



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC**

**CURSO DE DIREITO**

**LEONARDO ANTONIO DOMINGOS CAMPOS**

**CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS DO LEGISLADOR NOS CRIMES  
SEXUAIS COM A REFORMA DA LEI 12.015/2009**

**JUIZ DE FORA/MG**

**Dezembro de 2012**

**Leonardo Antonio Domingos Campos**

**CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS DO LEGISLADOR NOS CRIMES  
SEXUAIS COM A REFORMA DA LEI 12.015/2009**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito”, e aprovada pelo orientador:

**Hermes da Fonseca – Especialista**

**Curso de Direito - UNIPAC**

**JUIZ DE FORA/MG**

**Dezembro de 2012**

## BANCA EXAMINADORA

---

Hermes Machado da Fonseca  
Orientador

---

Examinador

---

Examinador

**"Não-violência não quer dizer renúncia a toda forma de luta contra o mal. Pelo contrário. A não-violência, pelo menos como eu a concebo, é uma luta ainda mais ativa e real que a própria lei do talião - mas em plano moral".**

Mahatma Gandhi

**"É quase impossível conciliar as exigências do instinto sexual com as da civilização."**

Sigmund Freud

**"Abuso Sexual: sem palavras para descrever, sem tempo para esquecer"**

Micaelle Souza Santos, 13 anos, aluna do 8º ano do ensino fundamental –  
Vencedora de um concurso de frases promovido pelo Conselho Tutelar dos Direitos da  
Criança e do Adolescente

## RESUMO

O presente trabalho almeja discorrer sobre as principais alterações que a Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009 fez no Título VI do Código Penal, bem como na Lei dos Crimes hediondos (Lei nº 8.072 de 11 de dezembro de 1990), analisando erros e acertos do legislador, bem como as controvérsias superadas e geradas com o advento da nova lei. Observa o deslocamento do bem jurídico tutelado que deixou de ser “os costumes”, passando a proteger-se a “dignidade sexual”. Expõe sobre os delitos atualmente tipificados nos artigos 213, 215 e 217-A do Código Penal, ante a maior lesividade que as condutas neles descritas, quando praticadas, causam ao bem jurídico tutelado. Analisa a fusão entre os primitivos crimes de Estupro (artigo 213 do Código Penal) e Atentado violento ao pudor (artigo 214 do Código Penal), bem como os de Posse sexual e Atentado ao pudor, ambos cometidos mediante fraude, anteriormente previstos nos artigos 215 e 216 (Código Penal). Discorre sobre o antigo dispositivo que tratava da presunção de violência (artigo 224 do Código Penal), atualmente revogado, e sobre a criação de um novo tipo, autônomo, denominado Estupro de Vulnerável (artigo 217-A do Código Penal). Dedicada especial atenção aos aspectos penais da nova lei, mesmo que de forma sucinta, a modificação da ação penal utilizada para provocar o Estado-Juiz a fim de que este exerça o “*jus puniendi*”, a qual passou, em regra, de privada para pública condicionada à representação. Relaciona as normas gerais, aplicáveis a todos os crimes em estudo. Discorre quanto à adequação ou não, da nova lei a alguns princípios constitucionais e ao contexto histórico-social vivido hodiernamente. A presente trabalho não tem o escopo de esgotar o assunto escolhido, mas apenas tratar sobre o tema de forma ampla, expondo e tentando dissipar as discussões.

**Palavras-chave:** Dignidade sexual. Estupro. Atentado violento ao pudor. Violação sexual mediante fraude. Estupro de vulnerável. Presunção de violência. Ação penal. Crimes hediondos.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. CRIMES CONTRA OS COSTUMES VERSUS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL	09
3. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR	12
4. PRÁTICA DA CONJUNÇÃO CARNAL E OUTRO ATO LIBIDINOSO: UNIDADE OU PLURALIDADE DE CRIMES	19
5. POSSE, ATENTADO AO PUDOR E VIOLAÇÃO SEXUAL – MEDIANTE FRAUDE	24
6. VIOLÊNCIA PRESUMIDA E ESTUPRO DE VULNERÁVEL	32
7. MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA	36
8. CONCLUSÃO	39
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

## 1 - INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa será levantar e expor de forma ampla a maioria das questões inerentes aos acertos e erros do legislador nos crimes sexuais, comparando e expondo de forma esquemática os princípios, as classificações, salientando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre esta questão.

No meio jurídico as controvérsias são sempre constantes, pois surgem novas teorias, novos posicionamentos ampliando-se, assim, o campo das discussões e dos debates.

Com o advento da Lei n.º12.015 de 07 de agosto de 2009 não foi e nem é diferente.

Deste modo, o presente trabalho terá por escopo discorrer sobre os principais aspectos penais dos crimes mais lesivos à dignidade sexual, bem como quanto aos reflexos processuais gerados pelas alterações trazidas pela nova lei, limitando-se aos crimes contra a liberdade sexual aos crimes sexuais contra vulnerável.

O método utilizado para abordagem do tema foi o dedutivo cumulado com o comparativo, pois se partiu de uma visão geral do ordenamento para chegar-se a conclusões específicas, principalmente por meio da comparação entre os dispositivos antigos e novos, referentes aos crimes que punem o ato sexual praticado de forma ilícita, procurando explicar determinados temas expondo e, talvez, dirimindo algumas divergências.

Assim, no que tange ao direito material, elegem-se os artigos que tratam dos crimes de Estupro (artigo 213), de violação sexual mediante fraude (artigo 215), e o de Estupro de vulnerável (217-A), devido a sua maior nocividade ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual, e à aversão social que geram a prática das condutas descritas nestes tipos, até mesmo no interior das penitenciárias, onde estupradores e afins são violentados e assassinados. Discorre-se, ainda, sobre alguns aspectos importantes que a lei gerou na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990).

A justificativa deste trabalho será mostrar principalmente porque mesmo após três anos de sua vigência, ainda não há um posicionamento definido na aplicabilidade da Lei n.º12.015 de 2009. Além disso, a tutela da

liberdade e da dignidade, garantidas constitucionalmente, no âmbito sexual é de suma importância, no que se referem as jovens e adultos, sendo imprescindível que a legislação se ajuste ao contexto social vivido atualmente.

As profundas e importantes mudanças que ocorreram no Título VI do Código Penal com a reforma da lei 12.015/2009, analisando erros e acertos do legislador, bem como na lei dos Crimes hediondos, como também as controvérsias geradas e superadas com o advento da nova lei desde o seu surgimento, o que, mesmo após 3 anos de sua vigência, ainda causa imenso reboiço no ordenamento jurídico.

Citará sobre os delitos atualmente tipificados nos artigos 213, 215 e 217-A do Código Penal de forma esquemática, ante a maior lesividade que as condutas neles descritas, quando praticadas, causam ao bem jurídico tutelado. Analisa a fusão entre os primitivos crimes de Estupro de acordo com o art. 213 do Código Penal e Atentado violento ao pudor segundo o art. 214 do Código Penal, bem como os de Posse sexual e Atentado ao pudor, ambos cometidos mediante fraude, anteriormente previstos nos artigos 215 e 216 do Código Penal. Discorre sobre o antigo dispositivo que tratava da presunção de violência como retrata o art. 224 do Código Penal, atualmente revogado, e sobre a criação de um novo tipo, autônomo, denominado Estupro de Vulnerável do art. 217-A do Código Penal, examinando a reforma no tocante à Lei n.º. 8.072, em especial a omissão do legislador quanto às causas de aumento de pena previstas no artigo 9º.

Discorre quanto à adequação ou não, da nova lei a alguns princípios constitucionais e ao contexto histórico-social vivido hodiernamente.

É de se ressaltar que a Justiça Penal encontra-se deficitária, necessitando de alterações. Somente produzirá câmbios positivos no momento em que seus interlocutores e os profissionais do direito compreenderem que a culpa e a responsabilidade jurídico-penal tem como causa e efeito o sentimento individual, o erro e a intenção devidamente reconhecidos ante si próprios, a sociedade e as leis naturais. Por esta razão, surgem inúmeras reformas e Leis específicas com o propósito de uma melhor adequação das normas tipificadas aos costumes da sociedade.

## **2 - CRIMES CONTRA OS COSTUMES VERSUS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

Com o passar dos anos, a sociedade evoluiu em todos os seus aspectos, refletindo tal avanço, substancialmente, no comportamento sexual das pessoas.

O Código Penal foi publicado em dezembro de 1940 e discorre sobre os atos sexuais praticados de forma ilícita em seu Título IV, incriminando diversas condutas.

É o que se verificava claramente, por exemplo, na previsão como causa extintiva da punibilidade, o casamento da ofendida com o autor do crime sexual por se considerar este causa de desonra para a vítima e a união em matrimônio uma forma de se reparar o mal causado pelo delito, mediante a restauração do conceito que usufruía ela no meio social.

Entretanto, apenas em 2005 com a Lei n.º 11.106 foi que o contexto legislativo começou a se adaptar à realidade social. Houve grande evolução no que tange aos preconceitos e moralismos exacerbados, pois o legislador revogou artigos como o de sedução (que incriminava a prática de conjunção carnal com mulher virgem maior de quatorze anos e menor de dezoito aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança - artigo 217 do Código Penal) e o de rapto (que punia a conduta de raptar mulher honesta mediante violência, grave ameaça ou fraude – artigos 219 a 222, do Código Penal).

Referida lei revogou, ainda, as causas extintivas da punibilidade anteriormente previstas no artigo 107, incisos VII e VIII, do Código Penal. Tais dispositivos previam a punibilidade do agente seria extinta caso o ele se casasse com a vítima ou esta se casasse com terceiro, nos casos dos crimes previstos nos Capítulos I, II e III do título que tratava dos crimes contra os costumes.

Esta lei traduz uma visão menos preconceituosa e moralista da sociedade, menos machista sob muitos ângulos e suprimiu qualquer resquício de referência à honestidade ou virgindade da vítima.

Com o advento da Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009, mais adaptações foram introduzidas no Código Penal, as quais influenciaram

também na Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990, a qual trata dos crimes hediondos.

A evolução trazida pela nova lei é visível já no que diz respeito à nomenclatura utilizada no Título VI do Código Penal, que antes da reforma denominava-se “Dos crimes contra os costumes” e, hodiernamente, passou a “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Tal mudança demonstra o deslocamento do bem jurídico tutelado. Vejamos qual é o conceito de bem jurídico, segundo Luís Regis Prado:<sup>1</sup>

O bem jurídico pode ser conceituado como ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem, e, por isso, juridico-penalmente protegido.

É certo que a tutela do bem jurídico deve se adaptar aos valores contidos na Constituição Federal e foi exatamente isso que o legislador fez, percebendo que o verdadeiro objeto de tutela não deve ser os costumes, mas sim a dignidade sexual de cada pessoa, individualmente, em si considerada.

Houve o reconhecimento da primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade, dos direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana, bem como do exercício da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal.

A dignidade sexual é um desdobramento da dignidade da pessoa humana que deve ser protegida, de modo que a nova nomenclatura do título se harmoniza muito mais com Constituição Federal de 1988, bem como com o contexto histórico e a tutela que objetiva, a qual, atualmente, não é mais a “dos costumes”.

Além disso, a mudança da nomenclatura do título e, conseqüentemente, do bem jurídico protegido, teve reflexos na quebra de outros estereótipos, como a distinção de gênero que não está mais presente nos dispositivos, havendo, assim, uma compatibilização maior com relação ao princípio da igualdade positivado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I.

---

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. 2008, p.56

Igualmente, o novo título se adapta bem melhor à garantia da intimidade, da vida privada e da honra, previsto no inciso X, do artigo 5º, também da Carta Magna, pois tais valores não estão relacionados à proteção dos costumes, mas, com certeza, se atrelam à defesa da dignidade sexual.

Deste modo, ainda que tardiamente, a lei deixou para trás os conservadorismos excessivos, a falta de atualização do modelo legislativo à realidade atual, começando pela alteração do nome dado ao Título IV do Código Penal.

### 3 - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

O delito de estupro, que abre o capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, foi profundamente alterado pela Lei nº. 12.015 de 07 de agosto de 2009. Antes de discorrer sobre o assunto, importante analisar as redações antiga e atual do delito em estudo.

A redação anterior era a seguinte, *in verbis*:

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

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

Com o advento da nova lei, o artigo passou a seguinte forma, *in verbis*:

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.

Analisando a mudança, ainda que de maneira perfunctória, vemos que surge um novo tipo penal.

O bem jurídico tutelado (objeto jurídico) é a liberdade sexual e o objeto material é a pessoa que sofre o constrangimento.

O antigo artigo 213 tutelava a liberdade sexual da mulher que é o direito que ela possui de dispor de seu corpo, de seu desejo sexual, autonomamente, independentemente de qualquer constrangimento exercido por terceiro.

A conduta prevista no primitivo artigo abrangia apenas a cópula sexual, a conjunção carnal, ou seja, o contato pênis-vagina.

A redação do delito em estudo não deixava margem para dúvidas. O sujeito ativo do crime era sempre o homem, por ser inviável, biologicamente, uma mulher forçar outra à penetração, sendo que o tipo era claro ao descrever que a vítima seria sempre do sexo feminino. A mulher só poderia ser agente no delito como partícipe, no concurso de pessoas, auxiliando, instigando um

homem a praticar a conduta descrita no preceito primário da norma Penal em seu artigo 29.

Houve o deslocamento do antigo atentado violento ao pudor para o atual delito de estupro. Incide na hipótese o princípio da continuidade normativa, pois o fato subsiste criminoso, embora disciplinado em tipo penal diverso.

O primitivo artigo 214, que foi revogado pelo artigo 7º da Lei em comento, tinha a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:  
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

O *nomen juris* do dispositivo acima era Atentado Violento ao Pudor e referido tipo tutelava a liberdade sexual não só da mulher, como também do homem, não fazendo distinção de gênero, abrangendo todos os outros atos libidinosos que não a conjunção carnal.

Assim, qualquer pessoa, homem ou mulher, poderia ser vítima ou agente neste delito. Até mesmo se uma mulher, por exemplo, compelissem um homem a praticar consigo a conjunção carnal sua conduta estaria tipificada neste artigo e não no de estupro, em função da particularidade do sujeito passivo neste (constranger “mulher”).

Neste tipo se incluíam os atos libidinosos diversos da cópula vagínica, tais como o sexo oral, o coito anal, a masturbação, os contatos voluptuosos, entre outros.

Com a união dos artigos 213 e 214 num só tipo, denominado estupro e previsto atualmente no artigo 213, surgem novas teorias, novas discussões, caindo outras por terra.

O artigo 213 passou a tipificar condutas de modo amplo, que podem ser cometidas por homens ou mulheres (crime comum) e também terem como vítima pessoa de qualquer gênero. Contudo, para Artur de Brito Gueiros Souza<sup>1</sup>, se o objetivo do legislador era igualar os sexos, ele deveria ter adotado por exemplo, um novo *nomen iuris* como delito de agressão sexual,

---

<sup>1</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal, Parte geral, v.I, 2011.

devido à carga simbólica que a expressão estupro continuará a produzir, mesmo que sob novas elementares (representação de inconstitucionalidade em face da Lei n.º 12.015 de 2009).

O tipo passou a ser mais justo sob este aspecto, analisando-se constitucionalmente, visto que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 consagra:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...].

Assim, o artigo 213 em vigor se amolda ao Princípio da Igualdade que visa a um estado ideal de coisas que repudia a discriminação de gênero.

Saliente-se que a vítima do novo estupro pode ser qualquer pessoa, inclusive, os menores de quatorze anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental não possuam capacidade de entender a prática do ato e de se autodeterminar, que atualmente são tutelados pelo artigo 217-A, denominado Estupro de Vulnerável.

Quanto à possibilidade de estupro de marido contra sua esposa, o assunto sempre foi controverso. De um lado alguns defendiam não ser possível o crime neste caso, por haver um dever conjugal, não configurando a cópula ou qualquer outro ato libidinoso, ato ilícito. Haveria exercício regular de direito, previsto no artigo 23, II, do Código Penal, o qual exclui a ilicitude do fato. Muitos tribunais decidiam neste sentido, conforme se observa da ementa transcrita a seguir:

Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida(...). 2

Esta corrente se abrandava apenas quando houvesse motivo relevante, justas razões que justificassem a oposição da mulher, tais como se o marido fosse portador de doença venérea ou que os atos por ele pretendidos saíssem da esfera da normalidade, sendo muito subjetiva a análise do que seriam atos sexuais normais ou anormais.

---

2 MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. SP, Atlas, 1999, p. 1246

Existia, entretanto, entendimento diametralmente oposto, sustentando que o crime seria totalmente possível sempre que houvesse o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, pois tal ato constituiria abuso de direito. A postura adequada quando há oposição da esposa e o casamento já não mais satisfaz o cônjuge varão rejeitado seria a separação judicial, agora o divórcio, pois ninguém é obrigado a manter qualquer tipo de relação sexual contra sua vontade, sem consentimento. Haveria uma violação inadmissível da liberdade da esposa. Era o entendimento majoritário, representado, por exemplo, por Guilherme de Souza Nucci:<sup>3</sup> “Tal situação não cria o *direito de estuprar* a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento”.

No mesmo sentido é o entendimento de Silvio Venosa:<sup>4</sup>

“Na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais. Embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua ausência, não tolerada ou não aceita pelo outro cônjuge, é motivo de separação. O princípio não é absoluto, e sua falta não implica necessariamente o desfazimento da *affectio maritalis*. Afóra, porém, as hipóteses de recusa legítima ou justa, o dever de coabitação é indeclinável. Nesse sentido, é absolutamente ineficaz qualquer pacto entre os cônjuges a fim de dispensar o débito conjugal ou a coabitação. Não pode, porém, o cônjuge obrigar o outro a cumprir o dever, sob pena de violação da liberdade individual. A sanção pela violação desse dever somente virá sob forma indireta, ensejando a separação e o divórcio e repercutindo na obrigação alimentícia.”

Evidente que com as mudanças inseridas pela Lei n.º 12.015 de 2009, o legislador pretendeu prestigiar ainda mais o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Assim, o primeiro posicionamento, demasiadamente machista, se tornou ainda mais ultrapassado no atual contexto histórico e legislativo. Saliente-se que uma vez admitida a possibilidade de estupro do marido contra a mulher, o inverso, agora, também será possível.

O tipo previsto no artigo 213 em vigor pune o constrangimento à conjunção carnal, bem como à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

---

<sup>3</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. SP, Revista dos tribunais, 2002, p.655.

<sup>4</sup>VENOSA, Silvio de Sabo. Direito Civil, v. VI, p.161-162.

O ato libidinoso é analisado sob o aspecto objetivo. Assim, não importa qual é o grau de pudor, de malícia da vítima. Assim, mais uma vez o legislador demonstra a adequação do tipo ao tempo, sendo irrelevante o conceito de honestidade da vítima. Qualquer pessoa pode ser sujeito passivo neste delito, até mesmo a prostituta.

Para configuração do delito são imprescindíveis a violência ou a grave ameaça e que, ante o constrangimento, a vítima se oponha com seriedade, veemência, certeza, ao ato sexual pretendido pelo criminoso. O dissenso do ofendido deve durar até o final do ato sexual. A simples recusa de modo passivo impede a configuração do crime, sendo necessário que o ofendido seja coagido, indiscutivelmente, à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. Contudo, a hipocrisia e o preconceito devem ser deixados de lado quando da análise desta oposição, pois não se deve exigir da pessoa que está sendo coagida uma atitude heroica, uma oposição sobre-humana, por tratar-se de um contexto de grande violência psicológica.

Se o constrangimento se der pela ameaça, esta deverá ser grave, séria, com capacidade de intimidar, sendo que o mal prometido deve ser possível e dependente do agente. Na apreciação da ameaça deve-se sempre ter em vista o caso concreto, atentando-se às condições do agente e do ofendido.

Destarte, é possível concluir que nas hipóteses em que o crime deixar vestígios materiais, será obrigatória a realização de exame de corpo de delito, com fulcro no art. 158, *caput*, do Código de Processo Penal. Entretanto, estes vestígios demonstrarão unicamente a existência da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, mas não o estupro, sendo necessário provar por outros meios o constrangimento resultante da violência ou grave ameaça.

Sendo, normalmente, o estupro praticado na clandestinidade, entra em cena a palavra da vítima<sup>5</sup> como meio de prova, em sintonia com as disposições elencadas pelo art. 201 do Código de Processo Penal.

---

<sup>5</sup> Para análise da verossimilhança das palavras da vítima, especialmente nos crimes sexuais, a criminologia desenvolveu a teoria da “**síndrome da mulher de Potifar**”, consistente no ato de acusar alguém falsamente pelo fato de ter sido rejeitada, como na hipótese em que uma mulher abandonada por um homem vem a imputar a ele, inveridicamente, algum crime de estupro.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo que, segundo Damásio<sup>6</sup> é “o estado anímico que discrimina, subjetivamente, o justo do injusto”, há na doutrina a discussão sobre a necessidade ou não do dolo específico de satisfazer a própria lascívia.

Damásio,<sup>7</sup> ensina que “dolo genérico, de acordo com parte da doutrina, é a vontade de realizar fato descrito na norma penal incriminadora; dolo específico é a vontade de produzir um fim especial (específico)”.

A divergência decorre da necessidade do dolo específico de satisfação da lascívia. Mirabete entende ser irrelevante se o agente praticou o ato para satisfazer sua luxúria ou vingar-se da vítima, por exemplo. Ele afirma:

Não está inserido no tipo penal o conteúdo intencional da conduta, caracterizando-se o crime independentemente das circunstâncias subjetivas que levaram o agente a praticá-lo. O motivo em mira pode ser outro, que não satisfazer a lascívia, como o desprezo, o ridículo da vítima, embora a intenção seja sempre a mesma: praticar o ato de natureza sexual.<sup>8</sup>

Parece ser realmente este o entendimento mais coerente, pois o legislador, nos tipos em que objetivava descrever a intenção do agente, o fez por meio de expressões tais como “com o fim de” (Código Penal, artigo 131), “com o intuito de” (Código Penal, artigo 158), ou ainda, “para satisfazer” (Código Penal, artigo 319). O estado de injustiça que a necessidade do dolo específico gera é sem dúvida insustentável, pois o agente que constrangesse a vítima à conjunção carnal ou a qualquer outro ato libidinoso com o escopo de humilhá-la não teria sua conduta enquadrada no artigo 213, cometendo, tão somente, o crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal, com pena abstrata de três meses a um ano ou multa.

Quanto ao momento da consumação do delito de estupro este é de resultado (material) e instantâneo. No crime material o “tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação”.<sup>9</sup> Crime instantâneo é aquele que se consuma num só momento, sem se protrair no tempo.

<sup>6</sup> JESUS, Damásio. Direito penal comentado, Saraiva, Ed.19ª, 2009, p. 272.

<sup>7</sup> JESUS, Damásio. Direito penal comentado, Saraiva, Ed.19ª, 2009, p. 289.

<sup>8</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato Nascimento. Manual de direito penal. SP, Atlas, 2010, v.II, p.392.

<sup>9</sup> JESUS, Damásio. Direito penal, SP, Saraiva, 2009, V.I, p.187

Assim, não há divergências acerca da consumação do estupro, a qual se dá com a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. Na conjunção carnal ocorre com a penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, sendo irrelevante a ruptura do hímen ou a ocorrência da ejaculação (“*imissio seminis*”). Quanto aos atos libidinosos, a consumação acontece no momento da efetiva prática dos atos. É dispensável o contato físico entre agente e vítima, configurando-se a conduta, por exemplo, quando o sujeito ativo obriga o sujeito passivo, mediante ameaça, a masturbar-se, com a finalidade de contemplar lascivamente o ato.

A discussão se dá quanto à possibilidade de tentativa. Alguns afirmam ser impossível, outros a admitem e, há, ainda, os que defendem ser de difícil ocorrência, pois, antes de atingir a conduta almejada, o agente pratica outros atos que por si só consumam o crime. No entanto, para Mirabete:

A tentativa é possível em relação a ambas as formas de conduta. Evidentemente, se, empregada a violência, ou exteriorizada a ameaça, o agente é impedido de prosseguir, frustrando-se, de todo, o momento libidinoso, o que se pode reconhecer é a tentativa, como nas hipóteses de fuga e imediata e eficaz reação da vítima. Não se justifica, assim, a dúvida quanto à possibilidade de tentativa de estupro. Havendo constrangimento para a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, não obtida alheias à vontade do agente, há tentativa de estupro [...] o delito estará consumado, porém, desde que o sujeito leve a cabo qualquer prática libidinoso.<sup>10</sup>

Parece-nos ser este o melhor entendimento, pois se o agente não dá início à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, por circunstâncias alheias a sua vontade, configura-se o crime de estupro na modalidade tentada, conforme dispõe o artigo 14 inc. II do Código Penal. Portanto, no caso concreto deverá ser analisado o *iter criminis*, com base no elemento subjetivo do agente, observando-se qual era o fim desejado por este.

Evidente que referido crime, na forma tentada, será de ainda mais difícil comprovação. Contudo este é o grande problema quando se trata de crimes desta natureza. A formação da convicção, necessária para que o Ministério Público denuncie o possível agente e o magistrado condene é demasiadamente complicada.

---

<sup>10</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato Nascimento. Manual de direito penal. SP, Atlas, 2010, v.II, p.392.

Nesses delitos, a conduta é, no mais das vezes, praticada às escondidas, sem que haja por perto testemunhas, sendo complexa a formação da *opinio delicti* e o enfrentamento do princípio *in dubio pro reo*, na fase do julgamento, principalmente quando o agente constrange a vítima utilizando-se de ameaça. O impasse consiste geralmente em duas versões antagônicas, quais sejam, a palavra do criminoso contra a da vítima. Tanto o promotor, quanto o juiz deverão, no exercício de suas funções, analisar a conduta social de cada um dos envolvidos, o comportamento de ambos e verificar qual deles passa maior credibilidade, não havendo, pois, como se afastar o imperialismo da subjetividade no momento da apreciação das provas. É neste ponto que a condenação de alguém acusado por praticar estupro contra prostituta é amarrada, devido à falta de confiabilidade que a sociedade, de modo geral, deposita na mulher que exerce este “ofício”, mesmo não sendo ilícito, é inquestionavelmente imoral.

#### 4. PRÁTICA DA CONJUNÇÃO CARNAL E OUTRO ATO LIBIDINOSO: UNIDADE OU PLURALIDADE DE CRIMES

Com a junção das condutas num só tipo (crime de forma livre), também surgiu a discussão se este seria único ou misto e, sendo misto, cumulativo ou alternativo.

Antes de adotar uma posição acerca do assunto, importante esclarecer que o tipo unívoco ou simples é aquele que apresenta um único modo para sua realização, expondo somente uma espécie de conduta punível; por sua vez, o tipo misto é o que descreve mais de uma conduta punível. Este tipo pode ser conjunto ou alternativo, quando há mais de uma variedade do mesmo caso, ou cumulativos, quando há mais de um caso.

Alguns autores alegam que pelo fato da conduta ser o verbo *constranger*, que é o núcleo, não há motivo para se falar em tipo misto, posto que o artigo 213 descreve uma única conduta, sendo as elementares “a ter conjunção carnal” e “a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” apenas complementos da ação nuclear.

No entanto, a doutrina majoritária leciona que o tipo é misto e não unívoco, restando a discussão acerca da alternatividade ou da cumulação. Para Mirabete:

[...] o artigo 213 descreve um tipo misto cumulativo, punindo, com as mesmas penas, duas condutas distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a 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 [...] trata-se, em realidade, de crimes distintos, embora da mesma espécie, punidos num único dispositivo.<sup>1</sup>

Contudo, há entendimento jurisprudencial afirmando ser o tipo misto alternativo, que é aquele em que a consumação do delito é possível de diversas maneiras, sem desunificá-lo, refletindo este posicionamento de forma benéfica para o réu, pois se tornam inviáveis o concurso de crimes e o crime continuado, uma vez que a prática de conjunção carnal e coito anal, por exemplo, configurará sempre crime único, devendo a segunda conduta ser utilizada na dosimetria da pena.

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato Nascimento. Manual de direito penal. SP, Atlas, 2010, v.II, p.288.

É o que ocorre no crime de Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, positivado no artigo 122 do Código Penal, *v.g.*, que também é delito de ação múltipla; caso o agente pratique mais de uma conduta, como instigar e prestar auxílio, será processado somente por um delito. Este foi o posicionamento adotado no julgamento do *habeas corpus* pela quinta turma do RS:

Habeas corpus. estupro e atentado violento ao pudor. condenação pelos crimes em concurso material. superveniência da lei n.º 12.015/2009. reunião de ambas figuras delitivas em um único crime. tipo misto cumulativo. cumulação das penas. incorrência de constrangimento ilegal. fixação do regime integralmente fechado. impossibilidade. inconstitucionalidade do art. 1.º, § 2.º da lei n.º 8.072/90.<sup>2</sup>

Contudo, o posicionamento de Mirabete nos parece o mais acertado, ao comentar:

Diante da natureza do bem jurídico protegido, a liberdade sexual individual como aspecto da dignidade sexual, e da redação dada ao tipo, que mantém a distinção entre a conjunção carnal e outros atos libidinosos, é possível inferir não apenas que a prática de cada ação típica é suficiente para provocar lesão ao bem protegido, mas, também, que a realização de ambas, configura, em princípio, dúplice violação à liberdade sexual da vítima, ofendendo mais gravemente a sua dignidade sexual.<sup>3</sup>

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 86110, 2ª Turma, j. 02/03/2010, reconheceu a continuidade delitiva em um crime semelhante ao exemplo acima exposto, ficando clara sua tendência à posição que considera o novo estupro um tipo misto cumulativo. Transcrevemos abaixo a ementa de referida decisão:

**EMENTA:** AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima. (*HC 86110, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, STF, julgado em 02/03/2010 (HC 86110, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, STF, julgado em 02/03/2010.*<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Disponível em: < <http://www.mp.rs.gov.br/criminal/jurisprudencia/id4063.htm>>. Acesso em: 04 de out. de 2012

<sup>3</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato Nascimento. Manual de direito penal. SP, Atlas, 2010, v.II, p.392.

<sup>4</sup> <http://www.mp.rs.gov.br/criminal/jurisprudencia/id4037.htm>> Acesso em 10 de dez. de 2012

Importante salientar, ainda, que as mudanças da Lei nº. 12.015 apontam para uma maior coerência neste posicionamento, pois, em grande parte, a nova lei modificou a situação do sujeito para pior, agravando-a *novatio legis in pejus* evidenciando a tendência do legislador, sendo que o tipo misto alternativo indica uma *reformatio in mellius*, o que não nos parece ser o objetivo da alteração.

A discussão antes da Lei nº. 12015, no que concerne ao concurso de crimes, estava na possibilidade de sua ocorrência, defendendo, parte da doutrina, que os atos libidinosos cometidos antes da conjunção carnal deveriam ser considerados preliminares desta, sendo absorvidos pelo delito de estupro. Absurda a posição da impossibilidade do concurso, pois leva à falta de preservação da dignidade sexual da vítima. É certo que a prática forçada do sexo oral, *v.g.*, não pode ser considerada conduta subsidiária em relação à cópula vagínica, sendo, por vezes, mais ultrajante para o sujeito passivo. Uma segunda corrente defendia que haveria, quando praticados atos libidinosos e a conjunção carnal, o concurso material de crimes, previsto no artigo 69 do Código Penal, no qual “o agente mediante mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”. Neste caso as penas dos delitos dos artigos 213 e 214 deveriam ser cumuladas, somadas, sendo esta a corrente menos favorável ao agente. Por último, havia os adeptos do posicionamento que defendia a existência de crime continuado, que ocorre 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 [...]  
(Artigo 71, caput do Código Penal).

Os críticos desta corrente sustentavam a impossibilidade de crime continuado, pois os artigos 213 e 214 não seriam da mesma espécie.

Hodiernamente, este último posicionamento é, sem dúvida, o melhor. Assim, no caso concreto, o mais acertado, para que não haja *bis in idem*, é proceder à análise dos atos praticados. Se os atos perpetrados antes do coito vagínico puderem ser considerados precursores deste, haverá crime único. Contudo, se os atos, apesar de praticados dentro do mesmo contexto,

forem autônomos, haverá concurso de crimes – crime continuado se for a mesma conduta ou concurso material, caso se tratem de condutas diversas.

Quanto às formas qualificadas, estas também foram alteradas com a nova lei e passaram do revogado artigo 225 para o corpo do delito de estupro, nos parágrafos primeiro e segundo.

As circunstâncias qualificadoras se encontram sempre na parte especial do código e têm como escopo aumentar a pena abstrata cominada a quem pratica a conduta prevista no tipo.

O parágrafo primeiro do artigo em estudo visa a punir mais severamente o agente em função do resultado do crime ou da idade da vítima, tratando-se, portanto, de um resultado qualificador e uma qualificadora, respectivamente. A pena, que no caput do artigo é de seis a dez anos, aqui é de oito a doze. Essa majoração, quanto ao resultado do crime, ocorrerá se da conduta resultar lesão grave ao ofendido (Código Penal, artigo 129, parágrafos 1º e 2º). Dispensável a discussão acerca do motivo do agravamento neste caso. Por sua vez, no que concerne à idade da vítima, o legislador objetivou punir mais rigorosamente quem pratica o estupro contra maior de quatorze anos e menor de dezoito. Isso se deve ao fato de que a vítima nessa faixa etária, apesar de quase formado o seu caráter, na maioria das vezes, ainda é mais vulnerável, sendo que esta conduta tem maior potencialidade de influenciar negativamente no desenvolvimento de sua personalidade, de sua atitude social, de sua formação como pessoa digna.

No segundo parágrafo, também relacionado à consequência do crime, há previsão de pena de doze a trinta anos, se da conduta do agente resultar a morte do ofendido, devendo sempre estar presente o nexa causal e, no mínimo, culpa no resultado mais grave (Código penal, artigo 19).

A doutrina diverge se o resultado deve ser doloso ou apenas culposos, para que a conduta do agente seja tipificada nestes parágrafos. Há os que defendem que se for doloso (direta ou eventualmente), não estaria configurado o estupro qualificado, mas sim o concurso de crimes entre o artigo 129, parágrafos primeiro e segundo e o estupro, no caso da lesão grave, por exemplo, restando as qualificadoras do estupro apenas para os crimes preterdolosos, que são aqueles em que não há dolo em relação ao resultado mais grave. Contudo, para outros o resultado, assim como ocorre no latrocínio, previsto no artigo 157, § 3º, do Código Penal, pode ser tanto doloso, quanto

culposo, pois se tratam de figuras típicas autônomas, criadas justamente para proporcionar a punição do agente, dentro de um mesmo contexto sem que haja a necessidade de utilizar as figuras do concurso de crimes.

## 5. POSSE, ATENTADO AO PUDOR E VIOLAÇÃO SEXUAL – MEDIANTE FRAUDE

Este crime também integra o capítulo I, que trata dos crimes contra a liberdade sexual. Os delitos anteriormente previstos denominavam-se posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude. No primeiro o agente utilizava-se de fraude para ter conjunção carnal com mulher; no segundo a fraude era utilizada para induzir a vítima, homem ou mulher, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. As condutas eram anteriormente tipificadas nos artigos 215 e 216 do Código Penal, respectivamente.

Com o advento da Lei n 12.015, na mesma esteira do que ocorreu com os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, houve a unificação dos dois crimes supra citados em um só tipo denominado violação sexual mediante fraude, positivado no artigo 215 do Código Penal.

Aqui, para conseguir que a vítima pratique consigo o ato sexual, consistente na conjunção carnal (*intromissio penis in vaginam*) ou outro ato libidinoso, ao invés da violência ou da grave ameaça, o agente se utiliza da fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima. O ofendido é induzido em erro, devido ao uso artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento utilizado pelo sujeito ativo para iludir a vítima. Devido à semelhança com o meio empregado no crime previsto no artigo 171 do Código Penal, a violação sexual mediante fraude é chamada pela doutrina de estelionato sexual.

Com a unificação verificou-se uma grande evolução no tocante à discriminação de gênero. Agora, o crime pode ser cometido por homem ou mulher, contra homem ou mulher, tratando-se, pois, de crime comum e de forma livre. Além disso, foi eliminada do Código qualquer referência aos termos “mulher honesta” ou “mulher virgem”. Antes da reforma de 2005, o crime de posse sexual previa em seu preceito primário a seguinte redação: “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”. Assim, o juiz deveria fazer um juízo de valor acerca do elemento normativo “mulher honesta”. Com a Lei nº 11.106 de 2005, o artigo passou a dispor da seguinte forma: “ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”. Aparentemente uma evolução, mas só aparentemente. No parágrafo único do mesmo artigo o legislador

trouxe uma forma qualificada se o agente praticasse a conduta contra mulher virgem. Com a Lei nº 12.015, o tipo deixou para trás preconceitos e machismos, adequando-se melhor ao contexto histórico vivido atualmente, extinguindo-se a última referência desta espécie que ainda restava no Código Penal.

A mesma divergência quanto tratar-se de tipo simples ou misto, e, sendo o último caso, cumulativo ou alternativo, exposta no capítulo referente ao delito de Estupro, aplica-se ao caso, bem como suas consequências no campo do concurso de crimes.

Contudo, apesar de todos os pontos positivos, o artigo também se mostra confuso ao usar a expressão “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. O artigo 217-A do Código Penal, também trazido ao ordenamento pela lei ora discutida, incrimina no seu parágrafo 1º, segunda parte, quem tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que por “qualquer outra causa não possa oferecer resistência”. Deste modo, fácil atrapalhar-se com a semelhança entre os dois artigos, principalmente no momento da aplicação da lei ao caso concreto. O mais acertado é que seja analisado o grau de resistência da vítima e de sua livre manifestação. Se a resistência for relativa, bem como a perturbação de sua capacidade de consentir, deverá ser aplicado o artigo 215, por haver consentimento inválido. Caso a resistência seja nula com uma perturbação absoluta da manifestação de vontade o consentimento deverá ser tido como inexistente, enquadrando-se a conduta do agente no artigo 217-A, § 1º, segunda parte.

Outro ponto em que o legislador agiu, no mínimo de forma estranha, foi na criação de um novo parágrafo único, no qual prevê que se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, deverá também ser aplicada a pena de multa. De acordo com Mirabete a hipótese é de difícil caracterização.<sup>1</sup>

É certo que, comparando-se o novo tipo com o antigo, sopesando as vantagens e desvantagens, a reforma trouxe uma melhora significativa na incriminação do ato sexual praticado por meio fraudulento.

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, parte especial. 2010, V.2, atlas, p. 402.

## 6. VIOLÊNCIA PRESUMIDA E ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Os crimes sexuais, quando cometidos contra menores de 14 anos, deficientes mentais e pessoas com potencialidade de resistência diminuída, foram profundamente modificados pela Lei n.º 12.015 de 2009. Houve a criação de um novo capítulo, denominado “dos crimes sexuais contra vulnerável”, no qual diversas condutas são tipificadas, com novas denominações e sob uma nova sistemática.

As mudanças, de modo geral, objetivam dar ainda maior proteção às pessoas que possuem sua capacidade restringida devido à idade ou outras causas. Desta forma, a concordância dessas pessoas com o ato sexual não tem validade. Entre as pessoas consideradas vulneráveis estão o menor de quatorze anos, débeis mentais, pessoas embriagadas enfim, qualquer um que não possa apresentar qualquer tipo de resistência ou renúncia.

É certo que os menores merecem proteção especial, conforme dispõe o artigo 227, § 4º, da Magna Carta, o qual possui o seguinte texto: “*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*”. Assim, inquestionável a necessidade de um tratamento diferenciado, uma punição mais severa àqueles que cometerem crimes contra crianças e adolescentes. Importante esclarecer que, de acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade incompletos. Essas pessoas merecem uma tutela especial devido ao caráter delas ainda estar em formação, havendo uma imaturidade quanto ao melhor a se fazer, sendo questionáveis suas manifestações de vontade.

A punição neste crime independe do agente utilizar ou não violência, grave ameaça ou fraude. Ante a vulnerabilidade dos aqui tutelados, considera-se a anuência deles com o ato sexual insuficiente, configurando-se o crime mesmo com o consentimento do ofendido.

Antes da reforma ora comentada, a punição nestes casos se dava com o enquadramento da conduta no artigo 213 (estupro) ou 214 (atentado violento ao pudor) combinado com uma das condições da vítima, previstas no artigo 224, o qual estatua:

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

- a) Não é maior de quatorze anos;
- b) É alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Tal artigo se intitulava presunção de violência e não mais se aplica hoje. Para punir as pessoas que mantivessem conjunção carnal ou praticarem qualquer outro ato libidinoso com as pessoas supramencionadas, o legislador criou o tipo penal autônomo denominado estupro de vulnerável. Agora a conduta do agente se amolda a um só crime, sem que haja necessidade de combinação. O texto deste dispositivo é o seguinte:

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

Pena: reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos

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

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

Pena: reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º- Se da conduta resulta morte:

Pena: reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Desta forma, não mais se fala em presunção de violência, mas sim em vulnerabilidade.

Quanto ao menor de quatorze anos, surge a controvérsia acerca da viabilidade de uma análise de sua formação psicológica, sua maturidade com relação à vida sexual, levando ao debate acerca da presunção de violência, se esta é absoluta ou relativa. Esse tema era amplamente discutido antes da vigência da nova norma.

Assim, divergia a doutrina se deveria ser analisado, na apreciação da conduta do possível agente, se a vítima, menor de quatorze anos possuía ou não maturidade, experiência sexual, capacidade de consentir na consumação do ato sexual.

Para os adeptos da corrente que defendia ser a presunção de violência absoluta, ou seja, *iuris et de iure*, não seria admitida prova em contrário; a vítima, menor de quatorze anos sempre teria seu consentimento

viciado, não sendo ele, em hipótese alguma, válido, independentemente de suas características bio-psico-sociais.

Houve julgados neste sentido, conforme demonstra a ementa transcrita a seguir:

ESTUPRO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE – INCAPACIDADE DE CONSENTIMENTO – PRESUNÇÃO QUE NÃO CEDE EM FACE DA CONSIDERAÇÃO DA EXPERIÊNCIA SEXUAL DA OFENDIDA – (INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 213 E 224 “A”, DO CP). PRESUNÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA, QUE NÃO CEDE EM FACE DA CONSIDERAÇÃO DA EXPERIÊNCIA SEXUAL DA OFENDIDA. RECURSO PROVIDO PARA CONDENAR-SE O RÉU. RE 116.649-5-PR – 1ª Turma – j 09.09.1988 – relator Min. Octavio Galloti – DJU 14.10.1988 (apud Luis Flávio Gomes, 2001, p. 20).<sup>1</sup>

E também por esta decisão do STJ:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. REVOGAÇÃO PELA LEI N.º 12.015/09. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. ABOLITIO CRIMINIS INEXISTENTE.<sup>2</sup>

Esta teoria conflita, indubitavelmente, com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado antes da sentença condenatória transitar em julgado. Essa presunção é relativa e cabe ao Ministério Público produzir prova em sentido contrário.

Não obstante, o pensamento majoritário, contrapondo-se à tese absolutista e radical, havia os que entendiam tratar-se de presunção relativa, *iuris tantum*, a qual admite prova em contrário. Neste diapasão é o entendimento abaixo:

Plenamente possível que o menor, entre 12 e 14 anos de idade, possa apresentar sinais definidores da puberdade que assegurem biologicamente a prática de ato sexual, caso em que deverá ser avaliado seu desenvolvimento psicosssexual. (Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho, violência sexual presumida).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3404/violencia-real-e-ficta-nos-crimes-contra-os-costumes>. Acessado em: 13 de dez. 2012

<sup>2</sup> Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/criminal/jurisprudencia/id4039.htm> Acessado em: 04 de out. 2012

<sup>3</sup> CARVALHO, Adelina de Cassia B. Oliveira. Violencia sexual presumida. 2006. P.150

O que deverá ser debatido agora é a relatividade não da presunção de violência, mas da vulnerabilidade da vítima, porque a mudança legislativa não vai extinguir as discussões neste sentido, posto que o problema continua existindo de fato. O questionamento é inevitável, apesar de existirem os que defendam não mais ser possível falar-se em presunção neste caso.

A reforma continua demonstrando uma falta de adequação social neste aspecto, devido à realidade contemporânea vivida pelos adolescentes.

Além disso, ao se fazer uma análise conjunta deste dispositivo com o artigo 112 do ECA, verifica-se uma incoerência que deveria ter sido superada pelo legislador da Lei n.º 12.015 de 2009. O absurdo consiste em ser possível a aplicação de medida socioeducativa para os maiores de 12 anos, caso estes cometam ato infracional. A medida é socioeducativa apenas no que concerne à nomenclatura, pois, na prática, trata-se de verdadeira sanção. Ora, se o adolescente com idade entre 12 e 14 anos tem capacidade de discernimento para escolher praticar ou não determinada conduta considerada ilícita pelo ordenamento, podendo receber reprimenda do Estado (até mesmo prisão - "internação"), não se vislumbra motivo para que não possa compreender e decidir também no âmbito sexual. Neste âmbito, o Estado já começou a se adequar com a nova lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012, que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, onde no Art. 68, da lei citada, vislumbra sobre a visita íntima aos adolescentes infratores. Assim, para que não houvesse este *contra censos*, a idade de tutela deveria ser a de 12 anos e então não haveria divergências sobre o tema.

Deste modo, apesar de ser grande a controvérsia e haver uma tendência indicando não ser mais possível discutir-se a capacidade volitiva sexual do vulnerável menor de quatorze anos, é certo que continua sendo, não só possível, como necessário se proceder à análise da maturidade da vítima, se esta tiver idade entre doze e quatorze anos.

Entretanto, no caso da criança, a presunção é absoluta e toda e qualquer forma de ato sexual praticado com ela deve ser repelida e severamente punida.

A segunda alínea do artigo 224 revogado trazia mais uma hipótese de presunção de violência ao falar da vítima alienada ou débil mental. É o caso

dos inimputáveis, descrito no artigo 26, caput, do Código Penal. Estas pessoas são agora tuteladas no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal.

Neste caso, a presunção era relativa, pois o legislador utilizou a expressão “e o agente conhecia esta circunstância”. Deste modo, o retardo mental da vítima deveria ser manifesto, de modo que pudesse ser percebido por pessoas sem conhecimento técnico no ramo psiquiátrico.

Atualmente, o legislador continuou presumindo relativamente a falta de capacidade de consentir de forma racional, segura e plena dessas pessoas. Para se referir a elas usou os termos enfermidade ou deficiência mental. Porém, trouxe no próprio tipo a necessidade de aferir o discernimento da vítima (“não tiver o necessário discernimento para a prática do ato” – artigo 217-A, § 1º do Código Penal).

Um problema significativo surge aqui, qual seja, a proibição pelo legislador de uma vida sexual para os enfermos ou doentes mentais, pois quem praticar ato sexual com eles estará cometendo crime. Além disso, há outro ponto a ser considerado, no que tange ao erro de proibição, previsto no artigo 21, onde a controvérsia ocorre na má interpretação do conteúdo da lei. Sobre o assunto, pondera Guilherme de Souza Nucci:

[...] o relacionamento sexual consentido com enfermo ou deficiente mental é ponto problemático. Nem todo mundo tem exata noção da vedação posta em lei. O deficiente, em razão de síndrome de Down, por exemplo, apresenta retardamento mental e necessita de muitos cuidados durante a maior parte da vida. Estaria privado de ter relação sexual? O mesmo se diga de pessoa com deficiência mental que se una a outra, considerada normal. [...] A análise deve ser feita em cada caso concreto a depender do tipo de enfermidade ou doença mental. Conforme a situação, enfim, é perfeitamente escusável o eventual erro de proibição, devendo ser afastada a culpabilidade, nos termos do artigo 21 do Código Penal.<sup>4</sup>

Assim, a liberdade sexual dos enfermos e doentes mentais deve ser protegida o máximo possível, pois, a sexualidade vivida de forma saudável, quando possível, torna suas vidas mais dignas. O caso deve ser observado cuidadosamente, considerado na sua individualidade, para que seja garantida a igualdade positivada na nossa Lei Maior.

A nova lei, por último, tratou da impossibilidade do sujeito passivo de oferecer resistência (artigo 217-A, § 1º).

---

<sup>4</sup> Crimes Contra a Dignidade Sexual. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p.39/40

Neste caso, a relatividade ou não da vulnerabilidade da vítima, muda o enquadramento da conduta do agente. Se o ofendido possuía alguma capacidade de se opor ao ato, há um consentimento inválido, configurando-se o crime de posse sexual mediante fraude (artigo 215). Contudo, se a sua oposição era absolutamente inexistente, a conduta deve ser tipificada no artigo 217-A, § 1º. Segundo Mirabete:

[...] a última fórmula legal abrange tanto as pessoas que se encontram em estados permanentes ou episódicos de supressão de consciência ou vontade (coma, desmaio, anestesia, hipnose, etc.) como aquelas que, embora presente o dissenso interior, se encontram incapacitadas de atuar a sua vontade de se opor à conduta do agente (hemiplegia, drogas que paralisam, etc).<sup>5</sup>

Desta forma, se por qualquer causa, não provocada pela própria vítima e que não seja qualquer das outras hipóteses de vulnerabilidade, o ofendido não puder oferecer resistência (absolutamente), de modo que o agente não precise recorrer à violência, grave ameaça ou fraude, sua conduta se ajustará neste tipo.

O importante em todos os casos de vulnerabilidade, é que o sujeito ativo conheça a condição da vítima, qualquer das situações descritas no artigo 217-A, caput e parágrafo 1º do Código Penal. Se o agente pratica ato sexual com alguém que por suas características físicas e psicológicas tem certeza ser maior de quatorze anos, *v.g.*, não comete nenhum crime, por não haver previsão de estupro de vulnerável na forma culposa. Haverá, no caso, erro de tipo, instituto previsto no artigo 20 do Código Penal. Contudo, se o autor pratica os atos sexuais num estado de incerteza, mesmo pairando sobre a condição do sujeito passivo, responderá pelo crime, estará configurado o dolo eventual.

Os parágrafos 3º e 4º dispõem sobre as formas qualificadas pelos resultados lesão grave e morte, respectivamente. A discussão exposta no capítulo no qual discorreremos sobre o estupro, no que tange ao resultado ser doloso ou culposos, estende-se a este crime.

Quanto ao crime ser unívoco ou misto e, sendo misto, alternativo ou cumulativo, no que concerne ao concurso de crimes, no que se refere à tentativa, enfim, às demais generalidades compatíveis, remetemos o leitor ao capítulo no qual foi exposto o delito de Estupro.

---

<sup>5</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, parte especial. 2010, V.2, atlas, p. 410.

## 7. MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA

A ação penal nos crimes contra os costumes, hoje crimes contra a dignidade sexual, antes da reforma ora estudada encontrava diversas variações.

A regra geral era a ação penal privada, mesmo quando da conduta resultassem lesões corporais leves (artigo 225, caput – Código Penal, antiga redação). Se a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo, sem prejuízo à manutenção própria ou da família, a ação penal seria pública condicionada à representação (artigo 225, § 1º, I c.c. § 2º - Código Penal, antiga redação). Por sua vez, a ação seria pública incondicionada se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (artigo 225, § 1º, II - Código Penal, antiga redação). Além disso, seria também pública incondicionada caso ocorresse o resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima.

No último caso, a ação penal escolhida era a pública incondicionada, em primeiro lugar, devido à análise sistemática que deveria ser feita do Código Penal. Isso se deve ao fato do artigo 225 mencionar “capítulos anteriores”. Como as formas qualificadas (resultado lesão grave ou morte) encontravam-se previstas no mesmo capítulo (artigo 223) que o tipo que definia a ação penal pertinente, este capítulo não se referia àquelas.

Some-se a isto o fato de que o estupro e o atentado violento qualificados pelos resultados supra referidos se enquadram no conceito de crime complexo. Crime complexo, segundo Damásio (DAMÁSIO, 2008, p. 195), “(...) é formado da reunião de dois ou mais tipos penais. O legislador apanha a definição legal de crimes e as reúne, formando uma terceira unidade delituosa (subsidiariedade implícita)”. O artigo 101 do Código Penal positivava uma regra específica para a ação penal no caso de crime complexo. Subscrevemos abaixo sua redação:

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Assim, quando, para qualquer das condutas descritas no tipo, individualmente, a ação penal cabível for a pública incondicionada, a ação penal pertinente para apuração da violação deste tipo também será esta.

Além disso, havia a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que continha a seguinte redação: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Portanto não havia dúvida. Quando do estupro resultasse lesão corporal grave ou morte a ação penal seria pública incondicionada.

Com a reforma em 2009 a ação penal teve suas regras completamente modificadas.

Não há mais ação penal privada, exceto os casos da supletiva. A regra geral é a ação penal pública condicionada à representação, conforme preceitua o novo artigo 225 do Código Penal. A exceção está prevista no parágrafo único do mesmo artigo, segundo o qual a ação penal será pública incondicionada nos casos em que a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável.

Assim, para muitos a Lei nº. 12.015 mostra-se lacunosa neste aspecto, sendo que atualmente a ação, mesmo para as formas qualificadas seria condicionada à representação, gerando uma tutela hipossuficiente do Estado, garantindo menos que deveria a proteção à dignidade humana, prevista no artigo 1º da Constituição Federal, especialmente da dignidade sexual e desrespeitando o princípio da proporcionalidade (Constituição Federal, art. 5º, LIV).

É muito defendida a ideia do direito penal como *ultima ratio*, ou seja, aquele ao qual a sociedade deve recorrer apenas nos casos de exceção, em última hipótese, quando os outros ramos do direito não forem suficientes para garantir a defesa de determinado bem jurídico. Esta orientação é consagrada no princípio da intervenção mínima e fragmentariedade. O mestre Luis Regis Prado afirma que:

Pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Pelo princípio da fragmentariedade, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, o que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente em face de certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. (PRADO, 2008, p. 26).

O jurista Luis Luisi, em seu livro: *Os princípios constitucionais penais*, afirma que na Itália foram estabelecidos parâmetros a serem seguidos pelo legislador penal a fim de evitar a hipertrofia penal. Ele discorre sobre o tema da seguinte forma:

Os critérios recomendados para a elaboração de novos tipos penais, segundo as circulares referidas, são o da proporção e da necessidade. Em primeiro lugar, para que se possa elaborar um tipo penal [...] é necessário que o fato que se pretende criminalizar atinja a valores fundamentais, valores básicos do convívio social, e que a ofensa a esses valores, a esses bens jurídicos, seja de efetiva e real gravidade. E, por outro lado, é indispensável que não haja outro meio, no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal. (LUISI, 2003, p.45)

Em contraposição ao princípio da intervenção mínima encontra-se o princípio da proibição da proteção insuficiente. Num Estado democrático de direito os bens jurídicos não podem ser tutelados de forma exagerada pelo direito penal, mas, é vedada também a omissão na proteção dos direitos fundamentais. Este princípio visa ao garantismo positivo, ao contrário do princípio acima exposto (garantismo negativo). O Estado não pode dar menos proteção do que a sociedade necessita, principalmente no que tange aos direitos fundamentais. Sobre o assunto, discorre Martha de Toledo Machado:

Consigne-se, desde já, que conformar as garantias penais (nas quais se consubstanciam, essencialmente, as proibições de excesso impostas ao Estado), [...] importa reconhecer que, em relação à tutela penal no Estado Democrático de Direito, as proibições não se reduzem às de excesso, contemplando, igualmente, proibições de proteção insuficiente. Numa síntese muito apertada do que se buscará desenvolver, postular que a tutela penal no Estado Democrático de Direito deve centrar-se, essencialmente, na proteção dos bens-valores fundamentais, na sua concreta conformação ditada pelo ordenamento constitucional; pena de ineficácia da Constituição e ilegitimidade da lei ordinária (2008, p.58).

Deste modo, existe uma dupla face do princípio da proporcionalidade quando se fala em direitos fundamentais. A violação dessa proporcionalidade, devido a omissões legislativas ou a criação de tipos penais desnecessários, com sanções exageradas, por exemplo, pode levar à inconstitucionalidade de determinada lei.

Para solucionar referido problema foi proposta a Ação direta de inconstitucionalidade nº. 4301, a qual se encontra pendente de julgamento, solicitando a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 225, *caput*, do Código Penal, pois o retrocesso e as controvérsias que a nova lei trouxe ao Código Penal quanto à persecução penal causa preocupação na comunidade jurídica. Segundo o procurador que interpôs a ADIn, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, mesmo nas formas qualificadas, passou a ser pública condicionada à representação e por isso há violação ao princípio da proibição de proteção deficiente.

A punição de uma violação tão grave a bens jurídicos tão importantes, quais sejam a integridade física e a vida do ser humano, não pode ficar condicionada à vontade da vítima ou de seu representante, pois o interesse social, sem sombra de dúvida, se sobrepõe ao particular nestes casos.

Além disso, ainda sobre as formas qualificadas, não há uma norma de transição para os processos iniciados por meio de denúncia, por ação penal pública incondicionada, antes da Lei 12.015. A lei penal neste caso (formas qualificadas) é mais benéfica ao ofensor – *reformatio in melius* - devendo, portanto, retroagir em seu favor. Isso gera a superveniência da carência da ação, por faltar uma condição desta, qual seja, a *legitimidade ad causam*. Os processos já iniciados quando da publicação da nova lei dependerão de anuência da vítima ou de seu representante (uma das pessoas discriminadas no artigo 24, paragrafo único do Código de Processo Penal), sob pena do agente do delito ser beneficiado pela decadência, forma extintiva da punibilidade prevista no artigo 107, IV do Código Penal. Trata-se de uma condição, não de procedibilidade, mas de “prossequibilidade”.

Assim, o crime de estupro qualificado pelo resultado morte ou lesão corporal grave continua sendo crime complexo contida no artigo 101 do Código Penal, pois o art. 225, *caput* do Código Penal constitui-se em regra específica para os crimes contra a liberdade sexual, afastando a regra geral constante do art. 101 e aplicável no tocante aos demais crimes. Todavia, na hipótese de estupro qualificado pela morte, o direito à representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, mas não tendo a vítima ligação matrimonial ou parentesco com ninguém ou se existindo tais

legitimados, forem eles os responsáveis pelo estupro? A ementa de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça justifica nosso posicionamento:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDOS COM VIOLÊNCIA REAL. **FATO ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009.** AÇÃO PENAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCESSO DE PRAZO. PEDIDO PREJUDICADO. I - Na linha da jurisprudência desta Corte, bem como do entendimento sumulado pelo c. Pretório Excelso, **no crime de estupro, em que há violência real, a ação penal é pública incondicionada** (Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal) (grifo nosso).

(RHC 26455 / BA, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS, 2009/0140120-6,  
Relator: Ministro FELIX FISCHER (1109), órgão julgador:  
T5 - QUINTA TURMA  
Data do julgamento: 16/03/2010  
Data de publicação, fonte: DJe 26/04/2010.

O professor Mirabete também é adepto deste pensamento, conforme trecho transcrito a seguir:

O equívoco do legislador exige, porém, que se recorra à norma contida no artigo 101 do Código Penal e à Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal para se admitir a ação penal pública incondicionada no crime de estupro quando da ocorrência dos resultados lesão grave ou morte e no caso de delito cometido mediante violência real. (2010, p. 425).

Importante discorrer brevemente sobre a discussão sobre a quebra da tripartição dos poderes, prevista no artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal.

Trata-se de cláusula pétreia. Sua violação acarreta, sem dúvida, inconstitucionalidade. A súmula 608 do Supremo Tribunal Federal traduz um pensamento, um posicionamento já consolidado do nosso órgão julgador de cúpula no que concerne à legitimidade para propor a ação penal. Deste modo, a Lei, ao dispor de forma contrária à Súmula, feriu a esfera de atuação do Judiciário.

Não bastasse isso, a norma de transição também é discutida no que se refere à ação penal nos casos expressos, independentes de maiores interpretações jurídicas, em que era pública incondicionada e passou a pública condicionada, como, *v.g.*, na hipótese do crime ser cometido com abuso do autoridade parental, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, prevista,

anteriormente, no artigo 225, § 1º, inciso II, do Código Penal. Sem dúvida passou a ser necessária a anuência do ofendido, pois, embora se trate de norma aparentemente processual, ela possui uma grande carga material, ante a possível extinção da punibilidade que a decadência pode acarretar, nos termos do artigo 107, IV do Código Penal. Assim, por afetar o *jus puniendi* do Estado, a regra retroagirá. Sobre o assunto, discorre Fernando Capez da seguinte forma:

...de caráter penal toda norma que criar, ampliar, reduzir ou extinguir a pretensão punitiva estatal, tornando mais intensa ou branda sua satisfação [...] Convém notar que, mesmo no caso de normas que parecem ser processuais e estão previstas na legislação processual, se a consequência for a extinção da punibilidade, a sua natureza será penal. Assim, tome-se com exemplo o art. 60, I, do CPP, que prevê a pena de preempção ao querelante que deixar o processo paralisado por 30 dias seguidos. Aparentemente, tudo indica trata-se de regra processual: trata-se de prazo para dar andamento a processo, além do que a preempção é sanção processual. A norma, entretanto, é penal, pois o efeito da preempção consiste na extinção da punibilidade. (,2008, p. 48 e 49.)

Contudo, o problema tem origem em como se proceder para obter o consentimento necessário, nos casos em que o processo já foi iniciado. Para solucionar o impasse existem três orientações possíveis de serem aplicadas.

Para as duas primeiras correntes, deve ser desconsiderado o prazo decadencial de seis meses previsto nos artigos 38 do Código de Processo Penal e 103 do Código Penal, que é contado a partir da data do conhecimento da autoria.

Para alguns, o prazo decadencial começa a correr da data em que a Lei 12.015 entrou em vigor. Assim, o ofendido deveria ser intimado para que exercesse seu direito de representação no prazo de seis meses contados a partir da vigência da nova lei.

Outros doutrinadores, entretanto, sustentam que o ofendido deverá ser intimado para ratificar a ação penal já em curso no prazo de trinta dias, sob pena de decadência, por analogia ao artigo 91 da Lei nº 9.099, norma de transição na qual foi disciplinado o oferecimento da representação no caso do crime de lesões corporais leves ou culposas, no qual a ação penal passou de pública incondicionada para pública condicionada à representação.

Por último, há os que defendem que a ação penal iniciada mediante denúncia, sem a necessidade de representação, deve seguir seu curso

naturalmente, pois nas duas soluções apontadas acima há uma violação ao princípio da legalidade, pois o artigo 38 é taxativo ao prever o prazo de seis meses para oferecimento da representação.

Parece ser o segundo entendimento o mais acertado, pois se encontra amparado em interpretação analógica e *supra*, de forma razoável, o vício deixado pela falta de uma norma de transição.

É certo que todas essas controvérsias geradas pela Lei 12.015 no campo da ação penal levarão à proliferação do controle difuso de constitucionalidade por todo território nacional. Em síntese, o controle difuso é aquele, no qual o juiz, mediante análise do caso concreto, verifica a (in)constitucionalidade de determinada norma; esse controle tem efeito *ex tunc* e *inter partes*. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não se pronunciar de forma definitiva acerca do assunto, fazendo o controle de constitucionalidade de forma concentrada, onde a decisão se dá de forma abstrata, em tese, em defesa da ordem jurídica e não de determinadas partes e, por isso tem efeito *ex nunc* e *erga omnes*, continuarão a serem proferidas decisões conflitantes, devido às questões polêmicas geradas pela nova lei.

Enquanto isso, no nosso sentir, apesar da discrepância que a Lei n.º 12.015 de 2009 trouxe no tocante à ação penal, da inocência da reforma e de sua inconstitucionalidade gritante quanto às formas qualificadas pelo resultado lesão corporal grave e morte, as lacunas podem e devem ser colmatadas, da melhor forma possível, com fundamento em uma análise sistemática e principiológica de todo ordenamento jurídico.

## CONCLUSÃO

A Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009 indubitavelmente trouxe profundas mudanças ao nosso ordenamento jurídico penal. Muitas dessas alterações demonstram uma evolução legislativa, com a criação, a supressão e a modificação de tipos para se adaptarem ao tempo e ao contexto histórico social vivido atualmente no nosso país. Outras, contudo, configuram retrocessos e lapsos do legislador, as quais trouxeram mais divergências na comunidade jurídica, deixando, por vezes, lacunas a serem colmatadas.

No que concerne ao crime de Estupro, um dos aspectos positivos da nova Lei é o modo como ela se coaduna com o Princípio da Igualdade, previsto constitucionalmente no artigo 5º, caput e inciso I. Dessa forma, qualquer pessoa, homem ou mulher pode ser vítima ou autor do delito, que não mais se refere apenas à conjunção carnal, e, por isso, passou a contar com um texto sem discriminações e a ter maior abrangência.

Entretanto, com essa junção dos primitivos artigos 213 e 214, surgiu grande divergência acerca da natureza do tipo, ou seja, se o novo Estupro é um tipo unívoco, misto alternativo ou misto cumulativo, de modo que tal discussão reflete diretamente no campo do concurso de crimes, favorecendo ou prejudicando o réu, dependendo da postura adotada. É certo que este problema se estende aos outros crimes dos quais falamos neste trabalho, quais sejam, Estupro de vulnerável e Violação sexual mediante fraude.

Quanto às formas qualificadas, estas passaram a integrar o tipo autônomo, o que também ocorreu no delito de Estupro de Vulnerável, subsistindo a antiga discussão doutrinária acerca do elemento subjetivo em relação ao resultado mais danoso, se deve haver dolo ou apenas a culpa (resultado preterdoloso).

No que tange ao delito de Violação sexual mediante fraude, o grande progresso foi a supressão de qualquer palavra que se referisse à honestidade ou virgindade da mulher, e, ainda, a união dos antigos crimes de Posse sexual mediante fraude e Atentado violento ao pudor mediante fraude, de modo que ocorreu o mesmo que como o delito de Estupro, ou seja, a união dos tipos e a desconsideração do gênero da vítima ou do agente. No entanto, um dos problemas verificados é a semelhança da conduta prevista no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, com a aqui descrita. Parece-nos que se a causa

que impede que a vítima se oponha ao ato sexual pretendido pelo agente for causada por este, a conduta se amolda no artigo 215 do Código Penal; do contrário, se o ofendido não puder oferecer resistência por qualquer outro motivo, de modo que o autor dos fatos se aproveite de causa preexistente que impeça a capacidade volitiva da vítima, o crime cometido será o Estupro de vulnerável.

As causas de violência presumida, anteriormente previstas no artigo 224 do Código Penal também foram incluídas num tipo autônomo sob o *nomem juris* de Estupro de vulnerável. Apesar do grande debate doutrinário e jurisprudencial sobre a natureza da presunção (absoluta ou relativa) ter sido superada para muitos, o mais acertado é que continua sendo necessária a análise do desenvolvimento e da capacidade de consentir do ofendido, pois alterações legislativas não têm o condão de mudar a realidade de fato vivida hodiernamente, *v.g.*, pelos adolescentes. Agora, o que muda é que deverá ser verificada a relatividade da vulnerabilidade do ofendido e não mais da presunção de violência.

É certo que o legislador perdeu a oportunidade de adaptar o Código Penal ao contexto social atual e ao Estatuto da Criança e do adolescente, no que se refere aos adolescentes menores de quatorze anos. Poderia ter utilizado a idade de doze anos como limite de proteção absoluta, ou seja, ter concedido amparo total apenas às crianças, pois toda e qualquer prática sexual com estas é execrável.

Um grande debate recai sobre a ação penal que, em regra, passou de privada para pública condicionada à representação e retrata o aspecto mais negativo e lacunoso da Lei n.º 12.015 de 2009. O impasse reside nos casos em que da conduta resultar lesão grave ou morte. Há a questão da proporcionalidade da interferência do Estado na vida das pessoas e invoca-se o princípio da Proibição da tutela deficiente, pois em referidos casos a ação penal não poderia ficar à mercê da vontade do ofendido ou de sua família, sendo situações de ingerência obrigatória. Discute-se, ainda, a falta de uma norma de transição, o que dificulta extremamente a aplicação do direito penal no tempo e pode levar a situações de injustiça e impunidade.

Mais um grande lapso do legislador encontra-se na Lei dos crimes hediondos (Lei n.º 8.072 de 1990), mais precisamente no artigo 9º. Referido dispositivo trazia uma causa de aumento de pena a qual deveria ser aplicada

quando o agente cometesse qualquer dos crimes ali discriminados contra as pessoas descritas no artigo 224 do Código Penal (presunção de violência). Entretanto, como sabemos, o artigo 224 foi revogado e a não modificação do artigo 9º da Lei nº 8.072 traz ao ordenamento um vazio legislativo, um vácuo, pois faz referência a um dispositivo inexistente. Tudo isso torna demasiadamente complicada a aplicação dessa causa de aumento de pena, tratando-se possível e provavelmente de *reformatio in melius*, a qual retroage para beneficiar o agente, consoante dispõe os artigos 5º, inciso XL, e 2º, parágrafo único, da Constituição Federal e do Código Penal, respectivamente.

Assim, verifica-se que são grandes as controvérsias geradas pela lei. Contudo, conforme demonstrado no decorrer desta obra, o legislador, apesar de seus deslizes, objetivou tornar a situação da pessoa que pratica atos sexuais de forma ilícita mais gravosa, devendo ser feita uma interpretação sistemática da reforma e de toda legislação pertinente para suprir eventuais lacunas e dissipar determinadas discussões.

É certo que, independentemente da postura adotada pelos Tribunais Superiores, é necessário que haja um pronunciamento destes órgãos acerca das diversas questões trazidas pela Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009, a fim de uniformizar as decisões, pacificando o entendimento do Poder Judiciário. A posição que tais órgãos tomarem poderá adentrar ao ordenamento jurídico por meio de súmulas, até mesmo vinculantes, as quais contribuirão para a segurança jurídica, imprescindível no Estado democrático de direito em que vivemos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, C E. R do. Do **O homem como sujeito passivo do delito de estupro (Lei nº. 12.015/2009)**. Netlegis, 2009.

ARAUJO, T. L. L. de. **O(s) novo(s) crime(s) de estupro**: Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei 12.015. Teresina: Jus Navigandi, 2009.

BARROS, F. A. M de. **Crimes contra a dignidade sexual**. Araçatuba: MB, 2010. 95 p. ISBN 978-85-61647-04-9.

BECHARA, F. R.. **Legislação penal especial**: crimes hediondos, abuso de autoridade, tóxicos, contravenções, tortura, porte de arma e crimes contra a ordem tributária. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. STF. ADI nº 1301. **Representação de inconstitucionalidade em face da Lei n.º12.015**, Artur de Brito Gueiros Souza.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, A.C. B. O. **Violência sexual presumida: uma análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004-2006. 185 p. ISBN 85-362-0811-2.

DELMANTO, C. **Código Penal Comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, L. F. Presunção de violência nos crimes sexuais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001. 152 p. (As ciências criminais no século XXI) ISBN 85-203-2096-1.

GRECO, A. O. P. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. 193 p. ISBN 978-85-224-5801-1.

JESUS, D. E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

LUIZI, L. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed.. Porto Alegre: Fabris, 2003. 327 p. ISBN 85-882-7859-6

MARCONI, M.A., LAKATOS, E.M.. **Fundamentos da Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2003

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MIRABETE, J. F. ; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal**. 26. ed.. São Paulo: Atlas, 2009-2010. 2 v. ISBN 978-85-224-5431-0

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, E. M. **Direito penal**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

NUCCI, G.S. Código de processo penal comentado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002. 1071 p. ISBN 85-203-2178-X

SARLET, I. w. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

OSHIRO, G.N.S.. **Novo delito de estupro**. Estudos sobre a natureza do tipo penal. Jus navigandi.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 655-657.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**, v. VII, p. 161-162.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** , vol.3, parte especial, 2011.

VITOR, Eduardo; GONÇALVES, Rios. **Direito penal esquematizado**, parte especial, ed. Saraiva, 2011.

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

LEONARDO ANTONIO DOMINGOS CAMPOS

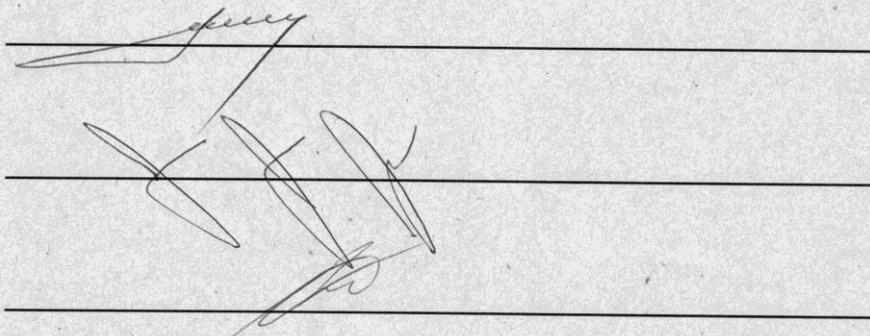
Aluno

CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS DO LEGISLADOR NOS  
CRIMES SEXUAIS COM A REFORMA DA LEI 12.015/09.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**



Aprovada em 08/12/2012.