara que a

<sup>133</sup> Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função: (...) § 2º A pena é aumentada em até um terço **se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos** (destaque nosso)

<sup>134</sup> Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual **alguém menor de 18 (dezoito) anos** ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (...) §2º Incorre nas mesmas penas: I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com **alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos** na situação descrita no **caput** deste artigo (destaque nosso)

<sup>135</sup> Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: §1º **Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos**, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda (...). (destaque nosso)

<sup>136</sup> Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: §1º **Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos** ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (...). (destaque nosso)

<sup>137</sup> Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. §2º A pena é aumentada da metade se: I - **a vítima é menor de 18 (dezoito) anos**; (destaque nosso)

<sup>138</sup> Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: §2º A pena é aumentada da metade se: I - **a vítima é menor de 18 (dezoito) anos**; (destaque nosso)

<sup>139</sup>BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 253/2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730>. Data de acesso: 06/05/10.

vulnerabilidade deva ser tratada como sendo absoluta ou relativa, a depender do grau de compreensão e discernimento do indivíduo para a prática do ato sexual.<sup>140</sup>

Entretanto, tal idéia encontra resistência por parte de outros doutrinadores, os quais, diante da redação do art. 217-A, afirmam que não há mais que se falar em relativização da presunção de violência, uma vez que estaríamos diante de uma objetividade fática sustentada não só na condição da vítima ser menor de 14 anos, como também no fato daquela, por enfermidade ou deficiência mental, não ter o necessário discernimento para a prática do ato, ou, por qualquer outra causa, não poder oferecer resistência.

Em conclusão, entendemos que, apesar de se reconhecer a vulnerabilidade de todos os indivíduos menores de 18 (dezoito) anos, o aplicador da lei não pode, com o objetivo de alcançar outras situações não previstas expressamente no tipo penal, interpretar extensivamente os crimes sexuais praticados “vulnerável”, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Assim, quando no art. 217-A, a lei faz referência ao menor de 14 (catorze) anos como a vítima do delito de *estupro de vulnerável*, não se pode querer aplicar o mesmo dispositivo aos indivíduos maiores de 14 (catorze) anos e menores de 18 (dezoito) anos, apesar de reconhecidamente “vulneráveis”. Nessa hipótese, de acordo com o princípio da legalidade, deve incidir a qualificadora do crime de estupro, prevista no art. 213, §1º do Código Penal, que assim dispõe: “se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou *se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos*”.

No mesmo sentido, o crime previsto no art. 218-A, intitulado de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*, não pode ser estendido às vítimas maiores de 14 (catorze) e menores de 18 (dezoito) anos, apesar destas ainda serem consideradas adolescentes nos termos do ECA. A interpretação deve ser restritiva.

### 4.3 Análise do dispositivo legal

---

<sup>140</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 36-37. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

Como já tivemos a oportunidade de comentar, o revogado art. 224 do Código Penal previa, em certas situações específicas, uma presunção de violência, pertinente às pessoas que não possuíam a capacidade de discernir entre a conveniência ou não de adotar determinada postura em matéria de sexualidade. Assim, a lei não levava em consideração a eventual concordância destas com o ato sexual mantido com terceiros.<sup>141</sup>

Entretanto, com a edição da Lei 12.015/2009, o referido dispositivo legal acabou cedendo espaço para o art. 217-A, intitulado de *estupro de vulnerável*, no qual o legislador, sem mais falar em *violência presumida*, acabou inserindo de forma tácita a coação psicológica a que estão submetidos os incapazes na realização do ato sexual, seja este a conjunção carnal ou mesmo atos libidinosos diversos.

Assim prevê o artigo 217-A do Código Penal:

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

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

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

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

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

*§ 4º Se da conduta resulta morte:*

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

Inicialmente, antes de adentrarmos na análise dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, torna-se imprescindível salientar que, da mesma forma que ocorreu com o crime de atentado violento ao pudor, previsto no revogado art. 214 do Código Penal, o art. 224 do

---

<sup>141</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 896-897. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

referido diploma repressivo também não foi objeto de *abolitio criminis*, ocorrendo somente uma mera transferência dos seus elementos normativos para o art. 217-A, caracterizando o que a doutrina chama de *continuidade normativo-típica*.

Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência mais recente:

PROCESSO PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - PRELIMINAR - ADVENTO DA LEI 12.015/2009 - "ABOLITIO CRIMINIS" - INADMISSIBILIDADE - CRIAÇÃO DA FIGURA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL - A DEFICIÊNCIA MENTAL DA VÍTIMA E A FALTA DE DISCERNIMENTO PASSAM A INTEGRAR O TIPO - PENAS MAIS RIGORAS - IRRETROATIVIDADE - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MERO INCONFORMISMO DEFENSIVO - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, AMBIGUIDADE, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE - EMBARGOS REJEITADOS. - **Não há que se falar em "abolitio criminis" com a revogação do artigo 224 do Código Penal que previa as hipóteses de presunção de violência já que essas hipóteses foram transformadas em elementos do crime de estupro de vulnerável criado com a Lei 12.015/2009.** - Inexistindo ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão a serem supridas no r. acórdão objurgado, a pretensão defensiva de ver concedida a absolvição ao embargante não deve ser apreciada em sede de Embargos de Declaração, que se traduz em mera rediscussão da questão decidida. (TJ/MG, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0155.07.013332-9/002, Rel. Des. PEDRO VERGARA, 5ª Câmara Criminal, julgado em 15/12/2009, publicado em 03/02/2010). (destaque nosso)<sup>142</sup>

No tocante ao art. 217-A do Código Penal, o legislador previu, *ab initio*, a conduta do agente em ter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Em relação assunto, sabe-se que, desde a edição do nosso Código Penal, nos idos de 1940, a violência sexual praticada contra crianças e adolescentes sempre ocupou posição de destaque dentro desse contexto, não sendo raros os casos de jovens vítimas de pedofilia, prostituição, turismo sexual, pornografia e, sobretudo, da violência de cunho intrafamiliar, praticados justamente por aqueles que tem o dever legal de protegê-los e promover o seu bem-estar.

Foi nesse sentido, que o legislador, por uma questão de política criminal, entendeu por bem, nos termos do revogado art. 224, "a", do Código Penal, adotar o critério da presunção de violência ou *violência ficta*, segundo o qual o possível consentimento do ofendido na realização do ato sexual era desprezado para efeitos de responsabilização do agente constrangedor.

<sup>142</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=155&ano=7&txt\\_processo=13332&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=abolitiocriminis224&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=155&ano=7&txt_processo=13332&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=abolitiocriminis224&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=). Data de acesso: 13/05/2010.

Dessa forma, concluiu-se que aquelas pessoas que ainda não haviam completado 14 anos de idade, quer fossem do sexo masculino, quer fossem do sexo feminino, não tinham a capacidade plena de externar seu consentimento racional e seguro acerca da realização dos atos de natureza sexual. Nessa toada, o item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal esclarecia:

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, e a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se presta a lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio.

Corroborando este entendimento, encontramos os dizeres de Magalhães Noronha:

Tomou o legislador como base completa insciência dos fatos sexuais, a impossibilidade de consideração quanto aos efeitos por eles produzidos. Considerou que abaixo desse limite não é dado ao agente valer-se da aquiescência do menor, tido como incapaz de querer, impossibilitado de livre aceitação desse ato que desconhece e, assim, pelo inciso em apreço, a lei pune o agente, tendo em vista não poder ele ignorar ser o menor protegido no pudor e nos costumes e que, pela própria impossibilidade de eficazmente se defender, a ação criminosa contra ele avulta no caráter anti-social e objeção.<sup>143</sup>

Vale salientar, contudo, que a doutrina e a jurisprudência, diante da evolução da comportamental da sociedade, passaram a questionar se esta presunção de violência, referente aos crimes sexuais praticados contra menores de 14 anos, seria de natureza relativa (*iuris tantum*), a qual poderia ceder diante do caso concreto, ou de natureza absoluta (*iure et de iure*), sendo, desta forma, impassível de qualquer questionamento.

Alguns doutrinadores, de maneira indeclinável, entendiam que tal presunção tinha caráter absoluto, uma vez que ao aceitar, diante das circunstâncias do caso concreto, o possível consentimento da vítima menor de 14 anos, o julgador estaria afastando o escopo protetivo da lei, criando exceções que poderiam levar a situações de insegurança jurídica e completa injustiça. Nesse sentido, ainda posiciona-se Rogério Greco:

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa venia*, que a lei penal havia determinado de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um

---

<sup>143</sup> NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal – 3º Volume, p. 288. São Paulo, Saraiva, 1964.

adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.<sup>144</sup>

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência majoritárias não se posicionavam neste sentido, entendendo que a presunção seria de caráter relativo, uma vez que poderia ceder na hipótese da vítima já ter maturidade sexual suficiente para decidir pela realização ou não do ato libidinoso, desde que plenamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto. Em relação ao assunto, podemos destacar as lições de Luiz Régis Prado:

Não se pode olvidar, ainda, que a realidade social sofreu mutações em todos os níveis, inclusive no que tange ao sexo que, deixando de ser tabu, passou a ser discutido com frequência em diversos lugares em que a criança e o adolescente se encontram inseridos, de modo que não é mais possível afirmar que uma pessoa com menos de quatorze anos seja insciente sobre as coisas do sexo. Estabelecer-se um critério etário para a autodeterminação sexual de uma pessoa afronta a lógica e o bom senso, já que a partir de uma idade legalmente fixada esta pode livremente decidir sobre sua vida sexual, mas se encontra proibida de fazê-lo às vésperas de tal fator temporal.

(...)

Tal entendimento é hoje predominante na doutrina, de modo que se a vítima, apesar de contar com menos de quatorze anos, é experiente em assuntos sexuais, ou se já atingiu maturidade suficiente para discernir se lhe é conveniente ou não praticar o ato libidinoso, descaracteriza-se o delito.<sup>145</sup>

O entendimento da jurisprudência era predominante neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5 MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO. É de rigor, conforme previsão do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa que o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008. **Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, “a”, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual.** No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato. **Inexistindo, portanto, a prova de que os**

<sup>144</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 512. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

<sup>145</sup> PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume III – Parte Especial, p. 351-353. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

**fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado.** Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores. (STJ, REsp 804.999/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/02/2010). (destaque nosso)<sup>146</sup>

Contudo, com o advento da Lei 12.015/2009 e nos termos do art. 217-A do Código Penal, uma nova discussão, acerca da possibilidade ou não de relativização da presunção de violência, surgiu no seio doutrinário, tendo em vista que o mencionado dispositivo não faz mais qualquer referência explícita à *violência ficta* (como ocorria no art. 224 do Estatuto Criminal), o que poderia levar, a princípio, a concluir que o legislador, ao adotar um critério objetivo para a análise da figura típica, quis acabar com qualquer tipo de questionamento neste sentido.

Defendendo tal ilação, Rogério Greco assevera que “a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no §1º do art. 217-A do Código Penal”.<sup>147</sup>

E esse nos parece o entendimento que tem sido sustentado pela maioria dos estudiosos do assunto, que, em suas teses, defendem a idéia que não mais se exige da vítima a chamada *innocentia consillii* (que se traduzia, no sistema anterior, pela necessidade de o ofendido ser inocente em relação ao conhecimento e à prática de atos sexuais), bastando, para a concretização do crime, que a pessoa menor de 14 anos mantenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso diverso com alguém, independentemente de ter discernimento ou não em relação à esta conduta.

Em relação ao tema, já conseguimos encontrar posição jurisprudencial nesse sentido. Senão vejamos:

ESTUPRO. CONCURSO DE CRIMES. DELITOS COMETIDOS PELO PAI DA VÍTIMA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. OFENDIDA MENOR

<sup>146</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=presun%E7%E3o+de+viol%EAncia&&b=ACOR&p=t rue&t=&l=10&i=10>. Data de acesso: 14/05/2010.

<sup>147</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 513. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONSENTIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA INEQUÍVOCA. CONDENAÇÃO MANTIDA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. AUTORIDADE DO AGENTE SOBRE A VÍTIMA. NATUREZA HEDIONDA DOS DELITOS. CRIME CONTINUADO. HIPÓTESE DO 'CAPUT' DO ARTIGO 71 CP. PENA REDUZIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - **A presunção de violência, anteriormente prevista no artigo 224, 'a', e agora, após a edição da Lei 12.015/09, consagrada no artigo 217-A, 'a', do Código Penal, possui natureza absoluta, sendo, por conseguinte, irrelevante a anuência da vítima para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de 14 anos de consentir na prática do ato sexual.** - Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples (incluindo o "estupro de vulnerável"), como na forma qualificada pelo resultado lesão corporal grave ou morte, são considerados hediondos, ex vi do disposto no artigo 1º, inciso V e VI da Lei 8.072/90, com a redação que lhe deu a Lei 12.015/09. - Pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, os quatro delitos de estupro subsequentes, praticados contra a mesma vítima, devem ser havidos como continuação do primeiro, o que determina a aplicação da pena de um só dos crimes, por idênticas, com um aumento de 1/3, segundo a regra de proporção que tem sido adotada pela jurisprudência. (TJ/MG, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0514.08.031173-1/001, Rel. Des. HERCULANO RODRIGUES, 5ª Câmara Criminal, julgado em 13/08/2009, publicado em 28/08/2009). (destaque nosso)<sup>148</sup>

O próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o assunto:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DELITO PERPETRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. 1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. In casu, não se verificam tais hipóteses. 2. **A configuração do tipo estupro de vulnerável prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do art. 217-A, nos termos da Lei n.º 12.015/2009.** 3. Embargos rejeitados. (EDcl no AgRg no Ag 706.012/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010). (destaque nosso)<sup>149</sup>

Inclusive, realmente, parece ter sido este o objetivo do legislador quando da elaboração da Lei 12.015/2009, como pode se perceber do Texto de Justificação do Projeto de Lei do Senado 253/2004, que lhe deu gênese:

O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra as adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de

<sup>148</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/\\_inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=514&ano=8&txt\\_processo=31173&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=presunçãodeviolênciaLei12.015&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=514&ano=8&txt_processo=31173&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=presunçãodeviolênciaLei12.015&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=). Data de acesso: 27/04/2010.

<sup>149</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=estupro+vulner%Elvel&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Data de acesso: 14/05/2010.

certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.<sup>150</sup>

Assumindo posicionamento contrário, Guilherme de Souza Nucci afirma que, mesmo após a edição do art. 217-A do Código Penal, a discussão acerca da relativização da presunção de violência ainda permanece. Senão vejamos:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. (grifo nosso).<sup>151</sup>

Vale salientar ainda que, mesmo a lei não fazendo qualquer referência à prática do constrangimento por parte do agente, seja através da *violência* ou da *grave ameaça*, a presença destes elementos não podem ser levantados para excluir a incidência do tipo penal. Inclusive, Rogério Greco entende que, como a violência e a grave ameaça não são elementos constantes no tipo de estupro de vulnerável, seria possível o reconhecimento do concurso material entre o crime de lesão corporal ou ameaça e o tipo do 217-A do Código Penal.

Outro ponto de destaque diz respeito ao dolo do agente. Nesse caso, para que ocorra a concretização do delito de estupro de vulnerável, o sujeito ativo deve, necessariamente, ter conhecimento que a vítima é menor de 14 anos, sob pena de incorrer em erro de tipo, que, dependendo do caso concreto, pode levar à atipicidade da conduta ou à desclassificação para o crime previsto no art. 213 do Código Penal. Além disso, não se exige a finalidade específica de satisfazer a própria lascívia, podendo o agente praticar o delito com base em outras razões, como, por exemplo, com o intuito de humilhar ou se vingar da vítima.

<sup>150</sup>BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 253/2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730>. Data de acesso: 14/05/10.

<sup>151</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 37. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

Com base na legislação anterior à Lei 12.015/2009, existia grande divergência acerca da aplicação, no caso dos agentes condenados pelo art. 213 em combinação com o art. 224, “a”, do Código Penal, da majorante prevista no art. 9ª da Lei dos Crimes Hediondos<sup>152</sup>. Alguns magistrados não aplicavam a referida causa de aumento de pena, por entenderem que incidia o *bis in idem*, enquanto outros acreditavam que o fator idade poderia ser levado em consideração tanto para aferição da presunção de violência, como para a incidência da referida majorante. Para todos os efeitos, ambas as conclusões levam a consequências jurídicas diante da aplicação da Lei 12.015/2009.

Assim, caso o juiz não aplicasse a majorante, deveria incidir, no caso do agente ser condenado nos moldes do art. 213 c/c art. 224, “a”, do Código Penal, somente a pena relativa ao crime de estupro, que, segundo a legislação passada, era de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão. No entanto, com o advento do art. 217-A que passou a prever, de forma autônoma, o crime de estupro praticado contra pessoa vulnerável, a pena foi aumentada de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Neste caso, por óbvio, por ser mais prejudicial ao agente, esta última não deverá retroagir, mantendo-se a condenação no mínimo de seis anos.

Por outro lado, na hipótese do magistrado aplicar a majorante, a pena mínima imposta ao condenado deveria situar-se em nove anos (seis anos do estupro + metade), o que importaria em sanção mais grave do que aquela trazida pelo art. 217-A, que, por esta razão, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, deverá retroagir para beneficiar o agente, promovendo a redução da pena para oito anos. Inclusive, neste sentido, já encontramos posicionamento jurisprudencial:

PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. I - Esta Corte firmou orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio *ne bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, seria aplicável a referida causa de aumento, como na espécie. (Precedentes). **II - Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009 restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A**

<sup>152</sup> Art. 9º. As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, **são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.** (destaque nosso).

do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP). III - **Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, ex vi do art. 2º, parágrafo único, do CP.** Ordem denegada. Habeas corpus concedido de ofício para fazer incidir retroativamente à espécie a Lei nº 12.015/2009 por ser mais benéfica ao paciente. (HC 131.987/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 01/02/2010). (destaque nosso)<sup>153</sup>

Para aqueles que defendem a possibilidade de combinação de leis penais, nesta última hipótese, o agente teria direito não só a aplicação retroativa do art. 217-A, como também o direito de ser mantido o mínimo legal anteriormente previsto para o crime de estupro (seis anos), obviamente, sem o aumento previsto no art. 9º da Lei 8.072/90. Destaca-se a existência de jurisprudência sobre o assunto:

Habeas Corpus - A lei 12.015/09, dando nova disciplina aos crimes contra a liberdade sexual, definiu, no art. 217-A, o crime de estupro praticado contra menor de catorze anos de idade. Para este delito, a sistemática anterior previa pena mínima de seis anos de reclusão, acrescidos de metade, por força do disposto no art. 9º, da Lei 8.072/90, perfazendo nove anos de reclusão. Pela sistemática vigente, a pena mínima é de oito anos, portanto, mais favorável ao condenado, pelo que é caso de aplicar-se o novo diploma legal aos casos anteriores à sua vigência, por se tratar de retroatividade benéfica. **O condenado não tem, porém, o direito de ver apenas afastado o acréscimo do art. 9º, da Lei dos Crimes Hediondos, mantido o mínimo legal de seis anos, anteriormente cominado aos crimes de estupro, porque a sistemática vigente continuou considerando de maior gravidade aquele crime cometido contra vulnerável. Apenas situou-o em dispositivo autônomo. A pretensão de ver mantido o mínimo legal anterior, afastando-se o acréscimo do art. 9º, equivale a editar o julgador uma terceira lei, decorrente da combinação da revogada com a revogadora.** Ordem denegada. (TJ/SP, HABEAS CORPUS Nº 990093446880, Rel. Des. ERICSON MARANHO, 6ª Câmara Criminal, julgado em 25/03/2010, publicado em 16/04/2010).<sup>154</sup>

Além da vítima menor de 14 anos, o legislador também considerou “vulnerável”, para fins de incidência do art. 217-A do Código Penal, aquela pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

Em substituição à antiga dicção do art. 224, “b”, do Código Penal, que fazia menção à alienação e à debilidade mental do agente constrangido, o art. 217-A, §1º, passou a fazer referência à *enfermidade* e à *deficiência mental*, em clara alusão aos conceitos adotados

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=estupro+de+vulner%E1vel&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#>. Data de acesso: 15/05/2010.

<sup>154</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsjg/resultadoSimples.do>. Data de acesso: 15/05/2010.

pelo Código Civil, no seu art. 3º, II, que afirma serem “absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os que, *por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos*”.

A enfermidade mental deve ser entendida como aquela doença ou moléstia que, de qualquer forma, promova anormalidade, sofrimento ou comprometimento de ordem psicológica no indivíduo, tais como as psicoses, neuroses e outras demências mentais. Por sua vez, a deficiência mental deve ser entendida como uma imperfeição ou debilidade no desenvolvimento psíquico do indivíduo. Em suma, pode-se concluir que a principal diferença entre os dois institutos é que, na deficiência mental, há uma limitação no desenvolvimento das funções necessárias para compreender e interagir com o meio, enquanto na doença mental, essas funções existem, mas ficam comprometidas pelos fenômenos psíquicos aumentados ou anormais.<sup>155</sup>

Percebe-se, desta forma, que o legislador adotou, a fim de diagnosticar uma pessoa como “vulnerável”, além do critério de *caráter biológico* (enfermidade ou deficiência mental), um critério de *caráter psicológico*, fundado na necessidade do indivíduo não ter o discernimento suficiente para praticar o ato sexual. Ou seja, para a caracterização do crime de “estupro de vulnerável”, não basta apenas que a conduta tenha sido desferida contra vítima portadora de doença ou deficiência mental, sendo necessário ainda que, em razão destas, aquela não tenha a “capacidade de autodeterminação sobre a própria vida sexual e, por conseguinte, de manifestação de vontade válida”.<sup>156</sup>

Com essa ilação, pode-se afirmar que a lei não procurou proibir, de forma absoluta, que a pessoa com deficiência ou doença mental tenha uma vida sexual normal, tampouco buscou punir aquele que com ela teve algum tipo de ato sexual consentido. Isso porque, como bem se denota da leitura do dispositivo legal em comento, o objetivo principal foi proibir a realização da conjunção carnal e de atos libidinosos diversos contra vítimas débeis ou deficientes mentais, quando, em virtude de tal condição, estas não tenham o pleno discernimento para a prática do ato sexual.

---

<sup>155</sup> PINHEIRO, Renata. Deficiência mental x Doença mental. Disponível em: <http://renatapinheiro.com/deficiencia-mental-x-doenca-mental/>. Data de acesso: 17/05/2010.

<sup>156</sup> PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume III – Parte Especial, p. 354. 3ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

Na verdade, não são raros os casos de indivíduos que, apesar de terem alguma moléstia ou deficiência mental, possuem a plena capacidade para disporem livremente do próprio corpo, bem como consentirem ou não na realização dos atos de natureza sexual. Dessa forma, fechar os olhos para essa realidade importaria reconhecer a impossibilidade destas pessoas poderem constituir a sua própria família, bem como terem uma vida sexual ativa e prazerosa, como todos os outros indivíduos considerados “normais”. Assim, em outras palavras, estaria o Estado estabelecendo uma punição indevida. Nesse sentido, preleciona Rogério Greco:

Existem pessoas que são portadoras de alguma enfermidade ou deficiência mental que não deixaram de constituir família. Assim, mulheres portadoras de enfermidades mentais, por exemplo, podem, tranquilamente, engravidar, serem mães, cuidarem de suas famílias, de seus afazeres domésticos, trabalharem, estudarem, etc. Assim, não se pode confundir a proibição legal constante do §2º do art. 217-A do Código Penal com uma punição ao enfermo ou deficiente mental.<sup>157</sup>

Adotando posicionamento semelhante, Nucci entende que o mais justo seria propor uma divisão entre os enfermos e os deficientes mentais de acordo com a sua maior ou menor capacidade de consentir na realização do ato sexual. Senão vejamos:

Em outros termos, então, a única interpretação que nos parece lógica e justa é conceber a possibilidade de divisão entre enfermos e deficientes mentais nesse campo. Há os que são completamente impossibilitados de apresentar consentimento válido no contexto sexual, de modo que a prática de qualquer ato libidinoso, em relação a eles, seria considerada violenta, logo ilícita, bem como existem os que apresentam deficiência mental, mas que não lhes retira o desejo sexual e a vontade de se unir a outra pessoa, buscando inclusive atenuar o seu sofrimento, procurando a cura. A análise deve ser feita em cada caso concreto a depender do tipo de enfermidade ou deficiência mental. Conforme a situação, enfim, é perfeitamente escusável o eventual erro de proibição, devendo ser afastada a culpabilidade, nos termos do art. 21 do Código Penal.<sup>158</sup>

Por fim, a lei considera “vulnerável” todas aquelas pessoas que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência à realização do ato sexual, como, por exemplo, acontecem com as vítimas que se encontram anestesiadas, embriagadas, em estado vegetativo, hipnotizadas, em sono profundo, tetraplégicas, etc.

Vale destacar ainda que não se deve levar em consideração, para fins de concretização do crime sexual em tela, o fato do agente ter colocado a vítima em situação que a impossibilitava de resistir, podendo esta já se encontrar neste estado por sua própria vontade

<sup>157</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 516. 7ªed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

<sup>158</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 37. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

(é o caso, por exemplo, da vítima que, depois de uma festa, encontrando-se completamente embriagada, é estuprada pelo sujeito, que se aproveita de sua temporária impossibilidade de resistir).

Entretanto, em relação ao assunto, existe posicionamento doutrinário divergente, que entende que a vítima, ao embriagar-se voluntariamente, com o intuito de se divertir em lugar apto ao contato sexual, não poderia ser sujeito passivo do crime de estupro. E para sustentar tal tese, declara-se que, da mesma forma que embriaguez voluntária do agente não o exime de culpa, tendo em vista que se presume sua vontade em praticar o delito (art. 28, II do CP<sup>159</sup>), deve-se entender presente também o consentimento do sujeito passivo, quando este se embriaga voluntariamente em local de diversão pública.<sup>160</sup>

Como já foi oportunamente discutido ao analisarmos o crime de violação sexual mediante fraude (Capítulo 2, tópico 2.5), mostra-se necessário que se estabeleça a diferença entre este delito e o caso aqui estudado. Segundo Nucci, a principal distinção residiria no fato de que a vítima, no caso do art. 215 do Código Penal, consentiria na realização do ato sexual, no entanto, devido ao emprego do artil, tal manifestação volitiva seria viciada, uma vez que estaria fundada em uma falsa percepção da realidade. Por outro lado, no caso do art. 217-A, em que a vítima estaria impossibilitada de oferecer resistência, a manifestação de vontade seria completamente nula, seja por fatores psíquicos, seja por fatores físicos.

Nesse sentido, o autor procura dividir a vulnerabilidade em relativa e absoluta. No caso da incapacidade ser relativa, ou seja, a vítima ainda poder manifestar sua vontade, embora de forma viciada, estaríamos diante do delito tipificado no art. 215 do Código Penal. Em outro extremo, quando essa incapacidade fosse absoluta, incidiria o tipo penal do art. 217-A do mesmo diploma repressivo.<sup>161</sup>

Não poderíamos deixar de mencionar também o elemento subjetivo presente nestas duas hipóteses previstas no §1º do art. 217-A. Da mesma forma que ocorre no crime sexual praticado contra menores de 14 anos, o agente também deve saber que a vítima é doente ou deficiente mental, bem como que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, podendo, em caso contrário, ser alegado o erro de tipo.

---

<sup>159</sup> Art. 28. Não excluem a imputabilidade: (...) II- a embriaguez voluntária ou culposa pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

<sup>160</sup> NUCCI, *op. cit.*, p. 41.

<sup>161</sup> *Ibdi.*, p. 40.

Ademais, vale ressaltar ainda que o art. 217-A do Código Penal, nos mesmos moldes do art. 213, previu, nos seus parágrafos terceiro e quarto, duas modalidades qualificadas do crime de estupro de vulnerável, que se configuram quando, em consequência da conduta do agente, ocorre lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima. Deve ser frisado ainda, que se trata de crime preterdoloso, tendo em vista que o sujeito ativo deve ter querido apenas estuprar a vítima vulnerável, tendo causado a morte ou a lesão a título de culpa.

Em relação ao crime de estupro de vulnerável aplicam-se ainda as causas de aumento de pena previstas no art. 226 e 234-A do Código Penal, bem como as disposições relativas à ação penal, previstas no art. 225, e aquelas concernentes ao trâmite dos processos que versarem sobre o assunto, que, nos termos do art. 234-B, deve ser conduzido em segredo de justiça.

#### 4.4 Classificação doutrinária do crime

Diante da similitude da redação do art. 217-A do Código Penal com o art. 213 do mesmo diploma repressivo, ainda entendo ser perfeitamente cabível a idéia levantada por Rogério Greco, ao estabelecer uma diferenciação na classificação do crime, a depender do objetivo à que se dirige a conduta perpetrada pelo agente.

Assim, de acordo com o supracitado doutrinador, em relação ao sujeito ativo, que pode ser tanto o homem, quanto a mulher, o crime deve ser considerado de mão-própria, *quando a conduta for dirigida à conjunção carnal*, uma vez que se exige uma atuação pessoal do agente, e comum, *quando a conduta for dirigida à prática de outros atos libidinosos*. Em relação ao sujeito passivo, deve ser considerado **próprio**, tendo em vista que só pode ser praticado contra indivíduos menores de 14 anos, bem como contra aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não puderem oferecer resistência.<sup>162</sup>

---

<sup>162</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III, p. 518. 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

Ademais, trata-se de **crime doloso**, exigindo para a sua configuração “*a vontade livre e consciente do agente*” em constranger a vítima a ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, não sendo admitida a modalidade culposa. Além disso, é necessário que o agente tenha conhecimento que o sujeito passivo trata-se de pessoa vulnerável, podendo, em caso contrário, ser alegado o erro de tipo. Por fim, não é necessário que haja a finalidade específica em satisfazer a própria lascívia, bastando que o ofensor tenha, objetivamente, praticado a conduta exigida no tipo.

Trata-se de crime, em regra, **comissivo** a depender de uma conduta positiva do agente, voltada à violação da norma proibitiva, apesar de também admitir-se a modalidade **omissiva imprópria**, quando aquele, tendo, por lei, o dever de proteção, vigilância e cuidado, nada faz para impedir o resultado prático da conduta delitiva.

Corresponde a um **crime material**, uma vez que sua consumação depende da produção naturalística de um determinado resultado, qual seja o efetivo tolhimento da liberdade e da dignidade sexual da pessoa vulnerável, bem como a um crime **de forma vinculada**, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal e de **forma livre**, quando disser respeito ao cometimento de outros atos libidinosos.

Caracteriza-se como **crime de dano**, já que para sua consumação é necessário haver a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado e **crime instantâneo**, pois o resultado é momentâneo (ocorrência da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso), não se prolongando no tempo.

Por fim, é classificado como **crime monossubjetivo**, tendo em vista a conduta descrita no tipo poder ser praticada por um único agente, sem a necessidade de nenhum tipo de associação delitiva; **plurissubsistente**, uma vez que é possível determinar, perfeitamente, o seu *iter criminis* (cogitação, preparação, execução e consumação) e **não-transeunte**, quando for capaz de deixar vestígios ou **transeunte**, quando for de difícil constatação pela perícia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto neste trabalho monográfico, pode-se concluir que a Lei 12.015/2009 trouxe importantes alterações em relação ao crime de estupro, previsto no nosso Código Penal, sobretudo pelo fato de ter permitido a concretização do princípio da isonomia entre homens e mulheres no campo sexual. Assim, de acordo com a nova redação, ambos os indivíduos podem figurar como sujeitos ativos e passivos do delito, permitindo a configuração do crime não só nas relações heterossexuais, como também nas relações homossexuais.

No que concerne aos elementos objetivos do tipo, tem-se que o crime inserto no art. 213 do Código Penal passou a prever, além da conjunção carnal, a prática de atos libidinosos diversos, os quais, de acordo com a sistemática passada, enquadravam-se no delito de atentado violento ao pudor, que, apesar de ter sido revogado, não foi abolido de nosso ordenamento jurídico, tendo ocorrido somente uma mera transferência de seus elementos normativos para um outro tipo penal, configurando o que a doutrina convencionou chamar de *continuidade normativo-típica*.

Tivemos a oportunidade de analisar ainda que as alterações promovidas pela Lei 12.015/2009, não afetaram as disposições previstas pelo Código Penal Militar, que, nos seus artigos 232 e 233, ainda continua a diferenciar o estupro e o atentado violento ao pudor. Assim, embora a doutrina e a jurisprudência ainda não tenham se manifestado muito sobre o assunto, nos parece razoável a idéia que o Código Penal Militar, por tratar-se de um subsistema criminal específico, não sofreu qualquer influência das modificações incidentes sobre o Código Penal.

Ademais, apresentamos os principais questionamentos que envolviam a aplicação da lei e o direito intertemporal. Dessa forma, vimos, por exemplo, que a nova redação do art. 213 do Código Penal deve retroagir para alcançar os inquiridos, os processos em andamento ou mesmo as execuções de réus investigados ou condenados, segundo a legislação anterior, pelo concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tendo em vista que, agora, tais condutas estão previstas num único tipo penal.

No que tange à ação penal vimos que, enquanto na antiga sistemática dos crimes sexuais a regra era a ação penal privada, a lei 12.015/2009 veio estabelecer como padrão a ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo na hipótese de vítima menor de 18 anos ou vulnerável, quando aquela será pública incondicionada. Nesse caso, a regra será a irretroatividade do art. 225 do Código Penal, devendo continuar correndo as ações privadas já iniciadas, tendo em vista serem mais benéficas ao réu, por permitirem o exercício de determinadas prerrogativas pelo condutor da ação, como, por exemplo, a renúncia e o perdão, bem como ainda ser possível a ocorrência da decadência.

Ademais, quando estudamos o art. 215 do Código Penal, que diz respeito ao crime de *violação sexual mediante fraude*, procuramos estabelecer a diferença desse tipo com aquele previsto no art. 217-A, §1º do mesmo diploma repressivo, tendo em vista a semelhança nas redações dos dois dispositivos legais. Vimos assim que, no primeiro caso, embora a vítima consinta na prática do ato sexual, tal manifestação de vontade não é válida, em virtude do emprego do ardil ou de outros artifícios, ao passo que, no segundo caso, a vítima, simplesmente, não consente, porque está impossibilitada, física ou psicologicamente, de manifestar sua vontade.

Por fim, ao analisarmos o crime de estupro de vulnerável, inserto no art. 217-A do Código Penal, destacamos dois pontos principais: o primeiro, diz respeito à dificuldade em estabelecer a definição e abrangência do conceito de vulnerável e o segundo está relacionado à permanência ou não do instituto da *presunção de violência* em nosso ordenamento jurídico.

Em relação ao primeiro questionamento, concluímos que, apesar do Capítulo II do Título VI do Código Penal não estabelecer de forma clara quem considera “vulnerável” para os efeitos legais, o conceito do mencionado instituto pode ser extraído de outros ramos do nosso ordenamento jurídico, a fim de abranger todos os indivíduos menores de 18 anos, ou seja, todas as crianças e os adolescentes. Entretanto, apesar deste conceito mais ampliativo, vimos que as redações dos tipos penais devem ser interpretadas restritivamente, englobando somente os sujeitos que forem expressamente neles mencionados, sob pena de violação do princípio da legalidade e da segurança jurídica.

No que concerne ao segundo ponto, constatamos que a doutrina e a jurisprudência majoritárias no assunto entendem que, diante da nova redação do art. 217-A do Código Penal, não há mais que se falar em *presunção de violência*, acabando com todas as discussões

existentes sobre a possibilidade de sua relativização. Dessa forma, a lei busca punir, única e exclusivamente, o fato de alguém ter conjunção carnal ou praticar atos libidinosos diversos com menor de 14 anos ou qualquer dos indivíduos enquadrados no parágrafo primeiro. Trata-se, portanto, de uma objetividade fática.

Enfim, como já foi devidamente ressaltado na introdução deste trabalho científico, o objetivo aqui buscado não foi o esgotamento de todas as discussões que advém do tema, uma vez que se trata de um assunto recente e muito polêmico. É certo, portanto, que ainda haverá outros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que trarão à tona novos questionamentos e discutirão os que já foram aqui levantados, principalmente, quando nos depararmos com a aplicação da lei nos mais variados casos concretos, a exigir do intérprete um verdadeiro “jogo de cintura” a fim de nunca desvirtuar do real objetivo buscado pelo legislador: a proteção da dignidade sexual da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4**. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Data de acesso: 15/05/2010.

\_\_\_\_\_. **Código Criminal do Império de 1830**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm). Data de acesso: 15/05/2010.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Brasileiro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>. Data de acesso: 15/05/2010.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Republicano de 1890**. Disponível em: [http://www.ciespi.org.br/base\\_legis/legislacao/DEC20a.html](http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/DEC20a.html). Data de acesso: 15/05/2010.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Militar Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Data de acesso: 15/05/2010.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Data de acesso: 15/05/2010.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Data de acesso: 15/05/2010.

\_\_\_\_\_. **ADEPOL – Associação dos Delegados da Polícia Civil do Estado de Sergipe**. ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **Da posse à violação sexual mediante fraude. O novo alcance do art. 215 do Código Penal**. Disponível em: <http://www.adepol-se.org.br/Artigos.asp?identificacao=39>. Data de acesso: 26/04/2010.

\_\_\_\_\_. **Blog do Professor Hamilton Hamoras**. BARBAGALO, Fernando Brandini. **A nova figura do estupro**. Disponível em: <http://www.hamoras.com/?p=117>. Data de acesso: 29/04/2010.

\_\_\_\_\_. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei 4850/2005. Parecer à Emenda Substitutiva Global de Plenário nº 1 proferido pela Relatora, Dep. Maria do Rosário (PT-RS), pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, que conclui pela sua aprovação. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/564750.pdf>. Data de acesso: 21/04/2010.

\_\_\_\_\_. **Jus Navigandi**. LEAL, João José. **Novo tipo penal de estupro unificado. Considerações sobre as causas de aumento de pena e a ação penal**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13481>. Data de acesso: 27/04/2010.

\_\_\_\_\_. **Senado Federal**. Projeto de Lei 253/2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730>. Data de acesso: 06/05/10.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Acre**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://websajju.tjac.jus.br>.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tj.es.gov.br>.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br>.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça Militar de São Paulo**. AZEVEDO, André Mauro Lacerda. III Encontro Nacional das Corregedorias Gerais das Justiças Militares dos Estados e das Corregedorias das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares. **O crime de estupro à luz da lei nº. 12.015/09 e os seus reflexos no Direito Penal Militar**. Disponível em: [www.tjmisp.jus.br/exposicoes/art013.pdf](http://www.tjmisp.jus.br/exposicoes/art013.pdf). Data de acesso: 28/04/2010.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br>.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade Sexual – Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir, AMARAL e SILVA, Antônio Fernando do, MENDEZ, Emilio Garcia (Coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** São Paulo, Malheiros, 1992.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. Salvador, JusPodium, 2008.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009.** São Paulo, Saraiva, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, Volume II.** São Paulo, Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, 1962.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal.** 8ªed. Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume VI.** 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial, Volume III.** 3ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III.** 7ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal – Parte Especial – Volume 3.** 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo, Atlas S.A, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal – 3º Volume**. São Paulo, Saraiva, 1964.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

PINHEIRO, Renata. **Deficiência mental x Doença mental**. Disponível em: <http://renatapinheiro.com/deficiencia-mental-x-doenca-mental/>. Data de acesso: 17/05/2010.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume III – Parte Especial**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Parte Geral (Volume I)**. São Paulo, Saraiva, 2008.

SANTOS, Leonardo Falcão dos. **Do crime de estupro**. R2 Direito. Disponível em: <[http://www.r2learning.com.br/site/artigos/artigo\\_default.asp?ID=938](http://www.r2learning.com.br/site/artigos/artigo_default.asp?ID=938)>. Data de acesso: 20.03.2010.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal – Parte Especial – Volume III**. São Paulo, Atlas S.A, 2006.