



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

CAROLLINE VASCONCELOS HERMÍNIO

**MODIFICAÇÕES NO CRIME DE ESTUPRO E O NOVO TIPO
PENAL “ESTUPRO DE VULNERÁVEL” DECORRENTES DO
ADVENTO DA LEI 12.015/2009**

CAMPINA GRANDE-PB

2011

CAROLLINE VASCONCELOS HERMÍNIO

**MODIFICAÇÕES NO CRIME DE ESTUPRO E O NOVO TIPO
PENAL “ESTUPRO DE VULNERÁVEL” DECORRENTES DO
ADVENTO DA LEI 12.015/2009**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mestre Luciano de Almeida Maracajá.

CAMPINA GRANDE-PB

2011

H554m Hermínio, Carolline Vasconcelos.
Modificações no crime de estupro e o novo tipo penal
\"estupro de vulnerável\" decorrentes do advento da lei
12.015/2009 [manuscrito] / Carolline Vasconcelos
Hermínio. – 2011.
56f.

Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em
Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de
Ciências Jurídicas, 2011.

“Orientação: Prof. Me. Luciano de Almeida
Maracajá, Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal. 2. Estupro 3. Pedofilia I. Título.

21. ed. CDD 345

CAROLLINE VASCONCELOS HERMÍNIO

**MODIFICAÇÕES NO CRIME DE ESTUPRO E O NOVO
TIPO PENAL “ESTUPRO DE VULNERÁVEL”
DECORRENTES DO ADVENTO DA LEI 12.015/2009**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado pela aluna Caroline Vasconcelos Hermínio, do Curso de Bacharelado em Direito, tendo obtido o conceito de 4,0 (Dez), conforme a apreciação da Banca Examinadora.

Aprovado em 03 / 05 / 2011

BANCA EXAMINADORA


Prof. Ms. Luciano de Almeida Maracajá (UEPB)
(Orientador)


Profa. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral (UEPB)
(Membro)


Prof. Ms. Valtredo de Andrade Aguiar Filho (UEPB)
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Sou grata, primeiramente, a Deus, pelas bênçãos sempre concedidas ao longo da minha caminhada, por ser o meu rochedo, por ser fonte incondicional de amor, compaixão e glória. Ao Pai, meu mais profundo agradecimento.

Agradeço aos meus pais, Silvana e Evandro, por todo o amor, zelo, carinho e compreensão a mim dedicados. Sem dúvidas, são os maiores responsáveis por minhas vitórias e conquistas. A eles, meu sincero agradecimento.

A todos os professores do curso de Direito desta instituição de ensino, pelo ensinamento e conhecimento repassados, os quais me fizeram despertar e aprimorar o meu estudo jurídico.

Ao professor orientador Luciano Maracajá, pela disponibilidade e dedicação em auxiliar não só neste trabalho, mas durante todo o período que lecionou a cadeira de Direito Penal, contagiando a todos com seu conhecimento e inteligência incomparáveis.

Aos professores examinadores, Renata Sobral e Valfredo Aguiar, pela prontidão em participar da banca, meu muito obrigada.

“O que vale na vida não é o ponto de partida e
sim a caminhada, caminhando e semeando, no
fim terás o que colher.”

(Cora Coralina)

RESUMO

A Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009 alterou significativamente o título do Código Penal dos crimes contra os costumes, passando a se denominar dos crimes contra a dignidade sexual. Sendo assim, o presente trabalho tem por escopo analisar os elementos caracterizadores do crime de estupro antes e após o advento da referida lei. Realiza uma abordagem histórica acerca do crime de estupro, passando desde as principais civilizações antigas até o entendimento jurídico atual. Levanta se há ou não a continuidade delitiva e o concurso de crimes, bem como se a lei em vigor tornou-se mais benéfica para o réu. Diante da aglutinação do art. 213 com o revogado art. 214, analisa, ainda, se ocorreu o *abolitio criminis* do delito de atentado violento ao pudor. Tece, ainda, considerações sobre o novo tipo penal do art. 217-A implementado pela lei em comento, analisa a vulnerabilidade elencada pelo legislador, bem como a problemática envolvida quando da presunção de violência mesmo com o afastamento feito pela lei e a intenção do legislador em criar o tipo penal de estupro de vulnerável diante da pedofilia. O trabalho foi desenvolvido a partir dos métodos histórico-evolutivo, pesquisa em obras doutrinárias, jurisprudências e artigos na internet.

Palavras-chave: Lei 12.015/2009 – Estupro- Modificações – Estupro de Vulnerável – Vulnerabilidade - Pedofilia

ABSTRACT

Law No. 12015 of 7 August 2009 significantly changed the title of the Penal Code for crimes against morals, going to be called crimes against sexual dignity. Thus, the scope of this work is to analyze the elements of the crime of rape before and after the advent of the Act. Performs a historical approach on the crime of rape, and since the major ancient civilizations to the current understanding of the law. Arises whether or not there is continuity and collaboration with a criminal offense crimes, and whether the current law has become more beneficial to the defendant. Given the agglutination with art.213 repealed Art. 214, analyzes whether there *abolitio criminis* of the crime of indecent assault. Weaves also considerations about the new offense of art. 217-A implemented by the law under discussion, considering the vulnerability listed by the legislature, and the problems involved when the presumption of violence even with the strictness imposed by law and the intent of the legislature to create the offense of rape vulnerable in the face of pedophilia. The work was developed from the historical-evolutionary methods, research in doctrinal works, case law and articles on the Internet.

Keywords: Law 12.015/2009 – Rape - Modifications - Rape of Vulnerable - Vulnerability- Pedophilia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CRIME DE ESTUPRO ANTES DA LEI 12.015/2009	11
1.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO.....	11
1.2 CONCEITO.....	13
1.3 OBJETO JURÍDICO.....	14
1.4 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO.....	14
1.5 TIPO OBJETIVO E TIPO SUBJETIVO.....	15
1.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	16
2 ADVENTO DA LEI 12.015/2009 E AS MODIFICAÇÕES NO CRIME DE ESTUPRO (ART. 213)	18
2.1 NOVO CONCEITO.....	18
2.2 OBJETO JURÍDICO.....	20
2.3 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO.....	20
2.4 TIPO OBJETIVO E TIPO SUBJETIVO.....	23
2.5 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	27
2.6 PENA E AÇÃO PENAL.....	28
2.7 MODALIDADES QUALIFICADAS.....	29
2.8 <i>ABOLITIO CRIMINIS</i>	31
2.9 CRIMES HEDIONDOS.....	31
3 NOVO TIPO PENAL DO ART. 217-A “ESTUPRO DE VULNERÁVEL” DECORRENTE DO ADVENTO DA LEI 12.015 /2009	33
3.1 CONCEITO.....	33
3.2 OBJETO JURÍDICO.....	39
3.3 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO.....	40
3.4 TIPO OBJETIVO E TIPO SUBJETIVO.....	40
3.5 MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA.....	42
3.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	43
3.7 PENA E AÇÃO PENAL.....	43
3.8 MODALIDADES QUALIFICADAS.....	44
3.9 PEDOFILIA.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48
ANEXO - LEI 12.015/2009.....	50

INTRODUÇÃO

A lei 12.015 de 7 de agosto de 2009 alterou o título VI do Código Penal, cujo qual tinha a nomenclatura “Dos Crimes Contra os Costumes”, passando a ser “ Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Dessa maneira, diante das inovações trazidas pela referida lei, surgiram inúmeras controvérsias e entendimentos jurídicos quanto aos crimes dessa natureza.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar as alterações ocorridas no crime de estupro previsto no art. 213 do Código Penal e a implementação do novo tipo do art. 217-A.

Dessa maneira, buscou-se, inicialmente, rever o conceito do crime de estupro, passando desde as civilizações antigas até a sua tipificação no Código Penal Brasileiro de 1940. Analisar-se-á desde o seu conceito até o momento de sua consumação perante a antiga redação do art. 213.

Em seguida, demonstrará as alterações inseridas no art. 213, abarcando seus novos elementos caracterizadores, desde o atual conceito do delito de estupro, bem como as divergências doutrinárias quanto ao tipo objetivo, dentre outras situações relevantes abrangidas pelo tipo penal, como a exemplo da continuidade delitiva, como a possibilidade do marido ser sujeito ativo do delito.

Ademais, diante da nova redação do tipo penal do estupro far-se-á considerações relevantes em torno do termo outro ato libidinoso, uma vez que uma interpretação radical poderá levar a uma punição desproporcional entre a conduta do agente e a pena mínima cominada ao delito.

Abrangerá se diante da fusão do art. 213 e o revogado art. 214 se ocorreu o *abolitio criminis* quanto ao crime de atentado violento ao pudor.

Ao final, abordará o novo tipo penal implementado pela lei em comento, disposto no art. 217-A, o qual prevê o crime de estupro de vulnerável. Tecerá sobre a vulnerabilidade estabelecida pelo legislador. Contemplará também quanto ao crime de estupro de vulnerável, o seu conceito, os seus sujeitos ativos e passivos, o se objeto jurídico, o momento da sua consumação e a possibilidade de tentativa. Destacará, ainda, que mesmo com a disposição do crime de estupro de vulnerável, a discussão em torno da presunção de violência não foi totalmente sepultada, neste ângulo será abordado os diversos entendimentos doutrinários.

Finalmente, analisará a intenção do legislador em criar o tipo penal do art. 217-A, e ainda, explanará acerca da tênue linha entre o estupro de vulnerável e a pedofilia.

1 CRIME DE ESTUPRO ANTES DA LEI 12.015/2009

Neste capítulo o enfoque será o crime de estupro antes do advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, abrangendo os elementos caracterizadores do delito à época.

Far-se-á, inicialmente, uma abordagem acerca da história do delito de estupro, passando desde as principais civilizações antigas até a sua tipificação no Código Penal Brasileiro de 1940.

Posteriormente será feita uma análise sobre o conceito do crime de estupro antes da entrada em vigor da Lei, bem como a objetividade jurídica, os tipos objetivos e subjetivos, os sujeitos do delito, a consumação e a possibilidade de tentativa do delito em comento.

Justifica-se a revisitação do conceito do crime de estupro antes das recentes alterações neste capítulo inicial para uma melhor compreensão e entendimento dos capítulos subsequentes.

1.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO

Ao observar a evolução histórica do delito de estupro, nota-se que desde os tempos remotos configura-se como uma conduta criminosa.

No Direito Romano, segundo Hungria, Lacerda e Fragoso, “‘*struprum*’ em sentido lato era qualquer congresso carnal ilícito.”¹

Fernando Capez (2010, p. 18), expõe que “em Roma, punia-se os crimes contra a moral, cabendo ao *pater familias* a repressão”. Os romanos buscavam resguardar os valores morais da família e, assim, tutelavam o poder que os pais ou maridos tinham pelas mulheres, certamente imbuídos de uma forte influência religiosa no combate a crimes dessa natureza, onde o foco era a preservação do instituto familiar. Com a criação da *Lex Julia de Via Publica*, os romanos passaram a punir o crime de estupro com a morte do agente.

¹ HUNGRIA, Nelson, LACERDA, Romão Cortes de, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5ª ed. Volume VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 104

Por sua vez, na civilização hebraica, a lei punia os estupradores levando em conta se as vítimas eram ou não desposadas. Nelson Hungria e Romão Cortês de Lacerda (1947, p. 104-105), comentam:

Já entres os hebreus, se a moça era desposada, o inculpado pagava com a própria vida. Se, entretanto, a moça não era desposada, a pena consistia no pagamento de 50 ciclos de prata ao pai da vítima, além de obrigatória reparação do mal pelo casamento.

Assim, nas civilizações romana e hebraica o que se visava proteger não era propriamente a vítima do estupro, e sim os seus pais ou esposos, justificado, na época, pela preservação da moral familiar.

Segundo os ensinamentos de Prado (2002, p. 198), no Direito Canônico o crime de estupro se configurava quando “alcançava apenas o coito com mulher virgem e não casada, mas honesta. O *stuprum violentum de publica*, com a pena capital, onde se cortava a cabeça do endividado que cometesse tal crime, em praça pública.”

No Egito a punição para quem praticasse o delito de estupro era a mutilação.

Já na Grécia Antiga, aplicava-se a pena de multa ao autor do estupro, que venho a ser posteriormente substituída pela pena de morte. Assim, extrai-se da doutrina de Hungria (1947, p. 104-105):

Entre os egípcios, infligia-se ao violentador a pena de mutilação. Na antiga Grécia, a princípio, a pena era de simples multa; mas, posteriormente, para penalizar os abusos, foi cominada a pena de morte, que veio a tornar-se invariável, abolindo-se a alternativa (anteriormente consentida) entre ela e o casamento sem dote.

Quanto à tipificação no Brasil, a nossa primeira legislação penal foi as Ordenações Filipinas, aplicando ao agente do crime de estupro a pena de morte, o artigo descrevia que “*todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello.*” (Nelson Hungria e Romão Cortês 1947, p.105).

Luis Regis Prado (2008, p.637) mostra que “o Código Criminal de 1830 elencou vários delitos sexuais sob a rubrica genérica estupro”. O legislador na época definiu o crime de estupro no art. 222 e 225², do referido Código Criminal.

² Art. 222 – Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas – de prisão por três a doze annos, e de dotar a offendida.

Art. 225 – Não haverão as penas dos três artigos antecedentes os réus, que casarem com as offendidas.

Posteriormente com o Código Republicano de 1890, houve modificações na legislação penal vigente, descrevendo estupro como a cópula violenta, estando disposto em seus arts. 268 e 269, diminuindo a pena e prevendo também o casamento do autor do delito com a vítima, assim previa:

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

Pena – de prisão celular por um a seis anos.

§ 1.º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão celular por seis meses a dois anos.

§ 2.º. Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269. Chame-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdade físicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como seja o hipnotismo, o cloroformio, o eter, e em geral os anestésicos e narcóticos.

Nota-se, assim, que o Código Republicano trazia de forma expressa que para a punição máxima ao autor de estupro, a mulher deveria ser honesta, e se a vítima não o fosse a pena era reduzida mais da metade.

Finalmente, o Código Penal de 1940 tratou de tutelar no Título VI - Os Crimes Contra os Costumes, tipificando o estupro no seu artigo 213, conferindo nova redação ao delito, passando a ser a seguinte: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.” Afastando-se, assim, a exigência da mulher ser virgem ou honesta, oferecendo, dessa forma, maior amparo legal a todas as vítimas.

1.2 CONCEITO

Antes da entrada em vigor da Lei 12.015/2009, o estupro se caracterizava como sendo o ato de constranger mulher a praticar conjunção carnal através do emprego de violência ou de uma forte ameaça. Logo, previa a antiga redação do art. 213: “*Art. 213 Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de seis a dez anos.*”

Sendo a conjunção carnal a cópula vagínica, o coito normal, ou seja, a penetração do pênis na vagina (*immissio penis in vaginam*), não importando se esta penetração é completa ou incompleta.

A respeito do tipo penal, ensina Mirabete (2007, p. 407) que “trata-se, pois, de um delito de constrangimento ilegal em que se visa à prática de conjunção carnal.”

Dessa forma, se fosse praticada a conjunção carnal mediante constrangimento da mulher, estava caracterizado o delito de estupro, respondendo o autor pelo crime em análise.

1.3 OBJETO JURÍDICO

Sobre a antiga redação do art. 213, ensina Damásio de Jesus (2008, p. 98) que “por intermédio do dispositivo penal protege-se a liberdade sexual da mulher, seu direito de dispor do próprio corpo, sua liberdade de escolha na prática de conjunção carnal.”

No mesmo sentido elucida Mirabete (2007, p. 407) que “protege-se com o dispositivo em estudo a liberdade sexual da mulher, ou seja, o direito que tem ela de dispor de seu corpo com relação aos atos genésicos, e não a sua simples integridade física [...]”

Acerca da liberdade sexual Prado (2008, p.637) entende que “é a capacidade do sujeito de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual conforme seus próprios desejos.”

Assim, o bem juridicamente tutelado pelo dispositivo é a liberdade sexual da mulher de usar e dispor do seu corpo da maneira que lhe convier, resguardando-lhe o direito de não ser coagida a praticar sem seu consentimento conjunção carnal com outrem.

1.4 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

O crime de estupro antes das suas recentes alterações só admitia como sujeito ativo o homem, tendo em vista que o tipo penal falava apenas no ato de mediante violência ou grave ameaça constranger *mulher* a praticar conjunção carnal. Como mencionado anteriormente, conjunção carnal é a introdução do pênis na vagina.

Nesse norte, explica Mirabete (2007, p. 407):

Somente o homem pode praticar o delito, uma vez que só o varão pode manter conjunção carnal com mulher. Essa expressão se refere ao coito normal, que é a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher, com ou sem o intuito de procriação.

No mesmo sentido, Fernando Capez (2007, p. 3) diz que “o sujeito ativo do crime é o homem. Somente este poderá executar a ação típica, já que a lei fala em ‘conjunção carnal’.”

Quanto à possibilidade da mulher responder pelo crime de estupro, seria possível se a mesma figurasse como partícipe ou co-autora do delito. Deste modo, expõe Mirabete (2007, p.408) que “nada impede, aliás, que a mulher seja partícipe ou co-autora do crime, colaborando na violência ou na grave ameaça contra a vítima.”

Então seria perfeitamente possível uma mulher responder pelo crime de estupro, quando, por exemplo, tivesse instigado, induzido ou ajudado o homem para que com ele outra mulher realizasse conjunção carnal mediante o uso de violência ou forte ameaça. Dessa maneira, a mulher que instigou, induziu ou auxiliou seria considerada partícipe do delito sexual. E, ainda, podendo figurar como co-autora do crime de estupro, no caso de, por exemplo, através da força física segurar uma mulher, para, assim, um homem manter conjunção carnal.

Corroborava com esse entendimento o Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

Em sendo o crime de estupro catalogado como sendo crime próprio, pois presume no autor uma particular condição ou qualidade pessoal, nada impede que a mulher seja partícipe desse delito contra a liberdade sexual (RT 704/369)

Por sua vez, o único sujeito passivo do delito de estupro era a mulher, pois, como já explicado, o estupro era definido como o ato de constranger *mulher* utilizando-se da violência ou de grave ameaça à prática de conjunção carnal e, sendo assim, só existia a possibilidade da mulher ser a vítima do delito em comento.

Neste sentido, extraí-se das lições de MIRABETE (2008, p. 408) que “só a mulher pode ser vítima do delito em estudo. (...). Pode a mulher ser virgem ou deflorada, honesta ou prostituta, solteira, casada ou viúva, velha ou moça.”

1.5 TIPO OBJETIVO E TIPO SUBJETIVO

A conduta típica do delito estava em constranger, forçar, coagir, ameaçar, eram os meios utilizados pelo agente visando ter com mulher conjunção carnal sem o consentimento desta.

Sobre o tipo objetivo do crime de estupro, Damásio (2008, p. 94-95) esclarece:

A conduta consiste em constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Constranger significa obrigar, forçar. Para que exista o constrangimento é necessário que haja o dissenso da vítima. É preciso que a falta de consentimento da ofendida seja sincera e positiva, que a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o ato desejado pelo agente, que será quebrada pelo emprego da violência física ou moral. [...] Para a caracterização do crime exige-se a prática de conjunção carnal.

Com mesmo entendimento acerca do tipo objetivo do crime, tem-se que:

A conduta típica no crime de estupro é manter conjunção carnal por meio de violência ou grave ameaça. Conjunção carnal, no sentido da lei, é a cópula vagínica, completa ou incompleta entre homem e mulher. [...] É indispensável para a caracterização do estupro que tenha havido constrangimento da mulher mediante violência ou grave ameaça. Exige-se que a vítima se oponha com veemência ao ato sexual, resistindo com toda sua força e energia, em dissenso sincero e positivo. (MIRABETE, 2007, p. 408-409)

Assim, o tipo objetivo do delito de estupro está na conduta de constranger, obrigar, forçar ou ameaçar a vítima para realizar a conjunção carnal.

Já o elemento subjetivo do tipo é caracterizado pela vontade do agente, ou seja, o *animus* do agente em praticar conjunção carnal com a vítima. Dessa forma, não se admite a modalidade culposa, uma vez que se exige o dolo por parte do autor. Acerca do elemento subjetivo do delito sexual de estupro leciona Damásio (2008, p.96):

O crime somente é punível a título de dolo, que consiste na vontade de obter a conjunção carnal. Tal elemento subjetivo irá distinguir a tentativa de estupro do atentado violento ao pudor, quando os atos poderão ser os mesmos e somente a intenção do agente fará a distinção entre as duas figuras.

1.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A consumação do crime de estupro ocorria quando reunidos todos os elementos do tipo, ou seja, quando o autor do crime praticava a cópula vagínica com a vítima, não importando se a introdução do pênis era completa ou não. Também não se exigia o rompimento do hímen nem tampouco a ejaculação. Assim, explica Mirabete (2008, p. 410):

Consuma-se o delito com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher (RT 657/280; RJTJERGS 151/164-5), não sendo necessário o orgasmo ou

ejaculação. Caracteriza-se o crime independentemente da ocorrência *de immíssio seminis* e do rompimento da membrana himenal (...)

Com mesmo entendimento sobre a consumação do estupro, Damásio (2008, p.96) diz que consuma-se “com a introdução, completa ou incompleta, do pênis na vagina da ofendida. Basta, pois a introdução parcial, não se exigindo a ejaculação.”

Quanto à forma tentada do crime em comento, é possível quando o autor do delito após iniciada sua investida para prática do estupro, tenha sua execução obstruída, quando por qualquer outro motivo alheio à vontade do agente, restando configurada a tentativa, conforme redação do artigo 14, II do Código Penal. Portanto, havia possibilidade da tentativa no delito, já que se tratava de crime em que a fase executória, em todos os casos, poderia ser fracionada, sendo, dessa maneira, crime plurissubsistente.

A possibilidade de forma tentada de estupro é esclarecida por Mirabete (2007, p.408-409):

[...] Havendo constrangimento para a prática da conjunção carnal, não obtida por circunstâncias alheias à vontade do agente há tentativa de estupro. Configura-se ela quando o agente força a introdução do pênis na vagina da ofendida, só não consumando o estupro por haver ejaculado antes e mesmo quando não há contato dos órgãos genitais desde que as circunstâncias deixem manifesto o intuito da conjunção carnal pelo agente, em especial quando, por palavras inequívocas, o agente demonstre o seu intento. [...] A intenção do agente é o elemento pelo qual se a afere se houve tentativa de estupro ou atentado violento ao pudor. Num, a conjunção carnal é o fim, noutra o ato de libidinagem.

Damásio (2008, p.96) diz que fala-se em tentativa de estupro quando “havendo simples contato entre os órgãos sexuais do homem e da mulher, sem introdução do órgão viril.”

Portanto, como já mencionado anteriormente o estupro é um crime plurissubsistente, sendo exigido mais de um ato por parte do autor, deste modo, basta apenas o autor constranger a vítima à prática da conjunção carnal, não obtendo a conjunção carnal por qualquer outra circunstância alheia a sua vontade, estando, dessa maneira, caracterizada a forma tentada do crime de estupro.

2 ADVENTO DA LEI 12.015/2009 E AS MODIFICAÇÕES NO CRIME DE ESTUPRO (ART. 213)

A Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009 foi publicada no Diário Oficial da União no dia 10 de agosto de 2009, trazendo alterações significativas no crime de estupro

Houve uma mudança substancial e inédita no art. 213 do Código Penal, e, inclusive, revogando o art. 214 do mesmo Diploma.

Portanto, diante das recentes alterações ocasionadas pela lei em comento, o presente capítulo cuidará da reformulação que passou o delito de estupro (art. 213), estabelecendo o seu novo conceito, os sujeitos ativo e passivo, os elementos do tipo, a sua consumação bem como a sua forma tentada.

Por fim, esclarecerá se houve *o abolitio criminis* e, ainda, comentará sobre o tipo penal do estupro está classificado no rol de crimes hediondos.

2.1 NOVO CONCEITO

A Lei 12.015.2009 conferiu nova redação ao art. 213, passando a ser a seguinte: *“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.”*

Através de uma simples leitura percebe-se que houve uma alteração relevante no delito sexual de estupro, pois agora o tipo penal abarca não só a conjunção carnal, como também a prática de ato libidinoso. Daí a revogação do atentado violento ao pudor (art. 214) fez com que a nova redação do art. 213 aglutinasse os dois tipos penais, estupro e atentado violento ao pudor em um só dispositivo.

Mirabete (2011, p.385) expõe que:

A nova redação dada ao crime de estupro resulta da fusão, com alteração, de dois tipos previstos na redação original do Código Penal, o de estupro, definido no mesmo art. 213, que incriminava o constrangimento da mulher à conjunção carnal, e o de atentado violento ao pudor, antes descrito no art. 214, que punia o constrangimento de alguém, homem ou mulher, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Com relação à fusão dos art. 213 e 214, Greco (2011, p. 455) diz:

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, caminhando de acordo com as reivindicações doutrinárias, unificou, no art. 213 do Código Penal, as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, evitando, dessa forma, inúmeras controvérsias relativas a esses tipos penais, a exemplo do que ocorria com relação à possibilidade de continuidade delitiva, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais, principalmente os Superiores, não era segura.

O verbo do tipo continua sendo o mesmo da precedente redação do art. 213, que é o de constringer, forçar, compelir, coagir. Porém, agora a nova definição do delito de estupro tornou-se mais abrangente podendo o verbo do tipo ser contra qualquer pessoa, seja homem ou mulher.

Deste modo, o delito se configura quando o agente, homem ou mulher, mediante violência ou grave ameaça, constrange a vítima, que também pode ser homem ou mulher, a obter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outros atos libidinosos.

Logo, leciona Greco (2011, p.456) que:

Para que se possa configurar o delito em estudo é preciso que o agente atue mediante o emprego de violência ou de grave ameaça. Violência diz respeito à *vis corporalis*, *vis absoluta*, ou sejam a utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal, ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. (...) A grave ameaça, ou *vis compulsiva*, pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Assim, por exemplo, poderá ser levada a efeito diretamente contra a própria pessoa da vítima ou pode ser empregada, indiretamente, contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, produzindo-lhe efeito psicológico no sentido de passar a temer o agente. Por isso, a ameaça deverá ser séria, causando na vítima um fundado temor do seu cumprimento.

Importante ressaltar o que seria o termo outro ato libidinoso, uma vez que o de conjunção carnal já foi exaustivamente explicado em tópicos anteriores, sendo, assim, segundo Greco (2011, p. 457) “na expressão *outro ato libidinoso* estão contidos todos os atos de natureza sexual que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente.” Deve-se ter bastante cautela ao interpretar o conceito de outro ato libidinoso, para não haver exageros entre o comportamento do agente e a punição. Neste sentido, o mesmo doutrinador destaca que:

Esse atos devem possuir alguma relevância, pois, caso contrário, estaríamos punindo o agente de forma desproporcional com o seu comportamento, uma vez que a pena mínima cominada ao delito de estupro é de 6 anos de reclusão. Nesse sentido, com precisão, afirma Cezar Roberto Bitencourt que “passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado, configuram [...] a

contravenção penal do art. 61 da lei especial, quando praticados em lugar público ou acessível ao público. (Greco, 2011, p.458)

2.2 OBJETO JURÍDICO

Com a nova redação dada ao art. 213, o crime de estupro visa tutelar não só a liberdade sexual da mulher, mas também a liberdade sexual do homem. Dessa maneira, sobre o objeto jurídico do crime de estupro, leciona Mirabete (2011, p. 386) que:

Protege-se no crime de estupro não a simples integridade física, mas a liberdade sexual tanto do homem quanto da mulher, ou seja, o direito de cada indivíduo de dispor de seu corpo com relação ao atos de natureza sexual, como aspecto essencial da dignidade humana.

Percebe-se que ao reunir no art. 213, tanto a conjunção carnal como qualquer outro ato libidinoso, tornou-se mais abrangente o bem jurídico tutelado, já que pode ser vítima do estupro homem ou mulher. Neste norte, Capez (2010, p.25) diz “que o estupro passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ampliando a sua tutela legal para abarcar não só a liberdade sexual da mulher, mas também a do homem.”

Por sua vez, Greco entende que o art. 213 tutela a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual. Esclarece o referido doutrinador:

[...] podemos apontar como bens juridicamente protegidos pelo art. 213 tanto a liberdade quando a dignidade sexual. [...] Inicialmente, a proposta legislativa era no sentido de que no Título VI do Código Penal constasse a expressão: Dos crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual. Embora tenha prevalecido a expressão Dos crimes contra a dignidade sexual, também podemos visualizar o desenvolvimento sexual como outro bem a ser protegido pelo tipo penal em estudo. Assim, resumindo, poderíamos apontar como bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual. (Greco, 2011, p.459)

2.3 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Diante da atual definição do delito de estupro, o sujeito ativo tanto pode ser o homem quanto a mulher, uma vez que é crime comum. Não mais se vislumbra o homem como único sujeito ativo do estupro, em virtude do constrangimento à prática de conjunção carnal, por

haver a necessidade da penetração do membro viril na vagina da mulher. Esta afirmação só era válida na redação anterior que previa o constrangimento apenas da *mulher*, porém a lei atualmente em vigor dispõe sobre o ato de constranger *alguém*, podendo a figura da mulher ser sujeito ativo do delito de estupro.

A respeito da nova redação do art. 213, permitindo, assim, que sejam sujeito ativo do estupro tanto o homem quanto a mulher, Mirabete (2011, p.386) expõe:

Diferentemente do que se verificava na anterior redação do dispositivo, tanto o homem como a mulher podem praticar o crime de estupro. Não é correta a afirmação em relação à lei em vigor de que no constrangimento à conjunção carnal pode ser sujeito ativo do delito porque necessária a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher. Assertiva era válida no direito anterior porque o dispositivo previa o constrangimento tão somente da *mulher*, o que exigia que o autor fosse do sexo masculino para que houvesse a cópula vaginica. Diante da norma em vigor, que incrimina o constrangimento de *alguém*, a mulher que forçasse o homem a manter conjunção carnal comete o crime de estupro.

Se antes uma mulher coagisse um homem à prática de conjunção carnal, responderia pelo crime de constrangimento ilegal, entretanto, com as alterações promovidas pela Lei 12.015/2009 no delito de estupro, é perfeitamente possível a mulher figurar como sujeito ativo do crime em análise.

Objeto de muita discussão entre os penalistas dizia respeito à possibilidade do marido ser sujeito do estupro contra sua esposa. Alguns doutrinadores mais antigos, imbuídos por um pensamento machista inerente à época, afirmavam ser impossível o marido figurar como sujeito ativo de estupro em face da esposa, pois, para estes doutrinadores, com o matrimônio surgiam os deveres conjugais, tendo o marido direito de ter relações sexuais com a esposa, independentemente do consentimento dela.

Atualmente, com a evolução da sociedade, tal posicionamento vem sendo superado, podendo sim o marido ser autor do delito de estupro contra sua esposa. De maneira clara e coerente, expõe Greco (2011, p.475):

Modernamente, perdeu o sentido tal discussão, pois, embora alguns possam querer alegar o seu crédito conjugal, o marido somente poderá relacionar-se sexualmente com sua esposa com o consentimento dela. Caso a esposa não cumpra com suas obrigações conjugais, tal fato poderá dar ensejo, por exemplo, à separação do casal, mas nunca à adoção de práticas violentas ou ameaçadoras para a adiante a finalidade do coito (vaginal ou anal), ofensivas à liberdade sexual da mulher, atingindo-a em sua dignidade.

Certamente o entendimento de Greco sobre a cogitação do marido como sujeito ativo do estupro contra a esposa, é o mais acertado e coerente, tendo em vista as transformações

que a nossa sociedade passou, não se pode conceber que o marido viole o direito da esposa de ter sua liberdade e dignidade sexual resguardados. Inclusive, quando o crime de estupro é praticado pelo marido contra a esposa é punido de forma mais rigorosa pela Lei nº 11.106/2005 em seu art. 226, inciso II, que prevê, nesse caso, o aumento da pena da metade.

Greco (2011, p.475) ainda afirma que “em virtude da nova redação constante no art. 213 do Código Penal, a esposa também poderá figurar como autora do delito de estupro praticado contra seu próprio marido [...]”

Com relação à conjunção carnal, é requisito essencial para caracterizá-la que seja entre pessoas de sexos diferentes, sendo totalmente impossível serem entre indivíduos do mesmo sexo, já que, como se sabe, a conjunção carnal é o coito normal. Neste ângulo, destaca Greco (2011, p.460):

A expressão conjunção carnal tem o significado de união, de encontro de pênis do homem com a vagina da mulher, ou vice-versa. Assim, o sujeito ativo do estupro, quando a finalidade for conjunção carnal, poderá ser tanto o homem quanto a mulher. No entanto, nesse caso, o sujeito passivo, obrigatoriamente, deverá ser do sexo oposto, pressupondo uma relação heterossexual.

No que diz respeito a constranger a vítima à prática de outro ato libidinoso, nesse caso, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ou seja, tanto homem quanto a mulher. Assim, esclarece Mirabete (2011, p.387):

O crime de estupro também pode ser praticado por pessoas de qualquer sexos na forma de constrangimento à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, tal como já se verificava no crime de atentado violento ao pudor (art. 214). Referindo-se a lei a atos libidinosos em geral, a mulher pode praticar o crime contra a mulher (lesbianismo forçado) ou mesmo contra o homem.

Dessa forma, quando a finalidade do agente for a de obter à conjunção carnal, exige-se que seja entre pessoas de sexos opostos. Podendo, por sua vez, no constrangimento à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal ser entre indivíduos de iguais sexos. Isso quer dizer que se, por exemplo, um homem constrange outro homem a praticar felação (sexo oral) com ele, estamos diante da hipótese da figura masculina ser tanto sujeito ativo quanto sujeito passivo do delito de estupro.

Então, no tocante ao sujeito passivo pode ser tanto o homem quanto a mulher, já que o tipo penal constante no art. 213 refere-se ao ato de constranger *alguém*. Mirabete (2011, p.388) expõe que:

Referindo-se o art. 13 a alguém, sujeito passivo do crime de estupro é qualquer pessoa, homem ou mulher, excluídos somente os menores de 14 anos e as pessoas que por outras causas legais também são consideradas vulneráveis, porque nesses casos configura-se outro delito, o estupro de vulnerável (art. 217-A).

Assim, a inovação no tipo penal do art. 213, é que o homem pode figurar como sujeito passivo do delito, independentemente da sua orientação sexual (heterossexual ou homossexual).

Antes dessa alteração ao art. 213, tinha-se uma grande polémica acerca do estupro de transexuais, que como esclarece Greco (2011, p.479):

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. Assim, tendo havido ou não modificação no registro de nascimento, com a alteração do sexo natural da vítima, a hipótese será de reconhecimento do estupro.

2.4 TIPO OBJETIVO E TIPO SUBJETIVO

Segundo Mirabete (2011, p.388), o delito de estupro consiste em um tipo misto cumulativo. Assim, afirma:

Entendemos que o art. 213 descreve um tipo misto cumulativo, punindo, com mesmas penas condutas distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a ato libidinoso diverso. [...] A prática de uma ou outra conduta configura o crime de estupro e a realização de ambas enseja a possibilidade de concurso de delitos. Trata-se, em realidade, de crimes distintos, embora da mesma espécie, punidos num único dispositivo.

Entretanto, boa parte da doutrina entende que se trata de um tipo misto alternativo, onde a prática de conjunção carnal e de atos libidinosos diversos caracteriza-se como um crime só, afastando-se, assim, a possibilidade de concurso ou continuidade delitiva em face da mesma vítima dentro do mesmo fato.

Discordando ser um tipo misto alternativo, Mirabete (2011, p. 389) defende que:

Essa solução não nos parece a melhor. 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 jurídico, mas, também, que a realização de ambas configura, em princípio dúplice violação a dignidade da vítima, ofendendo mais gravemente a sua dignidade sexual. Pesa, ainda, em desfavor dessa interpretação, no sentido da alternatividade do tipo, a inexistência de qualquer início no processo legislativo de que fosse intenção do legislador punir mais brandamente os crimes sexuais do que o que fazia a lei anterior.

Corroborando com esse entendimento de Mirabete, tem-se:

O novo crime de estupro é um tipo misto cumulativo, ou seja, as condutas de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, embora reunidas em um mesmo artigo de lei, com uma só cominação de pena, serão punidas individualmente se o agente praticar ambas, somando-se as penas. (HABEAS CORPUS, N°. 104.724/MS)

Ainda, fazendo um comparativo do tipo misto cumulativo com o tipo misto alternativo, o Desembargador Relator Carlos Eduardo Contar, ao esclarecer seu voto em Agravo Criminal, no Tribunal de Justiça de Campo Grande-MS, cita o pensamento do ilustre doutrinador Vicente Greco Filho, o qual também defende que se trata de um tipo misto cumulativo, veja-se:

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos. (...) A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos artigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela (...). Não houve, pois, *abolitio criminis*, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo. (Agravo Criminal – nº. 2010.019750-0/0000-00, 2ª. T., TJ-MS)

Há também os que defendam ser o crime de estupro um tipo misto acumulado, neste norte a Desembargadora Sônia Regina de Castro destaca:

Entendo, no entanto, que consideradas as peculiaridades do caso concreto, é correta a manutenção do concurso material entre as figuras típicas do novo artigo 213, do Código Penal. Realmente, a nova disposição do artigo 213, do Código Penal, caracteriza um tipo penal misto porquanto descreve mais de uma forma de conduta. No entanto, vê-se que o novo tipo não se enquadra adequadamente no conceito de tipo misto alternativo, ou ainda no tipo misto cumulativo, mas, sim, se amolda na definição de tipo misto acumulado. Como bem explicam Helio Cláudio Fragoso e

Flávio Augusto Monteiro de Barros, a classificação dos tipos mistos não se encerra em alternativos e cumulativos. Os tipos penais mistos também 30 podem ser acumulados, isto é, quando há reunião de mais de um crime dentro do mesmo tipo penal. Melhor esclarecendo, em vários tipos penais observa-se a presença de "mais de uma figura típica de delito" inseridas no mesmo dispositivo penal, como é o caso de tipos previstos nos artigos 208, 242, 244, do Código Penal, por exemplo. Em tais casos, é nítida a intenção do legislador de unir condutas bastante distintas e materialmente independentes dentro do mesmo tipo penal, sem que se entenda tratar-se de crime único. Ao que parece, o mesmo raciocínio aplica-se à nova redação do artigo 213, do Código Penal. Isso porque, ainda que se trate da mesma vítima e do mesmo contexto fático, se o agente a constrange a ter conjunção carnal e também a obriga a permitir a prática de sexo anal, não há que se falar em crime único, mas, sim, na prática acumulada das duas condutas previstas no aludido tipo penal. (TJ-PR Apelação criminal nº. 621590-1, da Comarca de Matinhos Vara Criminal e Anexos, 15.04.2010, rel. Des^a. Sônia Regina de Castro)

Como observa-se, de acordo com entendimento da Desembargadora, o crime em comento não define duas condutas, e sim dois delitos em um mesmo dispositivo legal, por isso, sendo um tipo misto acumulado.

Contudo, como dito anteriormente, o entendimento majoritário da doutrina é que trata-se de um tipo misto alternativo, entendimento este do qual compartilha-se. Logo, no tipo misto alternativo, a prática de conjunção carnal e outros atos libidinosos configuram crime único, afastando a possibilidade de concurso ou de continuidade delitiva, como explicitado a seguir: “São três possibilidades de realização do estupro, de forma alternativa, ou seja, o agente pode realizar uma das condutas ou as três, desde que contra a mesma vítima, no mesmo local e horário, constituindo um só delito.”(NUCCI, 2010, p. 901)

Neste mesmo norte, afirma Greco (2011, p. 483):

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

Portanto, conclui-se que a Lei nº. 12.015/2009 é mais benéfica para o réu. Neste sentido, decidiu a 1ª Câmara do Tribunal de Goiás:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL E OUTRO ATO LIBIDINOSO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. CONJUNTO DE PROVAS CONGRUENTE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM DEMAIS PROVAS.

RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA NOVA LEI Nº 12.015/09. CONDENAÇÃO TIPO ÚNICO. APLICAÇÃO DA PENA. 1 - Sendo conjunto probatório coerente e harmonioso a indicar condenação, não procede a pretensão absolutória. 2 - A palavra da vítima, nos crimes sexuais, especialmente quando corroborada por outros elementos de convicção, tem grande validade como prova, porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. 3 - Considerando as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/09 aos crimes sexuais, e tendo em conta que a conduta de prática de ato libidinoso e conjunção carnal se subsumiram no estupro, constituindo crime de conteúdo múltiplo, bem assim a aplicação do princípio da retroatividade da lei para beneficiar o réu, deve ser alterada, de ofício, a sentença para aplicar condenação em tipo único. 4 - Alterando-se a condenação, via de consequência, altera-se também a aplicação da sanção penal, a qual fica fixada, definitivamente, *in casu*, em 9 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado. apelação conhecida e provida. Sentença reformada de ofício para alterar a condenação em aplicação da lei 12.015/09 (novatio legis in melius), via de consequência, modificando a pena. (TJGO – Des. Rozana Fernandes Camapum – Apelação Criminal 32559-1/213)

Assim, tem-se que por constituir o atual crime de estupro um tipo misto alternativo, trata-se de crime único, dessa maneira, beneficiando o réu, tendo em vista que afasta-se o concurso de crimes ou a continuidade delitiva. No entanto, deve-se analisar o caso concreto quando da continuidade do crime, pois não deve ser excluída a sua possibilidade por completo, portanto, Greco (2011, 486) destaca:

No entanto, pode ocorrer que, uma vez praticado o estupro (com sexo anal e conjunção carnal), o agente, após algum tempo, queira, por mais uma vez, praticar os referidos atos sexuais com a vítima, que ainda se encontrava subjugada. Nesse caso, poderíamos levar a efeito o raciocínio relativo ao crime continuado? Entendemos que a resposta só pode ser positiva, pois que o agente, após a consumação do primeiro estupro, veio a praticar novo crime da mesma espécie, o crime subsequente deve ser havido como continuação do primeiro, aplicando-se, portanto, a regra constante do art. 71 do Código Penal.

Quanto ao tipo subjetivo é necessário o dolo para configuração do delito. No tocante ao dolo, explica Greco (2011, p.461):

Não há necessidade de que o agente atue com finalidade especial de saciar sua lascívia, de satisfazer sua libido. O dolo, aqui, diz respeito tão somente ao fato de constranger a vítima com a finalidade, de com, ela ter a conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

Ainda, sobre o dolo, dispõe Mirabete (2011, p. 391):

No delito de estupro o dolo é a vontade de praticar a conduta típica, ou seja, a de constranger a vítima, mediante ameaça, à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. O fim de manter a conjunção carnal ou praticar o ato libidinoso é o elemento subjetivo do tipo (dolo específico).

Por conseguinte, sendo o dolo elemento essencial do tipo, a modalidade culposa não é admitida. Neste sentido, Greco (2011, p.461) esclarece:

Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido. Assim, por exemplo, se o agente, de forma imprudente, correndo pela praia, perder o equilíbrio e cair com o rosto nas nádegas da vítima, que ali se encontrava deitada, tomando banho de sol, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo, pois não se admite o estupro culposos.

2.5 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Em razão do tipo penal constante no art. 213 reunir o delito de estupro e de atentado violento ao pudor (art. 214, revogado pela Lei 12.015/2009), agora o estupro consuma-se com a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso. Sendo assim, Mirabete (2011, p.392) destaca:

Consuma-se o estupro com a conjunção carnal, quando ocorre a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher, não sendo necessário o orgasmo ou ejaculação. Caracteriza-se o crime consumado independentemente da ocorrência de *immissio seminis* e do rompimento da membrana himenal. Com relação à conduta de constrangimento à prática de ato libidinosos diverso da conjunção carnal, que configurava antes o delito de atentado violento ao pudor, o momento consumativo do estupro coincide com a prática do ato.

Do mesmo modo, no que diz respeito à consumação, expõe Greco (2011 p. 460)

Quando a conduta do agente for dirigida finalisticamente a ter conjunção carnal com a vítima, o delito de estupro consuma-se com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando se total ou parcial, não havendo inclusive, necessidade de ejaculação. Quanto à segunda parte do art 213 do estatuto repressivo, consuma-se o estupro no momento em que o agente, depois da prática do constrangimento levado a efeito mediante violência ou grave ameaça, obriga a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Então, o crime de estupro estará consumado quando ocorre à conjunção carnal com introdução completa ou incompleta, tendo ou não o agente satisfeito sua lascívia.

Quanto à consumação ocorrer quando da prática de outros atos libidinosos, segundo Nucci esta deve ser “eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima,

que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo que este busque a obtenção do prazer sexual.”³

A tentativa do delito estupro é totalmente admissível, uma vez que é um crime plurissubsistente, mesmo não havendo contato dos órgãos sexuais, estando manifestadamente presente a vontade do autor em realizar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, porém, em virtude, de circunstâncias alheias à sua vontade o mesmo não consegue consumar a sua intenção, estará, portanto, caracterizada a forma tentada do estupro. Greco (2011, p.460) exemplifica que:

O agente pode ter sido interrompido, por exemplo, quando, logo depois de retirar as roupas da vítima, preparava-se para a penetração. Se os atos que antecederam ao início da penetração vagínica 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 vestido ou, mesmo, quando lhe esfrega o pênis na coxa buscando a penetração, tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal.

O referido autor esclarece, ainda, sobre a forma tentada que “também será possível a partir do momento em que o agente vier a praticar o constrangimento sem que consiga, nas situações de atividade e passividade da vítima, determinar à prática de ato libidinoso.” (GRECO, 2011, p.461)

Mirabete (2011, p. 392) explica que:

É exigível, porém, para a caracterização da tentativa que as circunstâncias deixem manifesto o intuito do agente, em especial quando, por palavras inequívocas, o agente demonstre o seu intento de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

É importantíssimo que os aplicadores do direito, no que diz respeito à forma tentada do estupro, delimitem o objetivo do *inter criminis*. Verificando, assim, se a intenção do autor do delito era a conjunção carnal ou à prática de outros atos libidinosos.

2.6 PENA E AÇÃO PENAL

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Como se depreende do *caput* do art. 213, o crime de estupro na sua forma simples será punido com 6(seis) a 10(dez) anos de reclusão. O art. 213 prevê ainda nos seus §§1º e 2º as penas para as modalidades qualificadas, as quais serão explanadas no próximo tópico (2.7).

Quanto à natureza da ação penal esta será pública condicionada à representação (art. 225, *caput*, CP). Entretanto, se o delito for em face de pessoa menor de 18 anos ou de pessoa vulnerável a ação penal será pública incondicionada (parágrafo único do art. 225, CP).

Diante da nova redação, Greco (2011, p.471) destaca:

[...] entendemos ainda ser aplicável a Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz: ‘Súmula nº 608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, ação penal é pública incondicionada.’ Dessa forma, de acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito for cometido com o emprego de violência real, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do(a) ofendido(a) nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de grave ameaça.

2.7 MODALIDADES QUALIFICADAS

Dentre as muitas alterações promovidas pela Lei 12.015/2009 no delito do art. 213, está à previsão de duas modalidades qualificadas, *in verbis*:

§ 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.

Com relação ao parágrafo primeiro que dispõe sobre a idade da vítima, Mirabete (2010, p.393) comenta:

Há erro evidente na redação do dispositivo que se refere ao “menor de 18 ou maior de 14 anos”. O equívoco não prejudica a aplicação da norma. Justifica-se a pena mais grave em razão da presunção legal de que o adolescente nessa faixa etária, embora se lhe reconheça certa liberdade sexual, ainda é mais vulnerável do que o adulto aos crimes sexuais e por vezes mais danosos são os efeitos sobre a sua personalidade em formação.

Da maneira como a qualificadora está redigida no texto legal tem-se a impressão de que deveria ser aplicada a todas as pessoas menores de 18 anos, as quais seriam todas de 18

anos até os recém-nascidos. Já as pessoas maiores de 14 anos seriam todas aquelas com idade superior a esta idade, isso quer dizer que seria aplicada a todas as pessoas indistintamente. Todavia, a intenção real do legislador é a de aplicar a qualificadora para aqueles que pratiquem estupro contra pessoas na faixa etária de 14 a 18 anos, ou seja, aquelas que tenham entre quatorze anos e um dia e as que tenham dezessete anos, onze meses e vinte nove dias.

Então como punição maior para autores do delito de estupro contra pessoas na faixa etária entre 14 e 18 anos está à pena de 8 a 12 de anos. Incurrerá nesta mesma pena quem causar lesão grave resultante da sua conduta. Estando às lesões graves dispostas no art. 129, §§ 1º e 2º do Código penal.

O segundo parágrafo do art. 213 refere-se ao fato de que se da conduta do agente acarretar a morte da vítima, a pena será de 12 a 30 anos de reclusão.

Nota-se que o dispositivo exige que para ser classificado como estupro qualificado quando o resultado é a lesão grave ou a morte da vítima é que seja decorrente da conduta.

Entretanto, antes da Lei 12.015/2009 as qualificadoras estavam dispostas no art. 223 do CP, onde era dado um tratamento jurídico diferente do atualmente em vigor. Antes a lesão corporal grave deveria ser decorrente da violência e, por sua vez, a morte ser decorrente do fato, “o que, para parte da doutrina determinava tratamento diferenciado, entre as qualificadoras com relação ao nexos causal”, de acordo com Mirabete (2011, p.394).

Com a antiga redação do Código Penal existiam duas correntes doutrinárias com relação às qualificadoras do delito de estupro. Havia uma corrente que entendia que a qualificadora não deveria ser aplicada naqueles casos em que a lesão grave não adviesse da violência, e sim da grave ameaça. Assim, exemplifica Mirabete (2011, p.394):

Se a vítima, ao ser ameaçada, sofre um enfarte, a lesão correspondente não ensejava a incidência da qualificadora porque não decorrente da violência; mas, se lhe advém a morte, o estupro seria qualificado, porque, embora inexistente a violência, resultou ela do fato. Da mesma forma, 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 ser atribuído porque decorrente do fato, mas se o resultado fosse lesão grave, responderia ele por estupro simples em concurso com o outro crime (lesão culposa).

Com entendimento contrário, no que diz respeito à lesão grave e à morte, existia a corrente doutrinária que sustentava que não deveria ser feita distinção para a lesão grave ou a morte, incidindo a qualificadora sempre que ambas decorrem da violência utilizada pelo agente do delito.

No entanto, mesmo com as alterações da Lei 12.015/2009, estabelecendo que a lesão grave ou a morte deva decorrer da conduta do agente, não se solucionou por completo as questões quanto à aplicabilidade da qualificadora.

Explica Mirabete (2011, p.395) quanto à conduta:

[...] a conduta a que se vincula o resultado qualificador somente pode ser a conduta que se reveste da tipicidade que lhe confere o art. 213, a conduta do estupro. Aliás, a entender por conduta, no contexto do dispositivo, não somente a conduta do estupro, mas toda e qualquer conduta praticada pelo agente, independentemente do elemento subjetivo e da tipicidade que lhes confere a lei, melhor seria a simples referência ao *fato*, termo mais abrangente e utilizado na lei anterior que, mesmo assim, era interpretado restritivamente.

Além de analisar o nexu causal, segundo Mirabete (2011, p.395) “deve-se examinar o elemento subjetivo exigido em relação à lesão grave ou morte para o reconhecimento do estupro qualificado.”

2.8 ABOLITIO CRIMINIS

Apesar do art. 213 ter absorvido o revogado art. 214, ressalta-se que não houve *abolitio criminis* com relação ao delito de atentado violento ao pudor, uma vez que agora a conduta de praticar ou permitir que com a pessoa seja praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal foi incorporado ao art. 213. Logo, assevera Greco (2011, p. 496):

Assim, não houve descriminalização do comportamento até então tipificado especificamente como atentado violento ao pudor. Na verdade, somente houve modificação do *nomen juris* da aludida infração penal, passando, como dissemos, a chamar-se estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente a fim de ter conjunção carnal, ou, também, praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

2.9 CRIME HEDIONDO

A lei 12.015/2009 passou a inserir o delito de estupro em todas as suas formas (simples e qualificada) na Lei de Crimes Hediondos (lei nº 8.072/90) estando disposto no art.

1º, inciso V. Inclusive, inserindo no inciso VI o estupro de vulnerável (art. 217-A), novo tipo penal que será tratado no próximo capítulo.

3 NOVO TIPO PENAL DO ART. 217-A “ESTUPRO DE VULNERÁVEL” DECORRENTE DO ADVENTO DA LEI 12.015 /2009

O legislador reservou um capítulo (Capítulo II do Código Penal) exclusivamente para proteger o vulnerável, justifica-se tal preocupação da lei, principalmente, em razão dos constantes casos de abusos sexuais, a exemplo da pedofilia, exploração de menor e dentre outros diversos modos de exploração sexual relatados frequentemente pela mídia.

Sendo assim, a lei 12.015 de 7 de agosto de 2009 inseriu um novo tipo penal, o crime de estupro de vulnerável, disposto no art. 217-A do Código Penal, buscando o legislador oferecer tratamento e proteção diferenciada para os considerados “vulneráveis”, que são, segundo o texto legal, os menores de quatorze anos, os que possuam alguma enfermidade ou deficiência mental não tendo necessário discernimento para os atos sexuais e, ainda, aqueles que por qualquer outra causa estejam impossibilitados de oferecer resistência.

3.1 CONCEITO

Dispõe o art. 217- A sobre o estupro de vulnerável, *in verbis*:

Art. 217-A – Ter conjunção carnal ou praticar 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.

Através de uma simples leitura, nota-se que o *caput* do art. 217- A prevê como estupro de vulnerável ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Inicialmente, destaca-se que antes da previsão do referido artigo, já existia uma grande discussão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca da presunção de violência do

revogado art. 224, “a” do Código Penal, quando da prática de relações sexuais com adolescente menor de 14 anos, pois alguns defendiam que dependendo do meio social, familiar ou do comportamento sexual desses menores de 14 anos deveria ser considerada a presunção de violência relativa ou até mesmo afastá-la por completo. E havia os que defendiam a presunção de violência absoluta quando se tratar de menor de 14 anos, uma vez que acreditavam ser a idade um critério objetivo e, portanto, não havia o que se discutir quanto à presunção de violência, estando essa tão somente caracterizada quando a prática de ato sexual fosse dirigida a esses menores de 14 anos.

Porém, mesmo com o novo tipo penal, a discussão acerca da presunção de violência ainda perdura. Assim, há os que entendam ser a presunção de violência absoluta, neste norte Greco (2011, p.528) expõe:

Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois, para nós, não existe dado mais objetivo que a idade. [...] Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa venia*, que a lei penal havia determinado de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado. [...] Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015.2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze anos).

No mesmo sentido, assevera Mirabete (2011, p. 408):

Ao abolir a presunção de violência contida no revogado art. 224, referindo-se à idade do menor como elemento das condutas típicas nos crimes descritos nos art. 217-A e 218-B, o legislador teve a intenção de excluir possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais. Assim, o menor de 14 anos e o menor de 18 anos são especialmente protegidos nos diversos dispositivos legais em razão da idade que possuem, independentemente de terem, no caso concreto, maior ou menos discernimento ou experiência em matéria sexual.

Por outro lado, há os que ainda entendam que, mesmo diante do novo tipo penal, quando a vítima menor de 14 anos já tinha uma vida promíscua, afasta-se a presunção de violência ou a considera de modo relativo, isso quer dizer que a substituição da presunção da

violência por vulnerabilidade não encerrou a discussão em torno desta presunção. Neste diapasão, afirma Nucci (2010, p. 927):

A cautela, nessa interpretação, se impõe. A alteração da forma típica de descrição do estupro de pessoa incapaz de consentir na relação sexual foi positiva, mas não houve descriminalização da conduta. Ao contrário, gerou elevação da pena. Portanto, tendo ocorrido simples inovação de redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos (...). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. Entretanto, manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação no art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para a tutela obrigatória da boa formação sexual da criança.

Assim, segundo entendimento de Nucci acima explicitado, não há o que se discutir quanto à presunção de violência quando a vítima é menor de 12 anos, sendo esta presunção absoluta, ou seja, deve ser, nesse caso, aplicado o constante no art. 217-A. Agora, a celeuma está no consentimento do menor entre 12 e 14 anos, pois o contexto social, o meio familiar e o comportamento sexual devem ser levados em consideração quando das decisões dos julgadores.

Com pensamento semelhante ao de Nucci, Damásio de Jesus em análise de uma decisão de recurso especial proferida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁴, assevera:

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, em 29 de junho de 2010 no Recurso Especial nº 637.361, que não comete crime o agente que mantém relações sexuais com menor de 13 anos de idade, com quem mantinha um namoro e com ele residia, tratando-se de fato atípico.

O réu havia sido absolvido em primeira instância e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina tinha recorrido ao Tribunal de Justiça do Estado, sem sucesso, interpondo, então, recurso especial ao STJ. A Corte Superior entendeu que a conduta, realizada em 1998, antes da Lei nº 12.015/09, mostrava-se penalmente atípica em face do caráter relativo da (extinta) presunção de violência contida no (revogado) art. 224, *a*, do CP. O Min. Og Fernandes, relator, destacou em seu voto: "Desta forma, a meu sentir, a decisão recorrida não se afasta da nova orientação da Sexta Turma, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, *a*, do Código Penal (hoje revogado pela Lei nº 12.015/09), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade." A decisão mostrou-se acertada e em perfeita consonância com a orientação firmada por nossos Tribunais,

⁴ JESUS, Damásio de Jesus. **Vítima Vulnerável do Crime Estupro**. Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 10 set. 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=820>. Acesso em: 18 mai. 2011.

no sentido de não se poder interpretar a presunção de violência contida no ab-rogado art. 224, *a*, do CP, como absoluta. Afastava-se, assim, no caso, a caracterização do grave delito quando o contato sexual fosse consentido e envolvesse adolescente menor de 14 e maior de 12 anos. Deve ficar consignado que o acórdão baseou-se na legislação anterior à Lei nº 12.015/09, que reformulou substancialmente os delitos previstos no Título VI da Parte Especial do Código Penal, notadamente o estupro. O fato que antes poderia configurar estupro com violência presumida constitui, agora, estupro de vulnerável; [...] É de se questionar: se tivesse sido cometido nos dias de hoje, seria penalmente atípico, como entendeu o STJ, ou configuraria o gravíssimo crime hediondo acima definido? Note-se que o Ministro relator sinalizou, em seu voto, que o fato, praticado na vigência da lei nova, poderia ser considerado criminoso, por não se admitir mais a discussão sobre o caráter absoluto ou relativo da presunção de violência, já que abolida tal sistemática de nossa legislação penal. Oportuno registrar, de igual modo, que os fatos ocorreram em 5 de junho de 1998, anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, que, a princípio, teria o condão de elidir as discussões a respeito do tema, ao criar, em seu art. 217-A, o tipo penal do estupro de vulnerável. Creio, entretanto, que a atitude do réu, nesse caso, apreciada sob a ótica do acórdão citado, a quem não cumpria analisar a prova, continuaria sendo considerada penalmente atípica, ainda que realizada sob a égide da nova sistemática dos crimes sexuais. Conforme afirmei em meu Direito Penal, "com respeito à vulnerabilidade decorrente da faixa etária, o escopo da mudança foi o de impedir a subsistência do entendimento segundo o qual a realização de atos sexuais voluntários com adolescentes menores de 14 anos pudesse ser considerada atípica, por ser relativa a presunção de violência em tais casos. Parece-nos, todavia, que o entendimento mencionado ainda encontrará embasamento jurídico" (*Análise do art. 217-A*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.). Realmente, não se pode perder de vista que um comportamento somente adquire relevância penal quando formal e materialmente típico. É insuficiente, portanto, que a conduta se amolde às elementares do dispositivo incriminador, sendo necessário que haja, além disso, a efetiva lesão ao bem jurídico protegido. O estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) é crime contra a dignidade sexual (Título VI do CP). Não se mostra, previsto em capítulo diverso (Capítulo II), como o estupro comum (art. 213), delito contra a liberdade sexual. Como o título, de índole normativa, serve de elemento de interpretação, erigindo a dignidade, protegida pela Constituição Federal, como bem jurídico penal, de ver-se inexistir crime quando não é lesada formal e materialmente. Para o Código Penal, vulneráveis são os menores de 14 anos (art. 217-A, *caput*), enfermos ou deficientes mentais e os que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência (§ 1º). De observar-se que, quando se trata de enfermos e deficientes mentais, o tipo requer que não possuam "o necessário discernimento para a prática do ato" (referido § 1º). Por razão de coerência, o mesmo requisito deve estar presente quando se cuida de vítima menor de 14 anos de idade. Por isso, no caso, em face do que se apresentou aos julgadores, ausente o elemento qualificador do tipo, qual seja a ofensa à dignidade sexual, penso que inexistiu crime. Não há lesão ao bem jurídico quando uma adolescente de 13 anos de idade, voluntariamente, passa a morar com o autor e mantém com ele relações sexuais. Vítima vulnerável é a que apresenta uma diminuição física, psíquica ou sensorial, estacionada ou progressiva, configurando causa de dificuldade de aprendizagem, de relacionamento ou de integração laborativa, determinando um processo de desvantagem social ou de marginalização, segundo lei italiana de 5 de fevereiro de 1992. (Grifo nosso)

Portanto, apesar do legislador com o novo dispositivo constante no art. 217-A buscar impedir qualquer forma de relativização ou ausência total da presunção de violência, ainda para alguma parte da doutrina deve ser analisado o caso concreto quando se tratar de estupro de menor de 14 anos. Compartilha-se do mesmo pensamento de Nucci e Damásio, pois deve ser levado em consideração se houve lesão ao bem jurídico, bem como o nível de maturidade

sexual e o meio que viva esse menor, porque como afirma Damásio “vítima vulnerável é a que apresenta uma diminuição física, psíquica ou sensorial, estacionada ou progressiva, configurando causa de dificuldade de aprendizagem, de relacionamento ou de integração laborativa [...]” Dessa forma, apesar de compreender que o legislador visa tutelar os menores dos diversos crimes de abuso sexual, como a exemplo da pedofilia, entende-se que o mesmo critério que foi utilizado quanto ao necessário discernimento para as pessoas com enfermidade ou deficiência mental deveria ter sido aplicado aos menores (na faixa etária de 12 a 14 anos).

Justifica-se ainda este posicionamento, pois o legislador parece ter feito um retrocesso em nosso Diploma Penal, ignorando a realidade social e as muitas situações abrangidas pelo crime de estupro de vulnerável. É notório que cada vez mais os jovens iniciam a vida sexual mais precocemente e, sendo assim, a lei deveria se adaptar a situação real da sociedade.

É claro que não há o que se discutir quanto à enorme distância moral e intelectual, por exemplo, de uma criança de 8 anos e um adolescente de 13 anos, desigualdade que não foi contemplada pelo legislador ao classificar como vulnerável todos os menores de 14 anos.

Como já mencionado, é totalmente compreensível e plausível o intuito do legislador em tutelar os adolescentes menores de 14 anos e, principalmente, as crianças. Contudo, não se pode generalizar, abarcando todos os adolescentes menores de 14 anos como sendo vulneráveis, pois em certos casos dependendo do discernimento e autodeterminação do menor no tocante à prática de atos sexuais, não se pode admitir que a lei impeça a possibilidade de produção de prova para comprovação do discernimento deste menor, oportunidade em que o crime deve ser afastado.

Assim, compartilha-se do entendimento, que, por exemplo, no caso de uma menor com 13 anos idade que consente manter relações com um jovem de 18 anos e, tendo em vista o consentimento desta menor, mesmo ocorrendo com a atual legislação em vigor, não se encaixa no tipo penal de estupro de vulnerável.

Entretanto, como foi dito, boa parte da doutrina se inclina para a presunção absoluta quando o crime de estupro é praticado contra menor de 14 anos, uma vez que o critério de idade trata-se de um critério objetivo. Dessa forma, Greco (2011, p. 529) diz:

[...] existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o de delito de *estupro de vulnerável*.

Portanto, frise-se que quando o agente tem conhecimento da idade da vítima, ou seja, sabendo que a mesma é menor de 14 anos, mesmo com o consentimento dela, não há o que se questionar, deverá ser aplicado o constante no art. 217-A, independentemente de ter usado ou não da violência ou da grave ameaça para atingir a sua finalidade. Pois o que caracteriza o estupro de vulnerável é a vontade *ter* conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

Agora, quando o agente desconhece a idade da vítima, pode ser argumentado o erro do tipo ou até mesmo a atipicidade da conduta ou então ser aplicado o disposto no art. 213, devendo sempre ser analisado o caso concreto. Neste sentido, Greco (2011, p.) exemplifica:

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia nem completados os 14(catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nessa caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou ameaça.

Por sua vez, o §1º do art. 217-A prevê que quem mantém conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa que não possua necessário discernimento para tais práticas, em virtude de possuir alguma enfermidade ou deficiência mental, ou, ainda, com pessoa que não possa oferecer resistência, em razão de algum motivo responderá pelo delito de estupro de vulnerável.

É importante ressaltar que o tipo penal em estudo não está prevendo que todas as pessoas com enfermidade ou deficiência mental são sujeito passivo do delito de estupro de vulnerável, mas apenas tutelando aquelas que não tenham o necessário discernimento para a prática de atos sexuais, ou seja, visa o tipo penal aplicar uma punição mais severa para os possíveis criminosos, que tendo conhecimento do pouco ou da falta total de discernimento aproveitam-se da condição dessas pessoas.

Quanto à pessoa que não possa oferecer resistência à finalidade do agente, pode se definir várias situações que as levem à falta de consciência, como as citadas por Greco (2011, p.533):

Vale recordar algumas situações em que uma pessoa, em estado de coma, engravidou, supostamente, de um enfermeiro encarregado de prestar os cuidados necessários à manutenção de sua vida vegetativa; ou ainda daquele cirurgião plástico que, depois de anestesiá-las suas pacientes, fazendo-as dormir, mantinha com elas conjunção carnal; ou daquele terapeuta que abusava sexualmente de crianças e adolescentes depois de ministrá-lhe algum sedativo.

Deste modo, vê-se que estando a vítima nos estados de supressão da consciência ou da vontade de praticar tais atos, em virtude de estar sob efeito de anestésicos, o agente responderá pelo delito de estupro. Ressaltando-se que pouco importa que tenha sido o próprio autor que colocou a vítima nesta circunstância de irresistência ou que já a tenha encontrado neste estado de vulnerabilidade, nesses casos, sempre se amoldará ao delito de estupro de vulnerável.

Tendo, ainda, como exemplos de situações de impossibilidade de oferecer resistência as trazidas por Greco (2011, p.533) “[...] os casos de embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade temporária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégicos.”

Ainda com relação ao estupro de vulnerável de pessoas com enfermidade ou doença mental, que afetem a sua capacidade de compreensão e as pessoas que estão impossibilitadas de oferecer resistência ao ato sexual, sendo a falta de discernimento ou a falta de resistência absolutas, resta configurado o crime de estupro de vulnerável, agora caso sejam relativas se amoldará ao constante no art. 215, que trata-se do crime de violação sexual mediante fraude. (NUCCI, 2010, p. 38 e 40)

3.2 OBJETO JURÍDICO

O tipo penal em estudo visa tutelar o sadio desenvolvimento sexual das pessoas consideradas vulneráveis, seja em virtude da ausência de maturidade sexual, enfermidade ou deficiência mental que gere a falta de discernimento necessário ou a impossibilidade de oferecer resistência.

No tocante ao bem jurídico, Bitencourt (2010, p. 93) afirma:

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

No entanto, Greco (2011, p.535) entende que o art. 217-A “[...] atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sadio.”

3.3 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Assim, como no crime de estupro do art. 213, o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser o homem ou a mulher, exigindo-se, apenas, que se a finalidade do agente é a de obter conjunção carnal, deve ser a vítima e o agente de sexos opostos. Agora, se o intuito é o de praticar outro ato libidinoso, nada impede que agente e vítima sejam do mesmo sexo. Dessa forma, leciona Mirabete (2011, p. 409) quanto ao sujeito ativo do art. 217-A:

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, tanto o homem como a mulher. Pratica, assim, o crime em estudo a mulher que tem conjunção carnal com menor de 14 anos do sexo masculino. Nessa forma de conduta, somente não pode ser autor pessoa do mesmo sexo do menor, porque nesse caso não pode haver o coito normal. Na prática de outro ato libidinoso, não há impedimento de que o autor e vítima sejam pessoas do mesmo sexo.

Por sua vez, o sujeito passivo do delito de estupro de vulnerável é mais restritivo, podendo ser, primeiramente, o menor de 14 anos de idade. Depois o tipo penal prevê como sujeito passivo do delito de estupro de vulnerável pessoa com enfermidade ou com alguma deficiência mental, que acometa o seu discernimento, não sendo este o suficiente para a prática de atos sexuais e também aquelas pessoas que, por algum motivo, não possam oferecer resistência.

Por conseguinte, percebe-se que o crime de estupro de vulnerável é um crime comum no que diz respeito ao agente, ao passo que a vítima deve ser umas das previstas no dispositivo. Assim, quanto ao sujeito passivo o delito de estupro de vulnerável é um crime próprio.

3.4 TIPO OBJETIVO E TIPO SUBJETIVO

A conduta típica do estupro de vulnerável é a de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso contra os considerados vulneráveis. Percebe-se que, diferentemente do estupro previsto no art. 213 e da violência sexual mediante fraude disposto no art.215, no estupro de vulnerável não se impõe que para sua configuração esteja presente a grave ameaça, violência ou fraude. A intenção do legislador no art. 217-A foi a de punir mais severamente quem pratica estupro aproveitando-se da condição de vulnerável da vítima. Logo, conclui Mirabete (2011, p.410) que:

O delito em estudo absorve os crimes descritos no art. 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 de sujeito passivo de pessoa vulnerável, que justifica a punição mais severa. O emprego de violência, grave ameaça ou fraude, como meios para a consumação do delito, constitui circunstância a ser valorada pelo juiz na fixação da pena, mas, se da conduta decorre lesão grave ou morte, o crime é qualificado.

Do mesmo modo que no crime de estupro do art. 213, discute-se tanto na doutrina quanto na jurisprudência se o estupro de vulnerável é um tipo misto cumulativo ou um tipo misto alternativo. Dentre os que defendem ser um tipo misto cumulativo está Mirabete (2011, 410), o qual elucida:

Entendemos tratar-se de tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável (§1º). A prática de uma ou outra conduta configura o crime de estupro de vulnerável e a realização de ambas constitui, em princípio, duas infrações.

De acordo com este posicionamento será o contexto fático que determinará a verificação de crime único, concurso material ou continuidade delitiva. Logo, Mirabete (2011, p.410) afirma que “se os atos libidinosos praticados com a pessoa vulnerável constituem prelúdios ou atos preparatórios da conjunção carnal, há crime único. Se, no entanto, após a cópula vagínica o agente pratica com a vítima coito anal, comete dois crimes de estupro.”

Contudo, a doutrina majoritária tem o entendimento que, igualmente como no estupro do art. 213, trata-se de um tipo misto alternativo o crime de estupro de vulnerável, ou seja, se ocorrer a prática de uma ou de ambas as condutas típicas na mesma situação fática, será crime único. Tal posicionamento foi exaustivamente explicado no tópico 2.4.

Como explicado a violência ou grave ameaça não são exigidas no dispositivo em estudo, entretanto, estando presentes o emprego de violência ou grave ameaça e sendo a vítima vulnerável, estará configurado o delito previsto no art. 217-A. Logo, tem-se:

Assim, deve-se ter por configurado o estupro de vulnerável também nos casos em que o agente emprega violência, grave ameaça ou fraude para reduzir a 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 agente que, após desferir um golpe violento na vítima, a amarra e a amordaça para então estuprá-la; da vítima que é constrangida mediante grave ameaça a ingerir um potente narcótico; do agente que subrepticiamente insere na bebida da vítima o mesmo narcótico; 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 etc. (MIRABETE, 2011, p. 412)

No que diz respeito ao tipo subjetivo do art. 217-A, o dolo é a vontade do agente em praticar conjunção carnal ou ato libidinoso, com menor de 14 anos, com pessoas portadores de enfermidades ou deficiência mental que não tem o necessário discernimento para tais práticas e, ainda, aquelas que estejam impossibilitadas de reagir à conduta do agente.

Como o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal é o dolo, como já visto, se no caso do autor desconhecer a condição de vulnerabilidade da vítima, seja quanto à idade, doença ou enfermidade mental, será segundo Mirabete (2011, p.412) “abrangida pelo dolo eventual. O erro, porém, quanto a essas condições exclui o dolo, podendo se configurar outro crime (arts. 213 e 215).”

Ainda quanto ao desconhecimento do autor da condição de vulnerabilidade da vítima, Greco (2011, p.536) destaca que “se, na hipótese concreta, o agente desconhecia qualquer umas dessas características constantes da infração penal em estudo, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo, conseqüentemente, a tipicidade do fato.”

Fernando Capez (2010, p.87) entende que “não se exige o elemento subjetivo do injusto consciente na finalidade de satisfazer a lascívia.”

Segundo Greco (2011, p.536) “não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição leal expressa nesse sentido.”

3. 5 MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Quanto ao delito na forma comissiva, Greco (2011, p. 536) destaca que “os núcleos ter e praticar pressupõem um comportamento *positivo* por parte do agente, tratando-se, pois, como regra, de um crime *comissivo*.”

Se o agente tem a função de garantidor, o delito em estudo poderá ser praticado na forma omissiva. Nesse ângulo, Greco (2011, p.536) expõe:

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 omissão deverá ser punida com as mesmas penas constantes no preceito secundário do art. 217-A do Código Penal.

3.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito constante no art. 217-A consuma-se com a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso.

A conjunção carnal consuma-se pela introdução do pênis na vagina, independentemente de ejaculação ou do rompimento do hímen.

Consuma-se, segundo Mirabete (2011, p.412) “executando qualquer prática libidinoso, o delito está consumado.”

Quanto à tentativa, é possível nas duas formas de condutas, pois trata-se de crime plurissubsistente. Para configuração da tentativa deve ser analisado se as circunstâncias demonstram a intenção do agente em realizar os atos sexuais com a vítima vulnerável.

Assim, poderá ser verificada a tentativa, segundo Mirabete (2011, p.412 e 413) quando:

Há tentativa, por exemplo, se o agente proferiu a grave ameaça ao menor para que se submete-se aos atos libidinosos, mas este logrou fugir; se o agente e a menor de 14 anos são surpreendidos, já despidos, no interior de um motel, quando se preparavam para a prática dos atos sexuais etc.

A desistência voluntária pode ocorrer antes de praticado qualquer ato libidinoso.

3.7 PENA E AÇÃO PENAL

A punição para o delito de estupro de vulnerável é de 8 a 15 anos de reclusão. Entretanto, se o resultado da conduta for lesão corporal grave a pena é de 10 a 20 anos de reclusão e se o resultado da conduta for a morte da vítima será de 12 a 30 anos de reclusão.

Como já mencionado no item 2.6, a natureza da ação será de iniciativa pública incondicionada se o delito de estupro for contra pessoa vulnerável.

3.8 MODALIDADES QUALIFICADAS

As modalidades qualificadas do delito de estupro de vulnerável estão previstas nos §§ 3º e 4º, art. 217-A. As qualificadoras incidirão se da conduta do autor resultar lesão corporal grave, onde a pena será entre 10 a 20 anos reclusão, ou se da conduta acarretar a morte da vítima, a pena será 12 a 30 anos de reclusão.

No que concerne à conduta, Greco (2011, p.537) ensina que:

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, diz claramente, que a lesão corporal de natureza grave, ou mesmo, a morte da vítima, devem ter sido produzidas em consequência da conduta do agente, vale dizer, do comportamento que era dirigido finalisticamente no sentido de praticar o estupro.

Quanto aos resultados que qualificam o estupro de vulnerável, Greco (2011, p.537) entende que “somente podem ser imputados ao agente a título de *culpa*, cuidando-se, outrossim, de crimes eminentemente preterdolosos.”

3.9 PEDOFILIA

Como afirma Greco (2011, p. 540) “de todos os crimes que nos causam asco, que nos enojam, que nos fazem ter um sentimento de repulsa, sem dúvida alguma, a pedofilia se encontra no topo da lista.”

A pedofilia consiste na atração sexual por crianças ou adolescentes sexualmente imaturos, explorando-os sob o ponto de vista erótico das mais diversas maneiras.

Infelizmente, muitas são as notícias e relatos desse tipo de crime vinculados na mídia. A internet é uma das maiores armadilhas utilizadas por esses pedófilos, pois as crianças ou adolescentes se tornam vítimas fáceis nesse “mundo cibernético”.

Por mais que o nosso legislador não tenha definido o crime de pedofilia em nosso Código Penal, percebe-se nitidamente que umas das intenções em prever no art. 217-A o estupro de menor de 14 anos, foi proteger as crianças e adolescentes desses autores de pedofilia.

Por existir uma tênue linha entre o estupro de menor de 14 anos e a pedofilia, uma indagação que deve ser feita é se a pedofilia deve ser considerada como doença e, sendo assim, deve ter como punição o tratamento e auxílio psicológico e psiquiátrico ou deve ser tido como uma conduta criminosa e, portanto, se amoldar ao constante no art. 217-A?

Segundo a medicina legal, a pedofilia consiste numa sexualidade anômala, um desvio sexual, tendo como características alterações qualitativas e quantitativas do instinto sexual acerca do seu objeto e finalidade do ato sexual. A psicologia e a psiquiatria ao analisar o perfil de um pedófilo demonstram que, na grande maioria, são acometidos por sentimento de inferioridade e baixa auto-estima, pessoas solitárias, apresentam dificuldade de relacionamento com pessoas de sua idade e entre outros transtornos mentais associados e, ainda, a maioria sofreu algum tipo de abuso sexual na infância.

Por conseguinte, deve ser feita uma análise caso a caso, uma vez que sob o ponto de vista psiquiátrico-forense a pedofilia é uma perturbação da saúde mental e, dessa forma, se encaixaria na semi-imputabilidade ou inimputabilidade.

Todavia, como foi dito, deve ser analisado o caso concreto, para dar a punição coerente aos autores desse tipo crime, pois não resolve aplicar uma pena de reclusão a um psicopata ou doente mental, que tem atração sexual por criança ou adolescente, uma vez que com o cumprimento da pena, estes pedófilos voltam às ruas tão ou mais perturbados mentalmente e, assim, retornam a praticar os mesmos atos contra crianças e as sequelas estarão sempre se renovando.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo o que foi exposto, conclui-se que o estupro sempre foi uma conduta criminosa desde as civilizações antigas.

Com o advento da lei 12.015/2009, viu-se que o crime de estupro teve uma ampla alteração no seu conceito. Agora o novo tipo penal do estupro reúne a antiga redação do art. 213 e o revogado art. 214, que tratava do delito de atentado violento ao pudor. Sendo assim, diante da nova redação do art. 213, agora tanto o homem quanto a mulher podem ser considerados sujeitos ativo ou passivo do delito, uma vez que agora o dispositivo afastou o constrangimento *de mulher*, passando a ser o constrangimento *de alguém*.

Verificou-se a possibilidade do marido ser sujeito ativo do crime em comento, bem como foi demonstrado que diante da nova redação do art. 213 não há mais razão de ser a celeuma jurídica acerca do estupro de transexuais.

Tendo em vista a nova definição do crime de estupro, uma crítica que se faz ao legislador é quanto ao termo outro ato libidinoso, pois, como se viu, o delito de estupro tem uma pena mínima de 6 anos e, portanto, os julgadores devem realizar uma análise mais profunda do referido termo, para não haver uma disparidade entre o ato cometido pelo agente e a pena cominada.

No que diz respeito ao tipo objetivo, a doutrina majoritária entende ser um tipo misto alternativo, portanto, se praticada a conjunção carnal ou outro ato libidinoso o delito restará configurado e, ainda, se praticados os referidos atos contra a mesma vítima dentro de um mesmo contexto fático, afastará a continuidade delitiva ou o concurso de crimes, portanto, a lei em vigor é mais benéfica para o réu.

Viu-se que não ocorreu o *abolitio criminis* mesmo com a revogação do art. 214, pois se realizado qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal praticado mediante o emprego de violência ou grave ameaça será uma conduta criminosa, se amoldando ao delito de estupro.

Outra alteração promovida pela lei em comento, é que o crime de estupro em todas as suas formas (simples ou qualificada) ou quando praticado com vítimas vulneráveis é considerado crime hediondo.

Por fim, analisou-se o crime de estupro de vulnerável, novo tipo penal contemplado no art. 217-A do Código Penal. Diferentemente do estupro disposto no art. 213, no delito de estupro de vulnerável não se exige que a conduta seja praticada com violência ou grave

ameaça, basta tão somente ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com os considerados vulneráveis, mesmo com o consentimento destes. Para o legislador, vulnerável são todos os menores de 14 anos de idade, os que tenham alguma enfermidade ou doença mental e, portanto, não possuam o necessário discernimento para a prática dos atos sexuais e, ainda, todos os que por algum motivo não possam oferecer resistência a conduta do agente.

Com o tipo penal do art. 217-A, o legislador visou afastar qualquer relativização da presunção de violência do revogado art. 224, quando a vítima for menor de 14 anos de idade. Entretanto, a discussão acerca da presunção de violência continua a existir mesmo diante do novo tipo penal. Compartilha-se, como visto, do entendimento de Nucci e Damásio de Jesus, os quais defendem que deve ser verificado quando da prática de relações sexuais com menores de 14 anos, o contexto e a maturidade sexual que se encontra esse menor. Discorda-se, portanto, do fato do legislador ter considerado todos os menores de 14 anos vulneráveis, uma vez que sabe-se que cada vez mais os jovens iniciam uma vida sexual precocemente. Dessa forma, o texto legal deveria se coadunar com a realidade social atual, devendo, assim, ter o legislador da mesma maneira que dispôs quanto ao necessário discernimento da prática de relações sexuais por pessoas com alguma enfermidade ou doença mental, ter também inserido aos menores de 14 anos.

Por conseguinte, é notório que, mesmo que o legislador não tem tipificado o crime de pedofilia, uma das intenções da lei ao criar o estupro de vulnerável foi proteger as crianças desses pedófilos. E, ainda, depreendeu-se que outro objetivo da lei com o tipo penal em comento foi punir mais severamente quem pratica atos sexuais aproveitando-se da condição de vulnerável da vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial, Vol. IV. 4ª. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

BRASIL, TJGO- Apelação Criminal 32559-/213. Relatora: Rozana Fernandes Camapum. Julgamento 09.10.2009- Disponível em http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_325591213_20091008_20091027_130217.PDF. Acesso em: 10 mai. 2011

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial, Vol. III. 8ª. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl., Vol III, São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, Vol. III. 8ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

<http://www.tj.pr.gov.br/asp/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=32&Processo=1176568&Texto=Acórdão&Orgao=> acesso em 10/05/2011

HUNGRIA, Nelson e Romão Côrtes de Lacerda. **Comentários ao Código Penal**. Parte Especial. Vol. VIII. Rio de Janeiro. Editora Revista Forense, 1947.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte especial. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3.

_____. **Vítima Vulnerável do Crime Estupro**. Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 10 set. 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=820>. Acesso em: 18 mai. 2011

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas S.A., 2007. v.2.

_____. **Manual de direito penal**: parte especial. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. v.1.

_____. **Manual de direito penal:** parte especial, Vol. II. 28. ed. rev. E atual. – São Paulo: Atlas, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 10ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral: 1º ao 120. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1

_____. **Curso de direito penal brasileiro,** volume 2: parte especial: arts. 121 a 249. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;



**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, 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:

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 verifiquem 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