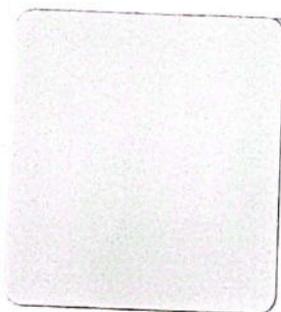


**CESES - FACISA  
BIBLIOTECA**

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO EXTREMO SUL DA BAHIA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO**

**JAMILE DE OLIVEIRA LOPES**

**LEI Nº 12.015/2009: UM MARCO MODIFICADOR QUANTO AO CRIME  
DE ESTUPRO (Art. 213 CP/1940), E INOVADOR QUANTO AO CRIME  
DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (Art. 217-A CP/1940).**



**ITAMARAJU/BA  
2010**

JAMILE DE OLIVEIRA LOPES

**LEI Nº 12.015/2009: UM MARCO MODIFICADOR QUANTO AO CRIME  
DE ESTUPRO (Art. 213 CP/1940), E INOVADOR QUANTO AO CRIME  
DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (Art. 217-A CP/1940).**

Monografia apresentada à Banca  
Examinadora da Faculdade de  
Ciências Sociais Aplicadas – FACISA,  
como exigência para obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito.

Orientador:

GILLEARD BATISTA DE PÁDUA

ITAMARAJU/BA  
2010



JAMILE DE OLIVEIRA LOPES

**LEI Nº 12.015/2009: UM MARCO MODIFICADOR QUANTO AO CRIME DE ESTUPRO (Art. 213 CP/1940), E INOVADOR QUANTO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (Art. 217-A CP/1940).**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA, como exigência para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

**Banca Examinadora:**

---

PROF. GILLEARD BATISTA DE PÁDUA

---

PROF. ABMAEL SAMPAIO DE SOUZA

---

PROF. JOSÉ FERREIRA FILHO

Itamaraju/BA, 23 de novembro de 2010

## Dedicatória

A Jesus, o leão da tribo de Judá, meu escudo fiel.

Ao meu pai Euricles, em memória, pelo ensinamento do amor incondicional ao próximo.

A minha mãe Adelmira, pelos joelhos marcados das constantes orações ao Espírito Santo, intercedendo por mim.

Ao meu anjo da guarda, minha irmã Cleidiane, o maior presente de Deus na minha vida.

Ao meu irmão Cleber, meu herói, meu orgulho por ter assumido a nossa família como um pai.

Ao meu irmão Cláudio, por me amar em silêncio.

A todos os homens, mulheres e crianças, que tiveram a dignidade arrancada da forma mais cruel, através de uma covarde violência sexual. Só Jesus tem o poder de sarar nossas feridas.

## Agradecimentos

A Trindade: o pai, o filho e o espírito santos, e os amo tanto.

Aos meus pais, por me presentarem com muito amor e uma sólida educação.

Aos meus irmãos Cleber e Cleidiane, por terem lutado ao meu lado, ao meu irmão Cláudio por ter me desafiado e desta forma, me fez dá o melhor na academia jurídica.

Aos meus sobrinhos, minha vida: Gabriella, Paulo Geisel e Cleber Junior, pelo "titia eu te amo".

Ao incomparável professor e meu orientador, Gilleard Batista, pelo voto de confiança, pelas palavras de força quando eu me rendia à insegurança. Suas palavras mestre provocaram em mim o desejo de ser cada vez mais estudiosa para honrar seus elogios, e servirão por toda a minha vida como "oxigênio", para que eu jamais desista dos meus objetivos como operadora do Direito.

Ao inesquecível professor Dalmo Costa, por ter despertado em mim, na primeira aula, o amor pelo Direito e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Aos meus diamantes e grandes amigos: Boré, Danilo, Tarcila e Ercley, por acreditarem tanto em mim. Ter conhecido pessoas como vocês, é um imensurável privilégio que Deus reservou à minha vida.

A todos que me sustentaram em suas orações e me apoiaram para que este trabalho fosse sedimentado através da perseverança e da dedicação.

CESES - FACISA  
BIBLIOTECA

"Não cabe mais a defesa de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres por conta de pudores defendidos e impregnados há décadas atrás. Não cabe mais, em nome de um ideal de família, fugir das situações de violência doméstica onde aquele que devia proteger, fere. Não cabe mais fechar os olhos para o aumento da exploração sexual de jovens e crianças. Não cabe mais protelar um maior envolvimento do Ministério Público na defesa da dignidade sexual [...]. Os juristas estão diante de avanços consideráveis no campo do Direito Penal e devem ter o compromisso de aplicar as normas jurídicas tendo como guia o respeito à dignidade humana, ao desenvolvimento sexual saudável. Combater preconceitos, tabus em prol de condições de uma convivência social benéfica: esse deve ser o desafio."

*Aline Guimarães Matos De Santana*

## Resumo

A monografia em estudo se projeta no aspecto sexual da dignidade humana, abordando sobre sua evolução através dos séculos, sob a ótica transcendental da proteção da moral social para a proteção da liberdade sexual individual do ser humano. Em análise mais específica focou-se nas alterações e inovações introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei Ordinária nº 12.015 de 7 de agosto de 2009, mais precisamente no Título VI do Código Penal de 1940, referindo-se aos tipos penais de estupro (art. 213), estupro de vulnerável (art. 217 - A), e as disposições especiais. Para deslinde da investigação científica sobre os dois tipos penais em análise, foram abordados: conceito e classificação, objeto material e bem jurídico, elementos do tipo, sujeito ativo e sujeito passivo, a consumação e a tentativa, elemento subjetivo, modalidades comissivas e omissivas, formas qualificadas, causas de aumento da pena, pena propriamente dita, ação penal e segredo de justiça, bem como enfoques doutrinários que trazem para a presente análise, o diagnóstico legal para diversas situações de violência sexual vivenciadas no caso concreto. Neste diapasão, o presente trabalho pautou-se em uma observação voltada ao espírito rígido do legislador ao elaborar a Lei extravagante em comento, concernente às modificações incorporadas ao crime de estupro, e a louvável criação da nova figura típica estupro de vulnerável com o intuito de proteger aqueles pelo Direito penal, considerados como vulneráveis. Em suma, a Lei nº 12.015/2009, foi tratada como um importante marco, que traça o Direito como um instrumento de controle social, e como tal deve estar lado a lado com as evoluções e os conflitos de uma sociedade.

**Palavras chaves:** Dignidade Humana. Liberdade Sexual. Lei Ordinária nº 12.015/2009.

## **Lista de abreviaturas e siglas**

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP/1940 – Código Penal de 1940

CPP/1941 – Código de Processo Penal de 1941

CC/2002 – Código Civil de 2002

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LEP – Lei de Execução Penal

LCP – Lei das Contravenções Penais

TEPT – Transtorno de estresse pós-traumático

## Sumário

1 Introdução.....	10
2 Aspectos gerais .....	13
2.1 Evolução histórica da sexualidade humana.....	13
3 Lei Ordinária nº 12.015/2009 .....	18
3.1 Finalidade jurídica: dos crimes contra a dignidade sexual.....	18
3.2 Reflexos na figura típica de estupro e de estupro de vulnerável .....	19
4 Estupro .....	25
4.1 Conceito e classificação .....	25
4.2 Objeto material e bem jurídico .....	26
4.3 Elementos do tipo .....	26
4.4 Sujeito ativo e sujeito passivo .....	27
4.5 Meios executórios e elemento subjetivo .....	28
4.6 Consumação e tentativa .....	29
4.7 Modalidades: comissiva e omissiva .....	31
4.8 Formas qualificadas .....	32
4.9 Pena .....	36
4.10 Enfoques.....	38
4.10.1 O consentimento da ofendida no direito penal sexual .....	38
4.10.2 Marido como autor .....	38
4.10.3 Emprego da coação moral irresistível perpetrada por mulher.....	40
4.10.4 Resistência da vítima.....	41
4.10.5 Prática de estupro por diversos agentes na mesma ocasião .....	44
4.10.6 Concurso de crimes .....	45
4.10.7 Prova do delito de estupro: Exame de corpo de delito.....	48
4.10.8 Beijo Lascivo .....	50
4.10.9 Prostituta como vítima do estupro.....	51
4.10.10 Mulher como sujeito ativo do estupro e o resultado gravidez .....	52
5 Estupro de vulnerável .....	55
5.1 Conceito e classificação .....	55
5.2 Objeto material e bem jurídico .....	57
5.3 Elementos do tipo .....	58
5.4 Sujeito ativo e sujeito passivo .....	59
5.5 Elemento subjetivo.....	61
5.6 Consumação e tentativa .....	62
5.7 Modalidades comissiva e omissiva .....	63
5.8 Formas qualificadas.....	63
5.9 Pena .....	64
5.10 Enfoques.....	65
5.10.1 Consentimento da vítima para o ato sexual no dia em que completa 14 (quatorze) anos .....	65
5.10.2 Concurso de crimes .....	66
5.10.3 Menor de 14 (quatorze) anos já ingressado na prostituição .....	67
5.10.4 Sinais que apontam quando uma criança está sendo vítima de abusos sexuais .....	68
6 Disposições especiais: delitos de estupro e de estupro de vulnerável .....	70
6.1 Ação Penal .....	70

6.2 Aumento de pena.....	79
6.3 Segredo de justiça.....	83
6.4 Lei Ordinária nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).....	83
7 Conclusão.....	89
Referências.....	93
ANEXO A – Lei Ordinária nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.....	96

## 1 INTRODUÇÃO

Sob o vértice “Dos crimes contra os costumes”, o Código Penal de 1940 (CP/1940), trazia no bojo do Título VI a tutela da moral pública, reprimindo condutas sexuais anormais que ameaçassem o pleno convívio social. Tal repressão se faz latente desde os registros históricos mais antigos através da intercalação de mecanismos de controle social, como as leis, a religião e a moral.

Desde a Roma antiga já havia a previsão de punição para crimes que ofendessem a moral, sendo que a repressão cabia ao *pater familias*. Posteriormente, com o desenvolvimento do Direito Canônico, a repressão a tais crimes atingiu proporções enormes, punindo-se até mesmo o desejo ou o mero pensamento (CAPEZ, 2010).

De acordo com Capez (2010, p.19), sob influência dessas idéias da moral cristã, aqui no Brasil, “no código anterior, foi adotada a rubrica ‘dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor.’” Tal influência, no período do império colonial, sobreviveu a gerações com características preconceituosas como o racismo, o machismo, a discriminação sexual. Nos anos 60, surge o movimento feminista em represália ao conservadorismo, abordando questões sobre a sexualidade, nestes novos paradigmas urge um distanciamento da moral social aflorando uma sexualidade de independência individual e subjetiva, fazendo-se necessário uma nova reestruturação no direito penal (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010).

A tutela dos costumes então cede espaço para a proteção de um bem jurídico ainda mais relevante, como a dignidade sexual, em consonância com o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que traça o perfil de um Estado Democrático de Direito, ao definir o princípio da dignidade humana, como o pilar dos demais princípios, ali consagrados. Nos termos desse dispositivo constitucional, tem-se que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil. Formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...]  
III – a dignidade da pessoa humana. [...] (Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

Portanto, desde já, se faz necessário trazer a este desafiador estudo a formulação de um conceito de dignidade da pessoa humana. Consoante Sarlet (2006 apud CAPEZ, 2010, p. 21):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Assim, a dignidade da pessoa humana é inerente ao homem, como princípio universal, efetivando-se como fundamento da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao dispor que "Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]" (ONU, 1948).

Esse trabalho tem por escopo abordar a tutela da dignidade sexual do ser humano ligada à liberdade sexual como manifestação peculiar ao sadio desenvolvimento e a existência de todo ser humano, preservando a honra, a integridade física e a vida contra todo ato violento, através de uma proteção mais ampla, alcançando a pessoa humana, seja qual for o sexo.

Sobre o conceito de liberdade sexual, tem-se, com precisão, a seguinte definição:

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais (JIMÉNEZ, 2003 apud GRECO, 2010, p. 452).

O Estado está diante de novos desafios, os cidadãos brasileiros clamam veementemente por justiça, frente às barbáries diárias propagadas pela pedofilia, pela exploração sexual de crianças. De acordo com Greco (2010, p. 446):

A situação era tão grave que foi criada no Congresso Nacional, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, através do Requerimento 02/2003, [...] que tinha por finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. [...] trazendo relatos assustadores sobre a exploração sexual em nosso país, culminado por produzir o projeto de lei nº 253/2004 que, após algumas alterações, veio a se converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Neste corolário, a Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009 impulsionou profundas alterações no Título VI da Parte Especial do CP/1940, que passa a denominar-se "Dos crimes contra a dignidade sexual", fundindo figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor art. 214 (revogado) em um único tipo penal, qual seja o de estupro art. 213.

Ademais, foi criado o crime de estupro de vulnerável art. 217-A CP/1940 objetivando proteção especial aos menores de 14 (quatorze) anos, estendendo esta proteção especial a outras pessoas vulneráveis, acometidas por enfermidade ou doença mental sem o necessário discernimento para a prática do ato, como os que por outra causa não podem oferecer resistência, colocando fim a calorosas discussões sobre a natureza da presunção de violência, não mais relativa (*iuris tantum*), mas agora inquestionavelmente absoluta (*iuris et de iure*) com a entrada em vigor da nova lei extravagante, "bússola" deste estudo.

Mister se faz salientar que este trabalho não poderia refutar-se sobre a análise da ação penal asseverada com a nova redação dada ao art. 225 do CP/1940 pela Lei nº 12.015/2009 no que tange aos delitos em epígrafe.

Conclui-se desse modo, que embora a Lei nº 12.015/2009 esteja à mercê de críticas, a intenção do legislador na criação deste diploma legal, é a proteção central da dignidade sexual do indivíduo, em um momento nacional que o combate aos delitos que ameacem tal bem jurídico deve ser energicamente efetivado pelo Estado, pois a sociedade vigente, não quer reviver Sodoma e Gomorra<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Segundo relatos bíblicos, Sodoma e Gomorra, foram duas cidades destruídas por Deus com fogo e enxofre, devido às profanações, atos imorais, perversões, fomicações, abusos sexuais, praticados por seus habitantes. No Evangelho de Gênesis, capítulo 19, versículos 5-9, descreve uma passagem sobre uma tentativa de estupro: E chamaram Ló e disseram-lhe: Onde *estão* os varões que a ti vieram nesta noite? Traze-os fora a nós, para que os conheçamos. Então, saiu Ló a eles à porta, e fechou a porta atrás de si, e disse: Meus irmãos, rogo-vos que não façais mal; Eis aqui, duas filhas tenho, que *ainda* não conheceram varão; fora vo-las trarei, e farei delas como bom *for* nos vossos olhos [...] . Eles, porém, disseram: [...] Agora, te faremos mais mal a ti do que a eles. E arremessaram-se sobre o varão, sobre Ló, e aproximaram-se para arrombar a porta (A BÍBLIA..., 2007, p. 17, grifo do autor).

## 2 ASPECTOS GERAIS

### 2.1 A evolução histórica da sexualidade humana

O comportamento sexual é um tema que sempre se mostrou ligado por meio de crenças, preconceitos e tabus. A sexualidade do homem aflorada pelo seu instinto sexual compreende então, a necessidade de ser regulamentada por normas de ordem moral, religiosa e jurídica. Nesse contexto, a sexualidade não é analisada como um fenômeno biológico, mas através de sua regulamentação em diversas sociedades, demonstrando as relatividades comportamentais humanas, conforme a cultura e a história.

Sob o prisma dos valores de cada sociedade é determinada a diferença entre o que é "certo" ou "errado", e os limites que serão permitidos para o desenvolvimento da conduta sexual. Nesse sentido "[...] a conduta sexual é uma fonte suficientemente poderosa e explosiva insita a todo ser humano em qualquer meio social, para que alguma sociedade possa permitir a sua absoluta liberdade" (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 06).

Nesse corolário, no decorrer da história, buscando reprimir manifestações sexuais, as sociedades tem se resguardado através de meios de controle social, como as leis, a religião e a moral.

Segundo registros históricos mais antigos, a mulher representava o chefe do clã e o papel do homem na procriação era obscurecido "[...] a representação divina na terra era a fêmea, diretamente ligada à fertilidade da terra e dos animais. [...] havia a crença de que a vida emergia do corpo de uma mulher" (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 08).

Sobre o domínio do homem no papel familiar, e a conseqüente origem do sistema patriarcal, tem-se que "[...] o domínio masculino se deu com a expansão dos kurgos, povo das estepes, que invadiu a Europa em 5000-4000 a.C., que mais tarde constituiu a base da repressão sexual pela dominação masculina violenta" (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 09).

Adentrando à história, verifica-se que o sexo permeou a mente de alguns pensadores gregos:

Platão (428-347 ou 348 a.C.) [...] em suas obras *A República* e *as Leis*, afirmou que as relações sexuais deviam se limitar exclusivamente à procriação e o matrimônio. [...] as idéias de Platão encontraram um público favorável entre os padres da Igreja Católica. Aristóteles (384-321 a.C.), apesar de não condenar o amor, que para ele transcende o desejo físico, considerou o sexo um prazer corrupto, porque afasta o homem da razão (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 10).

Para os romanos as mulheres eram apenas objetos de um jogo de interesses de poder:

O matrimônio romano, ao menos no que diz respeito às classes superiores, era orientado pela preocupação com a política e o poder, mais do que com a satisfação emocional. Os *paterfamiliae* relacionavam-se com suas esposas com o fim de produzir herdeiros de suas propriedades, para prolongar a existência de suas famílias (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 10, grifo do autor).

Com a queda do Império Romano, evidencia-se uma severidade contra a liberdade, por parte da Igreja Católica, que se consagra soberana:

O tratamento cristão da sexualidade pode ser dividido em duas etapas: a primeira, que pregava a recusa à concupiscência (desejo) e ao prazer, restringindo-se a atividade sexual à reprodução; e, uma segunda etapa, que é a instituição (séculos XII e XIII) do casamento cristão, monogâmico e indissolúvel, cujo limite é a atividade sexual legítima (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 12).

No cristianismo, a virgindade, especificamente a feminina era venerada:

Nesse período, o único comportamento aceitável pelos padres era a virgindade e o ascetismo. A castidade era considerada um estado superior que possibilitava o conhecimento da fé [...] o casamento era conhecido como hierarquicamente inferior à castidade, considerado um mal, pois tinha como pressuposto o "pecado" das relações sexuais, mas o menor dos males, por impedir a diversidade de parceiros (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 12).

Desta feita, a atividade sexual era aceitável, somente após o casamento, com o intuito de gerar proles:

O comportamento sexual, posterior ao matrimônio, era permitido tão somente para a procriação, e para afastar os homens de outros vícios tidos

como pecados, como a zoofilia, homossexualidade, incesto e masturbação, não mais que isso. A atividade sexual que visasse ao prazer e não à fecundação era proibida e tida como condenável por Deus, assim como qualquer meio contraceptivo (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 14).

É a partir do Renascimento, que a sexualidade começa a ganhar conotação de liberdade:

Foi somente pela cultura do Renascimento, em meados do século XV, com as transformações políticas, culturais e econômicas decorrentes da transição do feudalismo para o capitalismo, que começa um resgate do homem enquanto indivíduo, por meio do seu potencial criativo. Surgiram obras literárias mais libertárias, pintores que passaram a retratar figuras femininas e masculinas sem a austeridade da Igreja, e foram traduzidas e difundidas por toda a Europa [...] (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 15).

A história da sexualidade tem seu apogeu no século XX, quando a repressão começa a se romper:

No período compreendido entre o final do século XIX até a primeira metade do século XX, vários autores pensaram sobre a sexualidade desde novos paradigmas, cujo novo conceito só foi possível graças à valorização da individualidade na idade moderna, como estrutura da organização da sociedade capitalista. A referida individualização apresentou duas conseqüências: possibilitou a constituição de um sujeito político, livre, portador de direitos de cidadania e erigiu a subjetividade como tema central para a constituição da identidade (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 15).

Na segunda metade do século XX, houve uma tendência ao surgimento de segmentos da sociedade organizada, desenvolvendo mobilizações e estudos sobre a sexualidade. Surgem então, os movimentos feministas na década de 60, e um pouco depois os movimentos dos homossexuais, em confronto a moralidade sexual da época. As conseqüências desse fenômeno, entre outras, são: uma alteração do estereótipo masculino/feminino e seus respectivos papéis; atitudes liberais em relação ao corpo e às emoções; maior tolerância pela sociedade em relação às diferenças, respeitando a opção das minorias; desenvolvimento de métodos contraceptivos (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 16).

Verifica-se uma intensa valorização da individualidade da sexualidade humana "neste contexto de alteração comportamental, que proporcionou verdadeira 'privatização do sexo', [...] há uma nítida passagem do controle social externo para o autocontrole moral da sexualidade [...]" (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 17).

O comportamento sexual do brasileiro sempre se manteve inconstante isso se deve a sua vasta miscigenação cultural:

Ao encontro com as Índias, seguiu-se o encontro com as negras e mulatas, e assim formou-se o povo brasileiro. O abuso sexual de Índios e escravos negros era comum e significava expressão de senhorio dos colonizadores. As relações sexuais no tempo da Colônia se baseavam no tripé de sexo pluriétnico, escravidão e concubinato, mas nem por isso deixavam de ser controladas severamente pela moralidade religiosa, cujas violações eram severamente punidas pela Inquisição, desde que fosse do seu interesse (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 18).

Neste segmento, a moral cristã difundida na colonização perdurou-se no tempo, tendo como características: o machismo, o racismo, as discriminações sexuais, o preconceito em relação à mulher, entre outros. Entretanto é através do movimento feminista, originado nos anos 60 e 70, que o comportamento sexual do brasileiro aflora significativas mudanças. As novas técnicas anticoncepcionais trouxeram a independência da sexualidade feminina e a sua inserção no mercado de trabalho. O casamento cede espaço para as uniões estáveis, reconhecidas juridicamente. A luta dos homossexuais pelo reconhecimento de seus direitos se revela cada vez mais fortalecida. Desta forma, o que se depreende deste contexto é o afastamento da moralidade religiosa da época medieval, e aproximação de uma sexualidade individual e subjetiva (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010).

A partir dos anos 80, ocorre um aumento considerável da prostituição, ganhando ascensão à prostituição masculina. O Brasil transforma-se em um espaço de turismo sexual, exportando prostitutas, e conseqüentemente estimulando o tráfico de pessoas. Os crescentes meios tecnológicos, expondo todo tipo de informação, remetem a preocupação acentuada com o menor, sem proteção, a mercê da degradante atividade lucrativa de prostituir-se (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010).

Sob estes pontos críticos, novas concepções sociais sobre a sexualidade, ganham atenção de doutrinadores, ocorrendo então à atipicidade de condutas morais e a incriminação mais austera de outras condutas sexuais, dimensionando estas mudanças ao Direito Penal Sexual.

O Direito como um instrumento de controle social, deve estar lado a lado com as evoluções e os conflitos de uma sociedade. Se o Direito, não é o único instrumento de controle social, ele é o único que efetiva a paz da comunhão na sociedade. Nesse sentido:

O Direito não é o único instrumento responsável pela harmonia da vida social. A Moral, Religião e Regras de Trato Social são outros processos normativos que condicionam a vivência do homem na sociedade. De todos, porém, o Direito é o que possui maior pretensão de efetividade, pois não se limita a descrever os modelos de conduta social, simplesmente sugerido ou aconselhado. A coação – força a serviço do Direito – é um de seus elementos e inexistente nos setores da Moral, Regras de Trato Social e Religião (NADER, 2009, p. 31).

É imperiosa a repressão penal sobre o comportamento sexual, tão importante a vida social, refletindo seu exercício nas instituições fundamentais do Estado. Sendo assim:

[...] a repressão sexual é inevitável, porque a sexualidade humana encontra-se associada ao matrimônio, ao adultério, à prostituição, ao celibato, situações estas, entre tantas outras, que influem inevitavelmente os interesses da propriedade, [...] como a sexualidade é um comportamento humano cujas conseqüências poderão extrapolar os interesses individuais, para refletir em instituições tão importantes do Estado, é que o Direito tem tratado do tema em vários dos seus ramos, especialmente no Direito Penal, com as sanções que lhe são peculiares [...] determinando, dentre os atos humanos sexuais, quais expressam ilicitude e culpabilidade (ORCESI, GRECO, RASSI, 2010, p. 22).

Nesse diapasão, é no Direito Penal Sexual que a necessidade de repressão sexual se faz latente projetando o equilíbrio sexual dentro de uma sociedade, variando o tratamento jurídico-penal conforme o comportamento sexual no tempo e no espaço, e os interesses éticos de sociedade para sociedade.

### 3 LEI ORDINÁRIA Nº 12.015/2009

#### 3.1 Finalidade jurídica: dos crimes contra a dignidade sexual

Na reprimenda das condutas anormais sexuais, o Direito Penal sempre se posicionou influenciado pela moral social de cada época, por esta situação a polêmica sobre a distinção entre o direito e a moral sempre se manteve acesa, culminando a uma tendência moralizadora do Direito Penal.

A evolução da dignidade sexual determinou a liberdade sexual individual e subjetiva de todo ser humano, e sendo assim, a proteção dos costumes submerge àquela, pois em uma sociedade contemporânea a livre manifestação da sexualidade saudável ao desenvolvimento da humanidade não pode ser inferiorizada frente à tutela da moral social, pelo contrário, esta cede espaço àquela, mudando, portanto, o foco da proteção jurídica, pois a tutela penal em primeiro escalão não é mais a moral social, mas a dignidade subjetiva do ser humano, sob o aspecto sexual. Em sentido congênere, esta proteção não se estende apenas às mulheres, mas também a homens e crianças.

Como fruto dessa nova dimensão sobre a sexualidade, é criada a Lei Ordinária nº 12.015/2009, alterando significativamente o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. A rubrica constante do título passa a denominar-se "dos crimes contra a dignidade sexual" e não mais "dos crimes contra os costumes", ampliando o rol dos sujeitos passivos, visto que na legislação anterior, por força da antiga nomenclatura, tutelava essencialmente a liberdade sexual feminina. Nesse contexto:

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. Ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual das crianças (GRECO, 2010, p. 446).

Diante de comportamentos insanos, que ameacem a dignidade da pessoa humana, no aspecto sexual, e conseqüentemente a convivência social pacífica, o Direito Penal expande sua proteção a liberdade, a vida, a integridade física, e ao

lado protege a moralidade pública sexual, mas agora sob novos padrões sociais, na busca da valoração individual do homem. É nessa simetria, que este trabalho focaliza-se nas alterações introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.015/2009, mais precisamente no Título VI do CP/1940, referindo-se aos dos tipos penais de estupro art. 213, estupro de vulnerável art. 217 - A, e suas disposições especiais.

### **3.2 Reflexos na figura típica de estupro e de estupro de vulnerável**

A Lei Ordinária nº 12.015/2009, modificou consideravelmente o delito de estupro. O novo diploma legal optou pela fusão dos tipos penais elencados pelo CP/1940, quais sejam: o estupro art. 213 e do atentado violento ao pudor art. 214 (revogado), unificando-os sob a rubrica estupro art. 213, quando o agente constrange alguém a ter conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou com ele permitir que se pratique outro ato libidinoso. Não há que se cogitar, entretanto, em *abolitio criminis*, pois as condutas tipificadas no revogado art. 214 encontram-se agora disciplinadas no art. 213 (CAPEZ, 2010).

Outra importante inovação, é que agora o sujeito passivo tanto pode ser do sexo feminino como do sexo masculino, porém para que o constrangimento se dirija a configuração da conduta "conjunção carnal" é necessário que ocorra de uma relação heterossexual, que se entende pela penetração do pênis do homem na vagina da mulher. Para Greco (2010, p. 451, grifo do autor) "foi adotado, portanto, pela legislação penal brasileira, o *sistema restrito* no que diz respeito à interpretação da expressão conjunção carnal". Desta feita, e tendo em vista que por conjunção carnal, também se entende por ato libidinoso, é que o *caput* do art. 213 do CP/1940 faz uso da expressão outro ato libidinoso.

Quando o agente constrange a vítima à prática das condutas descritas no crime de estupro art. 213 CP/1940, poderá se valer por duas finalidades diversas:

[...] Na primeira delas, o agente obriga a própria vítima a praticar um ato libidinoso diverso da conjunção carnal. A sua conduta, portanto, é *ativa*, podendo atuar sobre seu próprio corpo, [...] no corpo do agente que a constrange, [...] ou ainda, em terceira pessoa, sendo assistida pelo agente. O segundo comportamento é *passivo*. Nesse caso, a vítima permite que com ela seja praticado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, seja pelo próprio agente que a constrange, seja por um terceiro, a mando daquele (GRECO, 2010, p. 451, grifo do autor).

Para Prado (2002 apud GRECO, 2010, p. 452) "alguns atos podem ser considerados como libidinosos como [...] o coito anal; [...] a masturbação; os toques [...]; os contatos voluptuosos, entre outros".

Adentrando a seara do delito de estupro de vulnerável art. 217-A CP/1940, este trabalho não poderia se negar a transcrever parcialmente a Justificação ao projeto que se consagrou como um marco para a edição da Lei nº 12.015/2009, quando assim menciona:

O art. 217-A, 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 certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui 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 (GRECO, 2010, p. 512).

A vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos foi motivo de discussões calorosas nos Tribunais Superiores, quanto à natureza se absoluta ou relativa:

A partir da década de 80 do século passado, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, "a", do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940 (GRECO, 2010, p. 511).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, não há razão de persistir tal discussão e não poderia ser diferente frente à afirmação de um Direito como um instrumento de controle social que contempla o princípio constitucional da isonomia para homens, mulheres e crianças, independente de sua cultura, cor, sexo, religião,



e desta forma o papel de julgar o íntimo, o comportamento social da pessoa cabe a moral social, um importante instrumento de controle social, mas não tão importante quanto à proteção da liberdade e dignidade sexual do ser humano, mesmo sendo a vítima já corrompida, despudorada, prostituída. De acordo com Paulo Nader:

A Moral Social constitui um conjunto predominante de princípios e de critérios que, cada sociedade e em cada época, orienta a conduta dos indivíduos. Socialmente cada pessoa procura agir em conformidade com as exigências da Moral social, na certeza de que seus atos serão julgados à luz desses princípios (NADER, 2009, p. 37).

As características do *caput* do art. 217-A CP/1940, são analisadas da seguinte forma: a) a conduta de ter conjunção carnal; b) ou praticar qualquer outro ato libidinoso; d) com pessoa menor de 14 (quatorze) anos.

De acordo com o § 1º do artigo em análise, são previstas outras situações de vulnerabilidade, quais sejam: aquelas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática dos atos, ou a que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. O revogado art. 224 do CP/1940, alínea *b*, descrevia a alienação e debilidade mental, o art. 217-A CP/1940, descreve enfermidade ou deficiência mental, em compasso com os termos do art. 3º, inciso II do Código Civil de 2002 (CC/2002), *in verbis*:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...]  
III – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para prática desses atos (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Para as definições de enfermidade e deficiência mental, tem-se a seguinte conceituação:

Logo por *enfermidade mental*, deve-se compreender toda doença ou moléstia que comprometa o funcionamento adequado do aparelho mental. Nessa conceituação, deve ser considerados os casos de neuroses, psicopatias e demências mentais. Por *deficiência mental* entende-se o atraso do desenvolvimento psíquico (GOMES, 2009 apud GRECO, 2010, p. 515, grifo do autor).

Mister se faz salientar, que a lei não proíbe que um indivíduo acometido por enfermidade ou deficiência mental venha a ter uma vida sexual saudável e consentida, o que a lei pune é a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso

com o indivíduo acometido por enfermidade ou doença mental e que não possua o necessário discernimento o exercício da relação sexual (GRECO, 2010).

Sobre a expressão não pode oferecer resistência, prevista na 2ª parte do art. 217-A, tem-se a seguinte compreensão:

Em termos genéricos, a impossibilidade da vítima de resistir à prática dos atos sexuais pode decorrer de uma incapacidade de entendimento e autodeterminação, que se refere à compreensão e vontade conscientes, ou de uma incapacidade de externar o seu dissenso por meio de ações concretas de oposição à conduta do agente. Porque a lei, não distingue, essa impossibilidade de resistência pode resultar de uma condição permanente ou duradoura preexistente ou ser eventual e transitória, desde que existentes no momento do crime (MIRABETE, 2010, p. 411).

Em análise sobre a impossibilidade de resistência da vítima, Greco (2010, p. 517) menciona que "Não importa que o próprio agente tenha colocado a vítima em situação que a impossibilitava de resistir ou que a tenha encontrado nesse estado, [...] deverá ser responsabilizado pelo estupro de vulnerável".

Várias são as situações que podem ser caracterizadas como incapacidade de resistência da vítima, como a exemplo: a hipnose, o sono profundo, os aleijados, idade avançada, os casos de embriaguez, entre outros. Ainda sobre a embriaguez tem-se que "Se a embriaguez for parcial e se a vítima, de alguma forma, resistir restará afastado o delito em estudo" (GRECO, 2010, p. 518).

Precisa observação deve ser feita, quanto ao núcleo "ter" da figura típica em comento, em oposto ao verbo constranger, não se exigindo para efetivação das condutas: conjunção carnal ou outro ato libidinoso, o emprego da violência ou grave ameaça nem mesmo o consentimento da vítima que é desconsiderado pelo diploma penal em função de seu incompleto desenvolvimento. Muito embora a lei não tenha mencionado expressamente o constrangimento praticado contra o menor de 14 (quatorze) anos, havendo ou não a violência ou a grave ameaça, o tipo penal em estudo não será excluído, respondendo o agente pelo crime de estupro de vulnerável art. 217-A do estatuto repressivo, deixando evidente que a intenção do legislador é proteger com maior rigor o indivíduo vulnerável (GRECO, 2010).

Ademais, o Direito Penal não poderia se negar ao combate contra a cruel realidade da exploração sexual de crianças e adolescentes que infelizmente ultrapassa as fronteiras de países em todo o mundo, como também o Brasil. A rede de pedofilia se alastra a todo instante como uma epidemia, que se fortalece por

vários sites na internet, onde a face desses vermes é obscurecida pelo anonimato da pornografia.

O espírito rígido do legislador ao criar a Lei nº 12.015/2009, deve ser merecedor de todo mérito, ressaltando-se que o estupro de vulnerável art. 217 – A do CP/1940 se trata de uma nova figura criada para proteção dos menores de 14 (quatorze) anos contra os psicopatas sexuais que não deixam livres de suas garras nem mesmo os recém-nascidos, destruindo a vida de nossas crianças e adolescentes, usando a internet como meio para ludibriá-las por um prazer insano em troca de ínfimas propostas aparentemente encantadoras, estendendo esta proteção especial a outras pessoas vulneráveis, acometidas por enfermidade ou doença mental sem o necessário discernimento para a prática do ato, como os que por outra causa não podem oferecer resistência.

A grande honra deste trabalho é o respeito incondicional às vítimas de abuso sexual. O Direito é uma ciência que se entrelaça a outras áreas do conhecimento, buscando maior prevalência na proteção do ser humano. Para tanto se faz aqui uma humilde abordagem sobre a compreensão do trauma sofrido após um estupro, que na psiquiatria recebe o nome de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT). Nesse sentido:

Os portadores do transtorno de estresse pós-traumático (TEPT) são pessoas que passaram por eventos de natureza excepcionalmente ameaçadora ou catastrófica; testemunharam a morte de perto; correram risco de vida; vivenciaram momentos de violência ou fatos violentos como assaltos, seqüestros, acidentes de carro, desastres naturais, guerras, torturas psicológicas e/ou físicas, abusos sexuais etc., corroborados por sentimentos de impotência, medo e horror. São fatos que os marcaram profundamente e que desencadearam uma série de sintomas físicos e psíquicos, sinalizando que o trauma não foi superado. A ferida ainda está aberta e sangrando! [...] Em muitos pacientes, também observamos o aparecimento de sentimentos de "anestesia" em relação às emoções (afetos), como se fosse um embotamento emocional, o que não apresentam antes do ocorrido.[...] Os sintomas muito freqüentes estão relacionados à irritabilidade, explosão de raiva, insônia, dificuldade de concentração, hipervigilância (estado de alerta permanente) e/ou respostas exageradas a estímulos normais e corriqueiros (sobressaltos, sustos). [...] Muitos podem, até mesmo, desenvolver fortes sentimentos de culpa por terem sobrevivido ao evento traumático, autodepreciação e depressão, abuso de substância (dependência química), entre outros. [...] Outro exemplo de seqüelas psicológicas, envolvendo uma situação traumática, é possível ser verificado no relato de Marina, 21 anos, universitária, que nos foi encaminhada por seus pais, por não entenderem o comportamento da filha: No final do ano passado, fui estuprada à noite, numa rua quase deserta. De lá para cá as coisas nunca mais foram as mesmas. Ando triste, choro à toa, irritado-me com facilidade e não tenho a menor paciência com os homens. Tenho a impressão de que vão me atacar a qualquer momento. Nunca contei nada

pra ninguém, pois morro de vergonha de tudo e não quero magoar meus pais. Lembro-me perfeitamente bem da cor do carro, do cheiro e de seu estofamento estampado. As cenas não saem da minha cabeça, não consigo entrar mais num carro parecido com aquele, nem passar perto daquela rua. Tenho pesadelos com cenas de violência e estupro [...] tenho faltado às aulas. Passei a beber coisa que achei que nunca iria fazer, pois me alivia um pouco a dor das cenas de horror que passei. Preciso esquecer, mas não consigo (SILVA, 2006, p. 124-133).

## 4 ESTUPRO

### 4.1 Conceito e classificação

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, o delito de estupro, tipificado no art. 213 do CP/1940, é a ação de "constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". Pode-se extrair desse novel dispositivo legal, a junção de várias situações não descritas no texto originário do crime de estupro, a exemplo de que tal delito tutelava a liberdade sexual da mulher, no sentido de não ser forçada a manter relação sexual com outrem (penetração forçada do órgão genital masculino na cavidade da vagina) (CAPEZ, 2010).

O novo *caput* do delito em análise passou a descrever a conduta de constranger alguém (homem ou mulher), a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Ocorrendo, como já explanado, a fusão dos tipos penais elencados pelo CP de 1940, quais sejam, o estupro art. 213 e do atentado violento ao pudor art. 214 (revogado).

Sendo assim, o estupro passou a abarcar a conduta "qualquer ato libidinoso" seja conjunção carnal ou não, focalizando a proteção penal não apenas a mulher, mas também ao homem.

O crime tipificado no art. 213 do CP/1940, no que diz respeito à conduta "conjunção carnal" será de mão própria com relação ao sujeito ativo seja do sexo feminino ou masculino, exigindo atuação pessoal, no que diz respeito ao sujeito passivo, será homem ou mulher, entretanto para caracterização da conduta é imprescindível que ocorra de uma relação heterossexual; com relação à conduta dirigida a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso o crime será comum, não exigindo que o sujeito ativo e o sujeito passivo sejam de sexos opostos, pois essa conduta abrange uma amplitude de atos libidinosos, indiferente à conjunção carnal que somente pode ser realizada através do encontro do órgão genital masculino com o da mulher; doloso; comissivo, podendo ocorrer por omissão

imprópria, quando o agente gozar do *status* garantidor; material; de dano; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (GRECO, 2010).

#### 4.2 Objeto material e bem jurídico

O objeto material do delito de estupro pode ser a mulher ou o homem, ou seja, a pessoa contra a qual o agente pratica as condutas, ou apenas uma das condutas descritas no art. 213 do CP/1940. Em virtude, do Título VI do diploma penal está sob nova epígrafe, os bens juridicamente protegidos pelo art. 213, são a dignidade e a liberdade sexual (GRECO, 2010).

Assim, a lei protege a dignidade do ser humano quanto aos atos sexuais e paralelamente protege a liberdade de qualquer pessoa, para que não seja coagido a dispor do próprio corpo sem o seu real consentimento.

#### 4.3 Elementos do tipo

Pode-se destacar como elementos do tipo penal em comento, a "conjunção carnal" e "outros atos libidinosos". Por conjunção carnal, entende-se a penetração do pênis na vagina. Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, o antigo *caput* do art. 213 do CP/1940, descrevia apenas este ato sexual, os demais atos eram tipificados no art. 214 do CP/1940, atualmente revogado. Por outros atos libidinosos, entende tratar-se de outros atos sexuais lascivos, abrangendo a cópula anal ou oral, que são coitos anormais, determinados a satisfazerem a luxúria sexual, cuidando dessa forma de um conceito amplo na medida em que atuam na finalidade de satisfação da libido (CAPEZ, 2010).

Relevante salientar que não se incluem aqui, os escritos eróticos, pois a lei tão somente se refere ao contato físico real. Nesse contexto, não é necessário o contato de órgãos sexuais, por exemplo: a prática da masturbação na vítima, a realização do coito anal, a introdução do dedo ou instrumento no órgão genital. Ressalte-se que é irrelevante a compreensão da vítima quanto ao ato libidinoso,

bastando à intenção do agente em querer satisfazer o seu apetite sexual. Importante ainda, que se o agente compele a vítima a olhá-lo enquanto se masturba, não comete o crime em estudo, pois não houve a participação física da vítima (ativa ou passiva). No mesmo pensamento, se a vítima é forçada pelo agente a contemplar atos libidinosos realizados por terceiros, nesse exemplo, caracterizar-se-ia o delito de constrangimento ilegal art. 146 CP/1940 ou o delito tipificado no art. 218-A CP/1940, quando o agente for menor de 14 (quatorze) anos (satisfação de lascívia mediante presença de crianças ou adolescente). Nesse diapasão, se o agente constrange a vítima, a tirar a roupa para olhá-la com lascívia, sem forçá-la à prática de atos sexuais, somente se configurará o delito de constrangimento ilegal, uma vez que o crime menciona ato libidinoso e não olhar libidinoso (CAPEZ, 2010).

#### **4.4 Sujeito ativo e sujeito passivo**

Como já abordado, antes das alterações produzidas pela Lei nº 12.015/2009, o crime de estupro tinha como sujeito ativo o homem e sujeito passivo a mulher, tendo como ação, a conduta de mediante o emprego da violência ou grave ameaça manter conjunção carnal, ou seja, somente a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, pois somente esta poderia ser forçada a cópula vagínica. Assim se uma mulher obrigasse outra, ou se um homem obrigasse outro, mediante o emprego da violência ou grave ameaça a manter atos sexuais, estaria caracterizado o crime de atentado violento ao pudor art. 214 (revogado) do CP/1940, pela prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Com a reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009, o tipo em comento passou a abarcar não apenas a prática da conjunção carnal, mas também qualquer outro ato libidinoso, e, portanto, a mulher também pode ser sujeito ativo, como o homem pode ser sujeito passivo, desse delito (CAPEZ, 2010).

Nessa conjectura, tanto homem ou a mulher poderão ser sujeito ativo no estupro, quando a finalidade for manter conjunção carnal, obrigatório para o caso em deslinde que o sujeito passivo seja do sexo oposto. No que concerne à prática de outros atos libidinosos, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo, tratando-

se, pois, de um crime comum, não se exigindo nessa conduta, atos sexuais provenientes de uma relação heterossexual, como já explanado.

Sendo assim, a proteção à liberdade sexual não mais se restringi apenas a mulher, como também ao homem, dada a substituição no *caput* da reprimenda penal em análise do substantivo "mulher, pelo pronome indefinido "alguém".

Questão que sempre levantou polêmica foi em relação à vítima do crime de estupro ser uma transexual. Atualmente tal polêmica não mais persisti. Nesse sentido:

Imagine-se a hipótese em que a vítima, uma transexual, depois de se submeter à cirurgia de reversão genital, criando o que a medicina denomina de *neovagina*, seja violentada pelo agente, havendo penetração especificamente nesse lugar criado cirurgicamente, similar à vagina de uma mulher. [...] 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 o 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 (GRECO, 2010, p. 470, grifo do autor).

#### 4.5 Meios executórios e elemento subjetivo

Para a configuração do crime de estupro art. 213 CP/1940 é preciso que o agente constranja a vítima mediante o emprego de violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Trata-se, pois, o estupro, de uma espécie de constrangimento ilegal em que a vítima é subjugada, ao ato sexual através da violência ou grave ameaça. Constranger, aqui é utilizado no sentido de forçar, obrigar, compelir, coagir à vítima a manter relações sexuais em suas variadas formas. Sobre a conceituação de violência física, tem-se que "A violência, no caso, é a material, ou seja, o emprego de força física capaz de tolher a capacidade de agir da vítima, impedindo-a, em suma, de desvencilhar-se do estuprador [...]. Trata-se, desta forma, de violência real" (CAPEZ, 2010, p. 30).

Consideração importante é também sobre a conceituação do que vem a ser grave ameaça nas palavras de Capez (2010, p. 30):

A violência moral é aquela que age no psíquico da vítima e cuja força intimidatória é capaz de anular sua capacidade de querer. A lei faz menção a ameaça grave, isto é, o dano prometido deve ser maior que a própria conjunção carnal ou a prática do ato libidinoso, não tendo a vítima outra alternativa senão ceder à realização do ato sexual. O mal prometido pode ser direto (contra a própria vítima) ou indireto (contra terceiros ligados à vítima); justo (denunciar crimes praticados pela vítima) ou injusto (anunciar que vai matá-la).

O elemento subjetivo do delito em questão é o dolo, consubstanciado na vontade do agente de cometer o delito, não sendo admissível, a modalidade culposa por ausência de expressa disposição legal neste sentido. De acordo com Capez (2010, p. 37):

Ocorre que se trata de um delito de tendência, em que tal intenção se encontra insita no dolo, ou seja, na vontade de praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Deste modo, o agente que constringe mulher mediante o emprego de violência ou grave ameaça à prática de cópula vaginal não agiria com nenhuma finalidade específica, apenas atuaria com a consciência e vontade de realizar a ação típica e com isso satisfazer na libido (o até então chamado dolo genérico).

CESES - FACISA  
 BIBLIOTECA

#### 4.6 Consumação e tentativa

Em se tratando de conjunção carnal (cópula vaginal), o estupro art. 213 do CP/1940, consuma-se com a penetração completa ou incompleta do membro viril na vagina não havendo, necessidade de ejaculação, trata-se, pois de crime material. O simples contato do pênis no órgão genital feminino caracteriza a tentativa, perfeitamente admissível, por tratar-se de crime plurissubsistente (GRECO, 2010).

Nesse corolário, também será reconhecível a tentativa:

[...] quando não haja esse contato, desde que as circunstâncias deixem manifesto, por parte do agente, o intuito de conjunção carnal. Assim, deve responder por estupro tentado o indivíduo que, depois de empolgar a vítima, joga-a no chão ou para cima do leito, levantando-lhe as vestes, arrancando ou rasgando-lhe as calças, e retira o membro em ereção [...], mas vindo a ser impedido de prosseguir por circunstâncias independentes de sua vontade (como quando a vítima consegue desvencilhar-se e fugir, ou sobrevém intervenção de terceiros) (HUNGRIA apud CAPEZ, 2010, p. 37).

Pode-se vislumbrar um exemplo, do agente primeiro praticar outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal, e no momento em que se preparava para

efetuar a cópula vaginal, fora surpreendido. Na antiga sistemática do CP/1940, o agente nesse caso exposto responderia pelo delito estupro tentado em concurso com o delito de atentado violento ao pudor (revogado). Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, nesse mesmo contexto fático, o agente responde por crime único, pois os atos libidinosos diversos da conjunção carnal passam a compor o crime de estupro, art. 213 CP/1940 (CAPEZ, 2010).

Sobre a desistência voluntária, se o agente dá início à realização do crime de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal, mas depois de retirar as roupas da vítima, acaba cedendo às suas súplicas e não concretiza a penetração, não poderá responder pelo delito sexual no que diz respeito ao constrangimento de praticar ou permitir que fosse praticado com a vítima outro ato libidinoso, pois se assim fosse, quando o agente simplesmente tocasse na vítima, estaria consumado o crime de estupro. Porém, se o agente antes da penetração na cópula vaginal tivesse realizado atos libidinosos que por si só caracterizam a segunda parte do delito em análise, como a exemplo do coito anal, aí sim poderia visualizar a prática do crime sexual. Assim, no mesmo contexto fático, o agente que comete atos libidinosos irrelevantes não configurando a segunda parte do art. 213 CP/1940, deverá responder pelo constrangimento ilegal, a que compeliu a vítima, pois pela regra do art. 15 do CP/1940 (desistência voluntária), o agente responde pelos atos até então praticados (GRECO, 2010).

Ponderação salutar é no sentido da dificuldade com a antiga sistemática do CP/1940, de na prática concluir se o delito realizado era o de atentado violento ao pudor consumado ou tentativa de estupro. Nas palavras de Capez (2010, p. 38):

„Não comprovada a intenção de estuprar, o agente respondia pelo revogado delito do art. 214 do CP. Por exemplo: após arrancar as vestes da vítima e tatear e beijar seu corpo, o agente é surpreendido por terceiros. No entanto, caso comprovado o intento de estuprar, perfazia-se o delito do art. 213 do CP, na forma tentada. Da mesma forma, se o agente desistisse voluntariamente de concretizar a conjunção carnal, respondia pelo crime de atentado violento ao pudor, se tivesse realizado algum ato libidinoso.

Com a nova redação dada ao delito de estupro art. 213 CP/1940, pela Lei nº 12.015/2009, os atos libidinosos distintos da conjunção carnal passam a também integrar o *caput* desse delito, e, portanto verificado a sua efetivação, estará à figura típica consumada. Assim, em se tratando da segunda parte do art. 213 CP/1940, haverá consumação quando o agente mediante a violência ou grave ameaça

compele a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção. Se o agente faz uso dos meios executórios do delito de estupro art. 213 CP/1940, mas desisti por circunstâncias alheias à sua vontade, estará caracterizada à tentativa. De acordo com Greco (2010, p. 453):

Assim, no momento em que o agente, por exemplo, valendo-se do emprego de ameaça, faz com que a vítima toque em si mesma, com o fim de masturbar-se, ou no próprio agente ou em terceira pessoa, nesse instante estará consumado. Na segunda hipótese, a consumação ocorrerá quando o agente ou terceira pessoa vier a atuar sobre o corpo da vítima, tocando-a em suas partes consideradas pudendas [...].

Importante observação deve ser analisada quanto aos atos preparatórios à cópula vaginal, nesse corolário Greco (2010, p. 454):

[...] Se os atos que antecederam ao início da penetração vaginal não consumada forem considerados normais à prática do ato final, a exemplo do agente que passa as mãos nos seios da vítima ao rasgar-lhe o vestido [...], tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal.

#### 4.7 Modalidades: comissiva e omissiva

A figura típica do estupro, art. 213 CP/1940, traz em seu *caput*, o núcleo *constranger* que determina uma ação por parte do indivíduo que através da violência ou grave ameaça, almeja a manter forçosamente atos sexuais com a vítima, caracterizando-se, crime comissivo, como regra. O delito em tela poderá ser realizado através da via omissão imprópria, na circunstância do agente gozar de status de garantidor, com fulcro no art. 13, § 2º do CP/1940, *in verbis*:

Art. 13. [...]

§ 1º [...]

§ 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
- (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

## 4.8 Formas qualificadas

As formas qualificadas do delito de estupro estão elencadas nos §§ 1º e 2º do art. 213 P/1940, antes elencadas no art. 223 do CP/1940, expressamente revogado, consoante às modificações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009. Assim, a figura típica em comento será qualificada pelos resultados lesivos quando: a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave (§ 1º, 1ª parte), tratando-se de qualificadora, já tipificada no revogado art. 223 do CP/194, e, portanto não ocorrendo *abolitio criminis*. A mesma pena foi preservada pela Lei nº 12.015/2009, que é a de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Importante abordar que em se tratando de lesão corporal, a lei se refere às de natureza grave e gravíssima, ou seja, em sentido lato; b) se da conduta resulta morte (§ 2º), qualificadora também já tipificada no revogado art. 223 CP/1940, porém com a pena modificada, passando a pena de reclusão de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos para reclusão, 12 (doze) a 30 (trinta) anos, limite máximo, caracterizando uma *novatio legis in pejus* (CAPEZ, 2010).

Segundo Mirabete (2010, p. 393) "Referindo-se a lei à lesão corporal de natureza grave, [...]. Excluem-se as eventuais lesões leves e a contravenção de vias de fato, porque abrangidas como elementares à configuração do delito em estudo".

Por lesão corporal de natureza grave, compreende às previstas no art. 129, §§ 1º e 2º do CP/1940, *in verbis*:

Art. 129. [...]  
 Lesão corporal de natureza grave  
 § 1º. Se resulta:  
 I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias;  
 II – perigo de vida;  
 III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;  
 IV – aceleração de parto;  
 Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.  
 § 2º. Se resulta:  
 I – incapacidade permanente para o trabalho;  
 II – enfermidade incurável;  
 III – perda ou inutilização de membro, sentido ou função;  
 IV – deformidade permanente;  
 V – aborto;  
 Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Para a caracterização do estupro com o resultado qualificado, é necessário que a lesão corporal ou a morte provenha da conduta, conforme preconizado no novel dispositivo legal. O revogado art. 223 do CP/1940, descrevia em seu *caput* que o estupro qualificado pelo resultado lesão grave, resultava da violência, e em seu parágrafo único descrevia que o estupro qualificado pelo resultado morte resultava do *fato*. De acordo com Mirabete (2010, p. 394):

[...] para parte da doutrina, determinava tratamento diferenciado entre as qualificadoras, com relação ao nexa causal. Segundo essa corrente, se a lesão grave deveria ser resultado da violência, ou seja, da força física empregada, não incidiria a qualificadora nos casos em que a lesão fosse consequência da grave ameaça ou de outra causa que não a violência. [...] fazendo o agente com que a vítima ingira, sem perceber, um narcótico violento, para adormecê-la e, assim, viabilizar a prática dos atos sexuais violentos, causando-lhe a morte, o êxito letal deveria lhe ser atribuído porque decorre do *fato*, mas se o resultado fosse lesão grave, responderia ele por estupro simples em concurso com o outro crime (lesão culposa) [...].

A Lei nº 12.015/2009, ao mencionar a *conduta*, nos §§ 1º e 2º do art. 213 do CP/1940, determina que haja nexa causal entre a lesão grave ou a morte e a conduta realizada pelo agente para efetivação do delito de estupro. Tal conduta é por consequência o constrangimento submetido à vítima para a configuração da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, mediante o emprego da violência e grave ameaça. Imperioso salientar, que não se trata, pois de toda e qualquer conduta, mas a conduta do estupro, ampliando o legislador na hipótese de lesão corporal, o nexa causal que pela lei anterior seria apenas a *violência*, sendo mais restrita na hipótese de morte, que resultava apenas do *fato*, e também reconhecendo a qualificadora que resulta da grave ameaça (MIRABETE, 2010).

Pode-se destacar que o resultado que qualifica o estupro e consequentemente agrava a pena, só pode ser atribuído a título de culpa, e sendo assim são crimes preterdolosos, que como regra, não se admite a tentativa, a exemplo, o agente ao estuprar a vítima causa-lhe lesões graves ou a morte, culposamente concretização a qualificadora. Nesse diapasão, importante ressaltar, que será afastada a qualificadora, se o resultado que assevera a pena for oriundo do caso fortuito ou força maior (GRECO, 2010).

Como preconiza a regra do art. 19 do CP/1940: "Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente" (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Vislumbrando o exemplo, de lesões graves ou homicídio (culposos), serem direcionados a terceiro e não na vítima, em virtude da violência para a efetivação do estupro, não será enquadrada a qualificadora do art. 213 do CP/1940, respondendo o agente pelos delitos em concurso material (CAPEZ, 2010).

Pode-se verificar também a situação do agente atuar a título de dolo (direto ou eventual), em relação à qualificadora do crime de estupro (lesão corporal grave ou a morte) da vítima, assim, deverá responder no caso em tela pelo crime de estupro, art. 213 CP/1940 (forma simples) em concurso com o de lesão grave art. 129 CP/1940 (§§ 1º ou 2º), ou homicídio art. 121 CP/1940 (*caput*, e § 2º), preservando o tratamento da individualização da pena. Analisando o nexos causal, a conduta descrita nos §§ 1º e 2º do art. 213 CP/1940, é a conduta de estupro, se o agente age com dolo para a prática do resultado qualificador, pratica conduta distinta àquela direcionada à conduta sexual, e, portanto deverá responder por delitos autônomos em concurso material de crimes, preconizado pelo art. 69 do CP/1940, (estupro, lesão corporal grave ou homicídio) (MIRABETE, 2010).

Hipótese também poderá ocorrer do agente no intuito de realizar o estupro, acaba por produzir a morte da vítima, sem que tenha efetivado o ato sexual. Questão polêmica desde a redação original do CP/1940 gira em torno se nessa situação estaria diante de um crime sexual tentado, ou se afastaria a tentativa.

Como já explanado, o crime em comento, é preterdoloso, que não admite a tentativa, como regra, pois o resultado qualificado que agrava a pena, só poderá ser atribuído a título de culpa. Sobre o crime tentado tem-se a previsão no art. 14, CP/1940, *in verbis*:

Art. 14. Diz-se o crime:

I - [...]

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único: Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Corrente doutrinária argumenta que, se fosse aplicada a regra da tentativa, no caso do resultado morte, haveria a possibilidade da pena ser igual ou menor àquela prevista para o crime de lesão corporal seguida de morte, delito de menor gravidade. Por exemplo, para a qualificadora de resultado morte (Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos) se fosse diminuída dois terços da pena, ter-se-ia um

preceito secundário (Pena – reclusão, 4 (quatro) a 10 (dez) anos), sendo que para o delito de lesão corporal seguida de morte, tem – se (Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. Como defensor dessa corrente, Mirabete (2010, p. 397):

A melhor solução era a de se considerar que, referindo-se a lei à lesão grave ou à morte decorrente da violência ou do fato, cabia a aplicação da pena prevista, no art. 223, sem diminuição ainda que não se consumasse o crime sexual. Não se aplicava, assim a regra do art. 14, parágrafo único, quando se tratasse de forma qualificada em que o fato ou a violência originaram um resultado mais grave, tanto na consumação quanto na tentativa do crime antecedente. A mesma solução deve continuar a ser adotada na lei vigente. Embora elevando o legislador as penas cominadas para o estupro qualificado, a pena mínima prevista para a hipótese de estupro, tentado com resultado morte é idêntica à cominada para a lesão corporal seguida de morte, de apenas 4 anos.

Outro posicionamento doutrinário, mais pudente e condizente com o Código Penal, defende a aplicabilidade da tentativa, mesmo na análise de um delito preterdoloso, salienta que quase toda regra há exceções, sendo totalmente concebível no caso concreto reconhecê-las. Dessa forma destaca Greco (2010, p. 457, grifo do autor):

É claro que o Código Penal não é perfeito, como nenhuma outra legislação o é, seja nacional ou estrangeira. As falhas existem. Entretanto, raciocinando no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, não podemos permitir que essas falhas sejam consideradas em prejuízo do agente. Não podemos simplesmente considerar como consumado um delito que, a toda prova, permaneceu na fase da tentativa, raciocínio que seria, esse assim, completamente, *contra legem*, com ofensa frontal à regra determinada pelo inciso II do art. 14 do Código Penal.

Ainda Greco (2010) traz à baila a hipótese do agente depois de causar culposamente a morte instantânea da vítima, sem perceber esse fato, efetua a conjunção carnal, ainda assim ter-se-ia, a tentativa de estupro qualificada pelo resultado morte, pois a conjunção carnal ocorreu após a morte, não existindo mais o objeto material do crime sexual, não configurando também o vilipêndio a cadáver, art. 212 do CP/1940, pois o agente desconhecia a morte da vítima. Porém, se tivesse percebido a morte da vítima, e ainda assim realizasse o ato sexual, poderia responder pela tentativa de estupro qualificada e pela morte e vilipêndio a cadáver.

O novel dispositivo legal, a Lei nº 12.015/2009, acrescentou outra qualificadora do crime de estupro art. 213, CP/1940, em seu § 1º (2ª parte), quando a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (quatorze), não se tratando de

delito qualificado pelo resultado. O legislador assim agravou a pena, por considerar a idade da vítima, que ainda é um adolescente e que apesar de certa independência sexual, a gravidade de um crime dessa expressão, pode causar-lhe distúrbios psicológicos irreversíveis em sua personalidade que ainda está em formação, podendo até mesmo se transformar no futuro em sujeito ativo desse delito. Observação se faz pertinente, no sentido de que se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (quatorze), e ocorrer o resultado morte, será aplicado o § 2º do art. 213 CP/1940, cuja pena é mais agravante (GRECO, 2010).

A expressão vítima maior de 14 (quatorze), tem levado a efeito discussões doutrinárias, Capez (2010, p. 48) menciona que "[...] a qualificadora não incidirá se o crime for praticado na data em que a vítima completa seu 14º aniversário".

Com todo respeito ao renomado doutrinador em epígrafe, referência fidedigna em diversas citações dessa investigação científica, não é convencional, diante de uma falha na legislação, desviar a intenção do legislador na elaboração da lei. Posicionamento mais acertado vem nas palavras de Greco (2010, p. 458):

[...] em várias passagens, o Código Penal se vale de expressão similar, a exemplo do que ocorre nos arts. 61 II, h (maior de sessenta anos) e 65, I (maior de setenta anos) etc. Na verdade, no primeiro instante após completar a idade prevista pelo tipo penal a pessoa já é considerada maior de... Não há necessidade, portanto, que se passe um dia inteiro para, somente após, ou seja, no dia seguinte, entender que a vítima, no caso do artigo em estudo, é considerada maior de 14 (catorze) anos, para efeitos de reconhecimento da qualificadora. [...] entendemos que se o agente vier a praticar o delito de estupro no dia em que a vítima completava 14 (catorze) anos, deverá ser reconhecido o delito qualificado, se esse dado, ou seja, a idade da vítima era de seu conhecimento.

#### 4.9 Pena

O novel dispositivo legal, a Lei nº 12.015/2009, além de alterar o preceito primário da figura típica do art. 213 CP/1940, também alterou o seu preceito secundário, embora mantendo "intacta" a modalidade simples, acrescentou a este a modalidade qualificada em seus §§ 1º e 2º, antes abarcadas no revogado art. 223 do estatuto repressivo. Ressalta-se que modalidade qualificada do § 1º (segunda parte) "se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze) anos" trata-se de

uma inovação incorporada pela Lei Ordinária em estudo, agravando a reprimenda penal quando o estupro for praticado contra adolescente. Ademais no que tange a qualificadora do § 2º a cominação penal foi aumentada, com pena de reclusão de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos, para 12 (doze) a 30 (trinta) anos, atingindo o limite máximo.

Precisamente em análise á qualificadora do § 2º do delito em comento, o seu preceito secundário mantém o fiel respeito ao princípio da proporcionalidade, em relação à adequação da pena, tendo em vista a maior quantidade de condutas agora abrangidas pelo estupro: conjunção carnal e outros atos libidinosos (delitos de mesma espécie) e o resultado morte; como também em relação à necessidade da pena mais rigorosa contra os atos sexuais que afrontam a dignidade sexual da pessoa humana e que culposamente retiram-lhe a vida, causando uma vitimização secundária. Segue abaixo o quadro comparativo de Fernando Capez, com adaptações próprias, sobre a redação anterior e posterior do crime de estupro art. 213 CP/1940 à entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009:

<p>Anterior à Lei nº 12.015/2009:</p> <p><b>Art. 213. Estupro</b>          Constranger <b>mulher</b> à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:          Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.          Parágrafo único. <i>(Parágrafo acrescentado pela Lei n. 8.069/90 e revogado pela Lei n. 9281/96.)</i></p>	<p>Posterior à Lei nº 12.015/2009:</p> <p><b>Art. 213. Estupro</b>          Constranger <b>alguém</b>, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal <b>ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso</b>:          Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.  <b>§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze) anos:</b>  <b>Pena- reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.</b>  <b>§ 2º Se da conduta resulta morte:</b>  <b>Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.</b> (Redação dada pela Lei n. 12.015/2009).</p>
--	--

FONTE: (CAPEZ, 2010, p. 23, grifo do autor)

## 4.10 Enfoques

### 4.10.1 O consentimento da ofendida no direito penal sexual

Importante enfatizar que para caracterização do tipo penal em estudo é imprescindível que não haja consentimento da vítima, pois o agente a obriga mediante a violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Caso haja o consentimento, o fato será considerado atípico, desde que a vítima não esteja alcançada pelo art. 217-A CP/1940, sendo considerada vulnerável e, portanto incapaz de consentir com atos da vida sexual em função de seu desenvolvimento incompleto (GRECO, 2010).

O sadismo (prazer na dor alheia) e masoquismo (prazer na própria dor) realizados por pessoas maiores e capazes, desde que gerem lesões corporais de natureza leve, não caracterizam o delito em comento, em virtude da disponibilidade do bem jurídico tutelado (GRECO, 2010).

### 4.10.2 Marido como autor

Por muito tempo, a doutrina se dividiu, quanto à possibilidade do marido ser sujeito ativo do crime de estupro, tendo como vítima a própria esposa. A primeira corrente argumentava que o marido que obrigasse a própria esposa à relação sexual estaria acobertado pelo exercício regular de um direito, chamado débito conjugal, previsto no antigo Código Civil de 1916, art. 231, II, e no atual Código Civil, art. 1.566, II (GRECO, 2010).

Destaca-se nessa corrente notadamente machista, a posição de Nelson Hungria:

Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges [...] (HUNGRIA, 1956 apud GRECO, 2010, p. 466, grifo do autor).

Na sociedade atual, tal corrente não mais procede, pois a mulher tem direito à inviolabilidade de seu corpo, e o emprego da violência ou grave ameaça, para forçá-lhe a conjunção carnal não pode ser visto como exercício regular de um direito, mas, sim, abuso de direito, que fere a dignidade e liberdade sexual, não autorizando o diploma civil, o uso da violência sexual, diante da recusa ao ato sexual por parte da esposa, o marido poderá se valer do instituto civil que é o divórcio direto, e a mulher vítima do crime de estupro art. 213 CP/1940, em sua forma consumada ou tentada, também fará jus ao instituto em tela, evidenciada a impossibilidade da vida conjugal (CAPEZ, 2010).

Sob o aparato da Lei n°: 12.015/2009 pode-se visualizar nova situação:

Em virtude da nova redação constante do art. 213 do Código Penal, a esposa também poderá figurar como autora do delito de estupro praticado contra seu próprio marido, a exemplo daquela que, mediante o emprego de grave ameaça, o obriga a permitir que com ele se pratique atos de relação (GRECO, 2010, p. 467).

Importante enfatizar, que na busca pelo maior rigor à proteção da mulher, foi editada no Brasil, a Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha. Sobre esse aparato legal, menciona Capez (2010, p. 34):

Note-se, finalmente, que, tendo em vista o disposto no § 8° do art. 226 da Constituição Federal, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e em outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil (cf. art. 1°), foi editada a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, a qual criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. De acordo com o art. 5°, a violência doméstica ou familiar consiste em qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial [...] A violência sexual, segundo o diploma legal, consiste em qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou o uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição [...].

CESES B - FACISA  
R E P U B L I C A D O  
T E X T O

#### 4.10.3 Emprego da coação moral irresistível perpetrada por mulher

Com a nova redação dada ao art. 213 do CP/1940, seria a mulher autora do crime de estupro, na hipótese de mediante o emprego de coação moral irresistível obrigar um homem a efetivar a conjunção carnal com outra mulher?

Partindo do pressuposto que a natureza jurídica do crime de estupro art. 213 do CP/1940, no que diz respeito à conduta "conjunção carnal" ser crime próprio em que se exige a qualidade especial exigida pelo tipo, ser o sujeito ativo do delito (homem ou mulher), e que o sujeito passivo deverá ser do sexo oposto (relação heterossexual); ou de mão-própria que não admite a autoria mediata, pois a realização do delito exige a pessoal realização da conduta proibida, não poderia a mulher ser autora imediata ou mediata, bem pior ainda se fosse levado em consideração à teoria da acessoriedade limitada, exigindo do agente a mera participação (GRECO, 2010).

Modernamente a coação irresistível praticada por mulher, utiliza-se da teoria do autor de determinação apregoada por Zaffaroni, respondendo a mulher que coagiu um homem a praticar o crime de estupro art. 213 do CP/1940 na conduta "conjunção carnal" contra outra mulher com o título especial: autora de determinação, "a mulher não é punida como autora do estupro, senão que se lhe aplica a pena de estupro por haver cometido o delito de determinar o estupro" (ZAFFARONI, 1996 apud GRECO, 2010, p. 468).

Tal teoria se coaduna com as disposições previstas no CP/1940 que assim descreve "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" (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Tratando-se de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, incorporados ao delito de estupro art. 213 CP/1940, não há que se cogitar em nenhum problema, visto que a prática desses atos sexuais, não pressupõe de uma relação heterossexual, portanto, crime comum, podendo tanto ser a mulher autora imediata ou mediata (GRECO, 2010).

Ademais, convém abordar sobre a antiga sistemática do art. 213 CP/1940, que trazia em seu *caput*, apenas a conduta conjunção carnal, e como objeto material

apenas a mulher. Dessa forma, a mulher jamais poderia ser autora do delito de estupro, pois a conduta conjunção carnal, pressupõe de uma relação heterossexual, mas já a mulher como coautora era totalmente concebível. Sobre a coautoria, comenta Capez (2010, p. 33)

[...] ela podia praticar a ação nuclear típica, consubstanciada no verbo constranger (por exemplo: a mulher segura à vítima à força para que seu companheiro a estupe; ou ameaça a vítima com arma de fogo para que seu comparsa realize a conjunção carnal). Também entendíamos ser possível a participação (por exemplo: a mulher empresta a arma do crime para o estuprador, leva o agente em seu veículo até o local do crime, vigia o local para que o agente realize o estupro) [...].

O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu "É coautor do crime de estupro quem, portando arma, contribui para aterrorizar a vítima enquanto outrem a possui sexualmente" (RT, 543/466 apud CAPEZ, 2010, p. 32).

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, a mulher poderá ser coautora, participe e até mesmo autora como já mencionado em epígrafe.

Pela nova redação do art. 213 do CP/1940, prevendo a possibilidade de a conduta conjunção carnal ter como sujeito ativo tanto o homem como a mulher, desde que consista em relação sexual com o sexo oposto; o homem poderá ser constrangido por uma mulher a realizar a conjunção carnal. Tal hipótese aparenta ser dissociável da realidade, imaginar um homem tendo ereção em uma situação de coação, de constrangimento. Porém, fato é que tal hipótese merece atenção, pois se encontra sancionada na atual reprimenda penal (GRECO, 2010).

#### 4.10.4 Resistência da vítima

Como já explanado, o delito de estupro, art. 213 do CP/1940, ocorre quando há oposição da vítima em manter a relação sexual. Questão relevante deve ser observada, sobre se realmente a negativa da vítima ao ato sexual corresponde a sua real vontade ou se não faz parte apenas de um "jogo de sedução". Consoante Fletcher (1997 apud GRECO, 2010, p.464):

Quando consente uma mulher? [...] nos encontramos com o problema de provar que a mulher disse não. Aqui não há gravação de vídeo. Não há formulários de consentimentos firmados, como existem nos hospitais, e não existem testemunhas. Mas o homem lhe disse que a mulher lhe disse que sim. Assim, como saberemos? E o que sucede se nunca o saberemos com segurança?

O erro do agente em relação à oposição da vítima acarretará, em erro do tipo, afastando a tipicidade do fato, e por consequência, o dolo. A esse respeito, menciona Mestiere (1982 apud GRECO, 2010, p.464):

A crença sincera, de que a vítima apresenta oposição ao congresso carnal apenas por recato o para tornar o jogo do amor mais difícil ou interessante [...] deve sempre de ser entendida em favor do agente. Falha o tipo subjetivo, [...].

Embora o exemplo em epígrafe justifique um provável erro do agente, sobre a resistência da vítima ao ato sexual, esta tem o direito de dizer não, e seu dissenso deve ser respeitado pelo agente, mesmo que durante os fatos que antecederam a prática sexual houvesse intimidade entre eles. Evidente que esses fatos antecedentes serão examinados como prova, pois aqui não há testemunhas. Por esta razão, se torna ainda mais embaraçoso provar o estupro, nas relações de intimidade, por exemplo, namorados, noivos, bem como os casados (GRECO, 2010).

O estupro é um crime, que frequentemente, é praticado, na ausência de testemunhas, gerando em muitas situações um confronto entre a palavra da vítima, que se diz abusada sexualmente, e do agente que se defende das acusações. Para a análise desse tipo de situação hipotética, a Criminologia costumeiramente aplica a teoria da síndrome da mulher de Potifar, extraída da Bíblia Sagrada, que descreve a história de José, vendido a um egípcio chamado Potifar. A mulher de Potifar, sentindo desejos tentou relacionar-se sexualmente com José, mas foi por este repudiada (GRECO, 2010).

Essa teoria explanada encontra fundamento nos ensinamento bíblicos, mais precisamente do livro de Gênesis, capítulo 39, versículo 1 ao 20:

E José foi levado ao Egito, e Potifar, eunuco de Faraó, capitão da guarda, varão egípcio, comprou-o da mão dos ismaelitas que o tinham levado lá. E o Senhor estava com José, e foi varão próspero; e estava na casa de seu senhor egípcio.

Vendo, pois, o seu senhor que o Senhor estava com ele e que tudo o que ele fazia o Senhor prosperava em sua mão, José achou graça a seus olhos e servia-o; e ele o pôs sobre a sua casa e entregou na sua mão tudo o que tinha.

E aconteceu que, desde que o pusera sobre a sua casa e sobre tudo o que tinha, o Senhor abençoou a casa do egípcio por amor de José; e a benção do Senhor foi sobre tudo o que tinha, na casa e no campo.

E deixou tudo o que tinha na mão de José, de maneira que de nada sabia do que estava com ele, a não ser do pão que comia. E José era formoso de aparência e formoso à vista.

E aconteceu, depois destas coisas, que a mulher de seu senhor pôs os olhos em José e disse: Deita-te comigo.

Porém ele recusou e disse à mulher do seu senhor: Eis que o meu senhor não sabe do que há em casa comigo e entregou em minha mão tudo o que tem.

Ninguém há maior do que eu nesta casa, e nenhuma coisa me vedou, senão a ti, porquanto tu és sua mulher, como, pois, faria eu este tamanho mal e pecaria contra Deus?

E aconteceu que, falando ela cada dia a José, e não lhe dando ele ouvidos para deitar-se com ela e estar com ela,

sucedeu, num certo dia, que veio a casa para fazer o seu serviço; e nenhum dos da casa estava ali.

E ela lhe pegou pela sua veste, dizendo: Deita-te comigo. E ele deixou a sua veste na mão dela, e fugiu, e salu para fora.

E aconteceu que, vendo ela que deixara a sua veste em sua mão e fugira para fora,

chamou os homens de sua casa e falou-lhes, dizendo: Vede, trouxe-nos o varão hebreu para escarnecer de nós; entrou até mim para deitar-se comigo, e eu gritei com grande voz.

E aconteceu que, ouvindo ele que eu levantava a minha voz e gritava, deixou a sua veste comigo, e fugiu para fora.

E ela pôs a sua veste perto de si, até que o seu senhor veio à sua casa.

Então, falou-lhe conforme as mesmas palavras, dizendo: Veio a mim o servo hebreu, que nos trouxeste para escarnecer de mim.

E aconteceu que, levantando eu a minha voz e gritando, ele deixou a sua veste comigo e fugiu para fora.

E aconteceu que, ouvindo a seu senhor as palavras de sua mulher, que lhe falava, dizendo: Conforme estas mesmas palavras me fez teu servo, a sua ira se acendeu.

E o senhor de José o tomou e o entregou na casa do cárcere, no lugar onde os presos do rei estavam presos; assim, esteve ali na casa do cárcere (A Bíblia..., 2007, p.39, grifo do autor).

Diante dessa teoria criminológica em estudo, deverá o juiz no caso concreto, ter o discernimento de apurar se os relatos da vítima realmente aconteceram, analisando assim a verossimilhança de suas palavras, e a oposição do réu. Verificando que as palavras da vítima não traduzem confiança, poderá o julgador proceder à absolvição do réu (GRECO, 2010).

Ainda nesse enfoque, menciona Noronha (1994 apud CAPEZ, 2010, p. 42):

[...] É natural que a palavra do ofendido seja recebida, em princípio, com reservas. [...] cõscio da responsabilidade que assumiu, podendo até acarretar-lhe processo criminal (denúnciação caluniosa, art. 339 do Código Penal) e, por outro lado, impelido pela indignação ou o ódio e animado do

intuito de vingança, suas declarações não merecem, em regra, a credibilidade do testemunho. Isso, entretanto, não impede seja ele fonte de prova, devendo seu relato ser apreciado em confronto com os outros elementos probatórios, podendo, então, conforme a natureza do crime, muito contribuir para a convicção do juiz.

#### 4.10.5 Prática de estupro por diversos agentes na mesma ocasião

Situação que merece intensa valoração configura-se na hipótese, do delito de estupro art. 213 do CP/1940, ser praticado por vários agentes ao mesmo tempo, visualizando um horrendo exemplo, de dois agentes segurarem a vítima enquanto um terceiro efetiva a conjunção carnal, havendo um revezamento, entre eles, tal delito será apenado pelo art. 71 crime continuado, como também nos moldes do art. 29 concurso de pessoas, ambos do CP/1940. Sob a ótica do caso em tela, cada agente que praticou a conjunção carnal, será autor de um crime de estupro, enquanto os demais auxiliares serão considerados seus partícipes, configurando assim, três crimes de estupro em continuidade delitiva (GRECO, 2010).

Conforme o CP/1940, *in verbis*:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

[...]

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 [...] (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

#### 4.10.6 Concurso de crimes

Antes da edição da Lei n° 12.015/2009, que revogou a figura típica de atentado violento ao pudor art. 214 do CP/1940, o agente que praticasse conjunção carnal com a vítima e também praticasse outro ato libidinoso, como o sexo anal, responderia pelo crime de estupro art. 213 e atentado violento ao pudor art. 214 (revogado), aplicando-se o concurso de crimes (GRECO, 2010).

Com a referida modificação, abriu-se uma discussão doutrinária sobre se a nova redação do art. 213 do estatuto repressivo trata-se de um tipo misto alternativo, e, portanto, crime único, de ação múltipla, pois as condutas se encontram descritas na mesma figura típica (corrente majoritária); ou de um tipo misto cumulativo respeitando assim o concurso de crimes.

Os que compreendem tratar-se o crime de estupro art. 213 CP/1940, de um crime misto cumulativo defendem esta posição por serem condutas distintas: conjunção carnal e outros atos libidinosos, sendo assim uma dupla violação à liberdade sexual da vítima e um desrespeito mais grave a dignidade sexual e que a margem entre a pena mínima e a máxima (6 a 10) anos, é estreita para que o juiz considere todas as condutas praticas pelo agente sob a ótica de tratar-se de um crime misto alternativo, ou seja, punindo-se com uma única pena. Assim, conforme Mirabete (2010, p. 338):

Entendemos que o art. 213 descreve um tipo misto cumulativo, punindo, com as mesmas penas, duas condutas distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento ao ato libidinoso diverso. A utilização, no caso, de um único núcleo verbal (constranger) decorre da técnica legislativa, resultando da concisão propiciada pelo conteúdo das duas figuras típicas. A prática de uma ou outra conduta configura o crime de estupro e a realização de ambas enseja a possibilidade do concurso de delitos.

Embora com a entrada em vigor da Lei n° 12.015/2009, houve um rigor bastante evidente contra os crimes que ofendem a liberdade e dignidade sexual, é fundamental entender a intenção do legislador, para que não se queira a todo custo uma sanção mais severa. Quando houve a fusão dos tipos penais, não há mais que se cogitar que as condutas de conjunção carnal e atos libidinosos não são da mesma espécie, sendo assim a mais fidedigna compreensão é que o art. 213 do

CP/1940 é uma infração penal de ação múltipla (tipo misto alternativo), o que afasta o concurso material, cabendo ao juiz na dosagem da pena, levar em consideração a quantidade de atos sexuais praticados pelo agente contra a vítima (conjunção carnal e outros atos libidinosos), não afastando a possibilidade no caso concreto, de ser visualizada a hipótese do crime continuado, art. 71 do estatuto repressivo, aumentado a pena de um sexto a dois terços (GRECO, 2010). Nessa simetria:

Desse modo, se o agente, por diversas ocasiões, constranger a vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, a com ele praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso diverso do coito vaginal, há continuidade delitiva (CP, art. 71). Se, em um mesmo contexto fático, o agente praticar conjunção carnal e diversos atos libidinosos contra a mesma vítima, haverá crime único (CAPEZ, 2010, p. 44).

Estabelecido que em razão da nova redação da figura típica em estudo agora abarcar dois delitos pela reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009, e, portanto, configura-se em crime único (tipo misto alternativo), deverá ser aplicada a retroatividade para beneficiar os agentes que anterior a entrada em vigor do novel dispositivo legal, foram condenados pelos delitos dos arts. 213 e 214 ambos do CP/1940, em concurso material, sedimentando que para ser aplicada a retroatividade, é necessário que seja verificado no caso concreto, se a conjunção carnal e outros atos libidinosos foram realizados em um mesmo contexto fático. Em se tratando de processo que já estiver tramitando em grau de recurso, ainda assim será aplicada a retroatividade, podendo ser ajustada a condenação pelo Tribunal. O mesmo se verificará se o condenado estiver cumprindo pena, nesse caso, caberá ao juiz da execução acertar a condenação, com fulcro no art. 66, I, da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal (LEP), caso tenha que ser efetuado a reavaliação de provas, caberá, tal ajuste, ao Tribunal, por meio da ação de revisão criminal (GRECO, 2010).

Nesse diapasão, corrobora-se o dispositivo penal, conforme assim descreve "Art. 2º. [...] Parágrafo único: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado" (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Em corolário com a LEP que assim dispõe "Art. 66. Compete ao juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer a condenado [...]" (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984).

Afastada a possibilidade de concurso material, quando o agente realiza em uma mesma relação de contexto, as condutas descritas no *caput* do art. 213 do CP/1940, imprescindível é a abordagem de situações fáticas, da realização desse delito em continuidade delitiva (delitos de mesma espécie realizados em ocasiões diversas), como também em concurso material ou formal (com delitos de espécies diferentes). Sobre a conceituação de crime material e crime formal, tem-se que:

#### Concurso material

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela [...]

#### Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior [...] (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Nesse sentido, aborda Capez (2010, p. 46):

Estupro e homicídio ou lesões corporais. a) Se o agente após estuprar a vítima, resolver matá-la, haverá concurso material de crimes; b) se o agente após estuprar a vítima, resolver lesioná-la, haverá concurso material de crimes; c) se, do estupro, advier a morte da vítima em decorrência das lesões, haverá a forma qualificada do crime de estupro; d) se, em decorrência do estupro, resultarem lesões corporais de natureza grave, haverá o crime de estupro na forma qualificada; e) se, em decorrência do estupro advierem lesões corporais leves, estas serão absorvidas pelo estupro, pois são consideradas meios necessários para a cópula vagínica ou outro ato libidinoso [...]. Estupro contra vítimas diversas. Haverá crime continuado se preenchido os demais requisitos legais. De acordo com o art. 70 do CP, é possível o reconhecimento da continuidade delitiva quando os crimes lesarem bens jurídicos pessoais, como a vida, a integridade física, ainda que praticados contra vítimas diversas [...]. Estupro contra a mesma vítima em ocasiões diversas. [...] é possível reconhecer a continuidade delitiva [...]. Vários estupros contra a mesma vítima na mesma ocasião. Há um só crime, ainda que o agente tenha mantido mais de uma relação sexual com a mesma vítima, na ocasião.

Ainda na esteira desses exemplos, menciona Mirabete (2010, p. 399):

[...] Sabendo o agente, ou devendo saber que está contaminado de moléstia sexualmente transmissível, se não ocorre o contágio há concurso formal com o delito de perigo de contágio venéreo (art. 130), ou concurso formal impróprio se desejar transmitir a doença (art. 130, § 1º). Se a vítima vem a ser infectada, o crime é de estupro qualificado (art. 234-A, IV) [...].

#### 4.10.7 Prova do delito de estupro: Exame de corpo de delito

Por tratar-se de um crime, que como regra, deixa vestígios, a prova do crime de estupro é feita através do exame de corpo de delito, segundo o Código de Processo Penal de 1941 (CPP/1941) que assim dispõe "Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado" (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).

Extrai-se desse dispositivo legal, uma exceção ao princípio da livre apreciação da prova produzida, como disposto no art. 155 do CPP/1941, bem como o da busca pela verdade real, apegando-se a lei ao formalismo, pois se possível a perícia, a falta desta implicará a nulidade se outra espécie de prova foi produzida em seu lugar, conforme previsto no art. 564, III, b do CPP/1941, e por conseqüência, a absolvição do agente, como dispõe o art. 386, VII, do CPP/1941, revelando uma tipificação probatória desfavorável à vítima, como no exemplo de ser possível a realização do exame de corpo de delito direto, mas diante da omissão da autoridade em determiná-lo não poderá ser suprido por outra prova (CAPEZ, 2010). Nesse contexto:

Nota-se, contudo, uma tendência da jurisprudência dos tribunais superiores a atenuar os rigores dessa regra, sob o argumento de que, não sendo ilícitas, as demais provas podem ser valoradas pelo juiz como admissíveis. Nesse sentido, o STF: "A nulidade decorrente da falta de realização do exame de corpo de delito não tem sustentação frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não considera imprescindível a perícia, desde que existentes outros elementos de prova" (STF, 1ª Turma, HC 76.265-3-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 18-10-1996, p. 39847 apud CAPEZ, 2010, p. 39).

Convém ressaltar que nas situações em que nem sempre o estupro deixa vestígios, como na suposição de uma tentativa que não chega a ocorrer à conjunção carnal e mesmo havendo a consumação, ainda assim podem desaparecer com o

passar do tempo, por exemplo, quando a vítima sentindo nojo da violência sexual sofrida, imediatamente procura se lavar, desaparecendo a ejaculação do agente, será aplicada a regra do art. 167 do CPP/1941, admitindo o exame de corpo de delito indireto. Nesse diapasão:

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjunção de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte assim, daquilo que se denomina **cifra negra** (GRECO, 2010, p. 450, grifo do autor).

É comum, a mulher com desejo de vingança, contra o homem com quem se relacionou sexualmente, por diversos motivos, denunciá-lo pela prática do crime de estupro. Assim não apenas a prova da conjunção carnal será fundamental para a caracterização do estupro, mas também serão levadas a efeito a violência real e moral. Dado a irrelevância se a cópula vagínica foi completa ou não, e se houve ejaculação (CAPEZ, 2010).

Imprescindível abordar que há situações outras, que a prova da caracterização do delito em análise é de difícil configuração, como no exemplo da vítima que desmaia não oferecendo resistência ao estupro, não existindo a violência real; da difícil colheita da prova da violência moral, em virtude do estupro ser realizado ocultamente; ou ainda no caso concreto em que não existiu o contato físico, se tornando embaraçosa a prova da tentativa. Casos estes, serão cabíveis o exame de corpo de delito indireto (prova testemunhal). Nesse diapasão, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Habeas corpus. Processual Penal. Estupro. Sentença condenatória: alegação de insuficiência de provas para a condenação. Palavra da vítima: valor probante. Conquanto tenha o laudo pericial registrado apenas a ocorrência de conjunção carnal, não fazendo alusão à ocorrência de violência, não está o juiz obrigado a acatá-lo e absolver o réu, desde que outros elementos de convicção, especialmente a palavra da vítima – de crucial importância nesse tipo de delito – corroborada por harmônica prova testemunhal conduzem o magistrado a um seguro julgo de condenação. Ademais, a via do h.c. não se mostra idônea para se pretender a absolvição do réu por insuficiência de provas (STJ, HC 10.852-PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 21-10-1999, DJ, 22-11-1999, p. 173 apud CAPEZ, 2010, p. 41).

A prova da autoria corrobora-se em prova de materialidade do delito em comento, provável através do colhimento de material genético do hipotético estuprador e os vestígios do delito, no corpo da vítima, como por exemplo, esperma. Entretanto o acusado não é obrigado a realizá-lo. Assim expõe Capez (2010, p. 42):

[...] caso a acusação venha a solicitar o citado exame a fim de comprovar a autoria do réu, este não estará obrigado a realizá-lo, ainda que tenha sido preso em flagrante, em face do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Contudo, a recusa do réu na realização do exame poderá, junto com as demais provas colhidas, servir para formar a convicção do juiz, que possui liberdade para apreciar as provas produzidas em contraditório judicial (CPP, art. 155, com a redação determinada pela Lei nº 690/2008).

#### 4.10.8 Beijo Lascivo

Reside dúvida se o beijo lascivo, aquele aplicado com libertinagem, com um desejo desmedido de com esse gesto tocar partes íntimas da vítima através da violência ou grave ameaça pode ser compreendido como um ato libidinoso ainda após a edição da Lei nº: 12.015/2009. Posicionamento favorável sobre a configuração do delito em estudo é apontado por Capez (2010, p. 28):

[...] sustenta Damásio configurar o crime em tela o ato de despir uma jovem e apalpar os seios desnudos com o emprego de violência ou grave ameaça, ou acariciar as partes pudendas de uma jovem sobre o vestido. Da mesma forma, entende o autor que o beijo lascivo, quando praticado com o emprego de violência ou grave ameaça, igualmente tipifica o crime em tela [...].

Tal compreensão não é viável, não se pode a todo custo querer condenar um agente que cometeu esta conduta a sanção descrita no preceito secundário com reclusão de 6 (seis) a 10 (dez), seria notoriamente uma afronta ao princípio da proporcionalidade da pena. Assim defende Gomes (apud CAPEZ, 2010, p. 28):

Um beijo lascivo é crime hediondo? Quem interpreta a lei de forma literal diz (absurdamente) sim e admite então para esse fato a pena de seis anos de reclusão, que é igual à do homicídio; quem busca a solução justa para cada caso concreto jamais dirá sim (esse beijo poderia no máximo constituir uma contravenção penal – art. 61, LCP [...]).

Ainda nesse corolário:

Imagine-se a situação de um agente ao entrar na carceragem em virtude de sua condenação pelo delito de estupro, por ter forçado alguém a um beijo lascivo, excessivamente prolongado. Quando for indagado pelos demais presos sobre sua infração penal e responder que está ali para cumprir uma pena de seis anos por ter forçado um beijo em alguém, certamente não faltará, naquele local, quem queira beijá-lo todos os dias, mas o Direito Penal não poderia agir desse modo [...] (GRECO, 2010, p. 484).

A conduta em foco poderá ser moldada a figura típica: constrangimento ilegal art. 146 do CP/1940, cujo preceito secundário estabelece pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, ou a depender da gravidade da conduta, pela contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor art. 61 do Decreto Lei nº 3.688/1941, Lei das Contravenções Penais (LCP), quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, cujo preceito secundário estabelece pena de multa. Ressalva-se que esta modalidade de contravenção penal abrange atos libidinosos de menor importância, distinguindo-se do crime de estupro, pois nesse o ato libidinoso diverso da conjunção carnal tem o condão de satisfazer a insanidade sexual do agente que atuará para tanto, através da violência ou grave ameaça (GRECO, 2010).

#### **4.10.9 Prostituta como vítima do estupro**

Mesmo que o trabalho da vítima seja vender o próprio corpo, para satisfação sexual alheia, ainda assim, se não houver seu consentimento para o ato sexual e o agente a obriga com o emprego de violência ou grave ameaça estará caracterizado o crime tipificado no art. 213 do diploma penal, não ocorrendo nesta hipótese à atipicidade se houver pagamento pelo seu comércio sexual. A prostituta, como qualquer pessoa, tem o direito de liberdade sobre o seu corpo, não podendo ser obrigada a relaciona-se sexualmente (GRECO, 2010).

#### 4.10.10 Mulher como sujeito ativo do estupro e o resultado gravidez

Com as modificações incorporadas pela Lei 12.015/2009, amplia-se o rol de sujeitos ativos e passivos do delito de estupro art. 213 do CP/1940. Passando a mulher agora poder integrar o pólo ativo, enquanto o homem figura também como pólo passivo. Com essas alterações substanciais sobre a mulher como sujeito ativo do delito em comento, duas questões ganham respaldo: a primeira, diz respeito à possibilidade de aplicação da causa de aumento de pena em virtude da gravidez da mulher estupradora, com fulcro no art. 234-A do CP/1940, *in verbis*:

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  
 IV – [...]  
 (Lei nº 12/015, de 07 de agosto de 2009).

Nesse sentido, menciona Cabette (2009, p. 03):

Para a solução dessa situação deve o "desvalor do resultado" ser aferido não com relação às consequências advindas da prenhez para a mulher criminosa, mas sim com referência ao homem vitimado pela conduta. Nesse passo entende-se que resta incólume a motivação da exasperação penal em virtude do incremento do "desvalor do resultado". Isso porque o homem – vítima também sofrerá sérios prejuízos com o advento de uma gravidez indesejada originada de um coito violento. A situação pode atingir o homem vitimado sob o aspecto financeiro – patrimonial (problemas de sucessão hereditária, pensão alimentícia, gastos com a criação de um filho etc.) [...] Efetivamente a gravidez resultante do estupro praticado pela mulher contra o homem pode prejudicar muito este segundo e até mesmo, em certos casos, constituir um dos fins da prática delituosa. Imagine-se uma mulher que coage um homem muito rico ao coito, visando exatamente a gravidez para locupletar-se com a maternidade [...] e os recursos de uma robusta pensão alimentícia. E se assim não for, mesmo que a gravidez se constitua em algo indesejado para a criminosa, isso não exclui sua responsabilidade pela conduta e seus resultados na medida em que atingem mais intensamente o varão – vítima sob variados aspectos, conforme acima consignado. Aliás, não se deve olvidar que a conduta ilícita da mulher também virá a atingir os interesses da futura criança, a qual certamente sofrerá danos psicológicos e afetivos pelo fato de saber.

Dessa forma, a causa de aumento de pena em consequência da gravidez pode ser aplicada também na hipótese em que a grávida é pólo ativo do estupro. Em face do "desvalor do resultado" justificado mesmo que por razões diversas, quais

sejam para minimização da revolta do homem vítima do estupro, como também da futura criança (CABETTE, 2009).

Outra questão atribui-se à possibilidade ou não de escolha da mulher estuprada pelo aborto legal em consequência da gravidez resultante de estupro, com fulcro no art. 128, II, CP/1940.

No Brasil a realização do aborto é crime e exclusivamente em duas situações será possibilitado o aborto legal. O primeiro, chamado "aborto necessário ou terapêutico" (único procedimento para salvar a vida da gestante) e o segundo, chamado "aborto sentimental, humanitário ou ético" (gravidez resultante de estupro). Hipóteses essas previstas no art. 128, I e II, CP/1940, *in verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

As hipóteses acima descritas tratam-se, de casos em que a vítima do estupro engravida e pode valer-se da autorização legal para a prática do aborto sentimental. Com a entrada em vigor da Lei 12.015/2009, dada a nova redação ao art. 213 CP/1940, a mulher agora pode ser autora do estupro, pairando a dúvida, se em virtude de uma gravidez pode ou não a estuprada se valer do aborto sentimental; ou se a estuprada não desejar poderá ser forçada ou não, à realização do aborto legal no interesse do homem que foi estupro.

Impor o aborto à gestante, mesmo que criminosa não se coaduna com a proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro que zela pela proteção da vida humana intrauterina, abrindo exceção apenas em casos extremos. Conforme o art. 128, II, CP/1940, para a prática do aborto sentimental, exige requisito indispensável do consentimento prévio da gestante. Nessa linha de raciocínio, embora o art. 128, II, CP/1940 refere-se apenas à gravidez que "resulta de estupro", entende-se que o aborto sentimental somente diz respeito à grávida vítima do estupro, e não àquela que por vontade própria praticou o ato sexual através da violência ou grave ameaça, vindo a engravidar. Deve-se também levar em consideração o fato de que antes da Lei nº 12.015/2009 a mulher não podia ser sujeito ativo do estupro. Sendo assim, o art. 128, II, CP/1940, sempre se referiu à

mulher como vítima e não como pólo ativo do estupro. Ademais, as questões patrimoniais, financeiras ou afetivas do homem vítima do estupro não podem ser argumento para se sobrepor a relevância da vida humana. Seria da mesma forma intolerante, renunciar a proteção da vida humana intrauterina em favor da criminosa que transgrediu a dignidade e a liberdade sexual de um ser humano. Argumenta-se ainda o fato de que nem sempre o homem desejará o aborto, mesmo sendo vítima do estupro, nessa situação se fosse autorizado o aborto sentimental, estaria o estatuto repressivo punindo a vítima, ao invés da estupradora (CABETTE, 2009).

No que tange à possibilidade do aborto necessário ser realizado pela mulher estupradora, tem-se que:

[...] no caso do chamado "aborto necessário ou terapêutico" (artigo 128, I, CP), ou seja, aquele permitido para "salvar a vida da gestante", será indiferente a origem da gravidez. Tenha sido ela resultante de crime, de relações normais, seja a mulher vítima, infratora ou alguém que engravidou normalmente, sempre será possível o aborto legal [...] (CABETTE, 2009, p.6).

É bem verdade que a Lei nº 12.015/2009, não é perfeita como diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro não são. O novel dispositivo legal introduziu uma reforma profunda nos delitos contra a dignidade sexual, e precisamente no crime de estupro art. 213 CP/1940 tal reforma transcende de uma forma latente, além de incorporar o crime de atentado violento ao pudor, art. 214 CP/1940 (revogado), ao crime em comento, também ampliou o rol de sujeitos ativos e passivos. Algumas das conseqüências dessa reforma é a visualização de situações como a que nesse tópico foi abordada, de verificação da mulher como autora do estupro engravidar. A projeção dessa hipótese no caso concreto ultrapassa as fronteiras da ceara do direito penal, indo alcançar institutos do direito civil, como a pensão alimentícia, a herança, o patrimônio, configurando de plano uma enorme problemática para o juiz que no mundo empírico, deverá usar de extrema cautela e sabedoria em sua decisão. Por mais que a lei ordinária em análise esteja à mercê de censuras, ainda assim é preciso compreender a intenção do legislador ao elaborar um texto normativo louvável que "inspira e respira" o respeito pela dignidade e liberdade sexual do ser humano, em um momento caótico de impetuosa dimensão dos abusos sexuais.

## 5 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

### 5.1 Conceito e classificação

Antes da entrada em vigor da Lei nº: 12.015/2009, o art. 224 (revogado) do CP/1940, descrevia três situações em que se presumia a violência para a realização dos delitos contra a dignidade sexual. Se a vítima: não fosse maior de quatorze anos; fosse alienada ou débil mental e o agente conhecia essa circunstância; ou se não pudesse, por qualquer outra causa oferecer resistência. Era a denominada violência ficta, tratando-se de uma presunção legal do emprego de violência, diferenciando-se da violência real (coação física) ou violência moral. Assim, mesmo que houvesse o consentimento da vítima para a relação sexual, presumida estaria à violência, ainda que esta inexistisse, e conseqüentemente estaria configurado o delito de estupro, conforme as particulares condições da vítima acima abordadas. Dessa análise, pode-se extrair que o estupro com violência real ou presumida compunha o mesmo tipo penal, com preceitos secundários idênticos (CAPEZ, 2010).

Com o advento do novel dispositivo legal em comento, o estupro realizado contra pessoa sem o completo discernimento de consentir com atos da vida sexual, com violência presumida, deixou de compor o delito de estupro art. 213 CP/1940, para caracterizar crime autônomo, descrito no art. 217-A do Título VI (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual), Capítulo II (Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável) do CP/1940, sob a terminologia "estupro de vulnerável" (CAPEZ, 2010).

Sobre a conceituação do que vem a ser pessoa vulnerável, no sentido que lhe oferece o estatuto repressivo, menciona Mirabete (2010, p. 407-408, grifo do autor):

Pessoa *vulnerável*, no sentido que lhe conferiu o Código Penal, é primeiramente, a pessoa menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e a exploração e sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual. Pessoa vulnerável, para o Código Penal, é também a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental que não tem o discernimento necessário em relação às práticas sexuais e que, por essa razão, também se encontra particularmente sujeito aos abusos e à exploração sexual. Diferentemente, porém, do que ocorre com os menores

de 14 ou 18 anos, a lei deixa claro que aquela condição deve ser aferida no caso concreto, impondo-se, portanto, não somente a constatação da existência da enfermidade ou deficiência mental, mas também a aferição do grau de discernimento em relação às questões sexuais em geral e em particular, diante das especificidades do ato sexual praticado [...] Por fim, considera-se vulnerável a pessoa que "por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência" [...] Os crimes sexuais contra vulnerável abrangem os crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A), corrupção de menores (art. 218), satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B).

Para o deslinde dessa investigação científica, é aqui apreciado no que tange aos crimes descritos no Capítulo II do estatuto repressivo, somente o delito de estupro de vulnerável art. 217-A CP/1940, cuja conceituação descreve Capez (2010, p. 79):

[...] 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 enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência [...].

Sendo assim, o art. 217-A CP/1940, não mais foca à presunção legal, mas as situações reais de vulnerabilidade da vítima, com sanções peculiares às condições acima aludidas, diferentes das penas impostas ao delito sexual tipificado no art. 213 do CP/1940. Nesse sentido comenta Capez (2010, p. 80):

Antes, o operador do direito necessitava lançar mão da ficção legal contida no art. 224 do CP para lograr enquadrar o agente nas penas do art. 213 ou do revogado art. 214 do CP. Agora, a subsunção típica do fato será direta no art. 217-A do CP.

Deve-se frisar que continua a não ser levado a efeito o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos para a prática sexual em função do seu estado de vulnerabilidade o que remete a uma conclusão de que não extingue a presunção de violência do indivíduo nessa situação, pelo contrário, deve ser agora tratada com maior rigor, pois deixa de ser uma presunção relativa e passa a ser absoluta (GRECO, 2010).

No que tange à vítima que sofre de enfermidade ou deficiência mental e, portanto não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por

qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, também é desconsiderado o seu consentimento, porém nessas últimas situações de vulnerabilidade, permanece a presunção relativa, como a teor da interpretação do revogado art. 224 CP/1940, averiguando no caso concreto o grau da vulnerabilidade, para então ser tipificado o fato na conduta descrita no art. 217-A § 1º do CP/1940 (CAPEZ, 2010).

Quando tratar-se da conduta "conjunção carnal", o crime será de mão-própria, e comum quando tratar-se da conduta "outro ato libidinoso"; material; de dano; podendo ocorrer por via omissão imprópria, quando o agente gozar de *status* garantidor; monossubjetivo; plurissubsistente; é crime próprio em relação ao sujeito passivo em virtude da característica especial, no que diz respeito à vítima deste delito, menor de 14 (quatorze) anos (*caput*) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (GRECO, 2010).

## 5.2 Objeto material e bem jurídico

O objeto material do delito como também sujeito passivo será a criança, ou seja, aquele que ainda não completou os 12 (doze) anos nos termos do *caput* do art. 2º da Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e o adolescente menor de 14 (quatorze), bem como a vítima acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, o que, por outra causa, não pode oferecer resistência. Os bens juridicamente consagrados no Título VI do diploma penal e protegidos pelo art. 217-A, são: a dignidade e a liberdade sexual do indivíduo presumivelmente incapaz de consentir, bem como o seu desenvolvimento sexual (GRECO, 2010).

### 5.3 Elementos do tipo

Pode-se destacar como elementos do tipo penal em comento, a conjunção carnal e outros atos libidinosos. Por conjunção carnal entende-se a cópula vagínica, ou seja, a penetração do órgão genital masculino no órgão genital feminino. A redação do art. 213 do CP/1940, anterior a Lei nº 12.015/2009 apenas descrevia esse ato sexual, a conduta "outros atos libidinosos", encontrava-se abrangida na redação do art. 214 (atualmente revogado) do CP/1940, com o advento da Lei Ordinária em análise, ambas as condutas (conjunção carnal e outros atos libidinosos) passaram a ser contempladas na redação do delito de estupro do CP/1940, já explanado. E por consequência, com a criação do art. 217-A do CP/1940, tais condutas também se encontram abarcadas nessa figura típica. Por outros atos libidinosos, entende-se a prática de relação sexual, diversa da conjunção carnal, como por exemplo, o coito anal ou oral (CAPEZ, 2010).

Por atos libidinosos, aborda Mirabete (2010, p. 414):

Alguns atos, como expressões verbais ou gestos obscenos, o mero exibicionismo ou um simples beliscão, embora possam ser ofensivos ao sentimento de pudor, especialmente na hipótese de menor de 14 anos, não constituem atos libidinosos e assim não caracterizam o crime de estupro de vulnerável, podendo configurar outro delito, como ato obsceno (art. 233), importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP), perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP) [...].

Como já abordado o *caput* do delito em análise, não exige para efetivação das condutas: conjunção carnal e outros atos libidinosos, o emprego da violência ou grave ameaça. Porém, apesar da lei não ter mencionado expressamente o constrangimento, havendo ou não a violência ou a grave ameaça, e mesmo que haja consentimento da vítima, o tipo penal em estudo não será excluído, respondendo o agente pelo crime de estupro de vulnerável art. 217-A do CP/1940, nesse sentido comenta Greco (2010, p. 514):

O novo tipo penal, [...], busca punir com mais rigor comportamentos, que atinjam as vítimas por ele mencionadas. Não seria razoável que, se não houvesse violência ou grave ameaça, o gente que tivesse por exemplo, relacionado-se sexualmente com vítima menor de 14 (catorze) anos, respondesse pelo delito de estupro de vulnerável, com uma pena que varia entre 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, enquanto aquele que tivesse,

se valido do emprego de violência ou grave ameaça, com a mesma finalidade, fosse responsabilizado pelo delito tipificado no art. 213 do Código Penal, com as penas variando entre um mínimo de 6 (seis) e um máximo de 10 (dez) anos.

Nesse mesmo sentido, aborda Mirabete (2010, p. 410):

No estupro de vulnerável, a conduta típica é a de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa vulnerável nos termos do § 1º. Diferentemente do que ocorre nos crimes de estupro (art. 213) e violência sexual mediante fraude (art. 215), não se exige para a caracterização do estupro de vulnerável que o agente empregue violência, grave ameaça ou fraude para a consumação do delito, bastando à prática de um dos atos sexuais com a pessoa vulnerável. Se o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange o menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável, à prática de conjunção carnal ou ato libidinoso, ou se esta decorre de fraude por ele empregada, o crime será de estupro de vulnerável. O delito em estudo absorve os crimes descritos nos arts. 213 e 215, porque, embora a ação típica descrita no art. 217-A seja mais abrangente, o delito guarda em relação a esses outros delitos relação de especialidade que decorre da condição do sujeito passivo de pessoa vulnerável, que justifica a punição mais severa.

#### 5.4 Sujeito ativo e sujeito passivo

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, o sujeito ativo pode ser homem ou mulher, no entanto, para que configure a conduta "conjunção carnal" é necessário que ocorra uma relação heterossexual, na conduta "outro ato libidinoso", não é necessário.

Conforme o *caput* do delito em análise, o sujeito passivo é o menor de 14 (quatorze) anos, configurando como pólo passivo, pessoa do sexo feminino ou masculino. Frente à redação do delito estupro de vulnerável art. 217-A CP/1940, não há que se refletir sobre a presunção relativa de violência, caracterizando o estupro de vulnerável, mesmo que no caso concreto se constate ser o menor de 14 anos (sujeito passivo), experiente na prática sexual ou até mesmo que já se prostitui, pois a proteção da dignidade e liberdade sexual é bem mais relevante do que a análise do juízo moral de qualquer indivíduo. Nesse corolário, comenta Mirabete (2010, p. 411):

[...] no art. 217-A refere-se à lei a prática de outro ato libidinoso com menor, o que abrange os atos praticados pelo agente ou pela vítima. Se o ato libidinoso é praticado pelo menor com terceiro e o agente se limita a presenciá-lo sem para ele ter concorrido, somente o terceiro comete o delito. O agente que induz o menor a presenciar a prática de atos libidinosos por terceiros pratica o crime descrito no art. 218-A.

O § 1º dispõe sobre outras pessoas vulneráveis, e, portanto outras modalidades de sujeitos passivos. A 1ª primeira parte do § 1º refere-se à pessoa que sofre de enfermidade ou deficiência mental sem o real discernimento sobre práticas sexuais. Como já explicado, trata-se de presunção relativa, pois a enfermidade ou deficiência mental será analisada a luz do caso concreto, através de laudo pericial (perícia psiquiátrica), para que seja averiguada a materialidade do delito, aferindo dessa forma o grau da enfermidade ou doença mental, bem como a compreensão do sujeito passivo, quanto ao ato sexual realizado (MIRABETE, 2010).

A segunda parte do § 1º descreve como sujeito passivo, qualquer pessoa impossibilitada de oferecer resistência à relação sexual, por qualquer outra causa que não a anteriormente disposta na primeira parte do § 1º "enfermidade ou doença mental", nem ser menor de 14 (quatorze) anos conforme o *caput*. Embora possa ser levado a efeito, não é necessário o constrangimento empregado através da violência ou grave ameaça, devido às causas que impeçam a resistência da vítima, como por exemplo, estados permanentes ou temporários de anulação da vontade, (desmaios, hipnose, anestesia, entre outros) ou também a incapacidade de externar contra a conduta do estuprador (drogas que paralisam), importante enfatizar, que a lei não faz distinção se a causa que impossibilita a resistência do sujeito passivo seja duradoura ou transitória, mas que se configure no instante da efetivação do delito sexual (MIRABETE, 2010).

É preciso observar sobre a interpretação da segunda parte do § 1º, ao dispor que a vítima não pode oferecer resistência, pois tal incapacidade deve ser entendida em sua natureza absoluta, não tendo o sujeito passivo a ínfima possibilidade em resistir à conduta do estuprador. Se há incapacidade relativa, ou seja, se há alguma possibilidade de resistência, então, haverá necessidade para efetivação da violência sexual, o emprego da violência ou grave ameaça, não caracterizando o delito do art. 217-A (§1º, segunda parte) do CP/1940, mas sim o delito do art. 213 do estatuto repressivo. Pode-se averiguar também que em oposto às outras modalidades de vulnerabilidade da vítima (menor de 14 anos, enfermidade ou deficiência mental), a

lei não impõe na segunda parte do § 1º do crime em comento, que a incapacidade preexistia á conduta do sujeito ativo, ou seja, este não apenas se aproveitará da impossibilidade de resistência da vítima, como também poderá criá-la, não sendo preciso o emprego da violência ou grave ameaça para efetivação da relação sexual. É o que se depreende de Mirabete (2010, p. 412):

[...] Assim, deve-se ter configurado o estupro de vulnerável também nos casos em que o agente emprega violência, grave ameaça ou fraude para reduzir à vítima ao estado de absoluta impossibilidade de resistência antes da prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso. É o que pode ocorrer nas hipóteses: [...] do médico ou enfermeiro que, a pretexto de administrar um medicamento, injeta na vítima uma substância anestésica ou outra droga que lhe causa perda da consciência.

Se a hipótese em epígrafe não configurasse o delito de estupro de vulnerável art. 217-A (§ 1º, segunda parte) do CP/1940, o agente que assim procedesse criando uma situação de impossibilidade de resistência da vítima seria penalizado menos gravemente com o preceito secundário do art. 213 CP/1940.

Sobre a presunção relativa do grau de impossibilidade de resistência da vítima, aborda Capez (2010, p. 86):

Trata-se de hipótese que já constava do art. 224, c, do CP [...]. A presunção aqui também era relativa que devia ser provada a completa impossibilidade de a vítima oferecer resistência. cremos que, com as modificações legais, tal necessidade permanece, pois não há como não se exigir a comprovação no caso concreto de que a vítima não tem condições de oferecer qualquer oposição.

## 5.5 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo do delito é o dolo, consubstanciado na vontade do agente de cometer o delito, não sendo admissível, a modalidade culposa por ausência de expressa disposição legal neste sentido. Deve-se ressaltar que é preciso que o agente tenha conhecimento que o sujeito passivo é menor de 14 (quatorze) anos, ou que padece de enfermidade ou doença mental e por isso, não tem dissenso para a prática sexual, ou que por qualquer outra causa esteja impossibilitada de oferecer resistência. Se o agente, no caso concreto, desconhecia

tais características da vítima, poderá ser alegado o erro do tipo, afastando então a tipicidade do fato (GRECO, 2010).

Pelo que se percebe da redação do revogado art. 224, *b*, do CP/1940, exigia-se a que o agente tivesse o efetivo conhecimento do estado da vítima (alienada ou débil mental). Malgrado, essa ressalva legal não ter sido disposta na redação do art. 217-A do CP/1940 em nenhuma das situações de vulnerabilidade da vítima, não se deve levar a compreensão de que não tendo o agente conhecimento sobre a causa de vulnerabilidade, estará ainda incorrendo no delito de estupro de vulnerável. Pelo contrário, mesmo inexistindo a ressalva legal, nessa situação hipotética estará caracterizado o erro do tipo penal por falta de tipicidade.

Deveras, que não fora intenção do legislador, ao criar a figura típica do estupro de vulnerável, afastar o erro do tipo nas situações em que o agente desconhecia a situação de vulnerabilidade da vítima, mas tão somente ao retirar a ressalva penal em epígrafe, o fez esquematizando a estrutura harmônica do texto literal do art. 217-A do CP/1940, visto que, tal ressalva na revogada sistemática do art. 224 do CP/1940, só estava contida na alínea *b*.

## 5.6 Consumação e tentativa

No que tange a primeira parte do *caput* do delito de estupro de vulnerável art. 217-A do CP/1940, a consumação ocorrerá com a penetração completa ou incompleta do membro viril na vagina, não havendo necessidade de ejaculação, trata-se, pois de crime material. Quanto à segunda parte, a consumação se dará no instante em que o agente realiza qualquer outro ato libidinoso com o sujeito passivo. Deve-se ressaltar que a vítima deve está enquadrada nas características descritas no *caput*, ou no § 1º do art. 217-A do CP/1940, não importando se há ou não o consentimento para o ato sexual, pois este via de regra, mesmo que se proceda, estará comprometido em virtude das causas de vulnerabilidade que sobrepujam a autodeterminação da vítima. Salienta-se também, que é aceitável a tentativa, por ser um crime plurissubsistente (GRECO, 2010).

Para Mirabete (2010, p. 413) “[...] É possível a desistência voluntária, que deve ocorrer antes de qualquer prática libidínosa”.

## 5.7 Modalidades: comissiva e omissiva

A figura típica do art. 217-A do CP/1940 traz em sua redação, o núcleo *ter e praticar*, que determinam uma ação por parte do indivíduo que almeja manter atos sexuais com a vítima, caracterizando-se, crime comissivo, como regra.

O delito em tela poderá ser realizado através da via omissão imprópria, na circunstância do agente gozar de status de garantidor, com fulcro no art. 13, § 2º do CP/1940. Nesse diapasão, exemplifica Greco (2010, p. 520):

Infelizmente, tem sido notícia comum nos meios de comunicação o fato de mães aceitarem que seus maridos ou companheiros tenham relações sexuais com seus filhos menores, nada fazendo, para impedir o estupro. Nesse caso, a sua omissão deverá ser punida com as mesmas penas constantes no preceito secundário do art. 217-A do Código Penal.

## 5.8 Formas qualificadas

As formas qualificadas do delito de estupro estão elencadas nos §§ 3º e 4º do art. 217-A P/1940. Assim, a figura típica em comento será qualificada pelos resultados lesivos quando: a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave (§3º) com pena de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; b) se da conduta resulta morte (§ 4º), com pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Por lesão corporal de natureza grave deve-se analisar àquelas dispostas no art. 129 (§§ 1º e 2º) do estatuto repressivo. Para a existência dos resultados qualificadores é necessário que decorram da conduta (fórmula mais abrangente) como já abordada, e, portanto, que haja nexo causal entre a conduta do agente cuja finalidade é a efetivação do estupro e as conseqüências produzidas (morte ou lesão corporal de natureza grave). Deve-se frisar que os resultados qualificadores devem ser

atribuídos ao sujeito ativo a título de culpa, tratando-se, pois de crimes preterdolosos (GRECO, 2010). Nesse corolário esclarece com objetividade Mirabete (2010, p. 413) “[...] se o agente, em meio às práticas libidinosas com a pessoa vulnerável, decide, por qualquer razão, eliminar a vítima, ou matá-la, pratica conduta diversa, de homicídio, e deve, então, responder por ambos os delitos, em concurso material.”

No que tange a existência da tentativa qualificada do delito de estupro de vulnerável art. 217-A do CP/1940, ressalta-se o mesmo posicionamento abordado na análise do crime de estupro art. 213 do CP/1940.

## 5.9 Pena

Com a inovação do art. 217-A do CP/1940, houve simultaneamente a revogação expressa do art. 224 do CP/1940 pela Lei nº 12.015/2009, criando para a nova figura típica em estudo, um preceito secundário, mais severo (pena- reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, do que o preceito secundário determinado para o art. 213 do CP/1940 (pena – reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Ademais no que tange as qualificadoras do estupro de vulnerável art. 217-A (§§ 3º e 4º) verifica-se um aumento considerável de pena em relação às qualificadoras do estupro art. 213 (§§ 1º e 2º) Tal rigor quanto a pena, se justifica, pois trata-se de um delito que mais enoja e causa sentimento de repulsa à sociedade, em virtude da covardia que transcende da natureza de um abuso sexual contra o ser humano que sequer possa discernir plenamente sobre o que venha a ser o ato sexual ou que no momento do delito esteja impossibilitada de oferecer resistência. Segue abaixo o quadro comparativo de Fernando Capez, com adaptações próprias, sobre a redação do revogado art. 224 CP/1940 e a redação da nova figura típica art. 217-A criada pela Lei nº 12.015/2009:

<p>Anterior à Lei nº 12.015/2009:</p> <p><b>Art. 224. Presunção de violência</b></p> <p>Presume-se a violência, se a vítima:</p> <p>a) não é maior de quatorze anos;</p> <p>b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;</p> <p>c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência</p>	<p>Posterior à Lei nº 12.015/2009:</p> <p><b>Art. 217-A. Estupro de vulnerável</b></p> <p>Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos:</p> <p>Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.</p> <p>§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no <i>caput</i> 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.</p> <p>§ 2º (vetado.)</p> <p>§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:</p> <p>Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.</p> <p>§ 4º Se da conduta resulta morte:</p> <p>Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.</p>
---	---

FONTE: (CAPEZ, 2010, p. 78, grifo do autor)

## 5.10 Enfoques

### 5.10.1 Consentimento da vítima para o ato sexual no dia em que completa 14 (quatorze) anos

No revogado art. 224 do CP/1940, considerava como uma das situações de violência ficta se o sujeito passivo “não fosse maior 14 (quatorze) anos”, de tal forma que a presunção legal seria estendida às vítimas com idade inferior ou igual a 14 (quatorze) anos. No *caput* do atual art. 217-A, tal presunção de vulnerabilidade apenas é dirigida “ao menor de 14 (quatorze) anos”. Nesse contexto, caso hipotético poderá ocorrer da relação sexual ser praticada com vítima no dia em que completa 14 (quatorze) anos, a esse respeito argumenta Capez (2010, p. 81):

[...] se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei nesse ponto, benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançá-lo.

Posicionou-se bem o exímio doutrinador, no que diz respeito à observação quanto à atipicidade do fato deixando este de se amoldar ao tipo penal em análise, quando há o consentimento da vítima, no dia do seu aniversário, tendo em vista que o *caput*, apenas se refere "ao menor de 14 (quatorze) anos", porém no que diz respeito à tipificação do estupro art. 213 CP/1940 na forma simples, quando se constata que para a prática sexual foi empregada a violência ou grave ameaça, tal posicionamento não inspira a ser compartilhado, pois, como já abordado quando da análise do delito de estupro, não é imprescindível que se espere por todo o dia do aniversário da pessoa, para então considerá-la "maior de...", ou seja, no derradeiro momento em que completa a idade prevista para a figura típica do art. 213, § 1º (segunda parte) do CP/1940, já é considerada "maior de 14 anos", cabendo por assim dizer, o estupro na forma qualificada cuja pena é de reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos, mais agravante em relação á forma simples cuja pena é de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Nesse entendimento, menciona Greco (2010, p. 523):

Se houver o constrangimento, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, no sentido de forçar a vítima ao ato sexual, no dia de seu aniversário, em que completava 14 (catorze) anos, podemos entender pelo delito de estupro, com a qualificadora prevista no § 1º do art. 213 do Código Penal.

### 5.10.2 Concurso de crimes

Em corolário, ao que já foi exposto quando da análise do art. 213 do CP/1940, a figura típica do estupro de vulnerável art. 217-A do CP/1940, trata-se de uma infração penal de ação múltipla (tipo misto alternativo), o que afasta o concurso material, a exemplo do agente que no mesmo contexto fático realiza a conjunção carnal e outros atos libidinosos com a vítima, cabendo ao juiz na dosagem da pena, levar em consideração a quantidade de atos sexuais praticados pelo agente contra a

CESED - FACISA  
BIBLIOTECA

vítima (conjunção carnal e outros atos libidinosos), não afastando a possibilidade no caso concreto, de ser visualizada a hipótese do crime continuado, art. 71 do estatuto repressivo, a exemplo do agente que após ter efetivado o estupro (conjunção carnal e outros atos libidinosos) queira após certo tempo repetir os atos sexuais aproveitando-se do sujeito passivo que ainda se encontra prostrado. Nesse contexto, a pena será aumentada de um sexto a dois terços (GRECO, 2010).

Como já explanado, o crime em estudo, não exige para a sua efetivação, o emprego da violência ou grave ameaça, vislumbrando no caso hipotético de ser realizado o constrangimento para a caracterização da conjunção carnal ou outros atos libidinosos contra pessoa vulnerável, haverá de ser configurado o concurso de crimes, art. 69 do CP/1940. Conforme idêntico posicionamento Greco (2010, p. 523) "Não sendo um elemento constante do tipo do estupro de vulnerável, será possível o reconhecimento do concurso material entre o delito de lesão corporal (leve, grave ou gravíssima), ou a ameaça, com o tipo do art. 217-A do Código Penal".

### **5.10.3 Menor de 14 (quatorze) anos já ingressado na prostituição**

Por mais que seja cruel, fato é que a humanidade está vivenciando a crescente realidade de abusos sexuais contra crianças e adolescentes. Em inúmeras situações estas pessoas com o dissenso ainda em formação sobre os atos da vida sexual, vendem o próprio corpo, através de um "consentimento camuflado", pois entram no mundo insano da prostituição porque são explorados por agentes que atuam no tráfico da exploração sexual infantil, ou em troca de alimentos, de dinheiro, entre outros objetos conforme a necessidade particular. É nesse enredo social precário, que a tutela à dignidade e liberdade sexual do ser humano, seja ele quem for, seja ele de onde vier, deve estar "enraizada" dentro do ordenamento jurídico penal, que combata energicamente toda conduta ilícita em confronto com os bens juridicamente protegidos, ora citados. Nesse diapasão, mesmo que a vítima menor de 14 (quatorze) anos, já tenha experiência sexual, e comercialize o próprio corpo, ainda assim, caso seja praticado com este relação sexual, a conduta do agente que assim proceder, estará tipificada no crime de estupro de vulnerável art.

217-A do CP/1940. O Direito, em sua proteção e respeito ao ser humano atua além da moral deste perante a sociedade, sem distinção de tratamento a referências comportamentais recatadas ou devassas. A exemplo desse entendimento comenta Greco (2010, p. 526):

Assim, imagine-se o exemplo em que um caminhoneiro, em um Posto de Gasolina localizado à beira de uma estrada, seja abordado por uma menina que, sabidamente, tinha 13 anos de idade, mas que já se prostituía desde os seus 12 anos. Nesse caso, se o agente vier a manter algum tipo de ato libidinoso com ela, deverá ser responsabilizado pelo delito de estupro de vulnerável? Embora a resposta precisa dependa, efetivamente, do caso concreto, dificilmente poderá ser aceito o argumento do erro de proibição, uma vez que os meios de comunicação de massa estão, nos últimos anos, desenvolvendo um intenso trabalho de conscientização da população no que diz respeito à pedofilia, ou seja, a relação sexual com crianças e adolescentes (menores de 14 anos) que se encontram nessa situação de vulnerabilidade.

#### **5.10.4 Sinais que apontam quando uma criança está sendo vítima de abusos sexuais**

São imensuráveis e perversas as facetas que se valem “os vermes” para abusarem sexualmente de crianças, um dos meios mais poderosos, se não o mais poderoso, é a internet. Através desta rede internacional de relacionamentos, pedófilos de toda natureza hétero ou homossexual, escondem suas verdadeiras faces atrás de imagens ilusoriamente encantadoras, atraindo vítimas indefesas para o erotismo. Sobre a definição de pedofilia, aborda França (2005 apud GRECO, 2010, p. 524) “perversão sexual que se apresenta pela predileção erótica por crianças, indo desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas, denotando graves comprometimentos psíquicos e morais dos seus autores [...]”.

Alguns métodos devem ser utilizados, no intuito de se desvendar se uma criança está sofrendo abuso sexual, especificamente o estupro. Nessa abordagem, Schelb (2008 apud GRECO, 2010, p. 525), salienta com exatidão três modalidades de indicadores de violência sexual:

- a) Infecções urinárias.  
Dor ou inchaço na área genital ou anal.  
Lesão ou sangramento genital ou anal.  
Secreções vaginais ou penianas.  
Doenças sexualmente transmissíveis.  
Dificuldade de caminhar ou sentar.  
Falta de controle ao urinar (incontinência urinária).  
Enfermidades psicossomáticas (doenças de pele ou digestivas, etc.).
- b) Comportamento da criança e do adolescente  
Comportamento sexual inadequado para a idade ou brincadeiras sexuais agressivas.  
Palavras de conotação sexual incompatíveis com a idade.  
Falta de confiança em adultos.  
Fugas de casa.  
Alegações de abuso.  
Idéias e tentativas de suicídio.  
Autoflagelação (o jovem fere o próprio corpo).  
Terror noturno (sono agitado em que a criança acorda com medo, no meio da noite, normalmente chorando ou gritando).
- c) Comportamento da família (quando conivente ou autora da violência)  
Oculta frequentemente o abuso.  
É muito possessiva, negando à criança contatos sociais normais.  
Acusa a criança de promiscuidade, sedução sexual e atividade sexual fora de casa.  
Afirma que o contato sexual é uma forma de amor familiar.

## 6 DISPOSIÇÕES ESPECIAIS: DELITOS DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

### 6.1 Ação Penal

A priori, imprescindível é a conceituação do que vem a ser ação penal:

É o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva [...] um direito autônomo, que não se confunde com o direito material que se pretende tutelar; [...] um direito abstrato, que independe do resultado final do processo; [...] um direito subjetivo, pois o titular pode exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional; [...] um direito público, pois a atividade jurisdicional que se pretende provocar é de natureza pública (CAPEZ, 2009, p. 110).

O Título VI no Capítulo IV do CP/1940, em sua antiga redação descrevia preceitos que se aplicavam: as formas qualificadas pelo resultado de lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223); presunção de violência (art. 224); ação penal (art. 225) e aumento de pena (art. 226). Com o advento da Lei nº 12.015/2009 foram revogados os arts. 224 e 225, as hipóteses de presunção de violência, passaram a compor o delito autônomo de estupro de vulnerável tipificado no art. 217-A; os resultados qualificadores passaram a ser abarcados nos próprios artigos que descrevem as condutas típicas art. 213 §§ 1º e 2º e art. 217-A §§ 3º e 4º. Sendo assim continua a ser disposto no Capítulo IV, o art. 225, com alterações consideráveis sobre a ação penal e o art. 226 onde se encontram descritas hipóteses de aumento de pena, para os delitos previstos nos capítulos I e II, com o mesmo teor que lhe foi conferido pela Lei nº 11.106/2005 (MIRABETE, 2010).

Antes da reforma provocada pela Lei nº 12.015/2009, o crime de estupro, era submetido à ação penal privada como regra (art. 225, caput do estatuto repressivo, a exceção seria vislumbrada, se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, então a ação penal seria pública incondicionada (art. 225, § 1º, inciso II), e na hipótese da vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos

indispensáveis à manutenção própria ou da família, então a ação penal seria condicionada à representação (art. 225, § 1º, inciso I, e § 2º) (ANGHER, 2007, p. 457).

Através do novel dispositivo legal, a Lei nº 12.015/2009, os delitos tipificados nos capítulos I e II do Título VI, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação, e não mais se procede mediante ação penal privada, como era na antiga redação. A ação penal pública condicionada à representação que era apenas uma exceção quando a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo sem se privarem dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família art. 225 § 1º I, c/c § 2º do CP/1940, passa a agora a ser a regra. A exceção, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009, passa a ser a ação penal pública incondicionada, nas seguintes situações: se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável com fulcro no art. 225, parágrafo único, se a vítima tiver idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos, a ação penal será pública condicionada à representação art. 225 *caput*. Ressalta-se que se os delitos fossem realizados com violência presumida art. 224 do CP/1940, a ação penal seria privada, com a revogação desse crime e simultaneamente com a inovação do crime de estupro de vulnerável art. 217-A, abarcando as situações previstas no mencionado art. 224, pode-se visualizar como vulnerável: o menor de 14 (quatorze) anos, que por observação, já se encontra abarcada quando da incidência da ação pública incondicionada quando a vítima é menor de 18 (anos); também é pessoa vulnerável aquele 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 (CAPEZ, 2010).

Sobre a ação penal pública, a Carta Magna de 1988 assim estabelece "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...]" (Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

Precisa abordagem sobre ação penal pública condicionada, tem-se nas palavras de Capez (2009, p. 120):

O Ministério Público, titular dessa ação, só pode a ela dar início se a vítima ou seu representante legal o autorizarem, por meio de uma manifestação de vontade. Nesse caso, o crime afeta tão profundamente a esfera íntima do indivíduo, que a lei, a despeito de sua gravidade, respeita a vontade daquele [...] sem a permissão da vítima, nem sequer poderá ser instaurado

inquérito policial (CPP, art. 5º, § 4º). Todavia, uma vez iniciada a ação penal, o Ministério Público a assume incondicionalmente, a qual passa a ser informada pelo princípio da indisponibilidade do objeto do processo, sendo irrelevante qualquer tentativa de retratação.

Ressalta-se que ainda será possibilitado propor a ação penal privada subsidiária da pública na hipótese de inércia do Ministério Público. Nesse corolário menciona Capez (2009, p. 115):

A Constituição prevê, todavia, no art. 5º, LIX, [...]: caso o Ministério Público não ofereça denúncia no prazo legal, é admitida ação penal privada subsidiária, proposta pelo ofendido ou seu representante legal. A ressalva está prevista, também, nos arts. 29 do Código de Processo Penal, e 100, § 3º, do Código Penal [...].

Sobre a titularidade da ação penal pública incondicionada, esclarece Capez (2009, p. 114) "a nova Constituição da República atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a propositura da ação penal pública, seja ela incondicionada ou condicionada (CF, art. 129, I)".

Importante observação deve ser feita no sentido de que, pela nova redação do *caput* do art. 225 do CP/1940, subentende-se que no capítulo II do Título VI do CP/1940, que trata dos crimes sexuais contra vulnerável, a ação penal será pública condicionada à representação, para logo depois, em seu parágrafo único dispor que se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, a ação penal será pública incondicionada. É notório que se trata de um erro crasso, cujo art. 225 *caput*, deverá ser interpretado conforme o entendimento do saudoso Greco (2010, p. 556):

Assim, temos que entender que, como regra, as ações penais serão de iniciativa pública condicionada à representação quando disserem respeito ao capítulo I (dos crimes contra a liberdade sexual), que abrange os crimes de estupro (art. 213), violação sexual mediante fraude (art. 215) e assédio sexual (art. 216-A). No que diz respeito ao capítulo II (dos crimes sexuais contra vulnerável), que prevê os delitos de estupro de vulnerável (art. 217-A), corrupção de menores (art. 218), satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B) a ação será, sempre, de iniciativa pública incondicionada.

Pelo o que se depreende das inovações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009, não foi contemplado a situação antes descrita no art. 225 § 1º, inciso II, quando o delito cometido com o abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, hipótese em que a ação penal seria pública incondicionada. Apesar

de o referido inciso encontrar-se revogado pela nova redação do art. 225 do CP/1940, não é razoável conceder tratamento diferenciado àqueles que são abusados sexualmente pelas pessoas que têm o dever de protegê-las, e dessa forma não determinando mais para esses casos a ação penal pública incondicionada, pois se trata aqui também de uma situação de vulnerabilidade (CAPEZ, 2010).

Questão merecedora de extrema atenção, é que na antiga sistemática do *caput* do art. 225, disposto no Capítulo IV do CP/1940, descrevia que "Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa" (ANGHER, 2007, p. 457).

Ocorre que o delito de estupro e atentado violento ao pudor com os resultados qualificadores (lesão corporal de natureza grave ou morte), encontravam-se justamente no Capítulo IV, como já explanado, de forma que não recaia sobre as modalidades qualificadas a regra do art. 225 do CP/1940, e para tais modalidades seria determinada a ação penal pública incondicionada, em conformidade com a Súmula 608 do STF: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". Através do novel dispositivo legal, a Lei nº 12.015/2009, o art. 225 do CP/1940 estabelece que nos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação, válido ressaltar que as modalidades qualificadas pelo resultado (lesão corporal de natureza grave ou morte) passam agora a ser abarcadas dentro das próprias figuras típicas arts. 213 e art. 217-A ambos do CP/1940 (GRECO, 2010).

Malgrado as novas mudanças ocorridas com o advento da Lei nº 12.015/2009, precisamente em se referindo ao art. 225 do CP/1940, entende-se que ainda prevalece à aplicação da Súmula 608 do STF, e não poderia ser diferente, pela maior gravidade que impera no abuso sexual com a consequência da lesão corporal de natureza grave ou morte, dessa forma, há que se constatar que a regra do mencionado art. 225, no que concerne a ação pública condicionada à representação somente se aplicará quando o delito sexual for realizado mediante a grave ameaça ou tiver como consequência a lesão corporal de natureza leve. Nesse diapasão não há que argumentar sobre a incompatibilidade entre a referida súmula e a nova redação do mencionado art. 225, pois se assim o fosse o STF já a teria eliminado do ordenamento jurídico. Outra consideração imperiosa é no sentido de

verificar em um caso hipotético de estupro com a consequência da morte da vítima, sem que tivesse alguém que por ela pudesse oferecer a representação com fulcro no art. 24 do CP/1940: o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Analisar nesse sentido é constatar que se fosse literalmente aplicada à regra do art. 225 *caput*, determinando a ação penal pública condicionada à representação para o caso em tela, culminaria fatalmente na impunidade do delito sexual. A esse respeito terço brilhantemente comentários Rangel (2009 apud GRECO, 2010, p. 558-560):

[...] temos que aplicar os princípios da razoabilidade; da conformação do legislador ordinário à Constituição da República; da proibição do retrocesso social e o da interpretação conforme a Constituição [...]. Não é crível, nem razoável que o legislador tenha adotado uma política de repressão a esses crimes e tornado a ação penal pública condicionada à representação. Até mesmo pelo absurdo de se ter a morte da vítima no crime de estupro a não haver quem, legitimamente, possa representar para punir o autor do fato. O crime, sendo a vítima maior e capaz, ficaria impune. Com certeza, por mais confuso que esteja o Congresso Nacional com seus sucessivos escândalos, não foi isso que se quis fazer. O intérprete não pode mais se ater, única e exclusivamente, ao que diz o texto ordinário, mas sim, principalmente, ao que diz a Constituição da República e é aqui que reside a maior tarefa hermenêutica: conformar a lei ordinária ao texto constitucional.

[...]

Ora, é incontestado que o legislador ordinário jogou a barra da razoabilidade/ponderação longe demais quando admitiu (acreditamos sem querer) que o crime de estupro com resultado lesão grave ou morte fosse de ação penal pública condicionada à representação. Se o fez, conscientemente, houve um retrocesso social, inadmissível dentro de um Estado Democrático de Direito com, conseqüente, violação do princípio da proibição de proteção deficiente.

Quando a lei ordinária vai além da Constituição usamos o princípio da proibição do excesso; quando ela fica aquém da Lei Maior aplicamos o princípio da proporcionalidade. No caso, em tela, houve proteção deficiente em relação ao bem jurídico protegido no crime de estupro com resultado lesão grave ou morte.

Se a interpretação conforme a Constituição é uma forma adaptativa e corretiva criadora de novos sentidos de um texto legal, não resultando dela a expulsão da lei do ordenamento jurídico, mas sim de sua recuperação não há outra forma de entender o novo art. 225 do CP que assim para nós fica:

"Nos crimes definidos no capítulo I somente se procede mediante representação, salvo se da violência resultar lesão grave ou morte ou, ainda, se a vítima for menor de 18 ou pessoa vulnerável".

Destarte, deve-se entender a Lei nº 12.015/2009, como um dispositivo legal que estabelece maior repressão contra os crimes que afetam a dignidade e liberdade sexual do indivíduo, interpretando-a conforme a Carta Magna de 1988, e não a tornando inconstitucional, e para tanto ainda reside a Súmula 608 do Pretório Excelso, pois configurando o estupro através da violência efetivada com o resultado

qualificador (lesão corporal de natureza grave, ou morte) deve ser determinada a ação penal pública incondicionada.

Opera ainda, oposição daqueles que contestam a rigorosidade evidente proporcionada pela lei extravagante 12.015/2009, principalmente quando tratar-se de vítima menor de 18 (anos) ou pessoa vulnerável art. 225, parágrafo único do CP/1904, pois aqui estaremos diante de uma ação pública incondicionada.

Andou bem o legislador com esta profunda reforma, pois no mundo empírico, inúmeras vítimas de violência sexual, discriminadas pela sociedade e inferiorizadas pela a barbárie sofrida, deixavam estupradores (aberrações humanas) impunes frente à vergonha de terem que narrar perante uma autoridade policial (um estranho a sua intimidade) o enredo de um filme pornográfico. Não poderia desmerecer mérito uma legislação rigorosa, porém em compasso com a realidade de um país castigado pela violação a dignidade sexual de seus muitos cidadãos, chegando a alcançar o crime de estupro, status de saúde pública.

É salutar observar que a Lei nº 12.015/2009, está em simetria com a Carta Magna, que assim dispõe: "Art. 227. [...] § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" (Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988), como também com a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no que tange a ação penal pública incondicionada para os menores de 18 (dezoito) anos, pois conforme este Estatuto assim descreve "Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze a dezoito anos de idade" (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e, sendo assim, sujeitos merecedores de maior rigor em sua proteção contra a violência sexual.

Para os que repudiam a ação pública incondicionada para os crimes sexuais contra vulnerável, incluindo-se aí o delito de estupro de vulnerável (art. 217 -A), a intenção do legislador na criação deste tipo penal foi estabelecer a proteção não apenas da liberdade e dignidade sexual, como também do desenvolvimento sexual destes indivíduos vulneráveis, e que principalmente o menor de 14 (quatorze) não pode ser analisado subjetivamente pela má formação cultural, educacional e psicológica desenvolvida em uma ambiente devasso, para ser questionada a relatividade de sua vulnerabilidade, em oposto, a sua vulnerabilidade deve ser absoluta. Não é por mero arbítrio que o Estatuto da Criança e do adolescente defende que a criança e o adolescente têm o direito e o dever de está na escola,

quando assim determina "Art. 53. a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa [...]" (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Ponderação necessária deve ser feita no campo das ações penais que teve seu início antes do advento da Lei nº 12.015/2009 e que ainda se encontram em andamento, tendo como objeto os delitos contra a liberdade sexual, dispostos no Capítulo I do Título VI do CP/1940, pois segundo o novel dispositivo penal, a ação penal será pública condicionada à representação, e de acordo com a antiga sistêmica do estatuto repressivo, a regra seria a ação penal privada. Desta feita deve-se averiguar para tais processos em andamento em que a vítima ofereceu queixa-crime em juízo se a nova regra do art. 225 *caput*, deverá retroagir para alcançar fatos passados ou terá aplicação para os processos futuros após a entrada em vigor da Lei nº 12. 015/2009. Se a natureza do artigo em comento, for entendida como estritamente processual, deverá ser aplicada o disposto no art. 2º do CPP/1941: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados, sob a vigência da lei anterior" (Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941) . Se for entendida como de natureza material deverá ser aplicada a regra do art. 2º do CP/1940, como também o art. 5º, inciso XL da CRFB/1980, que dispõe que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, em simetria com o princípio da retroatividade benéfica. No entanto, a posição mais acertada deve ser entendida no sentido de que se trata de uma norma híbrida ou mista, e, portanto uma norma processual com reflexos penais (GRECO, 2010). Esse ilustre doutrinador ainda ressalta um trecho preciso sobre o tema:

Ora, uma norma que passou a exigir a representação para o exercício da ação penal em relação a alguns crimes tem um aspecto material, visto que o não oferecimento da representação acarretará a decadência e a extinção da punibilidade, matéria do Direito Penal (art. 107 do Código Penal); mas, é também norma processual, pois é uma condição de procedibilidade da ação penal (art. 38 do CPP). Destarte, nos processos em andamento, cuja ação penal iniciou-se mediante queixa não existe providência a ser tomada pelo Juiz de Direito, senão a marcha normal do procedimento, observando-se o princípio do *tempus regit actum*, pois a nova disposição não aproveitaria ao réu; uma ação penal de iniciativa privada "e mais benéfica" (em tese) para o acusado que a ação penal pública seja condicionada ou não (do ponto de vista da iniciativa) (MOREIRA apud GRECO, 2010, p. 561, grifo do autor).

Nesse corolário, pode-se verificar, quando da antiga redação do art. 225 do CP/1940, que tinha como regra a ação penal privada, o acusado se valia de

institutos benéficos de extinção da punibilidade, como o perdão do ofendido, a renúncia do direito de queixa ou a perempção. O perdão do ofendido analisa-se como "[...] causa extintiva da punibilidade (CP, arts. 105, 106 e 107, V, parte final). Este é concedido pelo sujeito passivo do crime de ação penal privada, dependendo de aceitação. O perdão judicial é concedido pelo juiz e não depende de aceitação" (JESUS, 2005, p. 686).

Sobre a conceituação de renúncia ao direito de queixa, tem-se que:

[...] a renúncia do direito de queixa, que é a abdicação do ofendido ou de seu representante legal do direito de promover a ação penal privada. Nos termos do art. 107, V, 1.ª parte, do CP, a renúncia do direito de queixa extingue a punibilidade. E o art. 104, *caput*, determina que "o direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado" (JESUS, 2005, p. 697, grifo do autor).

Sobre a conceituação de perempção, tem-se que:

Nos termos do art. 107, IV, 3.ª, figura do CP, a perempção constitui causa de extinção de punibilidade.

[...]

Perempção é a perda do direito de demandar o querelado pelo mesmo crime em face da inércia do querelante, diante do que o Estado perde o *jus puniendi*.

A perempção só é possível na ação penal exclusivamente privada.

[...]

Nos termos do art. 60 do CPP, "considerar-se-á perempta a ação penal:

I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular p pedido de condenação nas alegações finais;

IV – quando, sendo querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor" (JESUS, 2005, p. 704-705, grifo do autor).

Visualiza-se na ação penal privada, o princípio da disponibilidade, podendo o particular, titular exclusivo dessa ação, dispor do conteúdo do processo até o trânsito em julgado da sentença condenatória através do perdão ou perempção, ou através da renúncia que é só cabível antes de iniciada a ação penal privada, ou seja, antes de oferecida a queixa-crime. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, a regra passa a ser a ação penal pública condicionada à representação e a exceção é a ação penal pública incondicionada, logo, o acusado não fará *jus* aos institutos

benéficos da ação privada, tratando-se, pois de uma *novatio legis in pejus* (CAPEZ, 2010).

Importante enfatizar que, a representação sendo necessária, e ocorrendo o oferecimento da denúncia, deverá o juiz determinar a intimação da vítima ou qualquer dos legitimados descritos no art. 24 § 1º do CPP/1941, comprovando em juízo o interesse de prosseguimento. O prazo para que se apresente a representação em Juízo, será de 30 (trinta) dias, conforme dispõe o art. 91 da Lei nº 9.099/1995. Não sendo respeitado esse prazo estará por configurada a decadência e conseqüentemente ocorrerá a extinção da punibilidade, com fulcro no art. 107, IV, do CP/1940 (GRECO, 2010).

Segue abaixo o quadro comparativo de Fernando Capez, com adaptações próprias, sobre a redação anterior e posterior do crime de estupro art. 225 do CP/1940 à entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009:

Anterior à Lei nº 12.015/2009:	Posterior à Lei nº 12.015/2009:
<p><b>Art. 225. Ação Penal</b></p> <p>Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.</p> <p>§ 1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública.</p> <p>I – se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;</p> <p>II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.</p> <p>§ 2º No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.</p>	<p><b>Art. 225. Ação Penal</b></p> <p><b>Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.</b></p> <p><b>Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.</b></p>

FONTE: (CAPEZ, 2010, p. 115, grifo do autor)

## 6.2 Aumento de pena

O art. 226 do CP/1940 previa um aumento de pena de quarta parte para as condições descritas nos seus três incisos, a saber: se o crime fosse cometido com o concurso de duas ou mais pessoas (inciso I); se o agente fosse descendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tivesse autoridade sobre ela (inciso II); se o agente fosse casado (inciso III) (CAPEZ, 2010).

A Lei nº 11.106/2005 conferiu redação ao art. 226, incisos I e II do Diploma Penal, proporcionando aumento de pena para os delitos tipificados no Título VI "Dos crimes contra a dignidade sexual", *in verbis*:

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 madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela (Brasil, Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005).

Sendo assim, conforme dispõe o inciso I, com o advento da Lei nº 11.106/2005, ocorrerá o aumento de quarta parte se o delito é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas, não ocorrendo distinção com o teor do anterior art. 226, I, do CP/1940, pois neste já previa o mesmo aumento de pena, portanto não operou *reformatio in pejus*. Não agravando nem tampouco atenuando o preceito secundário (CAPEZ, 2010).

O aumento de pena é levado a efeito no concurso de duas ou mais pessoas, pois há maior facilidade para a realização do crime, e por consequência diminui a resistência do sujeito passivo, além da maior reprovabilidade na ação dos agentes que atuam em concurso de pessoas para efetivarem o delito. Deve-se frisar que a asseveração da pena se caracterizará quando os agentes atuarem em coautoria, ou em participação. Nesse entendimento, menciona Mirabete (2010, p. 426):

Apesar da opinião, de que só existe a qualificadora quando a co-participação existe para a execução do crime, mais acertada se nos afigura a afirmação de que não se exige a presença simultânea de dois agentes na

execução. Bastando para a caracterização da qualificadora, que haja pela instigação, conselho, planejamento, etc [...].

No que tange as situações dispostas no inciso II, da figura típica em comento, a pena será aumentada 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, podendo se constatar que a Lei nº 11.106/2005, realizou alterações consideráveis nesse inciso, no que diz respeito ao aumento de pena de quarta parte para a metade, tornado a pena mais grave, tratando-se de uma *reformatio in pejus*, não podendo retroagir para prejudicar o réu. Foi abrangido também maior possibilidades de sujeitos ativos, como: madrasta, tio, cônjuge, ou companheiro da vítima. Tal abrangência veio cobrir falhas na redação do antigo inciso II, pois não fazia menção aos agentes ora citados. Questão, objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, era se o estupro pudesse ser realizado pelo marido da vítima, com inserção do cônjuge no rol do atual art. 226, II, do CP/1940, tornou-se inviável manter tais discussões. Em relação à inclusão do companheiro, o diploma penal atendeu às disposições contidas no art. 226, § 3º da CRFB/1988, que equipara a união estável ao casamento, não podendo assim conferir tratamento diferenciado ao companheiro. Ademais a lei não mais se refere ao pai adotivo, e não seria razoável se o fizesse, pois a CRFB/1988 e o CC/2002 não conferem distinção entre filhos de sangue a adotados. Confere também o inciso II do artigo em análise, abrangência de sujeito ativo, quando se refere à autoridade advinda de "qualquer outro título", como exemplo do amásio da mãe da vítima, do carcereiro em relação à presidiária (CAPEZ, 2010).

O aumento de pena para as situações descritas no art. 226, II, do CP/1940, é justificável em razão da maior afronta à dignidade sexual do sujeito passivo, dado o parentesco civil ou natural, causando grande alarde na sociedade, pois o delito é realizado em uma relação de confiança.

No que concerne, o revogado inciso III, do artigo em estudo, dispunha que a reprimenda penal seria agravada se o sujeito ativo fosse casado, pois o casamento era causa extintiva da punibilidade, conforme o art. 107 do CP/1940, incisos VII e VIII, sendo uma maneira de atenuar o dano causado à vítima, pois esta poderia ter interesse no matrimônio. Entretanto, a Lei nº 11.106/2005, não só revogou o casamento como causa extintiva da punibilidade como também o aumento da pena. Nesse contexto descreve Capez (2010, p. 120):

Previa o art. 107 do Código Penal duas causas extintivas da punibilidade: "Extingue-se a punibilidade: (...) VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração". Em tais hipóteses o crime havia sido consumado, mas o subsequente matrimônio acarretava a extinção da punibilidade.

A causa de aumento de pena exclui as agravantes genéricas contidas no art. 61 *caput*, do CP/1940 (agravantes analisadas quando não constituem ou qualificam o crime); inciso II, alíneas: *e* (ascendente, irmão ou cônjuge), *f* (abuso de autoridade/relações domésticas) e *g* (abuso de poder), diante do princípio *non bis in idem* (MIRABETE, 2010).

Pelo princípio em epígrafe, conceitua com brilhantismo, Jesus (2005, p. 11): "Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Possui duplo significado: 1.º) penal material: ninguém pode sofrer duas penas em face do mesmo crime; 2.º) processual: ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato."

Dada a nova redação ao art. 234-A do CP/1940, pela Lei nº 12.015/2009, assevera, *in verbis*:

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

IV – de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (Lei nº 12/015, de 07 de agosto de 2009).

A pena será aumentada de metade, se no caso concreto o delito tem como resultado à gravidez, conforme preceitua o inciso III do art. 234-A do CP/1940, a agravante é justificável, pois a mulher vítima do delito de estupro efetivado através da conjunção carnal, que engravida, possui a permissão legal de realizar o aborto, com fulcro no art. 128, II, do CP/1940. Como se depreende a ação do estupro, nessa circunstância, merece maior censurabilidade, pois além de causar sérios danos à vítima, sua conduta sexual violenta pode levar a feito a interrupção do desenvolvimento da vida de um novo ser humano. Outro aspecto que coaduna para exasperação da reprimenda penal é a infeliz realidade de casos concretos, em que menores vítimas de abuso sexual, engravidam não apenas de pedófilos, mas

também de familiares ou de pessoas que para elas deveriam ter o cuidado de vigilância (GRECO, 2010).

No que concerne, o inciso III, do art. 234-A do CP/1940, o aumento de pena será de um sexto até metade, se o sujeito ativo transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Imprescindível para a existência do aumento de pena, que a doença tenha sido transmitida ao sujeito passivo, devendo ser realizado o exame pericial para constatação. A esse respeito exemplifica sobre as doenças sexualmente transmissíveis, Greco (2010, p. 461):

Podemos citar como exemplo de doenças sexualmente transmissíveis a candidíase, a gonorréia, a pudicolose do púbis, HPV (Human Papilloma Viruses), a hepatite B, a herpes simples genital, o cancro duro e o cancro mole, a infecção de clamídia, bem como o HIV (Sida).

As expressões descritas no inciso III, do artigo em comento "sabe ou deva saber ser portador, têm levado a questionamentos sobre se tais expressões referem-se apenas a modalidade dolosa ou também a culposa. Mais acertado e merecedor de respaldo, é o posicionamento de Greco (2010, p. 462, grifo do autor):

[...] devemos entender que as expressões *de que sabe ou deva saber ser portador* dizem respeito ao fato de ter o agente atuado, no caso concreto, com dolo direto ou mesmo com dolo eventual, mas não com culpa [...] quando a lei menciona que o agente sabia ou devia saber ser portador de uma doença sexualmente transmissível está se referindo, especificamente, a esse fato, ou seja, ao conhecimento efetivo ou possível da contaminação, e não ao seu elemento subjetivo no momento do contato sexual, ou seja, não importa saber, para que se aplique a causa de aumento de pena em estudo, se o agente queria ou não a transmissão da doença, mas tão somente se, anteriormente ao ato sexual, sabia ou poderia saber que dela era portador.

Para aplicação do aumento da pena será observado à terceira parte do critério trifásico do art. 68 do CP/1940. Da mesma figura típica, será empregada a regra quando da análise de uma situação hipotética for constatada mais de uma causa de aumento de pena, disposta nos arts. 226 e 234-A do CP/1940 (GRECO, 2010). Assim dispõe o art. 68 do estatuto repressivo, *in verbis*:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.  
Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

### 6.3 Segredo de justiça

O segredo de justiça ocorrerá em atos processuais que não podem ser levados a público, em razão do interesse social. O direito de consultar os autos desses processos e de pedir certidão fica restrito às partes e seus advogados. Informa-se que correrão por segredo de justiça os processos referentes aos crimes tipificados no Título VI "Dos crimes contra a dignidade sexual", conforme dispõe o art. 234-B do CP/1940 incluído pela Lei nº 12.015/2009 (GRECO, 2010).

### 6.4 Lei Ordinária nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)

A Lei nº 12.015/2009 operou profundas modificações na Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a começar pelo seu art. 1º que dispunha em sua redação original que eram considerados crimes hediondos o estupro art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único e o atentado violento ao pudor art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único. Com o advento da Lei nº 12.015/2009, o delito tipificado no art. 214 foi revogado e as condutas ali dispostas passaram a compor a figura típica do art. 213 do CP/1940. Também foi revogado o art. 223 *caput* e parágrafo único do CP/1940 (formas qualificadas pelo resultado), vindo a ser abarcadas no delito de estupro art. 213 § 1º (primeira parte) e § 2º do CP/1940 (CAPEZ, 2010). De forma que, o delito de estupro em sua forma simples ou qualificada, consumado ou tentado, é considerado crime hediondo, conforme se verifica da redação atual do art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/1990 (GRECO, 2010).

Ocorriam posicionamentos opostos sobre se os crimes de estupro e atentado violento ao pudor com violência presumida art. 224 do CP/1940, eram considerados crimes hediondos. Nesse corolário, menciona Capez (2010, p. 51):

Entendíamos que também possuíam essa natureza, pois a lei não fazia nem autorizava qualquer distinção entre as formas de violência. Com efeito, submeter uma criança de 9 anos à conjunção carnal, seduzindo-a com doces e brinquedos, não nos parecia ser uma conduta menos grave que empregar violência real contra um adulto. Ambas as formas eram, na realidade e na letra da lei, crimes hediondos. Nesse sentido, vinham se manifestando os Tribunais Superiores.

As discussões postas a deslinde perderam o sentido, pois com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, o art. 224 do CP/1940, foi expressamente revogado, introduzindo no Diploma Penal, a figura típica do estupro de vulnerável, e o que se configurava como violência presumida, passou a ser caracterizado em um tipo penal autônomo com preceito secundário peculiar às condutas ali dispostas, inclusive trazendo para o seu bojo as formas qualificadas. Nessa cronologia, a Lei nº 12.015/2009, operou alterações na Lei nº 8.072/1990 inserindo o inciso VI ao art. 1º desse dispositivo legal, e, portanto passando a ser considerado também como crime hediondo, o estupro de vulnerável na forma simples art. 217-A *caput* e § 1º como também a forma qualificada art. 217-A §§ 3º e 4º do CP/1940 (CAPEZ, 2010).

Merece atenção a redação do art. 9º da Lei nº 8.072/1990 quando dispõe que as penas fixadas para os crimes capitulados nos arts. 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, seriam acrescidas de metade, respeitando o limite superior de 30 anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 do CP/1940. Todavia, com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009 foram expressamente revogados os arts. 214, 223 e 224 do CP/1940, nesse contexto, em virtude do art. 224 do CP/1940, ter sido revogado, não ocorrerá mais a aplicação do aumento de pena disposto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Não há obstáculos em analisar que não será mais aplicado o aumento em comento para as situações futuras, tendo em vista a revogação do art. 224 do CP/1940, mesmo que as condutas e os sujeitos passivos neles previstas passam agora a ser abarcadas em um tipo penal autônomo, art. 217-A do CP/1940. Cuidado maior deve-se ter em relação às situações ocorridas no passado, visualizando no caso hipotético de processos transitados em julgado, condenando o agente com

base no aumento de pena descrito no art. 9º da Lei nº 8.072/1990. A esse respeito, tem-se a formidável, conclusão de (GRECO, 2010, p. 481):

Inicialmente, devemos entender que, ainda que as situações anteriormente previstas como hipóteses de presunção de violência (art. 224 do CP) tenham se deslocado de tipo penal, elas possuem, agora, em virtude da redação que lhes foi conferida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, natureza jurídica diversa. Cuidam-se, portanto, de elementos que integram um tipo penal incriminador, que prevê o delito de estupro de vulnerável. Assim, não podemos justificar a manutenção da aplicação das majorantes aos casos passados, sob o argumento de que ainda se encontram previstas no nosso ordenamento jurídico, não tendo sido, portanto, abolidas.

Merecedor de ser compartilhado é o entendimento ora exposto. Malgrado a admiração pelo ilustre doutrinador, inspiração dessa investigação científica, não é carecedor de respaldo o seu posicionamento quando comenta que em relação à aplicação do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, nos processos já transitados em julgados cujos condenados ainda não cumpriram suas penas, a retroatividade mais benéfica ao réu deverá ser operada, mas não no sentido de se aplicar o preceito secundário do art. 217-A, mas que seja totalmente retirado tal aumento, aplicando-se o preceito secundário do art. 213 CP/1940, que antes do advento da Lei nº 12.015/2009, era de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos, e na antiga sistemática do Diploma Penal, o operador do direito, para punir o agente que cometia o delito sexual contra as pessoas descritas na redação do art. 224 CP/1940, precisava lançar mão deste, e tipificar o fato conforme as penas do art. 213 CP/1940. Assim dispõe Greco (2010, p. 481-482, grifo do autor):

Mesmo que numa comparação quantitativa, ou seja, mesmo fazendo-se os cálculos matemáticos para se concluir que, na vigência da lei anterior, o agente que viesse a praticar um estupro, por exemplo, contra vítima menor de 14 (catorze) anos, teria, em virtude da previsão constante do art. 9º da Lei nº 8.072/90, sua pena aumentada em metade, o que faria com que a pena mínima fosse calculada em 9 (nove) e a máxima em 15 (quinze) anos, e que no atual delito de estupro de vulnerável, que prevê a mesma hipótese, a pena mínima cominada é de 8 (oito) e a máxima de 15 (quinze) anos, não poderíamos, com um suposto argumento de beneficiar o agente, substituir o aumento previsto na Lei nº 8.072/90, a fim de aplicar-lhe a pena mínima do atual tipo penal (art. 217-A), vale dizer, 8 (oito) anos.

O que ocorreu, *in casu*, foi abolição da presunção de violência que conduzia ao aumento de pena. Dessa forma, uma vez revogado expressamente o art. 224 do Código Penal, deixando de existir, portanto, o artigo a que remetia o art. 9º da Lei nº 8.072/90, aqueles que forem condenados, e que ainda não cumpriram suas penas, terão direito à revisão criminal, decotando-se o aumento de *metade* que lhes fora aplicado pelo decreto condenatório.

Como já afirmado, não se pode coadunar com tal posição, visto a maior censurabilidade da conduta do agente que pratica o delito sexual contra um indivíduo vulnerável quer pela sua idade menor de 14 (quatorze) anos, quer pelas específicas condições de possuir enfermidade ou doença mental, ou que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, conforme se depreende do atual art. 217-A do CP/1940. Nesse corolário, é o entendimento do STJ:

Estupro. Retroatividade. Lei. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/1990, 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. Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, foi revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível 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 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). Tratando-se de fato anterior, cometido contra o menor de 14 anos e com o 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 (STJ, REsp 1.102.005-SC, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 29/9/2009 apud GRECO, 2010, p. 482-483).

Entendimentos jurisprudenciais vinham entendendo, para se evitar uma afronta ao princípio da proporcionalidade da pena e ao princípio *ne bis in idem*, que o aumento previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/1990 só recairiam aos delitos tipificados nos art. 213 e 214 estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224, se destes tivessem como consequência morte ou lesão corporal de natureza grave, pois o referido art. 9º previa a expressão "art. 213 e 214 combinados com o art. 223 do CP", exemplifica Capez (2010, p. 88):

De fato, o agente que mantivesse relações sexuais com uma menina com uma idade igual ou inferior a 14 anos cometeria estupro, ainda que a vítima tivesse consentido com a prática da conjunção carnal, pois nesse caso se presumia a violência. O aludido art. 224 podia então, assumir nesses crimes uma dupla função: presumir a violência e aumentar a pena de metade, o que poderia gerar situações extremamente injustas. Com efeito, suponhamos que um rapaz, com 18 anos de idade mantivesse conjunção carnal com a namorada de 13. Praticou crime de estupro, uma vez que havia presunção de violência, nos termos do art. 224, a. O delito era qualificado como hediondo, uma vez que a lei não distinguia estupro com violência presumida de estupro com violência real. E, para piorar, a pena, que variava de 6 a 10 anos, passaria aos limites de 9 a 15 anos, por força da causa de aumento. Se ele ofendesse gravemente a integridade corporal da menina, provocando-lhe deformidade permanente ou perda de função (art. 129, § 2º, do CP), não seria tão severamente punido.

Em posicionamento contrário e digno de ser o mais acertado, já se manifestava o STF:

O fato da vítima ser menor de quatorze anos pode ser utilizado tanto para presumir a violência como circunstâncias elementar do tipo, quanto para aumentar a pena devido à causa de aumento prevista no referido art. 9º, da Lei dos Crimes Hediondos, não havendo, portanto, a ocorrência de "bis in idem" (STF, 2ª Turma, HC 76. 004-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Informativo n. 110, 20-5-1998 apud CAPEZ, 2010, p. 90).

De acordo com o art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, o crime hediondo será insuscetível: I – anistia, graça e indulto; II fiança. Importante se faz conceituarem-se os institutos: anistia, graça e indulto, de acordo com Jesus (2005, p. 691-693, grifo do autor):

Indulgência ou clemência soberana é a renúncia do Estado ao direito de punir, fundamentando-se na equidade, no sentido de temperar os rigores da Justiça.

O art. 107, II, do CP determina que a anistia, a graça e o indulto extinguem a punibilidade. Assim, o Estado renuncia ao *jus puniendi* por meio desses três institutos. [...] Anistia é o esquecimento jurídico de uma ou mais infrações penais (Aurelino Leal). Deve ser concedida em casos excepcionais, para apaziguar os ânimos, acalmar as paixões sociais etc. Aplica-se, em regra, a crimes políticos (anistia especial), nada obstando que incida sobre delitos comuns (anistia comum) [...] Enquanto a anistia e o indulto têm o caráter de generalidade, incidindo sobre fatos e abrangendo uma generalidade de pessoas, a graça é individual, pois só atinge determinado criminoso. Enquanto a anistia e o indulto podem ser concedidos espontaneamente pelo Poder Público, a graça, que a Lei de Execução Penal denomina "indulto individual", em regra deve ser solicitada, nos termos do art. 188: "O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa".

Sobre a conceituação de fiança, aborda Capez (2009, p. 290) que "[...] é uma caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu. [...] Natureza jurídica da fiança: direito subjetivo constitucional do acusado."

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, alterou consideravelmente a Lei nº 8.072/1990, como por exemplo, excluindo a vedação à concessão da liberdade provisória, de acordo com a nova redação do art. 2º, inciso II, embora o crime hediondo continue sendo insuscetível de fiança, ainda assim poderá ser concedido o benefício da liberdade provisória, ao condenado preso provisoriamente, se não estiverem presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva, arts. 310 parágrafo único, e 312 ambos do CPP/1941 e, portanto, não ocorrendo *periculum in*

*mora*, sendo assim só se manterá a prisão antes da condenação quando for inevitável caso o acusado continue realizando delitos durante o processo, frustre a produção probatória ou fuja, tornando impossível a aplicação da pena. Por ser norma de natureza processual, aplica-se aos processos em andamento, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada com fulcro no art.5º, XXXVI CRFB/1988, e no art.2º do CPP/1941(CAPEZ, 2010).

O Pretório Excelso vedava a progressão de regime aos crimes hediondos, como preconizava a antiga redação do art. 2º § 1º, da Lei nº 8.072/1990 com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.464/2007, a progressão de regime passou a ser permitida aos crimes hediondos e equiparados, assim, a pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado (CAPEZ, 2010).

## 7 CONCLUSÃO

No decorrer dessa investigação científica foi traçado um perfil sobre a sexualidade e o seu desenvolvimento ao longo de séculos, demonstrando a sua influência em épocas que marcaram a humanidade, e não poderia iniciar este estudo monográfico de forma diferente, pois o cerne dessa pesquisa é a dignidade e a liberdade sexual do ser humano.

Mais adiante foi abordado sobre a grande inovação na seara penal contemplada pelo vitorioso advento da Lei Ordinária nº 12.015/2009, traçando modificações consideráveis a começar pelo Título VI do CP/1940 que não mais atende pela nomenclatura "Dos crimes contra os costumes", mas agora se denomina "Dos crimes contra a dignidade sexual". Para o escopo do presente trabalho foram analisados apenas no capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual: o delito de estupro (art. 213), e no capítulo II - Dos crimes sexuais contra vulnerável: o delito de estupro de vulnerável (art. 217 - A).

De forma minuciosa e exaustivamente estudada foi explanado toda a classificação doutrinária das alterações incorporadas ao delito de estupro art. 213 do CP/1940, que traz como a principal característica o fato de não mais apenas tutelar a liberdade sexual da mulher, abarcando agora todo gênero humano, seja ele homem ou mulher, inovando também quanto ao pólo passivo que também pode ser homem ou mulher. Outra importante característica evidencia-se na fusão das figuras típicas do CP/1940: o estupro (art. 213) e do atentado violento ao pudor (art. 214 revogado), unificando-os sob a rubrica do crime de estupro que descreve a conduta do agente que constrange alguém a ter conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, ou a praticar ou com ele permitir que se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Não se cogitando em *abolitio criminis*, pois as condutas tipificadas no revogado art. 214 encontram-se agora previstas no art. 213.

Necessária, e porque não a mais gloriosa, foi à criação advinda do novel dispositivo legal em comento, o crime de estupro de vulnerável art. 217-A do CP/1940, levando paralelamente a revogação do art. 224 do CP/1940 que dispunha sobre a presunção de violência. O que se depreende da tipificação do referido delito em análise, e, portanto, figura típica autônoma, é que o diploma penal não mais foca

a presunção legal, mas determina condições de vulnerabilidade, com preceito secundário próprio e ainda mais severo em relação ao delito de estupro art. 213 do CP/1940.

Ainda mais precioso, é que através da criação da figura típica do art. 217-A, foi posto um fim a discussões nos Tribunais Superiores, que giravam em torno, a saber, se a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos era relativa ou absoluta. Na atualidade não mais se procede manter quaisquer discussões, pois a Lei nº 12.015/2009 ao determinar as condições de vulnerabilidade em um delito autônomo, veio definir a vulnerabilidade absoluta da vítima menor de 14 (quatorze) anos, mesmo que com ampla experiência sexual ou até mesmo já prostituída. É assim que deve ser vislumbrado o Direito Penal Sexual na contemporaneidade; um Direito que agi além da moral social para revelar-se em um Direito como um instrumento de controle da sociedade e que desenvolve seus princípios e preceitos simultaneamente com as mudanças comportamentais de cada sociedade.

Através de uma estrutura harmônica, foi explanado sobre os delitos de estupro e de estupro de vulnerável ambos do CP/1940, feita as necessárias comparações com a antiga sistêmica do estatuto repressivo, e especificado sobre o objeto material e bem juridicamente protegido, sujeito ativo e sujeito passivo, a consumação e a tentativa, elemento subjetivo, modalidades comissivas e omissivas, modalidades qualificadas, causas de aumento da pena, pena propriamente dita, ação penal bem como enfoques doutrinários.

Reflexão foi operada quanto ao rigor da ação penal para os crimes contra a dignidade sexual, que antes de iniciativa privada, como regra, passa agora a ter um papel mais atuante *cuo custos legis*, recaindo sobre tais delitos a regra da ação penal pública condicionada à representação, e a incondicionada caso a vítima seja menor de 18 (dezoito) anos, ou seja, pessoa vulnerável, e ainda quando o abuso sexual tiver como resultado qualificador (lesão de natureza grave ou morte) segundo a Súmula 608 da nossa Corte Superior. Verifica-se assim a maior constatação de que o legislador não poupou esforços para reprimir de forma mais enérgica as condutas desumanas que se efetivam através de um descontrole insano ao infringir o bem mais singelo e íntimo de um ser humano, sua dignidade.

Entretanto, a grande realização desse estudo monográfico é a afeição festejada pela entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009. Embora alvo de muitas críticas, devido alguns detalhes de seu teor está sujeito a variadas interpretações,

devendo o operador do Direito na prática, ter profundo discernimento hermenêutico para aplicá-la. Mas, ainda assim essa legislação é digna de ser recepcionada com aplausos.

Como não aplaudir uma lei que nasce com o intuito de reprimir com maior rigor a proliferação de abusos sexuais em toda escala, em todo gênero e em todas as classes sociais? O Brasil vive a herança crônica dos escândalos de corrupção enraizados no Senado e no Congresso Nacional, e em meio a um cenário que se resume em "um turbilhão" de Comissões de Inquéritos Parlamentares, ainda há dentre os tais, aquele legislador que atenta por renovar a política criminal de combate aos delitos sexuais, que atenta a infeliz realidade de homens, mulheres e crianças "mutilados" pela violência sexual que destrói para todo sempre uma vida.

Quando o poder público não se engaja na defesa da dignidade sexual, impera o poder paralelo, com o crescente tráfico de mulheres e crianças; quando não reprimi com maior eficácia, pedófilos usam a internet para praticarem silenciosamente delitos sexuais de toda espécie; quando não oferecem uma sólida educação, crianças e adolescentes vulneráveis e receptíveis a todo tipo de oferta, entregam sua dignidade, através de um consentimento comprometido, pois simplesmente não possuem conhecimento, e a partir dessa carência não crescem no presente, e não acreditam no futuro.

Repita-se, porque não aplaudir essa legislação? Embora não tenha uma redação perfeita, deve ser respeitada a intenção do legislador, ao criar uma lei, como "voz" que ecoa clamando por justiça frente à perceptível ofensa à dignidade e liberdade sexual de seus muitos cidadãos. Para tanto, a Lei nº 12.015/2009, deve ser interpretada a luz da Carta Magna de 1988 e não extirpada do ordenamento jurídico como assim muitos o desejam por tê-la como inconstitucional ou como um retrocesso social, não seria razoável, pois dela transcende o símbolo da justiça, com seus olhos vendados, tutelando o princípio da dignidade a todo e qualquer indivíduo, com a espada em uma das mãos, para punir severamente aqueles que atentam covardemente contra tal princípio e tendo a balança na outra mão para aplicar a hermenêutica em conformidade com regra constitucional.

Se o novel dispositivo legal em estudo causa aversão pelo seu evidente rigor, destaca-se que é natural ao homem se espantar com o que ainda não é velho; se não é uma lei perfeita, mas "apaixona" pela ousadia de alterar o Título VI do CP/1940 desde a sua nomenclatura. Fato é que não vigora aqui, um posicionamento

surreal, pois se assim o fosse considerado estaria frustrada desde o início essa pesquisa científica e a graciosidade pelo princípio da dignidade, ensinada pelos mestres ao longo de anos na academia jurídica. A suprema tarefa do verdadeiro Direito é apesar de tudo, acima de tudo e por toda uma nação, lutar pela consagração do bem.

## Referências

ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2007. p. 457.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2007. p. 17-39.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade mecum. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7-72.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Vade mecum. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 513-537.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3688.htm>>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Institui o Código de Processo Penal**. Vade mecum. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 595-626.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 11.464**, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm)>. Acesso em: 31 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>> Acesso em: 31 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 11.106**, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm)>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 12.015**, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm)>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em: 24 out. 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências do resultado da gravidez. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2264, 12 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13501>>. Acesso em: 24 out. 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3: parte especial dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19-120.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110-290.

GRECO, A. O. P; RASSI, J. D. **Crimes contra a dignidade sexual**, São Paulo: Atlas S.A, 2010. p. 06-23.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, volume III: parte especial. 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 446-562.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11-705.

MIRABETE, J.F; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal**, volume II: parte especial (arts. 121 a 224-B). 27ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010. p. 388-426.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**, 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 31-37.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso: 24 out. 2010.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes com medo: da compreensão à superação**, 10 ed. São Paulo: Integrare, 2006. p. 124-133.

VENOSA, Sílvio de Salvo (coor). **Novo código civil: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916**. 4ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004. p. 41-413.

CESES B - FACISA  
BIBLIOTECA

ANEXO A – Lei Ordinária nº 12.015, de 7 de agosto de 2009



**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009.**

Mensagem de veto

Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 2º O Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

**"TÍTULO VI**  
**DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

**CAPÍTULO I**  
**DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

**Estupro**

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." (NR)

**"Violação sexual mediante fraude**

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." (NR)

### **"Assédio sexual**

Art. 216-A. ....

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos." (NR)

## **"CAPÍTULO II DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL**

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. (VETADO)." (NR)

### **"Ação penal**

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." (NR)

## **"CAPÍTULO V DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL**

### **Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual**

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

....." (NR)

"Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

....." (NR)

### "Rufianismo

Art. 230. ....

.....

§ 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:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência." (NR)

### "Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

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.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa." (NR)

### "Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

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:

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

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa." (NR)

Art. 3º O Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 217-A, 218-A, 218-B, 234-A, 234-B e 234-C:

#### **"Estupro de vulnerável**

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.

§ 2º (VETADO)

§ 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."

#### **"Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente**

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos."

**\*Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável**

**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:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 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;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no **caput** deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento."

**"CAPÍTULO VII  
DISPOSIÇÕES GERAIS**

**Aumento de pena**

**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

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

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

"**Art. 234-C.** (VETADO)."

Art. 4º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei de Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º .....

.....

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

.....\* (NR)

Art. 5º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

"Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no **caput** deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no **caput** deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990."

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se os arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954.

Brasília, 7 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
Tarso Genro

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.8.2009