



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

EDUARDO HENRIQUE SILVESTRE XAVIER CÉSAR

O CRIME DE ESTUPRO E AS ALTERAÇÕES DA LEI 12.015/2009

SOUSA - PB
2010

EDUARDO HENRIQUE SILVESTRE XAVIER CÉSAR

O CRIME DE ESTUPRO E AS ALTERAÇÕES DA LEI 12.015/2009

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA - PB
2010

EDUARDO HENRIQUE SILVESTRE XAVIER CÉSAR

O CRIME DE ESTUPRO E AS ALTERAÇÕES DA LEI 12.015/2009

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares

Banca Examinadora:

Data de provação: _____

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares

A Deus, aos meus pais, às minhas tias e a todos que contribuíram no percurso desta árdua jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

A Deus e à virgem Maria pela proteção e conforto espiritual.

Aos meus pais Getulio e Cleide por tudo de bom que me ensinaram.

A minhas tias que por toda minha vida me ajudaram e incentivaram.

Ao meu irmão Luiz Felipe pela compreensão, aprendizado e companheirismo.

Aos meus amigos, em especial aos amigos de curso Francisco Américo, José Leonardo e Leônidas Dias.

A minha namorada Bethylânia Albuquerque pelo amor e carinho.

Aos professores e funcionários que me auxiliaram no transcorrer do curso.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente participaram da minha vida acadêmica e me auxiliaram a vencer todas as barreiras em busca dos meus sonhos.

Perseverança

“Só existe uma diferença entre os homens: os que persistem e os que desistem. Com perseverança alcançaremos nossos objetivos, venceremos barreiras e obstáculos. A perseverança nos guie na jornada do bem. Que esta luz permaneça em nós.”

Ação Paramaçônica Juvenil - APJ

RESUMO

Este trabalho científico avalia as alterações trazidas pela lei 12.015/2009 para o crime de estupro. Desta forma, o debate do presente trabalho científico expõe-se na questão de avaliar o crime de estupro ao longo dos tempos para se chegar às novas alterações legais e seus reflexos na solução dos casos concretos. O objetivo consiste em colher informações de uma forma geral do crime de estupro, analisar os aspectos deste crime para se chegar a uma maior compreensão das alterações trazidas pela lei 12.015/2009 e, sobretudo, vislumbrar maneiras mais justas de adequar a previsão legal à realidade dos fatos. Em sendo assim, a justificativa deste trabalho reside na importância de se ter maior acesso a como os crimes sexuais atingem a sociedade em geral e em especial o indivíduo, sua liberdade e dignidade. Para se alcançar tal anseio, adota-se os métodos de abordagem dedutivo e dialético da pesquisa bibliográfica. No que se refere à análise do tema, vê-se que a lei 12.015/2009 alterou de forma substancial o crime de estupro, passando a adequá-lo às novas concepções sexuais do século XXI, mormente à adequação dos preceitos legais ao princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana, à igualdade entre homens e mulheres, respeitando o princípio da equidade, principalmente no que se refere à proteção dos menores de 18 anos e dos legalmente considerados vulneráveis. Conclui-se ainda que a alteração legal consubstanciou-se um passo de fundamental importância e um precedente para futuras alterações em outros tipos penais que restam-se desatualizados.

Palavras-chave: Crime. Estupro. Alterações Legais.

ABSTRACT

This scientific work evaluates the changes brought by the Law 12.015/2009 for the crime of rape. Thus, the discussion of this scientific work exposes the question of evaluating the crime of rape over time to arrive at new legal changes and their effects in solving cases. The goal is to gather information in general of the crime of rape, examine the aspects of this crime to reach a better understanding of the changes brought by the law 12.015/2009 and especially glimpse fairer ways of adapting the legal provisions to the reality of the facts. In being so, the justification for this work is the importance of having greater access to sexual crimes that affects the society in general and in particular the individual, his freedom and dignity. To achieve this desire, it adopts the deductive and dialectical methods approach to literature. As regards the analysis of the topic, is seen that the law 12.015/2009 changed substantially the crime of rape, adaptating it with the new sexual conceptions of the XXI century, especially the adequacy of legal precepts to the Constitutional principle of human dignity, equality between men and women, respecting the principle of fairness, especially as regards to the protection of children under 18 and legally considered vulnerable. It's also concluded that the legal change was a very important step and a precedent for future changes in other criminal types that remain outdated.

Keywords: Crime. Rape. Legal changes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O CRIME DE ESTUPRO E SEUS ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS	11
2.1 HISTÓRICO	11
2.2 O ESTUPRADOR (CRIMINOLOGIA)	17
2.3 A VÍTIMA (VITIMOLOGIA)	22
3 O CRIME DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES DA LEI 12.015/2009	25
3.1 CONCEITO	26
3.2 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO	29
3.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	33
3.4 PENA, AÇÃO PENAL E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS	35
3.5 O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR	36
4 AS INOVAÇÕES DO CRIME DE ESTUPRO APÓS A LEI 12.015/2009	39
4.1 NOVA CONCEITUAÇÃO TÍPICA	40
4.2 CLASSIFICAÇÃO, OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO	42
4.3 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO	43
4.4 TIPOS OBJETIVO E SUBJETIVO, CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	44
4.5 RESULTADOS QUALIFICADORES E CONCURSO	46
4.6 ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CONCEITO)	48
4.6.1 Sujeitos Ativo e Passivo; Tipos Objetivo, Subjetivo e Formas Qualificadas	51
4.7 DISPOSIÇÕES EM GERAL QUANTO AOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E AOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL (AÇÃO PENAL E CAUSAS DE AUMENTO DE PENA)	53
4.8 DISPOSIÇÕES COMUNS AOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (AUMENTO DE PENA E SEGREDO DE JUSTIÇA	55
5 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho científico buscará focar as inovações trazidas pela lei 12.015/2009, especialmente no que tange às modificações do crime de estupro. Em seu transcorrer analisar-se-á toda a evolução deste crime, as questões polêmicas que rodeiam um tema que envolve assuntos sexuais, culturais, éticos e jurídicos.

O estupro sempre trouxe muita repulsa a todos os membros da sociedade em todas as partes do mundo. Anteriormente, este era punido com penas sobremaneira severas, hoje, as punições de um modo geral se abrandaram. Porém, ainda se busca extirpar do convívio social estas pessoas que entregam-se à luxúria, aos extintos mais primitivos e para isto, utilizam-se de bens indisponíveis do próximo, como a dignidade sexual, a liberdade sexual e sobretudo ultrapassam os limites do respeito ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

Cada vez mais se necessita de um estudo sobre o que leva o indivíduo a cometer este crime, quais as conseqüências para a vítima, tanto físicas quanto psicológicas além da análise detalhada da lei para se chegar à aplicação mais justa possível dos preceitos legais sobre o tema.

No primeiro capítulo será feita a evolução histórica do crime de estupro, buscando-se enfatizar a forma de punição em cada cultura diferente, seja em Roma, na cultura Hebraica, na Bíblia, entre outras.

Neste mesmo capítulo far-se-á uma análise do criminoso e da vítima, um estudo criminológico e vitimológico de suas condutas, respectivamente, das formas mais comuns de motivação, além de perfis criminosos descritos pela doutrina e pela psicologia que auxiliam na perícia criminal e em que a vitimologia pode ser útil à análise e julgamento dos casos de estupro.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor antes da entrada em vigor da lei 12.015/2009. Estas condutas, como antes eram vistas separadamente, se faz de suma importância analisar seu conceito, suas penas, seus sujeitos ativo e passivo, ou seja, vê-se de

uma forma geral como o aplicador da lei atuava frente à antiga preceituação legal e como a doutrina reagia a este atuar.

Já no terceiro capítulo passar-se-á à efetiva avaliação dos impactos gerados pela lei 12.015/2009 para o crime de estupro, a ação penal e a criação da nova modalidade criminosa de estupro contra vulnerável, além do posicionamento doutrinário sobre as mudanças e qual a melhor forma de pôr em prática o que o legislador quis que fosse atualizado e modernizado de acordo com a nova postura da sociedade frente à questão sexual.

A pesquisa feita neste trabalho científico é de fundamental importância para que se tenha maior acesso a como os crimes sexuais atingem a sociedade em geral e em especial o indivíduo e sua liberdade e dignidade. Para que se busque reiteradamente achar maneiras de se evitar estas práticas tão danosas à formação e à alma do ser humano e, além de tudo, só com um estudo cada vez mais aprofundado do comportamento sexual e da lei como um todo se pode chegar a punições mais justas, educativas e que recomponham o transgressor da lei.

Os objetivos da presente pesquisa são os de colher informações de uma forma geral do crime de estupro, analisar os aspectos deste crime para se chegar a uma maior compreensão das alterações trazidas pela lei 12.015/2009 e, sobretudo, vislumbrar maneiras mais justas de adequar a previsão legal à realidade dos fatos no caso concreto.

Para se atingirem os objetivos almejados pela pesquisa utilizar-se-ão os métodos de abordagem dedutivo e dialético da pesquisa bibliográfica. O dedutivo na medida em que o estudo do tema será iniciado a partir de teorias e conceitos mais amplos sobre este, para assim, chegar-se a conclusões mais específicas sobre a devida aplicação da lei penal aos casos que se apresentam no dia a dia. Com o dialético, buscar-se-á através da análise de vários fatores, teorias e posicionamentos chegar a conclusões satisfatórias sobre o tema ora apresentado.

Este trabalho, portanto, representa um esforço para que se torne mais clara a compreensão de todos sobre a problemática do crime de estupro e as suas alterações implementadas com a lei 12.015/2009 e suas conseqüências.

2 O CRIME DE ESTUPRO E SEUS ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

Desde as épocas mais remotas da antiguidade, a sociedade sempre viu com maus olhos quem comete o crime de estupro, sendo este punido muitas vezes e em vários países, até mesmo no Brasil por algum período, com a pena capital ou penas brutais como a castração e a perfuração dos olhos.

Sua análise envolve vários fatores como a moral, os padrões sociais, os desvios da conduta sexual, assim como a complacência para com suas vítimas, as punições e a regeneração do transgressor da lei, aspectos estes que, certas vezes, são tratados como tabus ou não recebem o respeito e dedicação necessários.

2.1 HISTÓRICO

A palavra estupro tem sua origem do latim *stuprum*, que quer dizer, todo ato impudico, carnal, lascivo praticado contra um homem ou uma mulher, neste sentido, englobando inclusive o adultério e a pederastia, que é o relacionamento erótico entre um homem e um menino, comumente ocorrido na antiga Grécia. Mais estritamente este era relacionado ao coito com uma mulher que fosse virgem ou não casada, mas honesta.

Como era de se esperar este crime já se apresentava nas leis romanas, o *estuprum violentum*, como lembram Hungria, Lacerda e Fragoso (1981, p. 104) “chamava-se ‘*stuprum*’, em sentido lato, qualquer congresso carnal ilícito” e estava previsto como *crimen vis* na *Lex Julia de vi Publica* sendo reprimido com a pena de morte.

No antigo Egito, a pena que se aplicava ao estuprador era a mutilação. Na Grécia, primeiramente impôs-se uma multa, contudo após foi também adotada a pena capital. Por sua vez, no Direito Canônico, para caracterizar a prática deste

crime a vítima devia ser uma mulher virgem e era imprescindível a presença da violência.

Já na legislação hebraica, a punição para a possibilidade da concretização do estupro estava prevista da seguinte forma, Noronha (1989, p.106):

[...] aplicava-se a pena de morte ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento. Se se tratasse de mulher virgem, porém não desposada, devia ele pagar cinquenta ciclos de prata ao pai da vítima e casar com ela [...]

Várias leis espanholas também previam o estupro, como a do Fuero Viejo em que o criminoso era punido com a morte ou com a declaração de enemidad, segundo a qual os parentes da vítima tinham o direito de ceifar a vida do ofensor. As do Fuero Real e das partidas também previam a pena de morte.

No período medieval, nota-se também a severidade que as leis eram aplicadas Sznick (1992, p. 167):

Na Idade Média, na Inglaterra, em seus primórdios, punia-se o estupro com a pena de morte (que era a última fase do direito romano, de punição severa contra os crimes sexuais), Guilherme, o Conquistador, substituiu a pena de morte – que era muito severa – pela pena de castração e perda dos olhos.

O estupro está presente na maioria da legislação e da literatura dos povos civilizados, assim como na própria Bíblia, no Velho Testamento, há várias passagens que abordam o assunto, passando a visão do direito hebraico sobre o tema, quais sejam:

Na ocasião em que Moisés descreve as maldições que os judeus sofreriam se não obedecessem a lahweh: “Desposarás uma mulher e outro homem a possuirá” (Dt, 28, 30).

Este versículo foi lembrado quando as cidades hebraicas foram invadidas nas guerras e ocorreram estupros.

Em outra parte do Velho testamento, em Juízes (19,25-29), apresenta-se a descrição de um estupro múltiplo que culminou com a morte da vítima que era a concubina de um forasteiro, o que levou a uma guerra contra a tribo.

Em Samuel, encontra-se a história de Amnom, que ofendeu a sua irmã, Tamar (Sm, 13, 1-18), ambos eram filhos de Davi e este amor platônico se transformou em um ato sexual não consentido, que é descrito da seguinte forma:

Ele segurou-a pelo braço e disse-lhe: Deita-te comigo, minha irmã!
Mas ela explicou-lhe: Não, meu irmão. Não me violentes, porque não se procede assim em Israel, não cometa esta infâmia! Ele, porém, não quis ouvi-la, dominou-a, e com violência deitou-se com ela.

Ainda em Deuteronômio (22, 23-27), está escrito:

Se Houver uma jovem prometida a um homem, e outro homem a encontra na cidade e deita-se com ela, trazeis ambos à porta da cidade e os apedrejareis até que morram: a jovem por não ter gritado por socorro na cidade, e o homem por ter abusado da mulher de seu próximo. Contudo, se o homem encontrou a jovem prometida no campo, violentou-a e deitou-se com ela, nada farás à jovem, porque ela não tem um pecado que mereça a morte, ele a encontrou no campo, e a jovem prometida pode ter gritado, sem haver quem a salvasse. Se um homem encontra uma jovem virgem que não está prometida, e a agarra e se deita com ela, e é pego em flagrante, o homem que se deitou com ela dará pela jovem cinquenta ciclos de prata, e ela ficará sendo sua mulher, uma vez que abusou dela. Ele não poderá mandá-la embora durante a sua vida.

Muito interessante se faz observar esta passagem bíblica e os elementos que se apresentavam para que se restasse caracterizado o estupro. Se a mulher fosse prometida a um homem e mantivesse relação sexual com outro na cidade, e somente se esta não gritasse por socorro, ambos seriam apedrejados até a morte. Se esta por sua vez fosse violentada no campo, sem ter por quem pedir ajuda, nada sofreria. Já se a jovem fosse virgem e não prometida, a pena para o esturador era uma simples multa e este devia assumi-la não podendo separar-se desta.

No direito francês, entre os séculos XVI e XVII se o estupro fosse cometido contra uma virgem, a pena nunca poderia ser menor que a morte, sendo considerado ainda que, se esta não estivesse em idade núbil, ou seja, apta para o casamento outros castigos ainda seriam aplicados ao criminoso antes de morrer.

Mesmo com penas severas para os estupradores poucos foram os casos em que estes foram julgados e condenados, pois se hoje há dificuldades para que estes sejam processados quiçá há séculos atrás. Em sua maioria, os poucos casos que se apresentam são os que envolvem crianças.

Com o fim do feudalismo as famílias passaram a se restringir aos pais e seus filhos, já não mais se abrigando sobre o mesmo teto toda a família como se fazia anteriormente, com isto, aumentou-se consideravelmente o número de estupros.

Com o decorrer dos tempos, já no século XIX, passou-se a dar mais atenção aos casos de estupro de um modo geral, não se restringindo mais aos praticados contra crianças, com isto, para se caracterizar o estupro nesta época não seria necessária a violência física, podendo ser também considerada a violência moral por intimidação contra o indivíduo.

Como está se falando de século XIX, alguns aspectos ainda não eram considerados, como a alienação mental dos infratores, porquanto aos padrões da época era inaceitável tal crime não ser punido com a pena máxima. E ainda, muitas vezes, nos processos judiciais pretéritos não se condenavam os estupradores, pois, para os julgadores, na maioria dos casos, as mulheres que eram as causadoras da atitude descontrolada do agente, devido a seus gestos, vestimentas, modo de agir, etc. Era como se fosse o desejo do estuprador projetado sobre a vítima o responsável pelo seu desgoverno.

No Brasil, a prática dos atos hoje descritos como estupro sempre foram considerada crime. Observa-se que nas Ordenações Filipinas, este já era previsto, só que devia ser contra uma mulher virgem e a pena que era aplicada ao criminoso era o casamento com a vítima, ou, este não podendo ocorrer, pagava-se um dote a esta, ou seja, a pena mostrava-se muito branda e privilegiava de certa forma a conduta do agente, pois, como já foi citado, a atitude deste muitas vezes era justificada como se estivesse agindo devido à provocação da vítima.

Já, se o agressor não dispusesse de recursos, este seria açoitado, degredado e exilado. Se, porém, neste caso fosse pessoa de posição social, um fidalgo, seria apenas exilado. No caso de extrema violência a pena a ser aplicada era a morte.

Durante o Império, existia o Código Penal que datava de 1830, neste estavam presentes vários delitos sexuais que eram descritos de forma abrangente como estupro. O próprio estava descrito no artigo 222 deste diploma legal, em que era imputada a pena de prisão de três a doze anos cumulada com a instituição de um dote a ser pago à ofendida. Contudo, se a vítima fosse uma prostituta a pena seria abrandada para um mês a dois anos. O que se configura para os olhos de hoje um critério demasiadamente discriminatório para a diminuição da pena. Apenas em 1890, já com um novo código penal, que foi definido o estupro como a cópula violenta.

Para a literatura e para os aplicadores do direito mais antigos a pena a ser aplicada estava intimamente ligada ao conceito de mulher honesta da época, como uma mulher virgem e recatada que levaria para todo sempre a marca desta violência em sua integridade moral. Porém, em sendo uma prostituta, o tratamento era muito diferenciado. Para eles, esta sofreria apenas a agressão física, não teria assim outra conseqüência para sua vida, o que levaria a aplicação de uma pena bem menor neste caso, se é que alguma destas viu seu agressor ser punido de forma eficaz, em uma sociedade demasiadamente preconceituosa como era em épocas passadas. No estupro da mulher honesta havia duas violações; uma contra a liberdade sexual e outra contra a honra; no da meretriz, apenas o primeiro bem seria ferido.

Para os doutrinadores mais tradicionais o marido que constrangesse a esposa à cópula não estaria cometendo estupro, pois, para eles, para este existir seria necessário que a cópula fosse ilícita, ou seja, concebida fora do casamento. Dentro deste, o sexo seria dever recíproco dos cônjuges, a mulher, assim, só poderia se recusar em casos excepcionais como o de seu marido estar atingido por doenças venéreas.

Hodiernamente, tal situação não é mais aceita, como bem preleciona Delmanto (2004):

Quanto à possibilidade de o marido ser agente de crime de estupro praticado contra a esposa, a doutrina tradicional entende que não pode sê-lo, porquanto seria penalmente lícito constranger a mulher a conjunção carnal, sendo que esta, por si só, não é crime autônomo. Assim, embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular do direito, mas sim abuso de direito, porquanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges.

A sociedade de um modo geral tanto em tempos remotos como atualmente reprovava de forma muito forte e evidente a atitude de um estuprador, principalmente se seu ato recaiu sobre uma pessoa completamente indefesa como uma criança ou um indivíduo que sofra algum problema mental. A lei é o exemplo mais eficaz de reprimenda a esse desvio de conduta. Porém, ao saber da ocorrência de um estupro ou de crimes em série, a sociedade se revolta de tal forma que, se não houver intervenção de força policial, ocorrem linchamentos. Até muitas vezes na própria Cadeia, caso condenados, estes agentes sofrem todo tipo de atos de sevícia. O que ocorre em detrimento ao que prescreve a Constituição federal (artigo 5º, XLVIII, XLIX e LVII) que especifica os direitos do preso e do processado da seguinte maneira:

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Mesmo mais de vinte anos após a entrada em vigor da Constituição de 1988, o Estado ainda não conseguiu colocar em prática tais preceitos, principalmente quanto aos estabelecimentos criminais.

Com o aumento da criminalidade, os estabelecimentos prisionais estão cada vez mais superlotados fazendo com que as Delegacias de Polícia, que não tem essa atribuição, acolham detentos diversos sem as mínimas condições físicas.

Pela falta de Cadeias ou Presídios adequados e pela falta de espaço físico todos os presos convivem no mesmo local independente do tipo de delito que cometeu, e por muitas vezes, independente de ser condenado ou processado.

O indivíduo, mesmo antes de ser julgado, ou condenado, antes do trânsito em julgado da sua sentença condenatória, no decorrer do seu processo, ou até em fase de Inquérito Policial, é colocado em meio a criminosos diversos, sendo abusado sexualmente, configurando, desta forma, a pena de Talião dentro do Estado Democrático de Direito: olho por olho, dente por dente.

É o estupro um crime que invariavelmente é considerado por todas as legislações dos povos civilizados. Em quase todas as leis, os elementos do delito são os mesmos: as relações carnavais e a violência física ou moral. Assim nos Códigos Penais da Suíça (art. 187), Itália (art. 519, caput; o polo passivo no Direito Italiano, refere-se a pessoas de qualquer sexo), Polônia (art. 204), Uruguai (art. 272), Argentina (art. 119), Peru (art. 196), Espanha (art. 431), Portugal (art. 393), Alemanha (§ 177), China (art. 221), Rússia (art. 153) e outros.

Devido à grande relevância e da abrangência deste crime, muitos são os debates sobre o mesmo em Conferências de Direitos Humanos, assim como são tomadas medidas efetivas pelos órgãos internacionais de direitos humanos que, se ratificadas pelo país, criam força vinculante.

2.20 ESTUPRADOR (CRIMINOLOGIA):

De suma importância é a análise do criminoso, de seus aspectos físicos, de seu atuar e forma de agir, assim como, dos aspectos que rodeiam esta figura, que é a chave principal para a solução dos casos, para se analisar as formas de punição e a maneira de recuperá-lo, para que assim se desestimule a prática de tais atos.

Como bem define Soares (1986, p. 42) a criminologia conceitua-se como:

[...] a criminologia é a ciência causal-explicativa, essencialmente preventiva, visando ao oferecimento de estratégias, através de modelos operacionais, de maneira a minimizar os fatores estimulantes da criminalidade, bem como o emprego de táticas que empreguem fatores inibidores da criminalidade.

A partir deste conceito, importante se faz analisar o perfil do estuprador, seu *modus operandi*, sua motivação, o que leva um indivíduo a cometer tal barbaridade, na maioria das vezes, acometidos por uma total imparcialidade e frieza frente à suas ações.

Na maioria dos casos de estupro se percebe que o criminoso não se satisfaz com a prática de apenas uma ação, comete vários delitos contra pessoas diferentes, são os chamados estupradores em série, o que ocorre devido a dificuldade de se identificar rapidamente quem está cometendo estes delitos, antes que muitos crimes sejam cometidos.

Muitos estudos já foram formulados em todo o mundo para facilitar esta identificação, galgada em aspectos sociais, familiares, psicológicos e biológicos. Nestes estudos foram formadas várias categorias de criminosos, para que se pudesse analisar sua periculosidade e provável possibilidade de ressocialização. Desta maneira, de suma importância se faz traçar este perfil do estuprador, pois, será uma arma forense de fundamental importâncias para guiar as investigações, auxiliar o Ministério Público em sua atuação e na solução dos casos.

Com o passar dos tempos e o desenvolver dos estudos, formaram-se perfis consolidados de estupradores como descrevem Serafim; Barros; Rigonatti (2006, p. 89) como o estuprador romântico, o vingativo e o sádico.

O romântico, expressará em sua atuação como criminoso suas fantasias sexuais, é depravado e de um modo geral teve problemas sexuais em sua adolescência ou já na fase adulta, problemas na escola o que se expressa na sua baixa formação, trabalhando em profissões de baixa remuneração, mas possui estabilidade e confiabilidade alta no âmbito social. Segundo eles se este for solteiro,

vive provavelmente com um dos pais, possui comportamento passivo, quieto e nada atlético.

Também tem poucos amigos, nenhuma parceira sexual e vive sobre as regras de seus pais, muitas vezes dominadores e agressivos. Se casado, ainda continua solitário e não acredita em si próprio.

Ainda, este pode possuir vários desvios sexuais como se travestir, ser promíscuo, exibicionista e ser adepto de práticas como o voyerismo, que consiste num indivíduo conseguir obter prazer sexual através da observação de outras pessoas que podem estar envolvidas em atos sexuais, o voyeur masturba-se enquanto assiste. Já o fetichismo, é o desvio do interesse sexual para algumas partes do corpo do parceiro, para alguma função fisiológica ou para peças de vestuário, adorno etc. e masturbação excessiva. A identificação destas práticas é importante, pois, pode levar o estuprador a escolher suas vítimas entre seus vizinhos ou parceiros.

O estuprador romântico age para auto-afirmar seu valor, pois devido a sua insegurança, este não se relaciona de forma salutar com seus parceiros. Para ele a vítima vai sentir prazer com sua ação e não aceita outra pessoa se recusar a ter relações com ele. Compensa sua insegurança com a dominação e o controle sobre outro ser humano, mesmo que por alguns instantes, para elevar seu status pessoal e para conseguir prazer a todo custo.

Neste caso, o estuprador irá utilizar a força necessária apenas para alcançar o que deseja, utilizando-se de ameaças, agressões leves, a presença de uma arma e muitas vezes exigindo que a vítima aja como se gostasse deste, se relacionasse com este, seja pedindo para esta se comportar de forma erótica ou para propiciá-lo preliminares. Negocia com a vítima para conseguir o que deseja, exige que ela diga palavras de carinho ou profanas com ele e pergunta suas habilidades sexuais para compensar todas as suas necessidades.

O estuprador vingativo é aquele que transporta para as vítimas suas frustrações, seus traumas, suas inseguranças e seu ódio, com uma tentativa de liberar sua fúria, ilustrando naquela pessoa a pessoa ou coisa que odeia. Sua ação é extremamente violenta, atua de forma punitiva, esta violência não aumenta sua excitação sexual, normalmente golpeia a vítima de várias formas causando múltiplas

lesões, utiliza-se de armas de oportunidade, que são objetos que se encontram na cena do crime para proferir seus golpes. Os ferimentos que causa, geralmente se encontram em partes do corpo com significado sexual como genitais, ânus, boca, nádegas e geralmente rasgam as roupas das vítimas e possuem comportamento hostil.

Para intimidar a vítima, humilhá-la, ainda promove perversões sexuais, sexo anal, muitas vezes ejacula no rosto desta com o intuito de degradá-la, é acometido quase sempre por ejaculação retardada, prolongando sua atitude, o sexo em si para ele servirá como outro meio de exprimir sua violência e desprezo, não exige preliminares e seu objetivo é rebaixar a vítima.

Seus crimes em primazia são praticados próximos à sua casa, normalmente de forma repentina, durante o dia ou à noite, nos seus momentos de fúria. Os locais do crime demonstram traços de sua violência e são cometidos contra pessoas conhecidas ou que representam alguém que este conhece.

Já o estupro sádico, que é o mais complexo, adquire prazer sexual proporcional à dor que a vítima sente. É mentiroso, se julga intelectualmente superior aos outros, menospreza a ação da polícia, a capacidade desta detê-lo. Planeja de forma muito elaborada seus crimes, escolhe suas vítimas segundo um padrão próprio de boa conduta.

Este tipo de estupro faz de tudo para despistar os investigadores, chegando até, em muitos casos, a casarem-se enquanto cometem crimes com a intenção de se tornarem menos suspeitos. São muito inteligentes, com Q.I. acima da média, não possuem problemas mentais ou de saúde, possuem sim, transtornos sociais. Não se relacionam bem no meio em que vivem, são extremamente agressivos quando frustrados, contrariados ou criticados.

São criados, em sua maioria, por apenas um dos pais em lares violentos, com evidências familiares de desvios sexuais, por exemplo, seu pai também foi estupro, sofrendo agressões físicas quando criança, sendo comum ter sofrido também desvios sexuais quando jovem como o voyeurismo, a masturbação excessiva e sexo promíscuo.

Ainda, vale salientar que, estes destacam-se na sua comunidade, possuem educação acima da média, boas profissões, sem antecedentes criminais, são

metódicos, excessivamente organizados e limpos, escolhem suas vítimas com muito cuidado e agem com destreza para não serem localizados. Desta forma, não deixam pistas ou vestígios de seus crimes e tendem a agir a partir dos trinta anos. São extremamente frios, não sentem remorso de seus crimes, cometendo-os até serem capturados ou mortos, tornando-se assassinos em série conhecidos.

O objetivo do estuprador sádico é obter prazer sexual através da dor física de suas vítimas, por meio de suas fantasias sexuais violentas, fazem uma ligação íntima entre agressão e satisfação. Sua ação violenta não é apenas para imobilizar a vítima, atua de forma a aterrorizá-la, chegando a níveis máximos de perversidade.

Este tipo de estuprador estuda minuciosamente suas vítimas, ganha sua confiança e assim as ataca. Quando no ato do crime, as explica tudo que vai fazer usando linguagem vulgar, aumenta sua excitação sexual com os pedidos desesperados das vítimas, e as manda dizer palavras que o causem prazer e que demonstrem sua superioridade e dominação. Age também de forma extremamente brutal, dirigindo seus golpes para partes específicas do corpo, que possuam algum significado para ele, como pés, mãos, genitais, mamilos, ânus, boca. Quanto mais brutal sua atuação mais prazer este obtém.

Além disso, colecionam pornografia, aparatos para filmar sua ação ou para escravizar a vítima, introduz objetos estranhos no ânus ou vagina destas, prefere sexo anal e ejacula em partes definidas do corpo. Ainda também, colecionam troféus de seus crimes como notícias de jornal, objetos pessoais de suas vítimas, mapas dos locais de seus crimes, entre outros. Este escolhe, em sua maioria, profissões que expressem sua autoridade e com pessoas hierarquicamente inferiores a seu posto facilitando assim a escolha de suas vítimas.

Desta forma, o estudo seja dos perfis do criminoso, da sua forma de agir, de suas características, ajuda de forma essencial na solução dos casos, na perícia criminal e ainda auxilia a criar estratégias que desestimulem a criminalidade e promovam a justa punição destes criminosos.

2.2A VÍTIMA (VITIMOLOGIA):

A vítima, assim como o autor são os personagens centrais na análise de um crime, importante assim, se faz verificar minuciosamente qual a relação, que ajudará sobremaneira no estudo dos crimes, em achar seus responsáveis, assim como na punição dos culpados e na recuperação do dano causado à própria vítima.

A vítima, deste modo, deve se submeter a todos os procedimentos relacionados à revelação da verdade sobre os fatos de que ela é protagonista para o bem ou para o mal. Pois, se assim não o for, os operadores jurídicos poderão cometer um dos dois graves erros, que é o de condenar um acusado que já foi pré-condenado com base em estereótipos, ou absolvê-lo sem que ele mereça.

Assim, deve se confrontar a vítima, ou suposta vítima, com os conceitos de pudor, moral, honra, decência, honestidade, bons costumes, moralidade pública, e outros, a partir dos fatos de que ela haja participado para se aferir o grau, a qualidade e a profundidade dessa participação, a fim de que, por meio destes indicativos se extraiam a verdadeira culpabilidade do acusado e a maior ou menor responsabilidade da vítima no evento tido como criminoso.

Não pode dizer que uma pessoa que possui comportamentos sexuais e até rotineiros diferentes e pouco aceitos no meio em que vivem serão vítimas de estupro, nem que as recatadas nunca o serão, mas o estudo sobre todos estes aspectos é de suma importância para se detectarem os responsáveis por este crime tão grave ou até se os prováveis "criminosos" não estão sendo "vítimas" de pessoas que se cobrem em um manto e um reconhecimento social inabalável, de tal forma que tudo deve ser levado em consideração para não se condenar um inocente nem se absolver um culpado.

De modo geral, no estudo da vítima, talvez o maior mérito tenha sido a descoberta de que esta nem sempre é aquela pessoa inofensiva, passiva, inocente, ao contrário, tornou evidente que a vítima pode ter exercido uma cooperação relevante, acidental, negligente ou doloso na conduta do agente, verificando-se com isso se ela foi vítima de um delinqüente ou de seus impulsos inconscientes.

Cabe assim ao juiz examinar caso a caso as circunstâncias em que o fato ocorreu além da existência ou inexistência de contribuição da vítima para o seu cometimento.

Não se pode deixar de ver que há uma tendência do agente atribuir a vítima, nos crimes sexuais, uma efetiva participação. O criminoso nega a sua conduta sexual agressiva, procurando diminuir o seu sentimento de culpa, pois atribui o ataque sexual à conduta ou provocação da vítima.

O que pode ser percebido pelo instrutor do feito, desta maneira, é que, de nada adiantará o acusado indicar a vítima como colaboradora, provocadora ou partícipe, se as provas não se inclinarem, neste sentido. O que se obtém de extrema importância nesta análise é que, havendo dúvida relevante e invencível, deve-se decretar o princípio do *in dubio pro reo*.

No caso em que só há a palavra a vítima, que se diz estuprada, e a palavra do réu, que por sua vez nega as acusações, como bem apresentam os penalistas trata-se da aplicação da *síndrome da mulher de Potifar*. Que é um caso bíblico em que Potifar coloca em sua casa para administrá-la José, que era pessoa de sua íntima confiança, porém sua mulher logo se interessa por ele e é rejeitada em inúmeras situações. Por muitas vezes o tenta para deitar-se com ela, mas ele sempre nega, até certa vez em que ela o chama e agarra em sua capa, ele sai e ela com sua veste na mão chama seus criados e diz que José tentou atacá-la. Quando Potifar chega a sua casa e toma conhecimento do ocorrido, manda prender José de imediato. Como bem preleciona Greco (2008, p. 535):

Quem tem alguma experiência na área penal percebe que, em muitas situações, a vítima é quem deveria estar ocupando o banco dos réus, e não o agente acusado de estupro.

Mediante a chamada síndrome da mulher de Potifar, o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima são verdadeiros, ou seja, comprovar a verossimilhança de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente.

A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório.

Sem dúvida alguma, a palavra da vítima deve ser muito bem avaliada e analisada, porém, deve-se também dar valor ao pronunciamento do acusado para que ambas sejam colocadas em confronto com as provas dos autos, para assim se poder obter a real verdade dos fatos. O que não se pode também negar é que, em um primeiro momento, dar-se-á uma maior credibilidade à palavra da ofendida, pois, ma maioria dos casos esse crime ocorre em lugares ermos ou em lugares fechados sem que possa haver testemunhas oculares.

O que tem que ser feito também, é avaliar as circunstâncias do ocorrido, se a vítima conhece ou possui alguma relação com o acusado, se esta é sua inimiga, pois isso irá pesar no julgamento de sua palavra, pois esta não pode ser totalmente comparada com a de vítimas que desconhecem totalmente o acusado e não possuem assim, de início, razão alguma para tentar prejudicá-lo. Desta forma, uma avaliação totalmente livre de preconceitos e estereótipos levará à efetiva descoberta da verdade real buscada no processo penal.

O que se deve ao final restar-se comprovado, seja pela análise da palavra da vítima, seja pela avaliação do conjunto probatório como um todo é que realmente ela não desejava se relacionar com o acusado.

Sobre este tema, assevera Noronha (1994, p. 113):

É natural que a palavra do ofendido seja recebida, em princípio, com reservas. Interessado no pleito, porfiando por que sua acusação prevaleça, cômico da responsabilidade que assumiu, podendo até, acarretar-lhe processo criminal (denúncia caluniosa, art. 339 do Código Penal) e, por outro lado, impelido pela indignação ou o ódio e animado do intuito de vingança, suas declarações não merecem, em regra, a credibilidade do testemunho. Isso, entretanto, não impede seja ele fonte de prova, devendo seu relato ser apreciado em confronto com os outros elementos probatórios, podendo, então, conforme a natureza do crime, muito contribuir para a convicção do juiz.

Não existe, nem se pode existir uma fórmula para verificar a veracidade do que é dito pela vítima, existem parâmetros e deve existir um conjunto robusto de provas para comprová-las, pois a análise do processo não se trata de um cálculo matemático, mas sim da difícil tarefa de se entender o comportamento humano.

3 O CRIME DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES DA LEI 12.015/2009

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor encontravam-se dispostos no Título VI, capítulo I do Código Penal, que versava sobre os Crimes Contra os Costumes e dos crimes contra a liberdade sexual respectivamente. Neste sentido, era dada maior importância à moral pública, ao pudor público, deixava-se, desta forma, em segundo plano a dignidade do indivíduo. Neste ponto, vale lembrar o que prelecionava Hungria (1956, p. 103-104):

O vocábulo “costumes” é aí empregado para significar (sentido restrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta matéria*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.

A idéia trazida dos crimes abarcados por este título estava ligada à noção de pudor público, moralidade pública, a comportamentos que deveriam ser observados para a convivência em sociedade. Descreve Noronha (1999, p. 60):

Sob o ponto de vista repressivo, surge a lei penal. Em sua essência não diverge do conjunto de normas morais de que falamos, mas a sanção que lhe reserva se destina exclusivamente àqueles atos que transgridem o mínimo ético, exigido do indivíduo em sua vida de relação. Preocupa-se a lei, em regra, com os fatos atentatórios da liberdade sexual e da maturidade, com os da degeneração do instinto, da corrupção, da estabilidade e organização da família e do pudor público.

Este título vinha sofrendo várias críticas por parte dos doutrinadores e dos aplicadores do direito, pois, o que se devia proteger neste título não eram os costumes, mas um conceito mais intimamente ligado à idéia da liberdade que o

indivíduo possui sobre o próprio corpo, que seria vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com o advento da Constituição, o que devia ser o foco do entendimento seria a idéia da liberdade sexual, devendo ser punida toda ação atentatória contra esta liberdade e contra a vontade de cada um.

A conceituação típica do estupro estava descrita no artigo 213 do Código Penal, que dispunha, *in verbis*:

Estupro

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

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

Já se destacavam como crimes de maior gravidade o estupro e o atentado violento ao pudor, porém esta separação era alvo de críticas frente à doutrina majorante, pois o legislador previa as condutas descritas nestes crimes em duas figuras típicas, porém dava-se a mesma pena para ambos, o que levava o intérprete a controvérsias e confusões desnecessárias.

3.1 CONCEITO

Da análise do artigo 213 podia-se destacar como elementos essenciais a conduta de constranger mulher, com a finalidade de praticar com ela conjunção carnal, mediante o uso da violência ou de grave ameaça.

O núcleo do tipo é o verbo constranger, que quer dizer obrigar, forçar. É, pois, de suma importância a análise do dissenso da vítima, se a mulher realmente se negou a ter conjunção carnal com o homem, ou foi apenas tudo parte do jogo da sedução, ela disse que não, mas queria dizer sim.

Sobre este ponto esclarece Greco (2008, p. 471):

O erro do agente no que diz respeito ao dissenso da vítima importará em erro de tipo, afastando-se, pois, a tipicidade do fato. Assim, imagine-se a hipótese em que um casal, depois de ficar junto num bar, saia dali para a residência de um deles. Lá chegando, começam a se abraçar. A maneira como a mulher se insinua para o homem dá a entender que deseja ter relações sexuais. No entanto, quando o homem tenta retirar-lhe as roupas, ela resiste, dizendo não estar preparada, insistindo na negativa como parte do "jogo", retira, ele próprio, de forma violenta, as roupas da vítima, tendo com ela conjunção carnal.

De toda forma, embora, ao que parece, tenha havido realmente o dissenso da vítima para o ato sexual, o homem atuou acreditando que isso faria parte do "jogo da sedução" poderá alegar o erro de tipo, afastando-se o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade do fato.

Desta forma, se o agente crê sinceramente que a negativa da vítima é apenas por recato ou para tornar-se mais difícil, mais interessante, isto deve ser considerado positivamente para o acusado, desta feita, será considerado efetivo erro de tipo, pois não há previsão legal para a modalidade culposa deste crime. No entanto, deve ser visto que a vítima tem o direito de negar-se, mesmo que tenha interagido anteriormente com o agente, deste modo, só se deve ser considerado o consentimento imediatamente anterior à penetração, assim, deve ser analisado caso a caso o conjunto de depoimentos e de provas para se chegar a um julgamento realmente justo.

A lei exigia que a conduta do agente fosse dirigida contra uma mulher, devia-se haver assim, uma relação heterossexual, com a finalidade de obter-se a conjunção carnal, ou seja, a penetração do pênis na vagina, sendo assim, um sistema restrito que exclui a cópula anal e outros atos.

Para se restar configurado o estupro, o agente devia atuar mediante violência ou grave ameaça. A violência seria o uso da força física e na grave ameaça o mal prometido poderia ser direto (contra a própria vítima), indireto (contra pessoas ou coisas que lhe são próximas), fazendo com que a vítima realmente temesse o agente, não sendo necessário que fosse injusto (dizer que vai matá-la) ou justo (denunciar um crime praticado pela vítima).

Quanto á análise dos elementos essenciais do crime de estupro, fazia-se importante lembrar do consentimento da ofendida, desta forma, mesmo sendo empregada a violência, desde que haja o consentimento da vítima, afasta-se a tipicidade do fato. Como havia a disponibilidade do bem jurídico protegido por este tipo penal, a liberdade sexual, não se configuravam crimes situações de sadismo, que é a excitação e prazer provocados pelo sofrimento alheio, e masoquismo, que é uma tendência ou prática pela qual uma pessoa busca prazer ao sentir dor ou imaginar que a sente, desde que os praticantes fossem maiores e capazes e se produzissem lesões corporais leves, Sznick (1992, p. 145) acerca desta matéria, afirmava o seguinte:

Masoquismo e sadismo são inversos: no sadismo o agente encontra prazer no sofrimento de outra pessoa; no masoquismo, a volúpia está no próprio sofrimento, na própria dor.

O sadismo é mais comum entre os homens; o masoquismo, por sua vez, é mais freqüente entre as mulheres. No sadismo, há o prazer de comandar, de autoridade; no masoquismo, o da submissão. Num a idéia de submeter, no outro a idéia de ser submisso, de ser passivo.

Desta senda, pela liberdade que a mulher possui sobre seu corpo, as práticas acima declinadas não se configurarão crime se gerarem lesões corporais de natureza leve e se os participantes forem maiores e consentirem para tal.

O estupro era classificado como: um crime de mão própria, pois o sujeito ativo deveria ter uma ação pessoal; próprio, porquanto seu sujeito passivo deveria ser uma mulher; doloso; comissivo, podendo ocorrer por omissão imprópria, se o agente possuísse o status de garantidor; material, pois, a descrição legal se referia ao resultado e exigia que o mesmo se produzisse para a consumação do delito; instantâneo, porque se consumava em apenas um instante, sem produzir um resultado que se prolongasse no tempo, embora a ação pudesse perdurar; de dano, pois pressupunha a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado; de forma vinculada, somente com a conjunção carnal restava-se configurado, etc.

O bem juridicamente protegido era a liberdade sexual da mulher, ou seja, a liberdade desta dispor do seu corpo, mais amplamente, os costumes. O objeto material era a mulher.

3.2 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

Somente o homem poderia ser sujeito ativo no crime de estupro, pois a lei exigia a conjunção carnal, explicita esta posição Hungria (1956, p. 156):

Em matéria de estupro, somente o homem pode ser executor, do mesmo modo que só a mulher pode ser paciente. Em face do nosso Código, não há de se indagar se é reconhecível o estupro no caso da mulher que, provida de clitóris hipertrófico, constringe outra ao amor sádico.

Segundo Bitencourt (2005, p. 859) nada impedia que uma mulher fosse co-autora de estupro, diante das previsões dos artigos 29 e 30, *in fine* do Código Penal, no caso, por exemplo, da mulher que segurasse a vítima enquanto o homem a possuísse sexualmente.

Neste mesmo aspecto, também há a discussão doutrinária quando se imagina a possibilidade de uma mulher mediante o uso da coação moral, obrigar um homem a violentar outra mulher. Utilizava-se a teoria do autor de determinação, pela qual, a mulher que determinou a prática do estupro responderia pelas mesmas penas a este cominadas, por ter cometido o delito de determinar o estupro. Esta posição não se afasta do que determina o artigo 22 do Código Penal, que diz:

Coação irresistível e obediência hierárquica

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

Outra polêmica estava em poder-se considerar o marido como sujeito ativo do crime de estupro, desta forma, os doutrinadores mais antigos, como Hungria (1956, p. 124-125) e Noronha (1999, p. 70), achavam que devido ao débito conjugal que era previsto no Código Civil de 1916 em seus artigo 231,II e no de 2002 no artigo 1.566,II; o homem estava acoberto por este instituto e poderia assim obrigar sua esposa ao coito sob a alegação de exercício regular de direito. Só podendo esta se negar fundada em poderosas razões morais ou em um direito relevante como o marido estar afetado por doenças venéreas. Hoje esta posição não encontra mais guarida, pois mesmo havendo o débito conjugal, é inadmissível o marido relacionar-se sexualmente sem o consentimento de sua esposa, o que se pode gerar é uma separação ou mesmo o divórcio. Como explica Capez (2008, p. 5) seria desta forma um abuso de direito e não exercício regular de direito e complementa Capez (2008, p. 5) *in verbis*:

[...] se a esposa se recusa continuamente a realizar o congresso carnal, o esposo poderá lançar mão de instituto previsto na lei civil, qual seja, a separação judicial, em virtude de grave violação dos deveres do casamento que torne insuportável a vida em comum; jamais poderá, porém, obrigá-la violentamente à prática do ato sexual. Ressalve-se que, tendo sido praticado ou tentado o estupro, poderá a mulher pedir a separação judicial (CC, art. 1.573), diante da impossibilidade de comunhão de vida.

Deste modo, se fosse aceita tal violação ao direito da mulher estava-se indo contra o princípio inviolável e constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre o sujeito ativo, os doutrinadores debatiam a possibilidade de uma mulher constranger um homem à conjunção carnal sob violência ou grave ameaça. Desta forma, afirmava-se que, neste caso, não se estaria diante da prática do crime de estupro, pois, não se admitia o homem como sujeito passivo neste crime e nem de atentado violento ao pudor, porquanto, sua tipificação exigia a prática de ato libidinoso diferente da conjunção carnal. Desta feita, concluía-se, nesta ocasião, pela prática do crime de constrangimento ilegal, presente no artigo 146 do Código Penal.

Resta-se ainda observar o estupro praticado por várias pessoas. Vejamos o caso exemplificativo apresentado por Greco (2008, p. 477):

[...] pode ocorrer, por exemplo, que três pessoas, unidas pelo mesmo liame subjetivo, com identidade de propósitos, resolvam estuprar a vítima. Dessa forma, enquanto dois a seguram, o terceiro leva a efeito a penetração, havendo entre eles um "rodízio criminoso".

Neste caso, haveria um único crime ou três estupros em continuidade delitiva?

Para nós, que entendemos que o estupro é um crime de mão-própria, de atuação personalíssima, de execução indelegável, intransferível, no caso em exame, teríamos, sempre, um autor e dois partícipes, cada qual prestando auxílio para o sucessor da empresa criminosa.

Nesse caso, cada agente que vier a praticar a conjunção carnal com os necessários atos de penetração será autor de um crime de estupro, enquanto as demais serão considerados seus partícipes.

Aqui, portanto, no exemplo fornecido, teríamos que concluir pela prática de três crimes de estupro, em continuidade delitiva, nos moldes preconizados pelos arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

Deste exemplo, se abstém que, sendo o crime cometido por três pessoas, por exemplo, duas segurando e uma praticando a penetração, ter-se-ia neste caso um autor e dois partícipes. Em sendo, cada um se alternando na prática do crime, seriam praticados três crimes em continuidade delitiva.

Em regra, o estupro era um crime praticado por meio de uma ação, ou seja, de um comportamento positivo por parte do agente, no entanto, este poderia também ser praticado através de omissão imprópria, que seria na hipótese em que o agente deste crime gozava da condição de garantidor.

Desta senda, nesta ocasião, a mulher poderia ser considerada como autora do estupro, caso se encontrasse nesta situação de garantidora, como no caso desta ser mãe de uma menina que era abusada pelo seu padrasto, esta sabia do que ocorria e, dolosamente nada fez para evitar a conduta deste.

Questão também alvo de debates era a respeito da desistência voluntária, prevista no artigo 15 do Código penal em que o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução, só responde pelos atos já praticados. Quanto a este assunto afirma-se que se o intuito do agente era de se obter a conjunção carnal,

mas, anteriormente a esta ele atende às suplicas da vítima e não consuma a penetração estar-se-ia assim, comprovada a desistência voluntária no crime de estupro. Vale-se lembrar que não devem ter ocorrido atos característicos do crime de atentado violento ao pudor e em não se ocorrendo, o agente deveria ser responsabilizado somente pelo constrangimento ilegal a que submeteu a vítima

Assim como o sujeito ativo só poderia ser um homem, antes da lei 12.015/2009, somente uma mulher poderia figurar como sujeito passivo neste crime, evidenciava-se esta conclusão do elemento essencial para esta tipificação do estupro a conjunção carnal.

Desta feita, como havia plena distinção entre o estupro e o atentado violento ao pudor, ato libidinoso diferente da conjunção carnal consubstanciava-se como sendo este último.

Outra questão discutida era se poderia ou não um transexual ser vítima em um crime de estupro. França (2005, p. 235) esclarece o transexualismo como sendo:

O transexualismo ou síndrome de disforia sexual é aquele que mais chama a atenção, pela sua complexidade e por seus desafios às questões morais, sociais e jurídicas. Roberto Farina (in transexualismo. São Paulo: Editora Novalunar, 1982) define-o como uma pseudo síndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se conduz como pertencesse ao gênero oposto. Trata-se, pois, de uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero.

Galgado nestes conceitos, deduzia-se que, se o poder judiciário, após cumprir o devido processo legal, determinar que deva ser modificada a condição sexual de alguém, este fato repercutirá em todos os âmbitos de sua vida, inclusive na esfera penal. Em sendo assim, aquele que fosse reconhecido judicialmente como do sexo feminino sendo violentado sexualmente, ocorrendo a penetração na neovagina obtida por meio cirúrgico, este fato nestas condições seria classificado como estupro.

3.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A consumação do crime de estupro se dava com a efetiva penetração do pênis na vagina, sendo indiferente se foi total ou parcial ou se houve ou não ejaculação.

Era também cabível a tentativa no crime de estupro, pois este era classificado como plurissubsistente, ou seja, era composto de vários atos, que integravam a conduta, existiam assim, fases que podiam ser separadas, fracionando-se o crime.

Portanto como preleciona Greco (2008, p. 468-469):

[...] 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 esfrega o pênis em sua coxa buscando a penetração, tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, não se configurando em infração penal autônoma de atentado violento ao pudor.

Ou seja, a intenção do agente era de se atingir a cópula vagínica, não concluiu esta ação por ato alheio à sua vontade, o que configurou, sem sombra de dúvidas, a tentativa.

Em sendo assim, o início da execução do crime de estupro, deve ser a prática dos atos de constrangimento da vítima, mesmo que o agente ainda não esteja apto para o coito, com ereção peniana, já poderá ser punido pela tentativa de estupro.

Quanto à distinção entre a tentativa de estupro e o atentado violento ao pudor, avaliava-se que, o primeiro ponto a ser analisado é o elemento subjetivo do agente, se seu dolo era o de constranger uma mulher à conjunção carnal e não a conseguir por circunstâncias alheias à sua vontade, este deve responder pela tentativa de estupro. Porém, se antes da penetração frustrada o agente já tiver

praticado atos que por si só configurem atentado violento ao pudor, este, assim, responderá em concurso pela tentativa de estupro e pelo atentado violento ao pudor.

Quanto à diferença entre os atos libidinosos anteriores à conjunção carnal, três elementos devem ser vistos para analisar este ponto, quais sejam, se os atos libidinosos anteriores à conjunção carnal deviam acontecer para que o agente obtivesse êxito em sua pretensão, se estes eram de pequena importância, por serem entendidos como preparatórios, ou ainda, se eram praticados de forma autônoma, independentes da intenção de se obter a conjunção carnal.

Em sendo assim, se os atos libidinosos deviam acontecer para se obter a conjunção carnal ou se eram de pequena monta, preparatórios, o estupro deve absorvê-los, já se foram autônomos, o agente responderá em concurso de crimes pelo estupro e pelo atentado violento ao pudor. Como bem descreve Capez (2008, p. 13):

[...] Como a prática anormal não se encontrava na linha de desdobramento causal, tratando-se de ato independente, haverá dois crimes, sem a possibilidade de aplicação do benefício do crime continuado, dada a diversidade de espécies entre os dois delitos. Esse é o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores. Somente poderá haver continuidade delitiva se houver a prática de diversos estupros, na forma simples ou qualificada, tentados ou consumados.

Deste modo, se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal não configurasse elemento constitutivo, uma conduta inicial ou um meio para se realizar o estupro, o agente responderia por este e pelo atentado violento ao pudor. Como se tratam de crimes de espécies diferentes, aplicava-se a regra do concurso material, mesmo que fosse cometido contra a mesma vítima.

O elemento subjetivo do crime de estupro era o dolo, sendo assim, a intenção do autor devia ser a de constranger a vítima à conjunção carnal.

Porém, se este também possuísse a intenção de praticar atos libidinosos diferentes da conjunção carnal, devia ser condenado, em concurso de crimes, pelo

atentado violento ao pudor e pelo estupro. A modalidade culposa não existia, pois não havia previsão legal.

3.4 PENA, AÇÃO PENAL E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A pena aplicada ao crime de estupro era de 6 (seis) a 10 (dez) anos. O que já recebia críticas, pois a pena mínima seria desproporcional, porquanto era a mesma cominada para o crime de homicídio, o que colocava a vida e a liberdade sexual, bens jurídicos com valores jurídicos diversos no mesmo patamar.

Antes de se analisar a ação penal, faz-se necessário ver o que definia os artigos 224 e 225 do Código Penal, *in verbis*:

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

- a) não é maior de 14 (quatorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

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

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

I - Se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - Se o crime é cometido com o abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

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

De acordo com estes artigos a ação do estupro seria de iniciativa privada, pública incondicionada ou ainda condicionada à representação como se abstém da letra dos mencionados artigos. Porém, asseverava o Supremo Tribunal Federal na súmula 608 que: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". Em sendo assim, sempre que fosse aplicada a

violência real ou a violência presumida a ação seria de iniciativa pública incondicionada. Com isto, só seria permitido a iniciativa privada ou a pública condicionada à representação quando o crime fosse praticado com o uso da grave ameaça. Ainda devia-se observar o artigo 9º da lei 8.072/90 que previa que a pena seria acrescida de metade, sendo respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, nas hipóteses do artigo 224 do Código Penal, ou seja, a violência presumida.

Conforme descreve Greco (2008, p. 489), o estupro foi incluído nas infrações penais consideradas hediondas, Lei 8.072/90, artigo 1º, inciso V, seja na forma simples ou qualificada, seja consumado ou tentado. Em sendo assim, será insuscetível de: anistia, graça ou indulto; fiança e a pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, de acordo com a alteração dada pela lei 11.464/2007 que admitiu a progressão de regime nestes casos. Capez (2008, p. 21-22) entende que o estupro praticado com violência presumida, também integrava o rol dos crimes hediondos, pois, segundo ele, a lei não faz nenhuma distinção entre as formas de violência.

Seria, desta forma, um contrasenso admitir-se tratamento menos rigoroso para com os crimes praticados com violência presumida, pois o próprio legislador já havia previsto esta modalidade para dar maior punição àquele que praticasse o estupro contra pessoas mais vulneráveis.

3.5 O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

O código penal antes da entrada em vigor da lei 12.015 disciplinava o Atentado violento ao Pudor em seu artigo 214, que versava sobre esta figura típica da seguinte maneira:

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

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

Podia-se extrair do artigo 214, os seguintes elementos constitutivos: a conduta de constranger a vítima; utilizando-se de violência ou grave ameaça; a praticar ou permitir a prática de um ato libidinoso diferente da conjunção carnal, em sendo assim, havendo esta, o delito em questão seria o estupro, cite-se como exemplos de atos libidinosos, o sexo oral, coito anal, a masturbação, toques nos genitais, entre outros.

O que caracterizava o delito em tela era apenas que o agente soubesse que estava obrigando a vítima a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, desde que este, seja considerado segundo um padrão moral médio, um comportamento lascivo, não sendo estritamente necessário que este ato o leve a satisfazer a sua libido.

Entendia-se não ser necessário o contato físico entre a vítima e o agente para se consumar o delito, como no exemplo da vítima que foi obrigada a praticar, mesmo que sobre grave ameaça, sobre si própria atos libidinosos, para que fosse assistida pelo agente, neste caso, já se praticava o crime em questão.

O bem juridicamente protegido neste crime era a liberdade sexual do homem e da mulher, ou seja, a liberdade destes dispor sobre seus corpos, mais amplamente, os costumes. O objeto material era a pessoa humana, seja homem ou mulher.

Era um crime comum quanto ao sujeito ativo como quanto ao seu sujeito passivo, ou seja, podia ser cometido por qualquer pessoa ou praticado contra qualquer pessoa, seja homem ou mulher, não havia exigência ou característica disposta em lei.

O dolo era o elemento subjetivo do crime de atentado violento ao pudor, pois não havia previsão legal para a modalidade culposa. Desta forma, sua conduta teria que ser com a finalidade de constranger a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Em regra, o atentado violento ao pudor era um crime praticado por meio de uma ação, no entanto, este poderia também ser praticado através de omissão imprópria, que seria na hipótese em que o agente deste crime gozava da condição de garantidor.

A pena aplicada ao crime de atentado violento ao pudor era de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

De acordo com o artigo 225 do Código Penal a ação penal relativa ao crime em estudo era de iniciativa privada, excetuando-se as hipóteses do seu parágrafo 1º, se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, a ação será pública condicionada à representação e se o crime é cometido com o abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador será pública incondicionada; do artigo 224 do Código penal que trata da violência presumida, seria também de iniciativa pública.

Era também observado o que dispunha o artigo 9º da lei 8.072 (lei dos crimes hediondos), causa de aumento de pena, que diz que a pena será acrescida da metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no artigo 224 do Código Penal, ou seja, com violência presumida.

Os atos de menor importância eram classificados como a contravenção de importunação ofensiva ao pudor da Lei das Contravenções Penais artigo 61.

4 AS INOVAÇÕES DO CRIME DE ESTUPRO APÓS A LEI 12.015/09

Antes da entrada em vigor da lei 12015/09, o estupro era previsto no Título IV que possui a denominação: "Dos Crimes contra os Costumes", o que se nota é que o legislador de 1940 buscava proteger o pudor público nos crimes sexuais de uma forma geral, dando tutela secundária a bens jurídicos de maior monta como a integridade física da vítima, a liberdade sexual. O que se buscava criar, desta forma, era um padrão médio de comportamento sexual, mesmo que o comportamento não fosse ilícito, uma conduta muitas vezes no passado dita por honesta ou normal.

A lei 12.015 veio, deste modo, trazer mudanças importantes quanto à forma de proteção da liberdade sexual, trouxe alterações significativas ao Título IV do Código Penal, visando pois, adaptar a norma penal às novas formas de agir e de pensar da sociedade moderna quanto ao comportamento sexual, levando em consideração também as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e as concepções doutrinárias vanguardistas e mais modernas, dando-se fundamental proteção ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Esta nova visão quanto aos crimes sexuais pretendeu prioritariamente a proteção do sadio desenvolvimento da sexualidade e da liberdade sexual, como bens jurídicos que merecem proteção dada sua relevância como sendo aspectos essenciais da Dignidade da Pessoa Humana e integrantes dos direitos da personalidade. Tanto tratando de forma igualitária homens e mulheres quanto dando uma proteção especial aos menores de 18 anos, mormente o menores de 14, pela sua condição de vulnerabilidade frente às investidas doentias de pessoas descontroladas e pedófilas, o que é um câncer na formação da personalidade de qualquer ser humano.

Com a mudança da denominação do Título de "Dos Crimes Contra os Costumes" para "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, nota-se, desta maneira, que foi dada maior importância à proteção do indivíduo do que à moralidade ou ao pudor público.

Como bem descreve Mirabete, Fabbrini (2010, p. 384):

[...] ao tutelar a dignidade sexual, protege-se um dos vários aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana, aquele que se relaciona com o sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada indivíduo de vivenciá-la a salvo de todas as formas de corrupção, violência e exploração.

Desta forma, a reforma trazida com a lei 12.015/09 foi uma resposta aos anseios da doutrina e da sociedade quanto ao novo tratamento legal que deve ser dado à proteção da liberdade sexual ou dignidade sexual.

4.1 NOVA CONCEITUAÇÃO TÍPICA

O estupro continua sendo previsto no artigo 213 do Código Penal, que é resultado da fusão dos dois tipos penais que eram previstos anteriormente, o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a edição da lei 12.015/2009 e a conseqüente unificação destes tipos penais o Brasil seguiu o exemplo de países como México, Argentina e Portugal. Desta forma, evitou-se que ocorressem inúmeras polêmicas relativas a estes crimes como em relação à continuidade delitiva, pois a jurisprudência não era completamente segura sobre este tema. Veja-se o que prescreve o atual artigo 213 do Código Penal:

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

Com o advento da supracitada lei, criou-se um crime específico o estupro de vulnerável, que é previsto no artigo 217-A, antes quando o estupro ou atentado violento ao pudor fosse praticado contra menor de 14 anos ocorria a presunção de violência que era disposta no artigo 224 do Código Penal.

Como se observa na nova descrição legal do estupro, o núcleo do tipo é o verbo constranger, que significa coagir, obrigar, compelir, subjugar a vítima ao ato sexual. É, deste modo, uma forma de constrangimento ilegal com o intuito de obter êxito na conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

O constrangimento é feito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, que pode ser efetivado hodiernamente contra qualquer pessoa, seja homem ou mulher; para se obter a conjunção carnal ou para fazer com que a vítima pratique ou permita que com esta se pratique outro ato libidinoso. Em alguns países como na Espanha, este delito chama-se abuso sexual.

O agente há de se utilizar em sua prática da violência ou da grave ameaça, que seja a violência compreendida como o uso da força física e a grave ameaça, que pode ser direta (contra a própria pessoa) ou indireta (contra pessoas ou coisas que lhe são próximas), implícita ou explícita, desde que cause fundado temor na vítima. Não devendo, como já o era anteriormente, ser necessariamente injusto o mal que se pretende causar.

Não é mais exigido que a conduta seja contra uma mulher, no entanto, manteve-se a conjunção carnal, não mais como única forma, mas como uma das formas de se cometer o estupro, agora esta só é destacada no tipo, pois como já se sabia anteriormente também é uma forma de ato libidinoso, mesmo que só possa ser cometida contra uma mulher.

O constrangimento pode possuir agora duas finalidades diversas, uma em que o agente vai obrigar a vítima a praticar um ato libidinoso diferente da conjunção carnal (conduta ativa) sobre seu próprio corpo (exemplo: masturbação), no corpo do agente (exemplo: sexo oral) ou em terceira pessoa, sendo deste modo a ação assistida pelo criminoso. Ou outra que seria fazer com que a vítima, homem ou mulher permita que com ela se pratique outro ato libidinoso (conduta passiva), podendo o ato ser praticado pelo próprio agente ou por terceira pessoa a seu mando, observa-se, pois, que não há a necessidade de contato físico entre o autor e

a vítima, para se consumar este delito. Em sendo assim, o comportamento da vítima, nesta nova roupagem do estupro, pode ser ativo, passivo ou ativo e passivo concomitantemente.

4.2 CLASSIFICAÇÃO, OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

No que diz respeito à classificação Prado (2010, p. 204-205) acentua que quando a conduta visar a conjunção carnal, o crime será de mão-própria quanto ao sujeito ativo, pois se exige uma atuação pessoal do agente e próprio com relação ao sujeito passivo, pois, somente a mulher figurará nesta situação.

Já quando o comportamento objetivar praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso, ter-se-á um crime comum, tanto em relação ao sujeito ativo quanto ao passivo. Visão oposta apresenta Mirabete (2010, p. 386-387) e Gomes; Cunha; Mazzuoli (2009, p. 37) pois, para eles, tanto quanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo o crime de estupro hodiernamente sempre é bi-comum. Será também doloso, pois não há previsão legal para a modalidade culposa; comissivo, podendo ser praticado por omissão imprópria (quando o agente possuir a condição de garantidor); material, pois a descrição legal se refere ao resultado e exige que o mesmo se produza para a consumação do delito; de dano, pois pressupõe a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado; instantâneo, porque se consuma em apenas um instante; de forma vinculada, quando a conduta objetivar a conjunção carnal; de forma livre, quando o procedimento visar outros atos libidinosos; monossujeito; plurissubsistente, pois sua ação pode ser fracionada; não transeunte, de acordo com a forma que é praticado pode deixar vestígios como na cópula vaginal ou no sexo anal já em outros será difícil a constatação por perícia, nestes é transeunte.

Na nova concepção de estupro restou-se ampliada a proteção da liberdade sexual, agora não só da mulher como também do homem, de dispor sobre seu corpo quanto aos atos sexuais. Como se buscou adequar a norma penal à constituição de 1988 não se pode deixar de falar da dignidade da pessoa humana. Neste contexto inovador, apresentam-se como bens jurídicos tutelados tanto a liberdade, poder

escolher com quem como e onde se relacionar sexualmente, quanto a dignidade sexual, como bem assevera Mirabete (2010, p. 384) sobre a dignidade sexual:

Nesse sentido, dignidade não pode ser entendida como sinônimo de respeitabilidade ou aprovação social ou associada a um julgamento moral coletivo, mas sim como atributo intrínseco de todo indivíduo que decorre da própria natureza da pessoa humana e não da forma de agir em sociedade.

O objeto material do delito em tela pode ser tanto a mulher quanto o homem, contra quem o agente pratica sua ação criminosa.

4.3 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

Com a nova redação da lei, quando a conduta objetivar o coito vaginal, segundo Prado (2010, p. 204-205) somente o homem poderá ser sujeito ativo e somente a mulher pode figurar como sujeito passivo, que se deve, pois, à expressão conjunção carnal disposta no texto; por outro lado Mirabete (2010, p. 386-387) entende que a norma em vigor incrimina o constrangimento de alguém, em sendo assim, uma mulher que constranger um homem à conjunção carnal também cometerá o estupro, mesmo sendo observadas as dificuldades práticas deste ato. Quanto à prática de outro ato libidinoso, qualquer pessoa pode figurar tanto no pólo ativo quanto no passivo deste, podendo, por exemplo, uma mulher praticar o lesbianismo forçado ou mesmo atuar contra um homem.

Quanto ao sujeito passivo deve se excetuar os menores de 14 anos e as pessoas que são também consideradas vulneráveis, pois nestas situações ocorrerá o delito de estupro de vulnerável, artigo 217-A do Código penal. Sendo a vítima menor de 18 e maior de 14 anos o crime será qualificado (§ 1º).

É possível a coautoria e a participação no crime de estupro, sendo coautor quem concorrer de forma eficaz para constranger a vítima para o estupro, mesmo não mantendo relações sexuais ou praticando outros atos libidinosos e pode

também possuir partícipes que colaborem na violência ou na grave ameaça contra a vítima.

Quanto ao marido como sujeito ativo, anteriormente entendimentos mais modernos já pugnavam pela possibilidade deste ser punido e assim já o era e continua sendo até punido mais severamente como prescreve o artigo 226, inciso II do Código Penal, que prevê causa de aumento de pena, esta será majorada da metade se este delito for cometido por cônjuge ou ainda, sendo o agente ascendente, padrasto, madrasta, irmão, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

4.4 TIPOS OBJETIVO E SUBJETIVO, CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Com as alterações trazidas pela lei 12.015/2009 e a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, veio à baila discussão doutrinária sobre como se configura o estupro atualmente: como tipo misto cumulativo ou misto alternativo.

Parte da doutrina, como Nucci (2009, p.18-19) aceita como verdadeira a segunda hipótese, pois para estes, a prática da conjunção carnal e de atos libidinosos diversos configurará sempre um crime único, não subsistindo, desta forma, a possibilidade de concurso ou de continuidade delitiva contra a mesma vítima em um mesmo contexto de acontecimentos fáticos. No tipo misto alternativo, as diferentes modalidades de conduta seriam ações preparatórias, que facilitam ou compõem a prática de outras no transcurso da lesão do bem jurídico protegido, que por questão de política criminal e prevenção é atribuída pela lei a elas a mesma relevância estando também esta presente na possibilidade de mais de uma conduta causar uma única lesão ao bem jurídico.

Por seu turno, Mirabete; Fabrini (2010, p. 388-389) concluem pela configuração do tipo misto cumulativo, pois para eles o novo artigo 213 pune com as mesmas penas duas condutas distintas, o constrangimento à conjunção carnal e o constrangimento a ato libidinoso diverso. Assim, a prática de uma ou outra conduta

configurará o crime de estupro e a prática de ambas possibilita o concurso de crimes. São, desta maneira, crimes distintos punidos em um único dispositivo. No tipo misto cumulativo, as diversas condutas praticadas são incriminadas, porquanto a prática isolada de cada uma delas já ofende o bem jurídico tutelado, deste modo a execução de mais de uma atitude provoca nova lesão.

A possibilidade de concurso ou de continuidade delitiva dependerá assim da análise fática caso a caso. Ainda asseveram que não teve o legislador a intenção de punir mais brandamente os crimes contra a dignidade sexual, não sendo aceitável, deste modo a vertente de tipo misto alternativo.

O elemento subjetivo no crime de estupro continua sendo o dolo, pois não foi criada a modalidade culposa para este na alteração do tipo. Em sendo assim, a conduta do agente tem que visar finalisticamente constranger a vítima, mediante violência ou grave ameaça à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso diverso. Existindo o crime até se este ocorrer por vingança, pois não se exige a configuração de motivo ou não tem ele que ser levado por intenções luxuriosas.

O estupro restar-se-á configurado com a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso diverso. Podendo no primeiro caso haver a penetração parcial ou total, não sendo necessária a ejaculação ou do rompimento do hímem. E no segundo será consumado com o início da prática do ato libidinoso.

A tentativa vai ser possível, pois este delito é plurissubsistente, podendo assim, ser fracionado, e sendo iniciada a execução este pode não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente. Porquanto se for empregada a violência ou exteriorizada a ameaça o agente pode ser frustrado de prosseguir na conjunção carnal ou no ato libidinoso. Há apenas de se restar configurada a intenção do agente de se obter a atitude prevista no tipo penal.

Pode também ocorrer a desistência voluntária do agente, desde que este não tenha praticado nenhum ato libidinoso, pois agora este já configura estupro. O artigo 15 do Código Penal afirma que o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução, só responde pelos atos já praticados.

O simples convite para a prática sexual não configura início da prática do estupro, podendo, este fato, ser considerado contravenção de importunação

ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei das Contravenções Penais) ou ainda o crime de assédio sexual (art. 216-A do Código Penal).

4.5 RESULTADOS QUALIFICADORES E CONCURSO

As qualificadoras do crime atual de estupro estão dispostas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 213. Quais sejam, a idade da vítima e a ocorrência do resultado lesão grave, parágrafo 1º, primeira parte ou morte, parágrafo 2º.

Na primeira proposição, para que o crime seja qualificado, a vítima deve ser menor de 18 anos e maior de 14, possuindo, neste caso, uma pena de 8 a 12 anos de reclusão (art. 213, § 1º, 1ª parte). Demonstrou-se nesta, erro na redação do artigo, gerando assim interpretações diversas, pois para Gomes; Cunha; Mazzuoli (2009, p. 37):

Se a vítima for violentada no dia do seu 14º aniversário não gera qualificadora, pois ainda não é maior de 14 anos. Também não tipifica o crime do art. 217-A, que exige vítima menor de 14 anos. Conclusão: se o ato sexual for praticado com violência ou grave ameaça haverá estupro simples (art. 213, caput, do CP); se o ato foi consentido, o fato é atípico, apurando-se a enorme falha do legislador. A alteração legislativa, nesse caso, é benéfica, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos.

Já para Fabbrini; Mirabete (2010, p. 393), este erro não prejudicará a aplicação da norma, pois, para eles a vítima já tem 14 anos de idade a partir do primeiro instante do dia do seu aniversário, devendo deste modo, o crime cometido contra esta neste dia ser qualificado. Se justificando tal majoração porque mesmo o maior de 14 anos já tendo relativa liberdade sexual ainda não atingiu sua maturidade sexual, devendo, desta maneira, ser resguardados com maior cautela frente à sua vulnerabilidade em comparação a um adulto.

No segundo caso, o estupro qualificado por lesão grave ou morte, este será punido com pena de reclusão de 8 a 12 anos (se resultar lesão grave) e com 12 a 30 anos de reclusão (se resultar morte). Nos termos do artigo 129, parágrafos 1º e 2º, ocorre lesão corporal grave quando resulta: Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; aceleração de parto e gravíssima quando resulta: Incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização do membro, sentido ou função; deformidade permanente ou aborto. Sendo exigido como se espera que a lesão corporal ou a morte seja decorrente da conduta do agente, ou seja, ocorra nexos causal entre a conduta e o resultado, podendo ser tanto pela violência como pela grave ameaça.

A conduta que se liga ao resultado deve ser a de estuprar. Deste modo, se atuar com motivação diversa ou desígnios autônomos, responderá pelos dois crimes em concurso. Como exemplo se, no mesmo contexto dos fatos o agente decidir, por motivação diversa eliminar a vítima, este responderá pelo estupro em concurso com o homicídio.

O estupro hodiernamente é visto pela parte majorante da doutrina como um tipo misto cumulativo, sendo possível pensar-se em concurso na situação em que o agente constrange a vítima tanto à conjunção carnal quanto à prática de outros atos libidinosos.

Deve-se também, de acordo com a análise fática observar se os atos libidinosos não são meros atos preparatórios para a cópula vaginal, pois, se o forem, serão absorvidos por esta prática maior, sendo assim, um só crime. Porém, se o agente pratica atos libidinosos que sejam autônomos, como sexo anal, felação, etc., deve este responder tanto pelos últimos como pela conjunção carnal, ocorrendo, desta maneira, dois estupros em concurso ou em continuidade delitiva de acordo com o caso.

Quando se tratar de práticas seguidas contra a mesma vítima de conjunção carnal também haverá concurso. Para a parte da doutrina, que reconhece como tipo alternativo o estupro como Nucci (2009, p.18-19) estas condutas seguidas serão um crime único.

Na lei atual, como as duas condutas estão previstas em um só tipo penal, fica clara a possibilidade de continuidade delitiva, pois são modalidades de estupro. Quando ocorrem várias conjunções carnavais, por vários autores em uma só vítima, ocorre concurso material, deste modo, cada uma delas será um crime independente, respondendo assim, cada um como autor e como partícipe nos outros.

Como o intuito da lei nova não foi o de punir mais levemente os crimes contra a liberdade sexual, não é pacificamente aceita a corrente que reconhece, nesta situação, apenas um crime qualificado pelo concurso de agentes.

Se o agente após o estupro, com desígnios autônomos mata ou lesiona a vítima, responderá com concurso material pelos dois crimes. Porém, se a lesão grave ou a morte decorrer da conduta do estupro, este responde pelo estupro em sua forma qualificada (art. 213, § 1º, 1ª parte e § 2º do Código Penal). A lesão corporal leve é absorvida pelo estupro.

Se este também sabe ou deve saber que está contaminado por doença venérea grave, se não contaminar a vítima, ocorrerá o concurso formal com o crime de perigo de contágio venéreo (art. 130/Código Penal), ou com concurso formal impróprio se este deseja transmitir a doença (art. 130, § 1º/ Código Penal). Se, por sua vez, ocorrer o contágio, o crime será o de estupro qualificado pelo resultado (art. 234-A, IV/ Código Penal).

Quando ocorrer de o agente seqüestrar a vítima e também cometer o estupro, responderá pelos dois crimes em concurso. Deve-se observar do mesmo modo que, se o delito em questão for praticado em público ou em lugar aberto ao público, o agente irá responder, em concurso formal, pelo estupro e pelo crime de ato obsceno.

4.6 ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CONCEITO)

Devido à crescente disseminação da exploração infantil, do tráfico de crianças, da pedofilia e da possibilidade crescente dos meios de comunicação,

mormente a internet, espalharem e divulgarem estas práticas, a Lei 12.015/2009, preocupou-se particularmente em proteger de forma especial o vulnerável.

Aquele ser humano, menor de 18 anos, que no caso do crime de estupro, é dividido em duas faixas etárias. Para as vítimas com idades entre 14 e 18 anos, foi concedida relativa liberdade sexual, sendo descritos no crime de estupro em sua forma qualificada, já para os menores de 14 anos, foi criado um delito independente, o estupro de vulnerável, devido ao prejuízo que é causado à formação da criança e do adolescente que carregará esta mácula pelo resto da sua vida.

Desta forma, a lei penal seguiu preceito constitucional, em especial o artigo 227, § 4º da Constituição Federal, que descreve: "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente."

O Código Penal também considera vulnerável o portador de enfermidade ou deficiência mental que não tem discernimento para decidir em relação às suas práticas sexuais. Deve, contudo, diferentemente do que ocorre no caso do menor de 14 ou de 18 anos, esta condição deve ser aferida no caso concreto, devendo-se ser provada a deficiência e o grau de discernimento em relação às práticas sexuais.

É desta forma vulnerável, quem por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, como descreve o artigo 217-A, § 1º, 2ª parte do Código Penal.

Antes da entrada em vigor da lei 12015/2009, mais precisamente a partir da década de 80 os Tribunais passaram a discutir sobre a presunção de violência descrita no artigo 224 alínea "a" do Código penal, que hoje está revogado. Para estes, ocorreram várias mudanças na sociedade desde os anos 40, não precisando assim, os menores de 14 anos de uma proteção especial. Muitas correntes doutrinárias e jurisprudenciais se criaram, umas entendiam que a presunção de violência era relativa, ou seja, cabia prova em contrário, já a outra achava que a presunção era absoluta, não podendo assim ser questionada. Mesmo com as discussões, já se via que a lei determinara que uma criança ou um adolescente menor de 14 anos, por mais que já possuísse uma vida sexual ativa e hábitos de adulto, ainda não eram suficientemente desenvolvidos para decidir livremente sobre seus comportamentos sexuais, ou seja, seus conceitos e sua personalidade ainda estavam em formação.

Com a modificação ocorrida com a lei supracitada e a criação do delito de estupro de vulnerável procurou-se resolver tal impasse. Veja-se o que aduz o artigo 217-A do Código Penal:

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

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

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

§ 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.

Nota-se que a lei manteve e reforçou o critério objetivo da idade e também igualou a estes menores de 14 anos pessoas que por sua condição também são considerados vulneráveis.

Pela redação do artigo 217-A do código penal podemos abstrair os seguintes elementos constitutivos: 1º- a conduta de ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso; 2º com pessoa menor de 14 anos (com isto, o artigo 217-A substituiu o regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal, em sendo assim, este artigo enfatiza a vulnerabilidade de certas pessoas, tanto de crianças e adolescentes com idade até 14 anos, como também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer causa, oferecer resistência)

O núcleo do atual artigo é o verbo ter, que por sua vez, não exige a presença da violência ou da grave ameaça. Basta, destarte, que o agente tenha conjunção carnal, que pode até ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso para configurar o crime em tela.

Pode-se apontar como bens juridicamente protegidos pelo art. 217-A a liberdade e a dignidade sexual, assim como, o desenvolvimento sexual do indivíduo.

O estupro de vulnerável atinge a liberdade sexual, o que faz com que atinja também a dignidade do ser humano, mormente daqueles que se presumem incapazes de consentir para o ato sexual, como também seu desenvolvimento sexual.

O objeto material do delito em questão é aquele que ainda não completou os 14 anos de idade, bem como os que forem acometidos por enfermidade ou deficiência mental e não tenham o discernimento necessário para a prática do ato sexual, ou que, por outra causa, não pode oferecer resistência.

4.6.1 Sujeitos Ativo e Passivo; Tipos Objetivo, Subjetivo e Formas Qualificadas

Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, podendo assim, ser homem ou mulher. Desta feita, pode-se ocorrer o delito em questão se a mulher tem conjunção carnal com o menor de 14 anos ou se o homem tem com uma menor também de 14 anos. Quanto à conjunção carnal, para este, só não podem ser pessoas do mesmo sexo, mas se o forem pode ser caracterizado outro ato libidinoso estando configurado também o crime.

O Sujeito passivo será a pessoa menor de 14 anos, estando estes nesta condição até o primeiro instante do dia do seu aniversário, não importando se possuem experiência sexual ou se estão se prostituindo.

Também são sujeitos passivos, na forma do § 1º os acometidos de enfermidade ou deficiência mental, que não tenham o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possam oferecer resistência. Para estes, não se trata de uma presunção absoluta, destarte devem ser examinados em cada caso por perícia psiquiátrica atestando a ausência ou não do discernimento necessário para a prática sexual.

No § 1º, 2ª parte estão presentes os que se encontrem impossibilitados de oferecer resistência à prática do ato sexual por qualquer forma não descrita anteriormente no tipo, como exemplo pode-se citar os que se encontram em estado de coma, anestesiados, hipnotizados, afetados por drogas que paralisam, etc.

Para a consumação do crime em debate, não é necessária a presença da violência, da grave ameaça ou da fraude, porém se estes ocorrerem, consubstanciam-se como sendo circunstâncias a serem valoradas pelo juiz na fixação da pena. Se destas, porém, provir lesão grave ou morte, o crime é qualificado.

Como o crime de estupro comum, Mirabete, Fabbrini (2010, p. 410) também consideram o estupro contra vulnerável tipo misto cumulativo, em um mesmo tipo, duas condutas criminosas, em se cometendo mais de uma responde-se por quantas cometeu em concurso material ou continuidade delitiva, dependendo do caso.

A lei refere-se à prática de ato libidinoso com menor, o que, desta forma, envolve os praticados pelo agente ou pela vítima. Se o ato libidinoso for praticado pelo menor com terceiro e o agente se limitar a presenciá-lo, sem ter ajudado na prática, só cometerá o delito o terceiro, excetuando-se o caso de omissão imprópria, em que o agente goza do status de garantidor. Porém, se o agente induzir o menor a presenciar a prática de atos libidinosos por terceiros, pratica o crime do artigo 218-A, qual seja o da satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente.

O elemento subjetivo deste tipo penal é o dolo, para isto é necessário que o agente tenha consciência da condição de vulnerabilidade da vítima, se houver dúvida do agente quanto à idade ou à doença mental do sujeito passivo, haverá dolo eventual. Já se houver erro quanto a estas condições, poderá se configurar o estupro, violação sexual mediante fraude ou mesmo, dependendo do caso, erro de tipo, afastando-se o dolo e, em decorrência disso a tipicidade do fato. Não é admissível a modalidade culposa, pois não existe disposição legal expressa nesse sentido.

Será possível a tentativa, pois o crime pode ser fracionado e também será possível a desistência voluntária antes de qualquer ato libidinoso.

Qualificar-se-á a conduta do agente quando esta resultar lesão corporal de natureza grave (§ 3º) com pena de reclusão, de 10 a 20 anos ou se da conduta resultar morte, com pena de reclusão, de 12 a 30 anos (§ 4º).

Lembre-se que se o agente atuou com desígnios autônomos para matar ou lesionar a vítima, deve responder pelos crimes em concurso material.

4.7 DISPOSIÇÕES EM GERAL QUANTO AOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E AOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL (AÇÃO PENAL E CAUSAS DE AUMENTO DE PENA)

A lei 12.015/2009 revogou os artigos 223, que previa as qualificadoras e o 224, que versava sobre a presunção de violência.

Os resultados que qualificam os crimes hoje estão previstos nos próprios tipos penais e as hipóteses de violência presumida foram substituídas pelos crimes sexuais contra vulneráveis.

O artigo 225 continua a tratar da ação penal com as devidas alterações e o 226 prevê as causas de aumento de pena que servem para os crimes descritos nos capítulos I e II (dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulneráveis), mantida a redação anterior.

Segundo preleciona o artigo 225 do Código Penal, os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulneráveis procedem-se mediante ação penal pública condicionada à representação, proceder-se-ão, contudo, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Conclui-se, desta monta, que, não mais existe a possibilidade de ação penal privada exclusiva do ofendido ou de seu representante legal. Só será possível a ação penal privada subsidiária da pública na inércia do Ministério Público.

Lembram Mirabete; Fabbrini (2010, p. 425) que, retirada a exceção feita no parágrafo único do artigo 225, em regra os crimes dos capítulos supracitados procedem-se mediante ação pública condicionada à representação. Para eles o legislador esqueceu que o estupro qualificado pela lesão corporal grave ou morte é agora previsto no artigo 213, parágrafos 1º e 2º. Por isso, não se admitiria a ação pública incondicionada nas conjecturas em que o estupro é de maior gravidade. Além disso, se for aplicado como está o dispositivo, no caso de morte da vítima, necessitar-se-ia de representação de uma das pessoas dispostas no artigo 24, parágrafo único do Código de Processo Penal, quais sejam, cônjuge, ascendente,

descendente ou irmão e sendo estes ausentes, restar-se-ia impune o crime. Por este motivo, estes doutrinadores apóiam a inconstitucionalidade do dispositivo em tela.

Para resolver esta questão deve-se usar o artigo 101 do Código Penal: “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público” e a Súmula 608 do STF: “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”; para que se admita a ação penal pública incondicionada no caso de estupro qualificado e com violência real, com fundamento no artigo 146 que admite esta ação penal para o crime de constrangimento ilegal, pois este é elemento constitutivo do estupro.

Serão também aplicadas aos crimes dos capítulos descritos anteriormente as causas de aumento de pena dos artigos 226 do Código penal, que diz que a pena será aumentada de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas e de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

A ocasião do concurso traz mais perigo à vítima, facilita a ação dos criminosos e enseja maior periculosidade dos agentes. Para Mirabete; Fabbrini (2010, p. 426) não necessita a co-participação, ou seja, estarem os agentes presentes ao mesmo tempo, para ser majorada a pena, bastando-se a instigação, planejamento etc. outros doutrinadores como se manifestam de forma contrária.

Quanto ao parentesco ou autoridade a lei não apresenta o incesto como crime, mas aumenta a pena se os crimes sexuais forem cometidos por parentes próximos, natural ou civilmente falando; pois pessoas que deveriam dar apoio e educação a seus parentes abusam sexualmente dos mesmos o que causa maior repulsa social e maior dano à dignidade da pessoa humana. Por cônjuge ou companheiro, também pela relação de confiança que se deveria ter e pessoas que possuem autoridade sobre as outras e usam disso para abusá-las.

4.8 DISPOSIÇÕES COMUNS AOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (AUMENTO DE PENA E SEGREDO DE JUSTIÇA)

A lei 12.015/2009 incluiu o Capítulo VII que trata das disposições gerais, contendo, desta forma, normas que poderão ser aplicadas aos crimes contra a dignidade sexual.

O artigo 234-A, III e IV do Código Penal aduz que, aumenta-se a pena de metade, se do crime resultar gravidez; e de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Os incisos I e II foram vetados, pois, o que estes determinaram já estava previsto em outros artigos como o 226.

O artigo 234-B prevê o segredo de justiça para os crimes contra a dignidade sexual.

No primeiro caso de aumento de pena, qual seja, a prevista no artigo 234-A, inciso III, aumentar-se-á a pena de metade se do crime resultar gravidez, ou seja, a gravidez da vítima tem que resultar da conjunção carnal ou do ato libidinoso que seja apto a gerar tal resultado, nos crimes de estupro e estupro contra vulnerável estas condutas são elementos do tipo, devendo apenas ser provado o nexos causal e o elemento subjetivo, assim como em outros crimes deste capítulo, pode esta causa ser aplicada tanto a título de dolo como de culpa. Neste aspecto, vale salientar que não se punirá o aborto humanitário, desde que consentido pela gestante ou seu representante legal, previsto este no artigo 128, inciso II do Código Penal.

Na segunda hipótese, a pena será majorada de um sexto até a metade se o agente transmite para a vítima doença sexualmente transmissível, de que sabe ou deveria saber ser portador, inciso IV do artigo 234-A do Código penal. Estas doenças não são apenas venéreas como a sífilis, mas também as outras transmitidas por meio sexual como a hepatite B.

Se o agente estiver infectado e não transmitir a doença, responde este pelo estupro em concurso com o perigo de contágio venéreo (art. 130/Código Penal) ou perigo de contágio de moléstia grave (art.131/Código Penal), se, porém, esta doença causar morte ou lesão corporal grave ele responderá pelo estupro qualificado (art.

213, parágrafos 1º e 2º/CP). Para a utilização desta majorante tem que estar provado que sabia ou que as circunstâncias o levavam a saber que estava contaminado.

O artigo 234-B prevê o segredo de justiça para os crimes contra a dignidade sexual, pois a Constituição prevê e admite o sigilo para a defesa da intimidade (art. 5º, LX), assim como, o Código de processo penal admite que seja decretado o segredo quando for necessário para também preservar-se a intimidade, vida privada e imagem da vítima, como preleciona o artigo 201, parágrafo 6º do CPP.

Portanto, a lei 12.015 de 2009 buscou preservar a intimidade da vítima e incentivar a instauração do processo penal, pois esta não poderia sofrer os efeitos do delito e também ter sua intimidade violada. Por este motivo, se o sigilo não for respeitado pode ensejar o crime de violação de sigilo funcional (artigo 323/CP).

5 CONCLUSÃO

O estupro, crime de extrema gravidade, foi previsto desde as épocas mais remotas, a sociedade sempre viu com maus olhos o estuprador, sendo este punido, muitas vezes, com penas severas como a castração, a perfuração dos olhos e até mesmo a pena capital. Desta feita, sua análise envolve vários fatores como a moral, os padrões sociais, os desvios da conduta sexual, assim como a complacência para com suas vítimas.

Existem vários ramos que auxiliam a análise dos crimes, como a criminologia e a vitimologia que oferecem estratégias, que minimizam os fatores estimulantes da criminalidade, bem como empregam táticas inibidoras desta.

Desta forma, se faz de suma importância traçar o perfil do estuprador e analisar sob todos os aspectos a vítima, pois isto será uma arma forense de fundamental importância para guiar as investigações e auxiliar na solução dos casos.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor encontravam-se dispostos no Título VI, capítulo I do Código Penal, que versava sobre os Crimes Contra os Costumes e dos crimes contra a liberdade sexual respectivamente. A idéia trazida dos crimes abarcados por este título estava ligada essencialmente à noção de pudor público e moralidade pública. Desta maneira, a separação entre estes crimes, assim como o título do Código Penal que versava sobre estes já eram alvos de críticas frente à doutrina majorante, pois, dava-se a mesma pena para ambos, o que levava o intérprete a controvérsias e confusões desnecessárias.

A lei 12.015 veio, de forma inovadora, trazer mudanças importantes quanto à forma de proteção da liberdade sexual, trouxe alterações significativas ao Título IV do Código Penal, visando pois, adaptar a norma penal às novas formas de agir e de pensar da sociedade moderna quanto ao comportamento sexual, levando em consideração sobremaneira as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e as novas concepções doutrinárias, dando-se assim, fundamental proteção ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Destarte, esta nova visão quanto aos crimes sexuais pretendeu prioritariamente dar proteção do sadio desenvolvimento da sexualidade e da liberdade sexual como bens jurídicos que merecem digna proteção dada sua relevância, sendo estes aspectos essenciais da Dignidade da Pessoa Humana e integrantes dos direitos da personalidade. Com estas mudanças, começou-se também a tratar de forma igualitária homens e mulheres e a dar uma proteção especial aos menores de 18 anos, mormente aos menores de 14, pela sua condição de notável vulnerabilidade.

O legislador aboliu a antiga presunção de violência que equiparava ao estupro com violência ou grave ameaça, o sexo com menores de 14 anos, com deficientes mentais e com quem por qualquer motivo não pudesse divergir. Em seu lugar, criou o crime de estupro de vulnerável, punindo com penas de 8 a 15 anos a relação sexual, consensual ou não, com menores de 14 anos e com deficientes mentais. Trata-se desta forma, de um atentado à liberdade sexual de adolescentes e deficientes mentais. Foi assim, segundo o princípio da segurança jurídica, dada maior proteção aos direitos da criança e do adolescente, da mesma forma também foi dada especial atenção aos que se encontram em situação de maior exposição aos crimes sexuais.

O que se abstém da análise desta lei é que, mesmo possuindo esta alguns pontos controversos, se avançou bastante na procura da adequação dos crimes sexuais ao princípio da dignidade da pessoa humana. Institutos como o segredo de justiça, as inovações terminológicas entre outras alterações levaram à uma essencial evolução quanto aos crimes sexuais.

Desta forma, com a reforma trazida com a lei 12.015/2009 e suas mudanças, nota-se que foi dada maior importância à proteção do indivíduo do que à moralidade ou ao pudor público, assim como, estas alterações foram uma resposta aos anseios doutrinários, jurisprudenciais e da sociedade quanto ao novo tratamento legal que deve ser dado à proteção da liberdade sexual e à tutela da dignidade sexual.

Conclui-se ainda que a alteração legal define-se como um passo de fundamental importância e um precedente para futuras alterações em outros tipos penais que se restam desatualizados.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Português. **A Bíblia Sagrada: antigo e novo testamento**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2009.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 14 jan. 2010.

_____. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 12 de jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 608**. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=608.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 6ª ed. Volume III. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO, Celso, apud GOMES, Luiz Flávio. **Marido pode cometer estupro contra a mulher**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto525.htm>>. Acesso em 25 abr 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 5ª ed. Volume III. Niterói: Impetus, 2008.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini; FBBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal Parte Especial**. 27ª ed. Volume II. São Paulo: Atlas, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 24ª ed. Volume III. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei n. 12.015, de 7 de Agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Especial**. 6ª ed. Volume III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SERAFIM, Antônio de Pádua; BARROS, Daniel Martins de; RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas em Psiquiatria Forense e Psiquiatria Jurídica II**. 1ª ed. São Paulo: Vetor, 2006.

SOARES, Orlando. **Criminologia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SZNICK, Valdir. **Crimes sexuais violentos: violência e ameaça**. São Paulo: Ícone, 1992.