

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

**Ceres de Oliveira Danckwardt**

**AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA LEI 12.015/09 NA REDAÇÃO DO ART. 213  
DO CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE INTERPRETATIVA DA NORMA  
TIPIFICADORA DO ESTUPRO.**

**Porto Alegre**

**2015**

CERES DE OLIVEIRA DANCKWARDT

**AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA LEI 12.015/09 NA REDAÇÃO DO ART. 213  
DO CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE INTERPRETATIVA DA NORMA  
TIPIFICADORA DO ESTUPRO.**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Vanessa Chiari Gonçalves.

Porto Alegre

2015

CERES DE OLIVEIRA DANCKWARDT

**AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA LEI 12.015/09 NA REDAÇÃO DO ART. 213  
DO CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE INTERPRETATIVA DA NORMA  
TIPIFICADORA DO ESTUPRO.**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 16 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

---

Professora Vanessa Chiari Gonçalves  
Orientadora

---

Professor Ângelo Roberto Ilha da Silva

---

Professor Mauro Fonseca Andrade

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família – minha mãe, Vanise, meu pai, César, e meu irmão, Arthur – por todo o apoio e incentivo, não só na realização deste trabalho, mas também durante toda a minha vida acadêmica, pelo estímulo a cada projeto e pela compreensão nos momentos de ausência.

Agradeço ao meu namorado, Daniel, que foi o presente que ganhei da minha graduação na UFRGS, e que também foi meu melhor amigo e companheiro nestes cinco anos de Faculdade.

Agradeço às minhas amigas e aos meus amigos por todas as conversas, todos os conselhos, e por estarem ao meu lado há longos anos.

Por fim, agradeço imensamente à minha orientadora, Prof.<sup>a</sup> Vanessa Chiari Gonçalves, de quem tive a honra de também ser bolsista de Iniciação Científica, pela confiança, pelos conhecimentos passados e, sobretudo, por ter me ensinado a pensar criticamente o Direito Penal.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar as consequências jurídicas do advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009 no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, que tipifica o delito de estupro, sobretudo em se tratando dos conflitos de interpretação dela resultantes, sobre os quais se divide o entendimento doutrinário e jurisprudencial. Antes de 2009, a prática do crime de estupro se limitava a constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, enquanto o constrangimento a ato libidinoso diverso da conjunção carnal estava tipificado no antigo artigo 214 do Código Penal, configurando o crime de atentado violento ao pudor. Após a alteração legislativa, as duas condutas foram unificadas sob o nome de “estupro” e passaram a ser tipificadas no artigo 213. Por conseguinte, instauraram-se diversos conflitos interpretativos, tais como o problema do enquadramento típico do agente que comete ambas as condutas sob o mesmo contexto fático e a questão sobre qual deveria ser o alcance do ato libidinoso abrangido pelo tipo penal. Nesse sentido, a presente monografia visa a estudar as divergências interpretativas advindas da Lei 12.015/09, apresentando os possíveis entendimentos atribuídos pela doutrina e pela jurisprudência para resolvê-las e, ao final, indicando quais as interpretações mais adequadas.

**Palavras-chave:** Estupro. Lei 12.015/09. Conflitos de interpretação.

## **ABSTRACT**

*This paper aims to examine the legal consequences of the enactment of Law 12.015 of August 7, 2009 in Article 213 of the Brazilian Penal Code, which criminalizes the rape offense, especially about the interpretation conflicts resulted therefrom, upon which divides the doctrinal and jurisprudential understanding. Prior to 2009, the practice of rape was limited to constrain a woman to sexual intercourse by violence or serious threat, while the constraint to libidinous act was typified by the former Article 214 of the Penal Code and it was configured as indecent assault. After the legislative amendment, the two conducts were unified under the name of "rape" and they became typified in Article 213. Hence many interpretative conflicts have been established, such as the problem concerning the typical framework for the offender that commits both conducts under the same factual context and the issue about what should be the extension of the libidinous act covered by the criminal type. In this sense, this thesis aims to study the disparities in interpretation resulted from Law 12.015/09, presenting the possible understandings assigned by doctrine and jurisprudence to solve them and, at the end, indicating the most appropriate interpretations.*

**Key-words:** Rape. Law 12.015/09. Interpretation conflicts.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 DOS REFLEXOS MODIFICATIVOS DA LEI 12.015/09 NO TIPO PENAL DO ESTUPRO</b> .....	12
2.1 DA ANÁLISE DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL ANTES E DEPOIS DO ADVENTO DA LEI, SOB UM VIÉS HISTÓRICO .....	12
2.2 DAS NOVAS INTERPRETAÇÕES DOUTRINÁRIAS PROVENIENTES DA MUDANÇA LEGISLATIVA .....	Erro! Indicador não definido.
<b>2.2.1 Dos tipos mistos alternativo e cumulativo</b> .....	23
<b>2.2.2 Do alcance do tipo penal que define o delito de estupro</b> .....	39
<b>3 DAS CONSEQUÊNCIAS DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NA PRÁTICA E DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS AOS CONFLITOS DE INTERPRETAÇÃO</b> .....	51
3.1 DA JURISPRUDÊNCIA .....	51
<b>3.1.1 Do entendimento dos Tribunais Superiores acerca da unificação dos arts. 213 e 214 do Código Penal</b> .....	51
<b>3.1.2 Do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que tange ao conceito de ato libidinoso</b> .....	61
3.2 DA SOLUÇÃO PROPOSTA PELO PROJETO DE LEI 236 DO SENADO FEDERAL	69
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	77
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	81

## 1 INTRODUÇÃO

A reunião dos antigos tipos penais de estupro e de atentado violento ao pudor num único artigo, ocasionada pela Lei 12.015/09, entre diversas outras alterações advindas da reforma legislativa, resultaram numa série de conflitos de interpretação. Por outro lado, algumas modificações terminológicas, como a mudança de denominação do Título VI do Código Penal de “dos crimes contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual”, simbolizaram uma tentativa de superação da ideologia machista e patriarcal da década de 1940, época do advento do diploma legal. Passou-se a tutelar a satisfação sexual do ser humano de forma digna, livre e respeitada, sendo vedado qualquer tipo de exploração, violência ou ameaça, desvinculando-se o bem jurídico dignidade sexual do que a sociedade considera inadequado.

Procedendo-se a uma análise inicial acerca do tipo penal objeto do presente trabalho, cabe referir que o estupro é um delito hediondo, conforme dispõe o art. 1º da Lei 8.072/90 e, por consequência, a privação de liberdade do agente que o pratica deve ser regulada conforme o regime jurídico deste diploma legal, devendo ser observadas suas restrições, dentre as quais: o aumento de prazo para o livramento condicional, assim como para a progressão de regime; e a impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia. O verbo do tipo, qual seja, “constranger”, significa tolher a liberdade, forçar ou coagir. A palavra “estupro”, por sua vez, vem de “*stuprum*”, que quer dizer desonra, vergonha – o que traduz, em verdade, a tendência histórica de concluir que o resultado de atos impudicos praticados com violência seria a desonra (e não a dignidade da pessoa humana, bem jurídico que passou a ser protegido somente a partir da Constituição de 1988).<sup>1</sup>

É certo que, quando da criminalização de condutas, deve o legislador indicar com clareza e precisão quais são os atos abrangidos pela norma penal – nesse diapasão, destaca-se o princípio da determinação, que dispõe que uma conduta só poderá ser considerada infração penal e, conseqüentemente, gerar sanção punitiva, se tiver seus termos devidamente descritos e particularizados. Do princípio supramencionado advém também o da taxatividade, que determina que a norma incriminadora deve ser clara e compreensível, permitindo ao cidadão a real consciência acerca da conduta punível pelo Estado. Nesse sentido, este trabalho objetiva analisar as conseqüências do advento da Lei 12.015/09 no tipo penal do estupro, abrangendo

---

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 962.

todos os seus conflitos interpretativos e as possíveis teses para solucioná-los, indicando, ao final, quais as interpretações mais acertadas.

Em se tratando de alterações na lei penal, sobretudo de dispositivos que modificam a configuração de tipos, as consequências da insegurança jurídica advinda da falta de precisão do legislador tendem a ser gravosas, tendo em vista que o réu estará totalmente vulnerável à discricionariedade do juiz. Por certo, diante da inexatidão da norma, a punição do agente poderá variar de acordo com o entendimento do Tribunal de cada estado ou de cada magistrado em particular. Nesse sentido, o conhecimento, tanto do jurista quanto do cidadão leigo (obviamente também submetido às leis penais), sobre as consequências das mudanças resultantes da Lei 12.015/09 são de notória relevância, uma vez que os tipos incluídos no capítulo são passíveis de pena grave e violam bem jurídico protegido pela Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana. O delito de estupro, o mais gravoso dos tipos enquadrados no Capítulo I do Título VI do CP, trata-se de crime hediondo, o que reforça sua relevância jurídica.

Dada a importância do debate, a presente monografia, de plano, esclarecerá algumas questões básicas sobre o tema, tais como: quais seriam os indivíduos legitimados a figurar como sujeitos ativo e passivo do delito; qual o momento consumativo do crime; em que contexto poderia se materializar a figura tentada; e o enquadramento típico adequado do beijo e da visão lascivos. A resolução destes questionamentos pautar-se-á numa análise comparativa entre o art. 213 do Código Penal antes e depois da reforma de 2009. Estudar-se-á, ainda, a possibilidade (ou não) de aplicação dos arts. 69 ou 71 do Código Penal num contexto fático criminoso em que houvesse, além do constrangimento à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, a prática de outro ato libidinoso.

Nessa seara, dois conflitos interpretativos devem receber enfoque no trabalho: a classificação do delito de estupro como tipo misto alternativo ou cumulativo; e o alcance do tipo penal que define o crime. Deve-se averiguar se o agente que constrange alguém a ter conjunção carnal e, no mesmo contexto fático, pratica ou permite que com ele se pratique ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça, comete crime único, pratica dois crimes em concurso material ou incorre em continuidade delitiva. Ademais, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial, dever-se-á determinar limites ao alcance do tipo penal do art. 213 do CP, sobretudo no que concerne à definição da expressão “ato libidinoso diverso da

conjunção carnal”, que nunca tivera seus contornos determinados nem pelo Código Penal originário de 1940, nem pelas reformas que o sucederam.

Ressalta-se que toda a abordagem aqui trazida é feita sob um viés principiológico e garantidor de direitos, de forma que, para solucionar conflitos sobre a hermenêutica normativa, optou-se pelo método da interpretação conforme a Constituição, este que tem como fim garantir a compatibilidade da norma ao ordenamento constitucional. Ainda, apesar não estar previsto expressamente na Carta Magna, a análise crítica realizada primou, sobretudo, pela observância do princípio da proporcionalidade. Isso porque o referido princípio merece destaque no que toca ao tema da delimitação do tipo penal e atua como limite à intervenção estatal na esfera da liberdade individual dos cidadãos, devendo ser sempre considerado quando se trata de estabelecer o alcance da intervenção punitiva, cumprindo o importante papel de orientar as atividades judiciais e legislativas.

A importância do princípio da proporcionalidade no Direito Penal relaciona-se com o fato de que, num Estado Democrático de Direito, a liberdade constitui bem primordial, além de tutelado constitucionalmente. A utilização deste princípio implica estabelecer que qualquer limitação a bem jurídico deve ser obrigatoriamente balanceada, a fim de que ocorra apenas quando for necessária, adequada e proporcional à proteção de outro bem jurídico igualmente relevante. Isso deve ocorrer sempre tomando-se o ser humano como parâmetro para se avaliar as hipóteses em que é possível limitar a liberdade individual.

Assim, no primeiro capítulo, proceder-se-á a uma análise doutrinária das modificações trazidas pela Lei 12.015/09, estudando-se o texto do art. 213 antes e depois do advento da Lei, além de contextualizar tais mudanças por meio de um breve histórico da normatização dos crimes sexuais no Brasil e sob uma perspectiva de gênero. Num segundo momento, o enfoque será atribuído aos conflitos interpretativos advindos da mudança da norma legal em questão, indicando-se as possíveis interpretações a serem adotadas e determinando-se quais são aquelas que vão ao encontro dos princípios básicos de Direito Penal.

No segundo capítulo, tratar-se-á das consequências da alteração legislativa na prática e das soluções proposta pelo Projeto de Novo Código Penal aos conflitos de interpretação. Num primeiro momento, analisar-se-á a influência das modificações trazidas pela Lei 12.015/09 nas decisões jurisprudenciais - verificar-se-á o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da unificação dos antigos arts. 213 e 214 do Código Penal e a posição do Superior Tribunal de

Justiça quanto à delimitação do conceito de ato libidinoso, este que traduz como pode ser entendido o alcance do tipo penal que define o delito de estupro. Ainda, no que concerne às soluções aos conflitos interpretativos, apresentam-se as mudanças propostas pelo Projeto de Lei 236/2012, que tramita no Senado Federal, no qual o legislador atentou a corrigir as ambiguidades e indeterminações que acometem o Código Penal atual no que tange às disposições sobre crimes sexuais.

## **2 DOS REFLEXOS MODIFICATIVOS DA LEI 12.015/09 NO TIPO PENAL DO ESTUPRO**

O presente capítulo visa a realizar uma abordagem doutrinária acerca do delito de estupro pelo prisma das reformas trazidas pela Lei 12.015/09. Examinar-se-á, primeiramente, os reflexos decorrentes do rompimento do contexto social de 1940, que pairava sobre o Título VI do Código Penal até a mudança legislativa de 2009, tratando-se do assunto sob uma perspectiva de gênero. O capítulo expõe, outrossim, o conceito do delito de estupro de uma forma comparativa entre legislações, além de tratar da unificação dos arts. 213 e 214 do Código Penal. Analisar-se-á, por fim, o alcance do tipo penal delimitador do crime.

### **2.1 DA ANÁLISE DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL ANTES E DEPOIS DO ADVENTO DA LEI, SOB UM VIÉS HISTÓRICO**

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, veio a alterar o Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, além de modificar o art. 1º da Lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, e revogar a Lei 2.252/54, que dizia respeito à corrupção de menores. Tais reformas vieram à tona em virtude da crescente preocupação com o aumento da exploração sexual, sobretudo de crianças e adolescentes, fato este que levou o Congresso Nacional a criar uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para apurar fatos relativos ao assunto. Após a finalização dos trabalhos, o Projeto de Lei 253/04 deu origem à Lei 12.015.

Segundo o relatório apresentado no Projeto de Lei, as características da primeira metade do século XX ainda pairavam sobre o Código Penal, assim como o exercício autoritário de poder e a insuficiência de repressão aos crimes sexuais, tanto em razão de estigmas sociais quanto em virtude de valores preconceituosos. Pela sua desatualização, o diploma penal necessitava urgentemente ser reformado para que acompanhasse as mudanças sociais, uma vez que não atendia mais às situações reais de violação sexual. Fera, principalmente, o art. 227, § 4º, da Constituição Federal, pois não correspondia ao mandamento constitucional que determina que sejam punidos gravemente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Ainda, era necessário compatibilizar a

redação do Código Penal com o texto do Estatuto de Roma, concernente ao Tribunal Penal Internacional, que não diferenciava violação sexual contra mulheres e contra homens, podendo ambos os sexos figurar como vítimas do delito de estupro.

Dentre as principais reformas trazidas, a primeira referência que deve ser feita é a concernente à mudança de nomenclatura do Título VI, cuja denominação foi substituída de “dos crimes contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual”. Certamente, a expressão anterior não correspondia mais ao bem jurídico que a norma penal visava a tutelar. Conforme Cezar Roberto Bitencourt, a dignidade sexual vincula-se à liberdade e ao direito de escolha de parceiros. Com a transgressão da superada terminologia “dos crimes contra os costumes”, reconheceu-se que os crimes sexuais atingem a dignidade, a liberdade e a personalidade da pessoa humana.<sup>2</sup>

As lições de Nelson Hungria traduzem bem o pensamento do legislador de 1940. Ao definir “crimes contra os costumes”, o autor retratou a antiga visão da sociedade pautada por valores ético-morais patriarcais:

O vocábulo “costumes” é aí empregado para significar (sentido restritivo) 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 tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.<sup>3</sup>

O vocábulo “costumes”, segundo Mirabete e Fabbrini, revelava que a importância dada à moralidade sexual e ao pudor público era superior a de outros bens jurídicos hoje considerados mais relevantes, como a integridade física e psíquica e a liberdade sexual. Os autores utilizam-se da antiga causa extintiva da punibilidade, que tratava do casamento da ofendida com o agente do crime sexual (art. 107, VII e VIII, do Código Penal, revogados pela Lei 11.106/05), para exemplificar o contexto histórico do advento do Código Penal Brasileiro. O legislador de 1940 acreditava que, se o autor do delito se casasse com a vítima, poderia reparar o mal causado, pois restauraria o conceito que esta usufruía no meio social. O título “dos crimes contra os costumes” impunha, ainda, um padrão médio de comportamento sexual. Exemplo disso é a imposição da figura da “mulher honesta”, uma vez que, caso não o fosse, a

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 969.

<sup>3</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 93.

mulher era excluída da proteção penal no que tange aos crimes antigamente previstos nos arts. 215, 216 e 219.<sup>4</sup>

Lembre-se que, entre as majorantes do antigo art. 226 do Código Penal, o inciso III previa que a pena seria aumentada de quarta parte se o agente fosse casado, em razão da impossibilidade de reparar o mal pelo subsequente matrimônio com a vítima. A hipótese ainda é mais absurda quando se vislumbra que só fora revogada em 2005, pela Lei 11.106. Nelson Hungria lecionava que o matrimônio se trataria de espécie de arrependimento eficaz. Mesmo que já houvesse sentença condenatória transitada em julgado, o *subsequens matrimonium* faria cessar a execução da pena, sobrevivendo apenas o efeito da condenação para fins de reincidência.<sup>5</sup> Tanto a majorante quanto a hipótese de arrependimento eficaz são extremamente retrógradas, retratando pensamento machista de que o casamento anularia o sofrimento decorrente de um estupro. Mais surpreendente ainda é o legislador de 1940 considerar com normalidade a possibilidade de haver posterior matrimônio entre a vítima e seu estuprador, o que repararia a honra da família e os costumes sociais, fato que prova que este era o único bem jurídico protegido, pouco importando a liberdade e a dignidade sexual da mulher.

Conforme Fernando Capez, o foco de proteção jurídica dos crimes do Título VI restou alterado com a Lei 12.015/09. Não mais se garante a moral média da sociedade ou o resguardo dos bons costumes, mas sim a tutela da dignidade do indivíduo, ou seja, o seu próprio interesse e não o de terceiros. Com a Constituição Federal de 1988, o perfil político-constitucional do país foi definido como o de um Estado Democrático de Direito, que garantiu, através do art. 1º, III, de sua Carta Magna, o respeito inarredável da dignidade humana. Tutelando-se a dignidade sexual, corolário natural da dignidade da pessoa humana, objetiva-se proteger a liberdade de autodeterminação sexual da vítima e a sua preservação nos aspectos físico e moral, de forma a manter íntegra sua personalidade.<sup>6</sup>

Considera-se elogiável a mudança da denominação referida, uma vez que é fundamental considerar a mudança de perspectiva da sociedade, que evolui e tem seus valores como mutáveis. Dessa forma, a legislação penal deve ser adequada, mantendo a

---

<sup>4</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 387.

<sup>5</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pp. 243-251.

<sup>6</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 20-23.

correspondência dos tipos penais com os bens jurídicos que visa a tutelar. Era notória a necessidade de reforma do Código Penal no que tange ao contexto dos crimes sexuais, de forma a contemplar a proteção à intimidade e à vida privada, assim como à dignidade da pessoa humana, bens jurídicos estes constitucionalmente garantidos pelo Estado Democrático de Direito que surgiu após 1988.

Ainda em se tratando dos costumes como bem jurídico protegido pelo Código Penal de 1940, cabe fazer-se referência à ação penal. Todos os crimes sexuais previstos nos Capítulos I, II e III do Título VI da parte especial do Código Penal tinham, como regra geral, a ação penal privada – assim previa o antigo art. 225. Para Nelson Hungria, a previsão se justificava porque “nos crimes sexuais, que afetam profundamente o valor social das vítimas e a honorabilidade de suas famílias, muitas vezes é preferível o silêncio ao *strepitus iudicii* em torno deles”.<sup>7</sup> A Lei 12.015/09 veio a alterar a titularidade da ação penal, que passou a ser pública condicionada à representação, como regra geral. De fato, a publicização da ação penal confere maior proteção às vítimas de violência sexual, estas que, querendo oferecer representação, podem deixar a ação à titularidade do *parquet* e não precisam mover a jurisdição a cada ato do processo. A figura do silêncio como forma de resguardo à honra da família da vítima resta há muito superada, pois é pensamento que remete à agredida a culpabilização pela violência sofrida, sendo a ela imposta a responsabilidade pela suposta perda dos valores sociais de sua família.

No que concerne à norma tipificadora do crime de estupro, o art. 213 do Código Penal, antes da reforma, dispunha:

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

Pena – reclusão de seis a dez anos.

Após o advento da Lei 12.015/09, a redação do artigo passou a ser a seguinte:

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:

---

<sup>7</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pp. 237-238.

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.

Lembre-se que as formas qualificadas do delito já existiam antes da modificação, porém tinham seu texto no Capítulo IV, que tratava das disposições gerais do Título VI.

Na linguagem do Código Penal de 1940, estupro era o constrangimento, tão somente da mulher, à exclusiva conduta da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Ensina Bitencourt que conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, a introdução de pênis em cavidade vaginal, portanto não foram abrangidos pelo antigo art. 213 o coito anal e nem a *fellatio in ore*.<sup>8</sup>

Segundo Hungria, tais condutas não fariam parte do tipo penal por não serem o ânus e a boca órgãos genitais. Justificou que o coito anal ou oral, exercido coativamente sobre pessoa de qualquer sexo, constituía o delito de atentado violento ao pudor, este que, antes de 1990 (Lei 8.072), era punido menos severamente do que o estupro. Em suas palavras:

Pode-se criticar a lei porque limitou a noção do estupro, mas não pretender que seja aplicada ao arrepio do seu texto. Mesmo a crítica, porém, não procede. O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que o da mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos.<sup>9</sup>

Com a alteração legislativa, houve ampliação na esfera de proteção da norma incriminadora, uma vez que o artigo deixou de configurar crime próprio, ou seja, cometido apenas por pessoa do sexo masculino e contra pessoa do sexo feminino. Desde a mudança na redação do art. 213 do Código Penal, tanto homens quanto mulheres podem ser sujeitos ativo e passivo do delito de estupro. Trata-se, portanto, de crime comum.

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 971.

<sup>9</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pp. 105-107.

A partir do advento da Lei 12.015/09, passou a haver duas espécies de estupro: uma que consiste em constranger alguém à prática de conjunção carnal, e outra que se resume em constranger qualquer pessoa à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. O antigo crime de atentado violento ao pudor, previsto no art. 214 do Código Penal anteriormente à reforma de 2009, foi revogado, e as condutas previstas em tal tipo passaram a integrar o próprio delito de estupro, quais sejam, as práticas forçadas de outros atos libidinosos, mediante violência ou grave ameaça, contra pessoa de qualquer dos sexos.<sup>10</sup>

Acredita-se que a mudança supracitada representa grande avanço, haja vista que traz a igualdade de gênero para o âmbito dos crimes sexuais. O texto constitucional garante, em seu art. 5º, I, a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres como direito fundamental, corolário que deve ser inserido também em relação à proteção conferida pelas normas penais. O Código Penal, em sua redação original, legislado sob um viés desigual e num contexto provido de preconceitos, não conferia a devida assistência a diversos grupos de indivíduos abarcados pela sociedade, excluindo da sua esfera de proteção as violações sexuais em relações homoafetivas, em que não fosse necessariamente a mulher a parte mais vulnerável. Nesse sentido, indivíduos de ambos os sexos merecem ser amparados pela norma penal, haja vista que, independente do gênero, todos podem figurar como vítima no crime de estupro.

Os autores Silva Franco e Tadeu Silva já sustentavam a posição igualitária de gênero até mesmo antes do advento da Lei 12.015/09. São citados por André Estefam, em sua obra “Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009”:

Para não cair nas redes de tramas da aliança entre o patriarcalismo e o poder punitivo, é imperioso pensar que, frente ao nosso ordenamento jurídico-político, não podem existir discrepâncias na construção de tipos penais fundamentais na diferença de gênero, sob pena de ferir o princípio da alteridade, e conseqüentemente, o do postulado da igualdade – o que igualmente macularia o próprio princípio estruturante da dignidade da pessoa humana. As molduras penais (...) necessariamente devem contemplar a mulher e o homem.<sup>11</sup>

Importante ressaltar que, quando unificados os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (antigo art. 213 e o revogado art. 214 do Código Penal), os mesmos já

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 971-972.

<sup>11</sup> FRANCO, Alberto Silva, SILVA, Tadeu Antonio. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1036. In: ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

comportavam, anteriormente, o mesmo *quantum* de pena, qual seja, reclusão de seis a dez anos. No entanto, de 1940 até o advento da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que trata dos crimes hediondos, o atentado violento ao pudor era considerado infração a bem jurídico menos relevante do que o do protegido pelo estupro, pois se limitava à pena de dois a sete anos, enquanto aquele era punido com reclusão de três a oito anos.

Ainda quanto ao sujeito passivo do atual art. 213 do Código Penal, além de poder estar inserido neste conceito qualquer indivíduo, de qualquer sexo, a norma tem que ser indiferente quanto às qualidades pessoais da vítima. Nucci ensina que não se devem levar em consideração antigas qualificações que a lei atribuía ao sujeito passivo, como ser pessoa honesta ou desonesta, recatada ou promíscua, virgem ou não, casada ou solteira. O Código Penal de 1830 distinguia o estupro de “mulher honesta”<sup>12</sup> e a violação sexual de prostituta, sendo que para o primeiro era prevista pena de três a doze anos, enquanto para o segundo, de um mês a dois anos. O Código Criminal de 1880 manteve a diferenciação, considerando estupro aquele cometido contra mulher honesta, ainda que não fosse virgem, com pena de um a seis anos. Em relação à mulher pública ou prostituta, a pena variável era de seis meses a dois anos. Com o advento do Código Penal de 1940, o parâmetro de discriminação da honestidade da mulher no delito de estupro deixou de existir, restando no tipo penal apenas a desigualdade em relação ao homem, que jamais poderia ser sujeito passivo. A Lei 12.015/09 veio para abolir o que restava de discriminatório no Código Penal, igualando ambos os sexos, independentemente de qualquer qualidade especial, lei esta que o autor considera justa.<sup>13</sup>

Um exemplo do contexto histórico machista e discriminatório que pairava sobre a sociedade quando do advento do Código Penal de 1940 pode ser vislumbrado no entendimento do doutrinador Edgard Magalhães Noronha, que sustentava que o legislador teria que ter considerado à parte o estupro de prostituta no Código Penal. Para o autor, a vítima prostituta não suportava qualquer dano além da violência que sofrera, pois já não tinha reputação e honra, ao passo que a mulher honesta arrastaria para todo o sempre a mancha

---

<sup>12</sup> A honestidade feminina, desde o período colonial brasileiro até meados do século XX, era medida pelo seu recato em relação à conduta sexual. A mulher honesta era a solteira virgem, a esposa fiel e a viúva casta. Contrariar estes preceitos manchava a honra de toda a família, do pai, marido ou tutor, que foi desrespeitado em sua autoridade, e de irmãs ou filhas que ficavam estigmatizadas por pertencerem à família de mulher desonesta, vivendo, portanto, em um “meio viciado”. ESTACHESKY, Dulceli de Lourdes Tonet. ‘Mulher pública’ e ‘mulher honesta’: moralidade e honra no final do século XIX e início do século XX. In: ANAIS DO XV ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA DA ANPUH – RIO, 2012, São Gonçalo. **Anais...** São Gonçalo: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 966-967.

indelével com que a poluiu o estuprador. Já que o legislador não fez tal distinção, o jurista concluiu que o juiz deveria sopesar as consequências de cada crime e aplicar a pena diferentemente.<sup>14</sup>

Importante ressaltar que, ainda que o legislador de 1940 tenha expurgado do Código Penal o fator “honestidade da mulher”, pode-se perceber claramente o contexto social munido de preconceitos que existia nesta época. Exemplificativo de tal conjuntura é o trecho da obra de Nelson Hungria:

Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e charme. (...) Dada essa frouxidão de pudícia, abre-se a porta à corrupção, e cada vez maior é a frequência das infelicidades sexuais.<sup>15</sup>

Da passagem supracitada, pode-se inferir que havia grande tendência de culpabilização da vítima à época. Vislumbra-se, ainda, que mesmo que não constassem mais no Código Penal as referências a características pessoais da vítima, estas poderiam ter influência quando do cálculo da pena. A valoração da qualidade da mulher poderia ser deixada ao arbítrio judicial, situação em que o julgador sopesaria o grau de proteção que a norma jurídica deveria conferir àquela vítima em especial. Nesse sentido, Nelson Hungria ensinava que “a desvergonha de uma mulher, por mais extrema, não a priva do direito de livre disposição do próprio corpo. Reduza-se a pena, quando a vítima do estupro é *mulher da multidão*, mas não se pode deixar de aplicá-la.”<sup>16</sup>

Do pensamento da época do advento do Código Penal, pode-se inferir que as qualificações atribuídas à mulher ainda eram substancialmente consideradas pela sociedade, em um contexto não tão distante dos dias de hoje, ainda que a letra da lei não expusesse a forte carga discriminatória presente. Das diferenças lecionadas por Nucci entre as penas de estupro de mulher honesta e de violação à mulher pública ou prostituta, bem como da análise das obras de Hungria e Magalhães Noronha, depreende-se uma grande tendência histórica de aferir certo grau de culpabilização da vítima pela violência a ela causada. Daí a relevância do debate igualitário trazido pela Lei 12.015/09.

---

<sup>14</sup> Entendia o autor que, no estupro de mulher honesta, haveria duas violações: contra a liberdade sexual e contra a honra; já no de prostituta, apenas o primeiro bem jurídico seria violado. NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal - v. 3**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 71-72.

<sup>15</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pp. 82-83.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 114-115.

Outra questão que deve ser abordada é a da possibilidade do estupro por cônjuge, tema que deu origem a entendimentos diferentes, cada um condizente com o costume da época em que fora analisado. Segundo o julgamento de doutrinadores mais antigos<sup>17</sup>, a solução é em sentido negativo, porém, no entender dos autores modernos<sup>18</sup>, o cônjuge poderia sim figurar como sujeito ativo do delito.

Para Hungria<sup>19</sup>, o estupro pressupõe cópula ilícita, ou seja, fora do casamento. Já a cópula dentro do casamento seria dever recíproco entre os cônjuges, por isso o estupro nesse contexto tratar-se-ia de conduta lícita. O marido agressor deveria ficar isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si, salvo excesso inescusável, uma vez que lícita também a violência exercida em exercício regular de direito. No entanto, a exceção da ausência de ilicitude se daria se a mulher se recusasse à cópula por crer que o marido portava doença venérea – nesse caso, este incidiria no art. 130 do Código Penal.<sup>20</sup>

Magalhães Noronha tinha entendimento semelhante ao de Hungria, pois acreditava que a cópula dentro do matrimônio configuraria exercício regular de direito. Segundo o autor, o marido teria direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não pode se opor. A violência por parte do marido, portanto, não constituiria crime de estupro, desde que a razão da esposa para não ceder à união sexual fosse mero capricho ou fútil motivo.<sup>21</sup>

Em sentido contrário, conforme Mirabete e Fabbrini, há estupro sempre que houver constrangimento do marido à realização do ato sexual, em virtude de o fato constituir abuso de direito. Ainda que a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita a coação ao ato, uma vez que incompatível com a dignidade da mulher e com a respeitabilidade do lar. A mulher não fica, com o casamento, inteiramente à mercê dos caprichos lúbricos do homem. Para os autores, não remanesce dúvida de que o estupro pode sim ser praticado contra

<sup>17</sup> Nesse sentido, Nelson Hungria e Magalhães Noronha.

<sup>18</sup> Nessa linha, Mirabete e Fabbrini, Fernando Capez e Guilherme de Souza Nucci, entre outros.

<sup>19</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pp. 114-115.

<sup>20</sup> Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º - Somente se procede mediante representação.

<sup>21</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal - v. 3**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

cônjuge, além de ser mais severamente punido com a majorante do art. 226, II, do Código Penal<sup>22</sup>, que eleva a pena em metade, após a redação dada pela Lei 11.106/05.<sup>23</sup>

Na mesma linha, Fernando Capez sustenta que a mulher tem direito à inviolabilidade do seu corpo, não podendo ser coagida à prática de conjunção carnal ou atos libidinosos através de meios ilícitos, que são a violência e a grave ameaça. O autor reconhece que a relação sexual é dever recíproco entre os cônjuges, mas refere que os meios empregados para sua obtenção não podem ser moralmente reprováveis, nem juridicamente inadmissíveis, sob pena de violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O instituto jurídico que o cônjuge pode lançar mão em caso de violação dos deveres do casamento é a separação judicial, mas jamais o estupro.<sup>24</sup>

Nucci também entende que o marido e a esposa devem poder ser incluídos como sujeitos ativos do crime do art. 213 do Código Penal, pois o cônjuge não é objeto sexual, cada um possuindo direitos iguais na sociedade conjugal, conforme garante a Constituição Federal em seu art. 226, §5º.<sup>25</sup> Acima dos direitos advindos da relação conjugal estão os direitos à incolumidade física e à liberdade sexual, pois prevalece a condição de ser humano de cada cônjuge, sendo homem e mulher iguais em direitos e obrigações (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal<sup>26</sup>). O autor reconhece que, infelizmente, a mulher sempre foi considerada objeto sexual do homem, e por isso o estupro só tinha pessoas do sexo feminino como sujeito passivo, situação que se alterou com a nova redação do tipo penal.<sup>27</sup>

No que tange a esta problemática, concorda-se inteiramente com os autores mais modernos. É indubitável, na sociedade de hoje, que o cônjuge pode figurar como sujeito ativo no crime de estupro. A negativa de alguns doutrinadores em relação a essa questão é pensamento proveniente do conservadorismo de algumas décadas atrás, sobretudo em se

---

<sup>22</sup> Art. 226. A pena é aumentada:

(...)

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

<sup>23</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 391-392.

<sup>24</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 33-35.

<sup>25</sup> Art. 226. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>26</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 967-968.

tratando da superioridade do homem em relação à mulher. A igualdade de gênero já é direito e garantia fundamental consagrada na Constituição Federal, tanto fora quanto dentro do matrimônio. Além disso, já foram reconhecidos outros mecanismos de proteção à mulher, como o advento da Lei 11.340/05, que serve para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevendo medidas protetivas de urgência. O art. 7º, III, da Lei prevê inclusive a violência sexual no âmbito doméstico como uma das condutas abarcadas pela esfera de proteção da Lei Maria da Penha.<sup>28</sup> O art. 5º, por sua vez, expressa que qualquer ação ou omissão, baseada no gênero, que cause sofrimento físico, sexual ou psicológico, no âmbito doméstico, da família ou em relação íntima de afeto configura violência doméstica e familiar contra a mulher.<sup>29</sup> Ademais, o Brasil já ratificou tratados internacionais de combate à violência contra a mulher, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Diante dos novos rumos que vem tomando a sociedade moderna e da evolução dos costumes que determinaram a igualdade de direitos entre a mulher e o homem, inconcebível outro entendimento senão admitir que qualquer dos cônjuges pode cometer o crime do art. 213 do Código Penal. Como bem apontaram os autores Mirabete e Fabbrini, o art. 226 do mesmo diploma legal vem a confirmar tal entendimento, tornando ainda mais gravoso o estupro entre cônjuges e companheiros. A mulher definitivamente não necessita de justo motivo, como pensavam os autores mais antigos, para deixar de ceder à união sexual, pois ela é quem dita a sua liberdade sexual, não tendo este direito o marido, nem por conta dos deveres do casamento.

---

<sup>28</sup> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

<sup>29</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Importante ressaltar também que, com o reconhecimento do casamento homoafetivo pela Resolução 175 do CNJ, de 14 de maio de 2013, seria imprescindível que o Código Penal já estivesse pronto a tutelar o estupro por cônjuge em matrimônios constituídos inclusive por pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, após o advento da Lei 12.015/09, felizmente o art. 213 já servia para abarcar estes casos, aceitando tanto o estupro por cônjuge, quanto por indivíduo de qualquer sexo.

Ante tudo o que fora estudado, percebe-se que os textos do Código Penal e da Constituição Federal vêm, aos poucos, perpassando a antiga visão machista e desigual da década de 1940, além da crescente edição de medidas que impõem perspectivas igualitárias de gênero e mecanismos de proteção a ambas as partes da relação afetiva. Tenta-se adequar o ordenamento jurídico à superação de um pensamento que costuma se traduzir na inferioridade da mulher e na culpabilização da vítima nos delitos de estupro. Constatase, ainda, que positiva a Lei 12.015/09 no que tange à igualdade de direitos entre o homem e a mulher e à rejeição dos costumes como impositores de condutas, privilegiando a proteção da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual.

## 2.2 DAS NOVAS INTERPRETAÇÕES DOUTRINÁRIAS PROVENIENTES DA MUDANÇA LEGISLATIVA

### 2.2.1 Dos tipos mistos alternativo e cumulativo

Na metodização do Código Penal anterior à Lei 12.015/09, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor representavam delitos autônomos, sendo cada um tipificado em um artigo diferente (arts. 213 e 214 do CP). Tendo em vista a existência de dois crimes independentes, era pacificado o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que a prática de ambas as condutas configurava concurso material de crimes.

Uma das maiores inovações trazidas pela lei em questão veio a modificar esse cenário, uma vez que foi revogado o art. 214 do Código Penal, que tipificava o crime de atentado violento ao pudor, cujo texto era o seguinte:

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 dois a sete anos.

Inicialmente, é importante ressaltar que não houve *abolitio criminis* da espécie em questão. Isso porque há *abolitio criminis* quando determinada conduta deixa de ser crime no ordenamento jurídico, e o constrangimento à prática de atos libidinosos continua sendo fato típico, porém assimilado ao art. 213.

Conforme Cláudio Brandão, a *abolitio criminis* é um instituto que revoga uma incriminação penal por meio de uma lei posterior que não considere mais o fato como crime. Conseqüentemente, cessam todos os efeitos penais resultantes do antigo fato criminoso, sendo extinta a punibilidade do agente que o praticara.<sup>30</sup> Diante disso, verifica-se que, indubitavelmente, a aplicação do instituto não se compatibiliza com a revogação do art. 214 do Código Penal, uma vez que a conduta nele prevista não deixou de configurar fato criminoso, ainda sendo penalmente relevante.

Isto posto, verifica-se que o crime de estupro passou a englobar também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal em um mesmo tipo penal. Cabe analisar, no entanto, a divergência doutrinária no que tange ao art. 213 do Código Penal caracterizar tipo misto alternativo ou cumulativo. Nessa seara, deve-se concluir se o agente que constrange alguém a ter conjunção carnal e, no mesmo contexto fático, pratica ou permite que com ele se pratique ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça comete crime único, pratica dois crimes em concurso material ou incorre em continuidade delitiva.

A maior parte da doutrina acredita que o art. 213 trata-se de tipo misto alternativo, ou seja, que o agente que pratica uma ou mais condutas previstas no tipo comete crime único. Sendo assim, haveria duas condutas referentes à prática do delito de estupro (a conjunção carnal e o ato libidinoso diverso) e, se o sujeito ativo praticasse qualquer delas ou as duas,

---

<sup>30</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 64. In: CAVICHIOLO, Anderson. Lei n. 12.015/2009: as conseqüências jurídicas da nova redação do art. 213 do Código Penal brasileiro. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 7, n. 28/29, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/lei-n.-12015-2009-as-consequencias-juridicas-da-nova-redacao-do-artigo-213-do-codigo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

incorreria em um só crime. São adeptos dessa posição os doutrinadores Damásio de Jesus, Guilherme de Souza Nucci, Luiz Regis Prado e André Estefam, entre outros.

Contrariamente, há quem sustente que o estupro configura tipo misto cumulativo, dividido em duas condutas autônomas, aliadas ao mesmo tipo tão somente por serem punidas com as mesmas penas. Dessa forma, o agente que constrange a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a ter com ele conjunção carnal e também a praticar ato libidinoso, praticaria suas figuras típicas, ou seja, dois estupros diferentes em concurso material. Filia-se a esta corrente, entre outros autores, Vicente Greco Filho.

Há os juristas, ainda, que admitem que, se o agente, na mesma circunstância fática, pratica conjunção carnal e atos libidinosos contra a mesma vítima, deve ser reconhecida a continuidade delitiva entre as duas condutas que configuram o crime de estupro. Desse modo, o art. 213, ainda que fosse reconhecido como tipo misto cumulativo, englobaria duas condutas da mesma natureza, possibilitando, assim, o enquadramento como crime continuado. Esta posição é defendida por Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini, além de Anderson Cavichioli, entre outros.

Preliminarmente ao estudo da discussão entre as diversas posições, é necessário esclarecer a diferenciação entre os tipos simples e os tipos mistos.

Os tipos simples são aqueles que descrevem uma única forma de conduta punível que gera um só crime – é o exemplo do delito de homicídio, cujo tipo descreve “matar alguém” (art. 121 do Código Penal). Já os tipos mistos são aqueles que reproduzem mais de uma conduta, admitindo que o fato criminoso seja realizado por qualquer delas – um exemplo é o art. 333, que tipifica a corrupção ativa, onde são descritas duas condutas: oferecer e prometer vantagem indevida ao funcionário público.<sup>31</sup> Estes últimos são divididos em tipos mistos alternativos e cumulativos.<sup>32</sup>

Os tipos mistos alternativos representam condutas fungíveis, pouco importando o cometimento de uma ou de outra, pois violam o mesmo bem jurídico, havendo, portanto, hipótese de crime único. O cometimento de mais de uma conduta não resulta, dessa forma, em

---

<sup>31</sup> Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

<sup>32</sup> DE MORAES, Carlos Otaviano Brenner. Tipos penais: simples ou mistos. **JusBrasil**, dez. 2014. Disponível em: <<http://carlosotaviano.jusbrasil.com.br/artigos/149215548/tipos-penais-simples-ou-mistos>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

mais de uma incriminação, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem*.<sup>33</sup> É o caso do exemplo dado da corrupção ativa e também do crime de induzimento, instigação ou participação em suicídio (art. 122 do Código Penal), em que as três condutas atingem um único bem jurídico tutelado, que é a vida do suicida. Logo, o sujeito que comete todas as condutas responde por um só crime do art. 122, o que não quer dizer que as outras duas condutas excedentes à tipicidade do fato não devam ser consideradas na dosimetria da pena.<sup>34</sup>

Contrariamente, os tipos mistos cumulativos descrevem condutas infungíveis, que atingem bens jurídicos diversos em suas titularidades. Nesse sentido, poderiam estar inclusive representadas em tipos diversos, porém foram reunidas em um único artigo por questão de política legislativa. Nessa hipótese, haverá tantos delitos quanto forem as condutas praticadas, como é o exemplo do crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal).<sup>35</sup>

No que tange ao estupro como tipo misto de condutas alternativas, André Estefam acredita ser esta a consequência mais marcante dentre as resultantes da fusão dos antigos arts. 213 e 214 do Código Penal. Nessa linha, o autor defende que o crime de estupro deixou de gerar concurso material com o antigo delito de atentado violento ao pudor, se praticados mediante o mesmo contexto fático, passando a configurar crime único. A consequência disso é que, antes do advento da Lei 12.015/09, o agente que constrangesse mulher, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal e também a ato libidinoso diverso ficava sujeito a uma pena mínima de doze anos de reclusão (soma das penas mínimas dos antigos arts. 213 e 214), e hoje a pena mínima seguiria no patamar de seis anos, que é a cominada ao crime de estupro.<sup>36</sup>

Guilherme de Souza Nucci traz diversos argumentos para defender a razoabilidade do mesmo posicionamento. O autor vale-se das características específicas do tipo cumulativo autêntico para provar que o art. 213 do Código Penal não se encaixa neste conceito. Para

---

<sup>33</sup> O princípio *ne bis in idem*, embora não esteja expressamente previsto constitucionalmente, tem sua presença garantida no sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito. Estabelece que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal e tem como uma de suas mais relevantes funções a de balizar a operação de dosimetria (cálculo) da pena, realizada pelo magistrado. JORIO, Israel Domingos. **Princípio do "non bis in idem"**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8884>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>34</sup> DE MORAES, Carlos Otaviano Brenner. Tipos penais: simples ou mistos. **JusBrasil**, dez. 2014. Disponível em: <<http://carlosotaviano.jusbrasil.com.br/artigos/149215548/tipos-penais-simples-ou-mistos>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

tanto, utiliza o crime do art. 208<sup>37</sup> como exemplo clássico dessa autenticidade, sustentando que as três condutas previstas no tipo de “ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo” são totalmente autônomas, porém meramente unidas em um mesmo artigo por protegerem o mesmo bem jurídico, qual seja, a liberdade de culto e crença. É tão somente nessa conjuntura que o agente deve responder por concurso material caso cometa mais de uma das infrações previstas no art. 208 do CP. Refere, ainda, que, em relação ao tipo cumulativo autêntico, o agente nem ao menos teria condições de realizar mais de um dos verbos do tipo contra a mesma vítima, e nem sob as mesmas circunstâncias fáticas.<sup>38</sup>

Os tipos mistos alternativos, por outro lado, diferem muito dos cumulativos, uma vez que são marcados pela partícula “ou”. Uma vez realizada a opção legislativa de inserir a forma alternativa no tipo penal, não se pode realizar a interpretação no sentido da tese cumulativa, sob pena de violação do princípio da legalidade, constitucionalmente previsto no art. 5º, II e XXXIX, da Constituição Federal.<sup>39</sup> Um tipo penal alternativo é composto por condutas que são substancialmente atreladas uma à outra, de forma que o agente teria condições de praticar mais de uma delas no mesmo contexto fático. Nucci dispõe do exemplo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes como tipo misto alternativo autêntico, dado que o art. 33 da Lei 11.343/06 possui dezoito núcleos.<sup>40</sup> Destaca-se o fato de que, nos tipos mistos cumulativos, as diversas condutas são separadas por ponto e vírgula ou pela conjunção “e”. Somente em tais casos é que a prática de mais de uma conduta descrita no tipo enseja o cúmulo material de penas.<sup>41</sup>

O autor sustenta que a fusão dos crimes dos antigos arts. 213 e 214 do Código Penal, realizada pela Lei 12.015/09, é produto de legítima política criminal legislativa e, por isso, o

---

<sup>37</sup> Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:  
Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

<sup>38</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 964-965.

<sup>39</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>40</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

<sup>41</sup> NUCCI, *op. cit.*, pp. 964-965.

intérprete não pode deixar de cumprir a norma, ainda que com ela não concorde. Não sendo a lei eivada de inconstitucionalidade, deve esta ser respeitada, em nome do princípio da legalidade.<sup>42</sup>

Com efeito, a observância à legalidade está atrelada ao princípio da tipicidade formal. Desde a revogação do art. 214 do Código Penal, e com a consequente alteração do art. 213, não há mais tipos penais autônomos, de forma que a prática de ambas as condutas não pode mais ensejar penas independentes. O juiz pode fazer uso dos critérios dosimétricos de aplicação da pena, porém jamais reconhecer as ações como autônomas. Deve-se, portanto, respeitar a descrição do tipo penal dada pela norma jurídica, em respeito à tipicidade formal, que tem como principal corolário o princípio da legalidade.<sup>43</sup>

Os adeptos da teoria alternativa consideram elogiável a reforma trazida pela Lei 12.015/09, haja vista que teria dado fim ao antigo modelo cumulativo de punição dos crimes sexuais, em que as penas de conjunção carnal e ato libidinoso diverso eram individualizadas. O antigo concurso material de crimes, segundo eles, reproduzia um cenário excessivamente punitivista, em desproporção a outros bens jurídicos de igual relevância. Defendem a dignidade da pessoa humana como bem maior, de onde deriva a dignidade sexual, esta que não poderia ser de superior importância em relação à primeira. Admitir o acúmulo de condutas significaria alavancar a dignidade sexual acima de qualquer outro bem jurídico, o que desprestigiaria o valor da pessoa humana por si só, que teria sua proteção limitada pela existência sexual. Pode haver, por parte de muitos, resistência ao fato de o legislador haver optado pela alternatividade de condutas, o que é resultado de um sentimento natural de repulsa concernente aos crimes sexuais em geral, porém a hediondez destes delitos não pode anular o fato de que há vários outros igualmente (ou até mais) graves.<sup>44</sup>

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

O agente do crime sexual, portanto, deve ter todos os direitos respeitados, tal como o autor de qualquer outro delito grave. Particularmente, não se pode olvidar

<sup>42</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 964-965.

<sup>43</sup> FIGUEIREDO, Marcela Lins Moura de. A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 e seus reflexos.

**Conteúdo Jurídico**, Brasília, dez. 2011. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35217&seo=1>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

<sup>44</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, ALVES, Jamil Chaim, BARONI, Rafael, BURRI, Juliana, CUNHA, Patrícia, ZANON, Raphael. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-a do cp). **Revista dos Tribunais**, v. 902/2010, dez. 2010.

princípios-garantia, constitucionalmente previstos, em nome de um subjetivismo individualista e, por vezes, conservador, para a interpretação do novo art. 213. Visualizar dois ou mais crimes, em concurso material, extraídos das condutas alternativas do crime de estupro, cometido contra a mesma vítima, na mesma hora, em idêntico cenário, significa afrontar o princípio da legalidade (a lei define o crime) e o princípio da proporcionalidade, vez que se permite dobrar, triplicar, quadruplicar etc, tantas vezes quantos atos libidinosos forem detectados na execução de um único estupro.<sup>45</sup>

A maneira de individualizar a pena do agente que comete as duas condutas previstas em um só tipo alternativo seria o aumento da pena segundo o art. 59 do Código Penal, de acordo com os parâmetros de dosimetria da pena. O sujeito passivo que constringe a vítima à conjunção carnal e a diversos atos libidinosos certamente não receberia a pena mínima de seis anos. Nesse sentido, o fato de o art. 213 do Código Penal configurar tipo misto alternativo não feriria a proporcionalidade, uma vez que condizente com o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal<sup>46</sup>).<sup>47</sup>

As juristas Gleick Meira Oliveira e Thaís Maia Rodrigues, apesar de interpretarem o artigo do crime de estupro como crime único, reconhecem como negativas as modificações advindas da Lei 12.015/09. Acreditam que o agrupamento da prática de conjunção carnal e de outros atos libidinosos no mesmo tipo penal fere o princípio da proporcionalidade, assim como a impossibilidade do concurso material de crimes. No entanto, veem como aspectos positivos o fato de que a lei supracitada deu margem à igualdade de proteção penal entre os sexos e fez desaparecer qualquer referência sobre o recato sexual da vítima.<sup>48</sup>

Outra parte da doutrina, por sua vez, entende que o art. 213 descreve um tipo misto cumulativo, que pune duas condutas distintas através da mesma pena. As ações previstas tratar-se-iam de crimes autônomos, embora protegessem o mesmo bem jurídico. A consequência dessa caracterização é a negação do estupro como crime único, devendo o

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. O estupro como crime único e a dignidade da pessoa humana. **Carta Forense**, out. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estupro-como-crime-unico-e-a-dignidade-da-pessoa-humana/4779>> Acesso em: 17 jul. 2015.

<sup>46</sup> Art.5º. XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

<sup>47</sup> NUCCI, *op. cit.*

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Gleick Meira, RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crime contra a liberdade sexual: uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553)>. Acesso em: 17 jul. 2015.

constrangimento à conjunção carnal e ao ato libidinoso diverso dela, cometidos conjuntamente, serem punidos em concurso material ou em continuidade delitiva, dependendo das circunstâncias fáticas em que forem praticados.

É necessária uma breve abordagem acerca dos conceitos de concurso material e de crime continuado para a discussão do tema proposto.

O art. 69 do Código Penal trata do concurso material de crimes:

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

Conforme Zaffaroni e Pierangeli, ocorre concurso material quando “há uma pluralidade de condutas que são apreciadas numa mesma sentença judicial”.<sup>49</sup> Nessa linha, é necessário que haja a ocorrência de dois ou mais delitos por meio da prática de mais de uma conduta, hipótese em que as penas de cada crime serão somadas.

Já o instituto da continuidade delitiva é definido pelo art. 71 do Código Penal, que determina:

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

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

Os mesmos doutrinadores supracitados definem o art. 71 como uma fórmula de abrandamento da regra cumulativa aritmética do art. 69, que recebe o nome de crime continuado como uma ficção jurídica, uma vez que seu critério legal exige mais de uma ação

---

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 627.

ou omissão e condições objetivas. O parágrafo único estabelece um menor grau de atenuação nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, e mediante violência ou grave ameaça, visto que carregados de maior reprovação jurídica. À continuidade delitiva é aplicada a exasperação da pena mais grave.<sup>50</sup>

O requisito “crimes da mesma espécie” para a caracterização da continuidade delitiva é por alguns interpretado no sentido da reincidência específica, ou seja, é exigido que os delitos sejam da mesma natureza. No entanto, a maior parte da doutrina entende que é necessário que os crimes também estejam previstos no mesmo tipo penal. Há, ainda, decisões mais restritivas, que exigem consonância entre os tipos simples e qualificados, tentados ou consumados, entre outras particularidades.

Em se tratando do art. 213 do Código Penal como tipo misto cumulativo, assim entendem os autores Mirabete e Fabbrini, que sustentam que o agrupamento das duas condutas num único núcleo verbal é questão de mera técnica legislativa proveniente da concisão entre as figuras típicas. Ressaltam que a prática de uma ou de outra conduta caracteriza estupro, e o cometimento de ambas pode ensejar concurso material de delitos, se pelas circunstâncias fáticas não se puder estabelecer a continuidade delitiva. Os doutrinadores entendem que, como a redação dada ao tipo manteve a distinção entre a conjunção carnal e os atos libidinosos e, tendo em vista a relevância do bem jurídico protegido, é porque a prática de ambas as condutas configura dúplice violação à liberdade e à dignidade sexual da vítima.<sup>51</sup>

Segundo Vicente Grego Filho, o entendimento do estupro como crime único é uma interpretação absurda, que viola os princípios da lei e da juridicidade. Ele utiliza-se da doutrina alemã, que primeiro estudou os crimes de ação múltipla, para justificar seu ponto de vista. Refere que Delogu nega a existência dos tipos alternativos, porque isso significaria aceitar que violações restassem impunes ou que determinados bens jurídicos fossem lesados uma ou mais vezes, visto que receberiam a mesma penalidade. Delogu acredita que a fusão de condutas em um mesmo dispositivo é questão de técnica legislativa, e que isso não as desclassifica como normas autônomas. Segundo ele, a limitação que pode ocorrer é o impedimento de *bis in idem* em razão do fenômeno do concurso aparente de normas e dos

---

<sup>50</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 628-629.

<sup>51</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 392-393.

princípios da consunção, da subsidiariedade e da especialidade. No entanto, tais restrições não impedem a caracterização do tipo como alternativo.<sup>52</sup>

Vicente Grego Filho acrescenta que o problema crucial da identificação dos tipos mistos alternativos ou cumulativos é majorado ainda mais em decorrência da precariedade da técnica legislativa, porque a norma jurídica é, por vezes, cumulativa e, em outras situações, alternativa. Dentro dessa problemática, encontra-se o art. 213, em que tanto a alternatividade quanto a cumulatividade são possíveis de acordo com a interpretação do operador do Direito, que deve analisar essas hipóteses à luz dos princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção. O autor defende que, em se tratando do art. 213 do Código Penal, a interpretação deve ser a mesma que era previamente adotada em relação aos antigos arts. 213 e 214, antes das reformas trazidas pela Lei 12.015/09. Nesse sentido, a cumulação de crimes deve ser apreciada aferindo-se a relação de causalidade e consequencialidade entre eles, e não de acordo com o tipo penal em que se encontram. Não é porque as condutas estão formalmente fundidas num mesmo tipo que se deve mudar a interpretação consolidada, qual seja, a do tipo misto cumulativo. Ressalta que o estupro mediante conjunção carnal absorve o ato libidinoso em progressão a ela, porém o ato libidinoso autônomo e independente deve ser punido em concurso material.<sup>53</sup>

Em seu artigo “Uma interpretação de duvidosa dignidade”, o doutrinador supracitado defende vigorosamente a interpretação conforme a vontade do legislador, uma vez que, infelizmente, é habitual nos dias de hoje que o operador do direito ignore o intuito primário e causador do advento da lei, consolidando jurisprudência em sentido inverso. Em suas palavras:

Como toda lei nova suscitará interpretações inusitadas inclusive para o legislador, porque, como dizia o saudoso Ewelson Soares Pinto, “a Lei é como o samba do malandro, veste uma camisa listrada e sai por aí”, libertando-se da vontade do legislador. O que deve ser buscado é a vontade da lei, na sua realidade e seu contexto mediante a aplicação de métodos técnicos, mas antes ou mais que tudo mediante o respeito à sua razão de ser no mundo jurídico.

Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual

<sup>52</sup> DELOGU, **Le norme penali congiunte, in Annali di diritto e procedura penale**. Torino, 1936, p. 521. In: GREGO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2270, set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13530>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

<sup>53</sup> GREGO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2270, set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13530>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes.<sup>54</sup>

Greco Filho sustenta que é nesse cenário que se encontra a interpretação do art. 213 como tipo misto alternativo, que por muitos é defendida. A consolidação desse entendimento, visto por ele como absurdo, nega proteção à dignidade da pessoa humana e prestigia a violência sexual, afrontando os princípios da proporcionalidade e da preventividade.<sup>55</sup>

Consoante Anderson Cavichioli, admitir o art. 213 do Código Penal como crime único caracterizaria real estímulo à potencialidade ofensiva do agente em prejuízo da vítima, uma vez que poderia praticar com ela forçadamente conjunção carnal e quantos atos libidinosos diversos quisesse, sem receber agravamento em sua repressão penal. O autor condiciona sua interpretação aos princípios da dignidade humana e da dignidade sexual, bens jurídicos que, a seu ver, merecem efetiva tutela estatal, esta que estaria gravemente comprometida caso fosse adotada a tese do estupro como crime único.<sup>56</sup>

Na mesma linha de pensamento, Lígia Nazar pondera que a prática de diversos atos libidinosos diferentes da conjunção carnal implica que se reconheçam várias condutas delitivas, uma vez que cada ato, por si só, já esgota a reprovação penal que o tipo propõe. Deve ser descartada a tese do crime único, esta que enfraquece a proteção dos bens jurídicos que a norma se propõe a tutelar, além de ferir a Constituição Federal no que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A pesquisadora sustenta que não foi a intenção do legislador conferir tratamento mais brando ao sujeito ativo do crime sexual, até mesmo porque tal interpretação se mostra incompatível com o crescente cenário da exploração sexual no Brasil.<sup>57</sup>

Um dos maiores argumentos dos defensores da tese cumulativa das condutas do artigo tipificador do delito de estupro é a violação à proporcionalidade. Muitos juristas sustentam

---

<sup>54</sup> GREGO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2270, set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13530>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> CAVICHIOLI, Anderson. Lei n. 12.015/2009: as consequências jurídicas da nova redação do art. 213 do Código Penal brasileiro. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 7, n. 28/29, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/lei-n.-12015-2009-as-consequencias-juridicas-da-nova-redacao-do-artigo-213-do-codigo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

<sup>57</sup> NAZAR, Lígia Maria de Oliveira. **O novo crime de estupro em seus principais aspectos penais**. 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

que, se fosse adotada a tese alternativa, não haveria como individualizar as condutas previstas no art. 213, haja vista que a hipótese de crime único barraria a repressão penal por cada conjunção carnal e cada ato libidinoso praticado contra uma mesma vítima, em um mesmo contexto fático.

Sobre o princípio da proporcionalidade, Mirabete e Fabbrini justificam que a inadmissibilidade do concurso material e da continuidade delitiva entre as condutas do art. 213, em caso de semelhança de circunstâncias fáticas, ensejaria tratamento penal igualitário a práticas que possuem gravidades diversas. Acreditam que a margem entre as penas mínima e máxima (seis a dez anos) é estreita, e por isso tal diferenciação tão somente no cálculo da pena não seria razoável.<sup>58</sup>

Anderson Cavichioli argumenta que não se pode conceber interpretações que retirem o aspecto teleológico da norma criminal, este que se funda em proporcional resposta estatal a qualquer ato atentatório ao bem jurídico que se propõe a tutelar. Conforme o autor, não é admissível que o agente que, num mesmo contexto, constrange a vítima a praticar conjunção carnal e outros atos libidinosos diversos possa ser punido de forma quantitativamente idêntica àquele que realiza apenas uma das condutas citadas. Defende que situações de gravidades diversas demandam repressões penais proporcionalmente diversas.<sup>59</sup>

Diante de tantos argumentos dos diversos autores apresentados acerca do enquadramento do art. 213 do Código Penal, filia-se à tese da alternatividade do tipo penal do estupro. Nesse sentido, acredita-se que, embora fosse praticada mais de uma conduta expressa na norma, há hipótese de crime único, portanto é inaplicável o concurso material ou a continuidade delitiva para o mesmo contexto fático.

Primeiramente, a interpretação do art. 213 como tipo misto alternativo é necessária à proteção do princípio da legalidade, constitucionalmente garantido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e igualmente tutelado nos arts. 1º do Código Penal<sup>60</sup> e 9º do Pacto de

---

<sup>58</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 393.

<sup>59</sup> CAVICHIOLI, Anderson. Lei n. 12.015/2009: as consequências jurídicas da nova redação do art. 213 do Código Penal brasileiro. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 7, n. 28/29, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/lei-n.-12015-2009-as-consequencias-juridicas-da-nova-redacao-do-artigo-213-do-codigo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

<sup>60</sup> Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

São José da Costa Rica (Decreto 678/92)<sup>61</sup>. Uma vez disposta no art. 213 a partícula “ou”, não se pode admitir que as condutas previstas no tipo sejam caracterizadas como autônomas, gerando punição dobrada ou triplicada ao réu. A lei é o instrumento definidor do crime, e a norma penal proveniente dela deve ser respeitada tal como introduzida no sistema jurídico.

Bem como se pôde estudar, é inegável que controversa é a interpretação acerca do dispositivo legal. Nesse caso, a solução evidentemente mais razoável é que deve prevalecer a interpretação mais favorável ao réu, seguindo-se os princípios penais do sistema acusatório e garantidor de direitos. A previsão de um crime deve ser estabelecida de forma clara e precisa e, em caso de ambiguidade, a lei deve ser interpretada em favor do acusado, conforme dispõe o art. 22, nº 2, do Estatuto de Roma.<sup>62</sup> Não cabe interpretação extensiva contra o réu, segundo preconiza o princípio *in dubio pro reu*.

Filia-se à análise feita por Zaffaroni e Pierangeli no que tange à interpretação restritiva e ao princípio *in dubio pro reu*. Nesse sentido, deve-se rejeitar a interpretação extensiva, eis que esta pode gerar punição excessiva e desautorizada pela lei, o que poderia configurar analogia *in malam partem*.<sup>63</sup> Segundo os autores, “onde a lei não distingue, não se deve distinguir, salvo que haja imperativos racionais que nos obriguem a distinguir e, claro está, sempre que a distinção não aumente a punibilidade saindo dos limites do texto”.<sup>64</sup> Nesse sentido, como a interpretação do art. 213 do Código Penal como tipo misto alternativo não entra em contradição com o sistema penal, a leitura que devemos fazer para interpretar texto legal que tem sentido duplo ou múltiplo é aquela em favor do réu.

Deve-se atentar, ainda, ao fato de que a norma prevista no art. 213 do Código Penal trata-se de autêntico tipo alternativo, conforme a classificação sistematizada por Guilherme Nucci.<sup>65</sup> A conjunção “ou” é indicativa da forma alternativa, trazendo a ideia do crime único.

<sup>61</sup> Art. 9º. Princípio da Legalidade e da Retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

<sup>62</sup> Art. 22. *Nullum crimen sine lege*

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

<sup>63</sup> A analogia *in malam partem* (analogia *praeter legem* e analogia *contra legem*), ou seja, analogia prejudicial ao réu, é absolutamente proibida pelo Direito Penal. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. pp. 21-22.

<sup>64</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 159-160.

<sup>65</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 962-963.

Vale a comparação com o crime de tráfico ilícito de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06), que possui diversos verbos em seu tipo penal, marcados também pela partícula “ou”, condutas estas que, se praticadas conjuntamente, se enquadram na hipótese de delito único, e tal entendimento é pacificado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. No que tange ao crime de estupro, cuida-se, ainda, de tipo uninuclear, trazendo em sua estrutura apenas um núcleo verbal, qual seja, constranger, de forma que não haveria como conceber a tese cumulativa neste caso.

Evidentemente, não se podem equiparar as penas do agente que comete uma única conjunção carnal ou ato libidinoso com aquele que pratica diversas condutas previstas no art. 213 do Código Penal. Para resolver tal problema é que se mostra eficiente o princípio da individualização da pena, previsto como direito e garantia fundamental no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. O operador do Direito tem grande influência ao analisar as circunstâncias judiciais na dosimetria da pena, que nunca deve restar em seu patamar mínimo (seis anos) quando for constatada a prática de mais de uma conduta do tipo penal. De fato, se praticada conjunção carnal juntamente com um ou mais atos libidinosos, no mínimo os fatores culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, previstos no art. 59 do Código Penal, serão negativos, o que, inevitavelmente, aproximará a pena do seu termo médio (oito anos). Em cima desse *quantum* é que partirá o cálculo da segunda e da terceira fase da pena, que, com a adição das causas de aumento, poderá inclusive superar o patamar máximo de dez anos.

Com a individualização da pena feita corretamente segundo as regras de dosimetria propostas no Código Penal, não há que se falar em violação ao princípio da proporcionalidade ou que a nova lei seria branda no combate aos crimes sexuais. De fato, o cálculo de pena envolve matéria inegavelmente subjetiva, em que pode ser sopesada a gravidade da lesão ao bem jurídico pelo juiz. Contrariamente, o que feriria a proporcionalidade é a tese cumulativa (assim como o entendimento anterior à Lei 12.015/09), que permite que a pena de um único estupro seja dobrada ou triplicada, tantas vezes quantos atos libidinosos forem reconhecidos em se tratando do mesmo contexto fático. Tal pena poderia chegar a um *quantum* demasiadamente superior às penas geralmente estipuladas a outros crimes de valor igualmente relevante, tipos penais estes que protegem bens jurídicos importantes, como a vida e a integridade física.

Dessa forma, a classificação do estupro como tipo misto alternativo é a melhor interpretação a ser feita, uma vez que condizente com os princípios da legalidade, da

interpretação mais favorável ao réu, da proporcionalidade e do sistema penal acusatório. Deve ser adotada a tese do crime único, embora seja estritamente necessário que o operador do Direito proceda à dosimetria da pena de acordo com o que preza a Constituição Federal, levando em consideração a individualização da pena.

Em se tratando de sucessão de leis, e levando-se em conta o entendimento referente ao tipo misto alternativo, percebe-se que a Lei 12.015/09 enquadra-se na hipótese de *lex mitior*, visto que é mais benéfica ao réu do que a anterior. Tendo havido *novatio legis in melius*, a Lei 12.015 deve retroagir às situações anteriores, uma vez que a extra-atividade é inerente ao advento de lei penal mais favorável, como determinam os arts. 5º, XL, da Constituição Federal<sup>66</sup>, e 2º, parágrafo único, do Código Penal<sup>67</sup>, cabendo a redução de pena dos condenados em concurso material pelos antigos arts. 213 e 214 do Código Penal. Ainda que já transitada em julgado sentença penal condenatória, pode ser postulado pedido de aplicação da lei mais benéfica, com pedido de redução da pena, ao juízo da Vara de Execuções Penais, conforme o art. 66, inciso I, da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal)<sup>68</sup> e a Súmula 611 do STF.<sup>69</sup>

Ainda que se adotasse a tese do art. 213 do Código Penal como tipo misto cumulativo, forçoso reconhecer que também caberia a redução de pena dos condenados com trânsito em julgado pelo concurso material dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, haja vista que, após o advento da Lei 12.015/09, é possível a aplicação da continuidade delitiva, já que agora os crimes são da mesma espécie.

Em relação à possibilidade de continuidade delitiva, esta passou a ser admitida no crime de estupro, sendo mais uma das grandes modificações trazidas pela Lei 12.015/09. O autor André Estefam dá o exemplo de um agente que constrangeu mulher à conjunção carnal e, no dia seguinte, em condições semelhantes, praticou ato libidinoso diverso contra um homem. Antes da reforma legislativa, o entendimento majoritário era no sentido da inaplicabilidade do crime continuado, em que o juiz aplica a pena de um só crime,

---

<sup>66</sup> Art. 5º. XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

<sup>67</sup> Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

<sup>68</sup> Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

<sup>69</sup> Súmula 611. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benígna.

exasperada. O fundamento principal dessa orientação era de que a continuidade delitiva só pode ser considerada em se tratando de delitos da mesma espécie, o que não ocorria com o estupro e o atentado violento ao pudor exatamente pelo fato de constituírem tipos penais diferentes. Após a fusão dos arts. 213 e 214 em um crime único de estupro, caiu por terra o argumento da diversidade de tipos penais, de forma que, hoje, seria reconhecida a continuidade delitiva no caso supramencionado.<sup>70</sup>

Para a maioria dos autores<sup>71</sup> que entendem ser o estupro um tipo misto cumulativo, a continuidade delitiva também se aplica com a Lei 12.015. No entanto, além da hipótese de aplicação do art. 71 do CP já citada, o crime continuado também é por eles reconhecido no caso de prática de conjunção carnal e ato libidinoso contra a mesma vítima, sob as mesmas circunstâncias fáticas, uma vez que não aceitam a tese do crime único. Segundo Mirabete e Fabbrini, o crime continuado é aplicável no estupro contra a mesma vítima, no mesmo contexto fático ou em contextos distintos, e também contra vítimas diversas, ainda que o bem jurídico lesado seja personalíssimo, desde que estejam presentes os requisitos previstos no art. 71 do Código Penal.<sup>72</sup>

Vicente Grego Filho possui interpretação mais radical, inclusive em se tratando da continuidade delitiva. Para ele, as condutas de constranger à conjunção carnal e constranger a ato libidinoso jamais poderão caracterizar, conjuntamente, crime continuado. O jurista separa cada uma das condutas em um bloco e defende que se, em um cativo, por exemplo, houver mais de uma conjunção carnal, pode estar caracterizado o crime continuado entre essas práticas; e se, além disso, houve outros atos libidinosos, cada um destes caracteriza crime diferente em concurso material, cuja pena deve ser aplicada em soma aritmética ao bloco formado pelas conjunções.<sup>73</sup>

No entanto, filia-se à interpretação anterior, dada por Estefam, uma vez que se acredita ser o estupro um tipo alternativo. Nessa linha, se as condutas previstas no tipo penal forem praticadas conjuntamente, num mesmo contexto fático, há crime único de estupro. Em sentido contrário, se houver a prática de uma conjunção carnal ou ato libidinoso e, no dia seguinte, ou

---

<sup>70</sup> ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 33-34.

<sup>71</sup> Exemplos desses autores são Julio Fabbrini Mirabete, Renato Fabbrini e Anderson Cavichioli.

<sup>72</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 402-403.

<sup>73</sup> GREGO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 14, n. 2270, set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13530>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

em circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução que se adequem ao art. 71 do Código Penal, houver novamente o cometimento de qualquer das condutas, haverá crime continuado.

### 2.2.2 Do alcance do tipo penal que define o delito de estupro

A ação nuclear do tipo penal substancializa-se no verbo *constranger*, que significa forçar, obrigar. O constrangimento pode se dar mediante violência ou grave ameaça – o primeiro consubstancia-se na força física, com finalidade de vencer a resistência da vítima, enquanto o segundo se trata da violência moral, que exerce força intimidativa e inibitória. A partir da Lei 12.015/09, o crime de estupro passou a se compor por duas condutas distintas: *constranger a ter conjunção carnal*; e *constranger a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*.<sup>74</sup>

Segundo Nelson Hungria, “por conjunção carnal, em face do Código, entende-se a conjunção sexual, isto é, a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.<sup>75</sup> Esta definição não gera maiores conflitos, uma vez que pacificado na doutrina e na jurisprudência que os coitos anal e oral não caracterizam conjunção carnal.

Na segunda parte do tipo, surge a conduta antes prevista sob a denominação de atentado violento ao pudor, que é a prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Nesta definição é que se situa a controvérsia acerca do conceito de ato libidinoso – qual o tipo de ato que deve ser abarcado pelo alcance da norma penal. Para solucionar tal problemática, é necessário sopesar quais os atos que efetivamente violam o bem jurídico protegido.

Ensinava Hungria que ato libidinoso é aquele que se apresenta como desafogo à concupiscência, devendo ser manifestamente obsceno ou lesivo da pudicitia média. Para estabelecer um juízo de valor, esclareceu que a impudícia deve ser notória, inequívoca e que não pode ser confundida com atos sexualmente neutros ou que não colidem com a moral

<sup>74</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 971-973.

<sup>75</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pp. 105-107.

sexual média. Ademais, o ato libidinoso deve ser praticado *pela, com ou sobre* a vítima coagida.<sup>76</sup>

Para Damásio de Jesus, ato libidinoso é o ato lascivo e voluptuoso, que visa ao prazer sexual. Deve ser considerado ofensivo ao pudor coletivo, independentemente da capacidade da vítima de entender o caráter libidinoso do ato. O autor reconhece que há atos que não são revestidos da objetividade que outros possuem (como o coito anal e a *fellatio in ore*) e, nesses casos, somente a análise das circunstâncias fáticas é que poderá solucionar a controvérsia de se o ato é libidinoso ou não.<sup>77</sup>

As questões do beijo e da visão lasciva são bastante controvertidas, uma vez que há que se aferir se a conduta cometida realmente requer a intervenção penal, que se proponha a ser a *ultima ratio* no ordenamento jurídico. Sobre a problemática, Hungria faz a seguinte reflexão:

É controvertido se o *beijo* constitui o crime em questão, quando dado mediante violência ou grave ameaça. Trata-se, bem entendido, do beijo na face, na boca ou no colo, pois daí para baixo sua impudicícia é flagrante. Viazzi, com a adesão de Pozzolini, é pela negativa, argumentando que o beijo é fato sexual secundário. A opinião dominante, porém, é no sentido de que, quando dado de modo lascivo ou com fim erótico, pode o beijo incidir no conceito legal de ato libidinoso. (...) Há que distinguir entre beijo e beijo. O beijo casto não está em jogo, e mesmo o beijo *furtivo, brevíssimo* (...) não realiza a grosseria de um ato libidinoso (podendo concretizar, quando muito, uma *injúria real*). Já ninguém poderá duvidar, entretanto, que um desses beijos à moda dos filmes de cinema, numa descarga longa e intensa de libido, constitua, quando aplicado a uma mulher coagida pela *ingrata vis*, autêntico atentado violento ao pudor.<sup>78</sup>

Sobre o tema, Damásio de Jesus escreve no mesmo sentido, justificando a necessidade de se distinguir o tipo de beijo para caracterizá-lo ou não como ato libidinoso. Em se tratando da visão lasciva, o autor defende que a prática configura ato libidinoso – exemplifica o suposto crime propondo situação em que o agente surpreende uma mulher nua e a constrange a permanecer sem roupas para que possa contemplá-la. Esclarece que é necessária a participação material da vítima para que o ato seja incriminado e faz a diferenciação entre a hipótese anteriormente exposta e outra em que há contemplação passiva (o agente constrange

<sup>76</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pp. 121-123.

<sup>77</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.

<sup>78</sup> HUNGRIA, *op. cit.*, pp. 124-125.

a vítima a assistir atos libidinosos praticados por terceiros), esta que não caracterizaria estupro. Neste último caso, estar-se-ia diante do crime de constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal<sup>79</sup>), com a agravante genérica do motivo torpe.<sup>80</sup>

No que tange à visão lasciva, o doutrinador Fernando Capez discorda de Damásio de Jesus, pois acredita que, se o agente não obrigar a vítima à prática de nenhum ato sexual, poderá haver tão somente o crime de constrangimento ilegal, uma vez que o estupro pressupõe um ato libidinoso e não mero “olhar libidinoso”. Apesar deste entendimento, Capez mostra-se um tanto conservador quando qualifica “ato libidinoso” com um conceito bastante abrangente, compreendendo qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha a finalidade da satisfação da libido. Ademais, o autor segue a linha de Nelson Hungria e de Damásio de Jesus ao enquadrar o beijo lascivo como estupro. Capez defende que, ainda que o delito de estupro compreenda desde um beijo lascivo até o coito anal, não há que se falar em atipicidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a redação dada ao art. 213 do Código Penal pela Lei 12.015/09 trata-se de critério discricionário do legislador, que tende a reprimir com maior intensidade os crimes sexuais violentos. Segundo ele, para definir o que é ato libidinoso, é primordial a identificação do elemento subjetivo - a vontade do agente de satisfazer a sua lascívia -, assim, se a intenção do agente fosse apenas provocar a vítima ou zombá-la, ainda que o ato atingisse regiões pudendas, configurar-se-ia mera importunação ofensiva ao pudor, porque ausente o requisito subjetivo da satisfação da lascívia.<sup>81</sup>

Para André Estefam, atos libidinosos são aqueles que têm conotação sexual, tendentes à satisfação da lascívia. Ele refere que são típicos atos libidinosos a conjunção carnal e outros, como a masturbação, o coito anal, a felação, o toque ou o beijo nas partes pudendas. O autor é mais garantista quando expõe que o beijo na boca jamais poderia configurar ato libidinoso. Em seu entendimento, considerar um beijo tomado à força como estupro demonstra grande exagero, sobretudo pelo fato de este se caracterizar como crime hediondo, punido com reclusão de seis a dez anos. O autor lembra as considerações de Luciano Feldens<sup>82</sup>, expondo

---

<sup>79</sup> Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

<sup>80</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.132-133.

<sup>81</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 25-30.

<sup>82</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 195. In: ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 36-40.

que se deve analisar se há gritante desproporção entre a gravidade concreta do comportamento e a pena prevista e, somente neste caso, promover-se-á a readequação típica de condutas, segundo o princípio da proporcionalidade. Estefam entende que a hipótese do beijo lascivo configura típico caso de necessidade de readequação da conduta, afastando-se a norma penal, por desproporção inequívoca e insuperável, submetendo-se a atividade do legislador à Constituição Federal.<sup>83</sup>

Segundo o mesmo autor, a elementar “ato libidinoso” tem natureza objetiva, entendimento, portanto, contrário ao de Capez. Estefam sustenta que o motivo que levou o agente a praticar o ato é absolutamente irrelevante, ou seja, não é imprescindível que buscasse o prazer sexual, até porque o tipo penal não exige elemento subjetivo específico, visto que não menciona a expressão “fim libidinoso”. Para ele, o que se deve exigir é a compreensão do agente da natureza libidinoso do ato que praticara. Menciona os autores Silva Franco e Tadeu Silva, quando lembram que o sujeito ativo pode agir motivado por outros desígnios, como a humilhação, a vingança ou outros que não tenham o exclusivo fim de satisfazer a lascívia e, nestes casos, não pode a conduta ser excluída da tutela da norma penal.<sup>84</sup>

Como bem observa o jurista Cezar Roberto Bitencourt, há imensurável diferença entre o desvalor da ação de constranger à prática de sexo oral ou anal com violência e a reprovabilidade de outros atos libidinosos menos graves. A partir do advento da Lei dos Crimes Hediondos, que elevou a pena do estupro e do atentado violento ao pudor para de seis a dez anos, tal sanção não pode ser considerada razoável em relação a certos atos que, se confrontados com a gravidade da punição, “beiram as raias da insignificância”. Enquanto a pena atribuída ao crime de estupro pode ser considerada justa em relação a atos libidinosos graves, ela ultrapassa a medida da proporcionalidade em se tratando de práticas como passar as mãos nas nádegas da vítima ou como um abraço forçado. O autor defende que tais atos, quando ocorrem em local público ou acessível a ele, devem ser desclassificados para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei das Contravenções Penais<sup>85</sup>), uma vez que não podem ser classificados como estupro.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 36-40.

<sup>84</sup> FRANCO, Alberto Silva, SILVA, Tadeu Antonio. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1044. In: ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 36-40.

<sup>85</sup> Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Seguindo nesta linha, Bitencourt acredita que o beijo lascivo carece da danosidade proporcional que se encontra no sexo oral ou anal violentos, de forma a ser impossível equipará-lo a um tipo penal hediondo. O professor confessa que nunca soube exatamente do que se trataria a expressão “beijo lascivo”, termo sobre o qual paira muita divergência doutrinária. Em seu entendimento, tanto o beijo lascivo, quanto os tradicionais “amassos”, toques nas regiões pudendas e “apalpadelas” não lesam o bem jurídico protegido pela norma penal do art. 213 do Código. Dessa forma, a punição restaria desproporcional, e por isso a tais atos deveria ser aplicada a pena do art. 61 da Lei das Contravenções Penais. Quanto ao elemento subjetivo específico da finalidade de satisfazer a própria lascívia, Bitencourt tem a mesma opinião de Estefam, pois acredita ser desnecessária esta finalidade.

Luiz Flávio Gomes, em artigo que aborda o princípio da insignificância a partir da doutrina de Claus Roxin, critica o pensamento sistemático-dedutivo de aplicação das normas, utilizando como exemplo o fato de o beijo lascivo poder gerar interpretação absurda ao ser enquadrado como estupro. O autor defende o pensamento problemático, que visa a encontrar a solução justa em cada caso concreto, em detrimento do excesso legalista. Segundo ele, quem interpreta a lei de forma literal poderá dizer que o beijo lascivo configura crime hediondo, admitindo que a conduta deve ser punida com seis anos de reclusão (a mesma pena mínima do homicídio), porém, aquele que interpreta de acordo com o pensamento problemático jamais chegará a esta solução desproporcional.<sup>87</sup>

De fato, a amplitude de atos libidinosos pode compor desde um beijo lascivo até o coito anal. Apesar de o juiz poder dosar a punição entre seis e dez anos através da dosimetria, a pena mínima mostra-se excessivamente elevada ao reprimir mero beijo, pois equivaleria à mesma pena mínima do homicídio simples, e ainda com maior gravidade em sua execução, por ser o estupro crime hediondo mesmo na sua forma simples (art. 1º, V, da Lei 8.072/90).<sup>88</sup>

Para o professor José Renato Martins, é inaceitável que o art. 213 seja mantido da forma como está constituído, dado que sua tipicidade abarca elementos normativos imprecisos que o tornam aberto, qualidade que abre demasiado espaço para a discricionariedade do julgador, afastando a segurança jurídica. Além disso, em se tratando de condutas que

---

<sup>86</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 971-974.

<sup>87</sup> GOMES, Luiz Flávio. Claus Roxin no Brasil. **LFG**, abr. 2003. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041011090745610](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041011090745610)>. Acesso em: 23 jul. 2015.

<sup>88</sup> DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2289, out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13629>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

apresentam valorações jurídicas diametralmente opostas, não poderia o legislador ter optado por restringi-las a um mesmo tipo penal, que prevê a mesma pena em abstrato, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Segundo ele, com o advento da Lei 12.015/09, o legislador desperdiçou excelente oportunidade de solucionar a problemática da abrangência da tipicidade do estupro, já que esta questão já era controversa mesmo antes da fusão dos crimes dos antigos arts. 213 e 214 do Código Penal. Em verdade, desde a entrada em vigor do Código Penal de 1940, já se discute qual o alcance do tipo que criminaliza o constrangimento ao ato libidinoso.<sup>89</sup>

Maximiliano Führer, através de um estudo de direito comparado, pesquisou de que maneira certos ordenamentos jurídicos tipificavam o crime de estupro, analisando como o legislador de cada país distinguiu os atos libidinosos mais e menos graves, conferindo-lhes repressão estatal de acordo com o grau de violação do bem jurídico. O autor chegou à conclusão de que, em sua maioria, os diplomas legais diferenciavam as agressões sexuais com penetração por orifícios do corpo, estas consideradas mais graves, daquelas onde não há penetração, concebidas como menos graves.<sup>90</sup>

Partindo-se a uma análise comparativa de legislações, o Código Penal espanhol (que sofreu reforma em 1999) distingue os crimes de agressão sexual em dois tipos penais: a agressão sexual em sentido estrito; e a violação sexual. Nesse sentido, determinam os seus arts. 178 e 179:

Art. 178. Quem atentar contra a liberdade sexual de outra pessoa, com violência ou intimidação, será punido como responsável por agressão sexual, com pena de prisão de um a quatro anos.

Art. 179. Quando a agressão sexual consistir em acesso carnal por via vaginal, anal ou bucal, ou introdução de objetos por alguma destas vias, o responsável será castigado como autor de violação, com pena de prisão de seis a doze anos.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> MARTINS, José Renato. O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, 2012. Disponível em:

<<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 15

<sup>90</sup> FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 144-155.

<sup>91</sup> ESPANHA. Código Penal. **Agência Estatal Boletín Oficial del Estado**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 15 out. 2015.

O diploma português, também reformado em 1982, unificou os tipos penais correspondentes ao estupro e ao atentado violento ao pudor, porém distinguindo a coação sexual, que equivale ao constrangimento a atos sexuais sem penetração, da violação, que trata dos sexos oral, anal e vaginal forçados:

Art. 163º - Coação sexual

1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos. (...)

Art. 164º - Violação

1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

- a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou
- b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;

é punido com pena de prisão de três a dez anos.<sup>92</sup>

O Código Penal francês, por sua vez, a partir da reforma de 1994, passou a tratar os crimes sexuais de forma bastante semelhante às técnicas adotadas pelos outros ordenamentos supracitados. A abrangência do crime de estupro estende-se tão somente aos atos de penetração cometidos com violência ou grave ameaça. No entanto, além dessa forma típica, há outra intermediária, que pune com pena menor outras agressões sexuais diversas do estupro. Expõe o diploma legal:

Do estupro

Art. 222-23. Todo ato de penetração sexual, de qualquer natureza que seja, cometido sobre a pessoa do outro por violência, coação, ameaça ou surpresa é um estupro.

O estupro é punido com quinze anos de reclusão criminal.

Das outras agressões sexuais:

Art. 222-27. As agressões sexuais diversas do estupro são punidas com cinco anos de prisão e 75.000 euros de multa.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> PORTUGAL. Código Penal. **Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa**. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=)>. Acesso em: 15 out. 2015.

Com efeito, verifica-se que a sistemática jurídica dos ordenamentos apresentados preocupou-se em limitar a interpretação do tipo penal do estupro, que tende a ser bastante abrangente se não tiver seus termos bem delineados pelo legislador. Os sistemas jurídicos estrangeiros determinaram tipos intermediários na legislação penal, com pena inferior a do delito de estupro, para violações sexuais menos gravosas. De fato, através da solução proposta pelas leis analisadas, verifica-se uma maneira de garantir a proporcionalidade na punição do constrangimento a atos libidinosos, de forma que condutas dotadas de menor ofensividade lesiva não sejam reprimidas com punitivismo exacerbado.

Diante da imprecisão do legislador brasileiro ao definir o tipo penal, caberá ao operador do Direito apreciar quais condutas sexuais são expressivas e devem estar envoltas no âmbito do art. 213, e quais se aproximam da insignificância. Na falta de uma norma penal intermediária que puna com menor repressão os atos libidinosos menos graves, é imprescindível que o julgador busque novas formas de adequar a punição conforme o seu grau de lesividade ao bem jurídico, porém sempre dentro dos limites de sua discricionariedade.

Importante ressaltar que, ao se proceder a uma análise de lesividade dos antigos “crimes contra os costumes”, não se pode permitir que a moralidade influencie a maneira de intervenção do Estado em relação a comportamentos, de forma que grupos fechados e/ou religiosos, assim como círculos sociais cujos pensamentos já foram há muito ultrapassados pela modernidade, imponham suas concepções como justificantes para a criminalização de condutas. O Direito Penal sexual é ramo que não pode ser restrito a interesses morais, e sim genéricos e impessoais.<sup>94</sup>

Cabe referir, ainda, que com a nova redação do artigo que tipifica o crime de estupro, deu-se por pacificada anterior discussão que dizia respeito ao caráter hediondo da norma penal em relação à sua forma simples. Ainda que a posição majoritária defendesse a hediondez do crime em todas as duas formas, havia entendimento minoritário que sustentava que o delito só teria seu procedimento ditado pela Lei 8.072/90 quando seguido de morte ou

---

<sup>93</sup> FRANÇA. Código Penal. **Legifrance**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>94</sup> NAZAR, Lígia Maria de Oliveira. **O novo crime de estupro em seus principais aspectos penais**. 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

de lesão corporal grave. Com o advento da Lei 12.015/09, houve alteração no art. 1º, V, da Lei dos Crimes Hediondos, cujo texto passou a exprimir de forma indubitável a hediondez inclusive do *caput* do art. 213 do Código Penal. Nesse sentido, diante do inegável caráter hediondo da norma penal, tornou-se mais do que necessário que o intérprete conduza sua apreciação da abrangência do tipo conforme os princípios orientadores do sistema acusatório, sobretudo os da lesividade e da proporcionalidade.

O princípio da lesividade ou ofensividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de pena, caso a conduta não exponha bem jurídico a lesão ou perigo relevantes. Por certo, o fim do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos - não protege moral ou religião, mas somente bens de patamar constitucional. Além da tipicidade formal do delito (subsunção do fato à norma), é necessário que a conduta criminalizada seja materialmente típica, ou seja, tem de haver um bem jurídico consideravelmente violado.<sup>95</sup> Adaptando a análise principiológica ao debate em questão, a conduta de constranger à prática de ato libidinoso, se interpretada com excessiva abrangência, pode ser barrada pelo princípio da lesividade, com o fundamento de que não ofende bem jurídico num grau mínimo que mereça a proteção concedida pelo tipo penal.

Lembre-se que a base constitucional do princípio da lesividade é o direito de liberdade. Com base nisso, cabe mencionar que o estudo da ofensividade de cada conduta deve levar em conta os princípios *in dubio pro libertate* e o princípio da tolerância. O primeiro é aquele segundo o qual, em caso de dúvida sobre a justificativa da reprovação criminal, dever-se-á prescindir desta em nome da liberdade individual. O segundo, por sua vez, determina que a liberdade deve ser a regra da ciência penal, enquanto o aprisionamento, a exceção.<sup>96</sup>

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, foi desenvolvido pelo constitucionalismo germânico, sendo composto por três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros têm por objeto a

---

<sup>95</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. pp. 89-94.

<sup>96</sup> Renato de Mello Jorge Silveira destaca três princípios como fundamentais para a execução da difícil tarefa de definir os atos sexuais que devem ser reprimidos pelo direito penal: o princípio da intervenção mínima; o princípio *in dubio pro libertate*; e o princípio da tolerância. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo, Quartier Latin: 2008. pp. 178-184. In: NAZAR, Lúgia Maria de Oliveira. **O novo crime de estupro em seus principais aspectos penais**. 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 41.

otimização das possibilidades da realidade fática do caso concreto, no sentido da adequação e da necessidade dos meios em relação aos fins propostos. Nesse ponto, cabe descobrir se a pena é um meio adequado (entre outros) para o fim da proteção ao bem jurídico. Se a resposta for afirmativa, deve-se questionar se a pena também se trata de meio necessário para realizar a finalidade da proteção daquele bem. Já a proporcionalidade em sentido estrito cuida de debater a otimização das possibilidades jurídicas – é necessário que a pena (adequada e necessária) seja proporcional em relação à natureza e à extensão da lesão ao bem jurídico.<sup>97</sup>

Implícito no art. 5º da Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade configura garantia fundamental, proibindo penas excessivas ao desvalor da ação e lesivas da finalidade da retribuição equivalente do crime. A proporcionalidade desdobra-se em uma dimensão abstrata, que se dirige ao legislador, e outra concreta, que se dirige ao juiz. Tendo em vista a inexatidão do Código Penal no que concerne à redação do art. 213, é tarefa do julgador aplicar a segunda face do princípio da proporcionalidade (a concreta), equacionando a aplicação e a execução das penas em proporção à relação custo-benefício entre o crime e a pena, levando em consideração os custos sociais ao condenado e à sociedade.<sup>98</sup>

Garantindo-se os preceitos da proporcionalidade, a solução mais adequada para a punição de atos libidinosos menos graves (porém que mereçam alguma repressão estatal) é o enquadramento do delito no art. 61 da Lei das Contravenções Penais, que trata da importunação ofensiva ao pudor. Ressalte-se que esta contravenção só se refere a práticas em locais públicos ou acessíveis a ele, de forma que, se a conduta se desse em local restrito, a atipicidade seria a única opção – está-se, portanto, diante de uma lacuna legislativa. No entanto, diante da configuração do estupro como crime hediondo, e tendo em vista que não há previsão legal de tipicidade de outras violações sexuais diferentes do estupro (como em outras legislações já estudadas), acredita-se que a aplicação do art. 61 da Lei das Contravenções Penais e do princípio da insignificância sejam as únicas alternativas atualmente disponíveis ao julgador, se este atuar sob um viés principiológico e garantidor de direitos. Ressalta-se, no entanto, que tais alternativas aqui propostas, no âmbito do sistema penal atual, nitidamente ainda destoam daquilo que seria realmente o ideal – a criação de um tipo intermediário.

Por fim, é pertinente que se trate, também, do momento consumativo e da possibilidade da forma tentada do crime de estupro, entendimento doutrinário que mudou

---

<sup>97</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. pp. 27-30.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

completamente após o advento da Lei 12.015/09. Quando o estupro se referia tão somente à conjunção carnal, este se consumava com a *immissio penis in vaginam*. Já o antigo delito de atentado violento ao pudor consumava-se com a prática do ato libidinoso. O problema que se dava era a distinção de quando se tinha tentativa de estupro e quando se estaria diante de atentado violento ao pudor consumado, pois ambos poderiam se caracterizar pela prática de ato libidinoso. Na prática, era difícil verificar se o crime ocorrido era um ou outro.

Conforme as lições de Nelson Hungria, para a caracterização da tentativa de estupro, imprescindível era detectar a intenção do agente de proceder à cópula vagínica. Em sentido oposto, se as circunstâncias fossem ambíguas ou não demonstrassem positivamente o intuito de conjunção carnal, estar-se-ia diante do crime de atentado violento ao pudor. Este também restaria como delito resíduo em caso de desistência voluntária em relação ao estupro. Ainda sobre o atentado violento ao pudor, há que se identificar sua forma tentada. Em relação a este, distinguiam-se dois momentos: o momento inicial, que ocorria com o emprego da violência ou da grave ameaça; e o momento libidinoso, no qual se apresentava o ato lascivo. A consumação do atentado violento ao pudor coincidia com o segundo momento. No entanto, se empregada a violência ou exteriorizada a grave ameaça, o crime não se consumasse por circunstâncias alheias à vontade do agente, sendo frustrado o momento libidinoso, reconhecer-se-ia a tentativa.<sup>99</sup>

O Código Penal de 1940 não aderiu ao critério de punir a tentativa de estupro com o crime de atentado violento ao pudor, como o exemplo do Código Penal Italiano de 1930.<sup>100</sup> Em defesa do Código Rocco, vislumbra-se que faltou coerência ao Código Penal Brasileiro de 1940 ao punir a antiga tentativa de estupro de forma mais branda que o atentado violento ao pudor consumado, uma vez que poderiam se tratar exatamente da mesma conduta, qual seja, a prática de ato libidinoso que servisse também como preliminar de conjunção carnal. A diferença seria que, se o agente visasse à conjunção carnal, receberia pena mais leve do que se o ato libidinoso fosse sua única finalidade.

As modificações trazidas pela Lei 12.015/09 vieram a corrigir tal problemática. Com a unificação dos tipos penais dos arts. 213 e 214 num único estupro, este delito passou a se

---

<sup>99</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pp. 121-131.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 132.

consumar com a prática do primeiro ato libidinoso empregado que envolva a vítima.<sup>101</sup> Somente para fins de esclarecimento, quando se tratar de estupro mediante exclusivo emprego de conjunção carnal, esta que também é um ato libidinoso, consuma-se o crime com a introdução (completa ou incompleta) do pênis na vagina. A tentativa é possível em ambas as condutas que compõem o art. 213 do Código Penal – se empregada a violência ou exteriorizada a ameaça, o agente é impedido de prosseguir, tem-se o estupro tentado, desde que o sujeito ativo não consiga praticar nenhuma conduta libidinoso.<sup>102</sup> Assim como no antigo atentado violento ao pudor, hoje distinguem-se dois momentos em relação à prática do crime de estupro: o do emprego da violência; e o do ato libidinoso. Ainda que em alguns casos seja impossível fracionar o crime, se o agente empregar a violência, mas for impedido de praticar o ato libidinoso por circunstâncias alheias à sua vontade, estará caracterizada a tentativa. É como pensam os autores André Estefam, Mirabete e Fabbrini, Damásio de Jesus, Cezar Roberto Bitencourt e Fernando Capez.

Diante de tudo o que fora abordado, percebe-se que o estupro é um tipo penal que comporta sérias divergências de interpretação, mormente após o advento da Lei 12.015/09. Enquanto alguns doutrinadores sustentam que o art. 213 do Código Penal configura tipo misto alternativo, outros defendem a tese da cumulatividade de condutas, subdividindo-se, ainda, em aqueles que admitem a continuidade delitiva em se tratando de conjunção carnal e ato libidinoso cometidos em um mesmo contexto fático e em aqueles que vislumbram tão somente a hipótese do concurso material. No que concerne à abrangência do tipo penal, a interpretação pode ser ampla ou mais restritiva, na medida em que há discussão acerca de quais seriam os atos libidinosos que merecem a intervenção punitiva estatal e devem ser enquadrados no tipo.

Como já sustentado, filia-se à tese de que o art. 213 do Código Penal se encaixa no conceito de tipo misto alternativo, por englobar duas condutas unidas em um único tipo penal pela conjunção “ou”, que expressa alternatividade. Ademais, este é o único entendimento condizente com os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da interpretação mais favorável ao réu. Acredita-se que o delito de estupro condiz com o conceito de crime único, devendo ter sua pena sopesada pelo operador do Direito de acordo com o princípio da

---

<sup>101</sup> ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

<sup>102</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 396.

individualização, levando em consideração a quantidade e a gravidade das condutas. Quanto ao alcance da norma penal, entende-se que somente os atos libidinosos mais gravosos, como os coitos anal e oral e a masturbação no agente ou na vítima podem ser enquadrados no delito de estupro, haja vista a hediondez inerente ao crime e o alto nível de repressão a ele atribuído. Considera-se que há lacuna no sistema jurídico ao não prever tipo penal específico que abranja os atos libidinosos menos graves, mas que merecem a tutela estatal, como a famosa “passada de mãos”. Diante desse cenário, reconhece-se como alternativa à repressão de tais condutas o enquadramento no art. 61 da Lei das Contravenções Penais. Deve-se levar em conta, novamente, o princípio da proporcionalidade. Cabe analisar, em um segundo momento, como a jurisprudência tem se posicionado diante das divergências apresentadas.

### **3 DAS CONSEQUÊNCIAS DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NA PRÁTICA E DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS AOS CONFLITOS DE INTERPRETAÇÃO**

O capítulo cuida de examinar os precedentes jurisprudenciais e os fundamentos utilizados nas decisões ao considerar ou não a possibilidade de continuidade delitiva entre as condutas presentes no art. 213 do Código Penal, bem como ao definir o delito de estupro como tipo misto cumulativo ou alternativo. Trata de pesquisar, ainda, o que o STJ entende como o conceito de “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Por fim, apresenta-se as soluções propostas pelo Projeto de Novo Código Penal para resolver os conflitos de interpretação.

#### **3.1 DA JURISPRUDÊNCIA**

##### **3.1.1 Do entendimento dos Tribunais Superiores acerca da unificação dos arts. 213 e 214 do Código Penal**

Antes do advento da Lei 12.015/09, a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor

(reputados em tipos penais autônomos) não poderia ser reconhecida a continuidade delitiva, por não se tratarem eles de delitos da mesma espécie. Nesse sentido, as seguintes ementas exemplificam o entendimento:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÕES NOVAS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL E NÃO CRIME CONTINUADO. (...). II. - **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor praticados contra a mesma vítima caracterizam hipótese de concurso material de delitos e não de crime continuado.** III. - H.C. conhecido em parte e, nessa parte, indeferido. (HC 83453, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 07/10/2003, DJ 24-10-2003 PP-00028 EMENT VOL-02129-02 PP-00541) (grifo da autora)<sup>103</sup>

EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL E NATUREZA HEDIONDA. ORDEM DENEGADA. **Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há espaço, no caso, para o afastamento do concurso material e o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.** Precedentes: HC 94.714, rel. min. Carmem Lúcia, julgado em 28.10.2008; e HC 89.770, rel. min. Eros Grau, DJ de 6.11.2006, p. 51. Tais crimes, ademais, ainda de acordo com precedentes desta Corte (HC 90.706, rel. min. Carmen Lúcia, DJ de 23.3.2007; e HC 89.554, rel. min. Celso de Mello, DJ de 2.3.2007), devem ser considerados hediondos, mesmo que não qualificados e praticados sem violência real. Ordem denegada. (HC 95705, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-03 PP-00522) (grifo da autora)<sup>104</sup>

No entanto, pouco antes do advento da Lei 12.015/09, de 7 de agosto de 2009, já existia, entre os Ministros do STF, divergência em relação ao assunto polêmico, como se pôde perceber quando a questão foi submetida ao Tribunal Pleno no julgamento do HC 86.238/SP<sup>105</sup>, em 18 de junho de 2009. Embora mantido o entendimento majoritário por

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83.453/SP. Paciente: Antônio Hilário Maria. Impetrante: Antônio Hilário Maria. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Velloso. 07 out. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79353>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95.705/RS. Paciente: José Brasil de Araújo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589351>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

<sup>105</sup> EMENTA: 1. AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Concurso material. Ordem denegada. Voto vencido. A jurisprudência desta Corte não admite o reconhecimento de crime continuado entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor. (...) (Plenário, HC nº 82.959). Fato anterior ao início de vigência da Lei nº 11.464/2007. Habeas concedido de ofício. O disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação introduzida pela Lei nº 11.464/2007, não incide sobre fato anterior ao início de vigência desta última lei. (HC 86238, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-01 PP-00027). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 86.238/SP. Paciente: Francisco Eriberto de Souza. Impetrante: Francisco Eriberto de Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Cezar Peluso. 18 jun. 2009.

maioria, restaram vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau, Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Referiu o Min. Marco Aurélio em seu voto:

E vejo que se colocaram, em opção político normativo, os dois crimes na mesma vala isso sob o ângulo da apenação, como se estivessem no mesmo patamar. Não cabe sequer acionar o artigo 71 em comento no que direciona a tomada de empréstimo da pena mais grave, considerados crimes diferentes, para chegar-se ao aumento até o triplo. (...) Reconheço que a jurisprudência do Tribunal se sedimentou para afastar-se o artigo 71 do Código Penal, mas sempre é hora de evoluir para se homenagear a ordem jurídica e o que contém em termos de normatividade.

Os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia seguiram o entendimento anterior de que não se poderia considerar a continuidade delitiva entre os crimes, por serem eles de espécies diferentes.

Já o Superior Tribunal de Justiça mantinha divisão jurisprudencial entre suas turmas. Enquanto a Quinta Turma decidia pela impossibilidade do reconhecimento de continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, a Sexta Turma já reconhecia essa possibilidade, com o argumento de que, apesar de os delitos estarem expressos em tipos diferentes, não seria este o fator determinante para se afirmar serem eles da mesma espécie ou não, e sim a semelhança entre o bem jurídico protegido.

Segue o entendimento da Quinta Turma:

PENAL. PROCESSUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. NULIDADES. (...) CONTINUIDADE DELITIVA. "HABEAS CORPUS". (...) 3. **Embora do mesmo gênero, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor não são da mesma espécie, o que afasta a continuidade e corporifica o concurso material.** 4. "Habeas Corpus" conhecido; pedido indeferido. (HC 10.162/MG, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/1999, DJ 27/09/1999, p. 106) (grifo da autora).<sup>106</sup>

---

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607268>>. Acesso em: 08. Ago. 2015.

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 10.162/MG. Paciente: José Batista Moreira. Impetrante: Roberto Donizete Carte. Coator: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Edson Vidigal. 02 set. 1999. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900654633&dt\\_publicacao=27-09-1999&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900654633&dt_publicacao=27-09-1999&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 08 out. 2015.

A Sexta Turma, por sua vez, a partir do julgamento do HC 99.810/SP<sup>107</sup>, firmou entendimento no sentido da possibilidade da continuidade delitiva entre os crimes, posição<sup>108</sup> que foi exposta no Informativo nº. 0371 do STJ, do período de 6 a 10 de outubro de 2008:

CONTINUIDADE DELITIVA. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO. PUDOR. **A Turma entendeu, por maioria, que é possível a continuidade delitiva entre o crime de estupro (art. 213 do CP) e o atentado violento ao pudor (art. 214 do mesmo código). Ambos são crimes praticados contra a liberdade sexual e atingem, de forma ampla, o mesmo bem jurídico tutelado: a inviolabilidade carnal. Assim, caracterizam-se como crimes de mesma espécie.** O legislador, quando se refere à continuidade, alude a crime de mesma espécie, e não a crime idêntico (tal como faz enquanto no trato de concurso material ou formal), além de referir-se a penas iguais ou mais graves, o que demonstra a possibilidade de os crimes não estarem contidos no mesmo tipo legal. Não se pode olvidar que o crime continuado é modalidade do concurso material e foi concebido com o objetivo de evitar a injustiça advinda da aplicação das penas, tal como as do caso, em que, mesmo aplicadas isoladamente, são de alto patamar. Por isso, é suficiente à reprovação e prevenção dos delitos que apenas uma delas seja aplicada com a elevação proveniente da aplicação do art. 71 do CP. Precedentes citados do STF: HC 89.827-SP, DJ 27/4/2007; do STJ: HC 57.872-SP, DJ 8/10/2007. HC 99.810-SP, Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 7/10/2008. (grifo da autora)<sup>109</sup>

Destaca-se o trecho do voto da Min. Jane Silva, no julgamento do Habeas Corpus supracitado:

<sup>107</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 99.810/SP. Paciente: Cláudio Roberto de Paula Xavier de Oliveira. Impetrante: Cláudio Roberto de Paula Xavier de Oliveira. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=824622&num\\_registro=200800240064&data=20081219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=824622&num_registro=200800240064&data=20081219&formato=PDF)>. Acesso em: 08 out. 2015.

<sup>108</sup> No mesmo sentido: EMENTA: Concurso de crimes (estupro e atentado violento ao pudor). Crime continuado (reconhecimento). 1. **Conforme ensina Fragoso em suas "Lições", "crimes da mesma espécie não são aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico". 2. Assim, porque o estupro e o atentado violento ao pudor são crimes praticados contra a liberdade sexual, é de se adotar a posição segundo a qual constituem crimes da mesma espécie.** 3. Na hipótese dos autos, os crimes contra os costumes praticados não de ser havidos como continuação um do outro, aplicando-se-lhes, quando da fixação da pena, o disposto no art. 71 do Cód. Penal. 4. Recurso especial do qual se conheceu pela divergência, mas ao qual se negou provimento. (REsp 1107286/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 13/10/2009) (grifo da autora). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.107.286/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Geraldo Rafael Nicolau. Relator: Min. Nilson Naves. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=880790&num\\_registro=200802867077&data=20091013&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=880790&num_registro=200802867077&data=20091013&formato=PDF)>. Acesso em: 08 out. 2015.

<sup>109</sup> Informativo de Jurisprudência nº 0371 do Superior Tribunal de Justiça, período de 6 a 10 de outubro de 2008. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=%40cod%3D0371&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=41>>. Acesso em: 08 out. 2015.

A posição que adota o concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor não se ajusta à ordem estabelecida pelo Código Penal, que colocou seus artigos 213 e 214 no mesmo capítulo “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”, com isto querendo dizer que são da mesma espécie, em um sentido absoluto, e ofendem o mesmo bem juridicamente tutelado pelo atual ordenamento jurídico, vigente desde 1940, ou seja, os costumes. Também há de ser lembrado que o legislador ao se referir aos crimes em continuação delitiva não fala, como no caso de concurso material e concurso formal, em crimes idênticos ou não, mas em crimes da mesma espécie, além de prever a possibilidade de serem as penas iguais ou mais graves, o que mostra que eles podem ou não estar contidos no mesmo tipo legal ou tipo legal diverso, desde, logicamente, atinjam o mesmo bem jurídico, pois devem ser da mesma espécie, tidos como tais os que atingem o mesmo bem jurídico.

Na nova sistemática dos crimes contra a liberdade sexual, trazida pela Lei 12.015/09, o crime de estupro passou a incluir também a conduta de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, prática que antes era prevista no tipo autônomo de atentado violento ao pudor, ora revogado. Por conseguinte, caiu por terra o argumento de que se deveria afastar a continuidade delitiva em razão de os delitos não serem da mesma espécie, uma vez que passaram a se concentrar no mesmo tipo penal.

Com a supressão do art. 214 do Código Penal, houve um significativo aumento na impetração de Habeas Corpus junto ao STF, em favor de condenados por concurso material entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, com o intuito de que fosse aplicada a lei penal mais benéfica e reconhecida a continuidade delitiva entre as condutas, afastando-se o art. 69 do CP.<sup>110</sup> A jurisprudência, então, passou a ser construída sob um novo viés, qual seja, o da possibilidade de crime continuado entre as duas condutas unificadas no art. 213 do Código Penal.

Após o advento da Lei 12.015/09, a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal passou a ter a seguinte orientação: considerar a continuidade delitiva entre as condutas de constringer à conjunção carnal e constringer a ato libidinoso em relação aos condenados por concurso material entre os antigos arts. 213 e 214 do Código Penal, reconhecendo a retroatividade da lei penal mais benéfica, e determinar a remessa dos autos ao Juízo das Execuções Penais competente, para que procedesse ao redimensionamento da pena. Os acórdãos analisados não mencionam, entretanto, a possibilidade do reconhecimento de

---

<sup>110</sup> SOUZA, Mariana Flores. **Os reflexos das alterações trazidas pela Lei 12.015/09 nas penas aplicadas aos condenados pela prática de ambas as condutas previstas no art. 213 do Código Penal, sob o viés do princípio da proporcionalidade.** 57 f. Dissertação (Trabalho de Conclusão do curso de Direito) – Centro Universitário Metodista – IPA, Porto Alegre, 2014.

crime único em relação à prática das duas condutas previstas no tipo no mesmo contexto fático. Nesse sentido, as seguintes ementas:

Habeas corpus. 2. Estupro e atentado violento ao pudor. Superveniência da Lei n. 12.015/2009. **Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade.** 3. Ordem concedida de ofício. (HC 102199, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-03 PP-00533) (grifo da autora)<sup>111</sup>

AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. **Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica.** Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. **A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima.** (HC 86110, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-01 PP-00089 RMDPPP v. 6, n. 35, 2010, p. 100-104) (grifo da autora)<sup>112</sup>

HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALTERAÇÃO DOS ARTS. 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL, NOS TERMOS DA LEI 12.015/2009. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ DENEGADO PELA PRIMEIRA TURMA DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. SÚMULA 611/STF. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A decisão impugnada deu pela ocorrência de concurso material entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos termos da reiterada jurisprudência do STJ e do STF. 2. Na concreta situação dos autos, o impetrante reitera o pedido de reconhecimento da continuidade entre os delitos pelos quais se acha definitivamente condenado. Pedido já rechaçado pela Primeira Turma deste STF, no julgamento do HC 93.981, também de minha relatoria. 3. Sucede que, **após o julgamento, a Lei 12.015/2009, editada em 07 de agosto de 2009, alterou substancialmente a disciplina dos crimes pelos quais o acionante foi condenado (arts. 213 e 214 do Código Penal). Alteração que fez cessar o óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, cometidos antes da vigência da Lei 12.015/2009.** Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido, mas deferido de ofício para **determinar ao Juiz das Execuções Penais que proceda, nos termos da Súmula 611 deste Supremo Tribunal Federal, à “aplicação de lei mais benigna”.** Juízo que há de observar, pena de reformatio in pejus, os limites fixados no Agravo de Execução nº 70006882997/TJ/RS. (HC 99544, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 26/10/2010, DJe-020 DIVULG 31-

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 102.199/SP. Paciente: Itaraci Miranda Machado. Impetrante: Itaraci Miranda Machado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. 31 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614465>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 86.110/SP. Paciente: Fábio da Silva França. Impetrante: PGE - SP. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min Cezar Peluso. 02 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610152>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-02 PP-00467) (grifo da autora)<sup>113</sup>

Por ocasião do julgamento do HC 96.818/SP<sup>114</sup>, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal frisou o posicionamento, que foi divulgado no Informativo nº. 525 do STF, de 9 a 13 de agosto de 2010:

#### Estupro e Atentado Violento ao Pudor: Lei 12.015/2009 e Continuidade Delitiva

Em observância ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), deve ser reconhecida a continuidade delitiva aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados anteriormente à vigência da Lei 12.015/2009 e nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Com base nesse entendimento, a Turma concedeu habeas corpus de ofício para determinar ao juiz da execução, nos termos do enunciado da Súmula 611 do STF, que realize nova dosimetria da pena, de acordo com a regra do art. 71 do CP. Tratava-se, na espécie, de writ no qual condenado em concurso material pela prática de tais delitos, pleiteava a absorção do atentado violento ao pudor pelo estupro e, subsidiariamente, o reconhecimento da continuidade delitiva. Preliminarmente, não se conheceu da impetração. Considerou-se que a tese defensiva implicaria reexame de fatos e provas, inadmissível na sede eleita. Por outro lado, embora a matéria relativa à continuidade delitiva não tivesse sido apreciada pelas instâncias inferiores, à luz da nova legislação, ressaltou-se que a citada lei uniu os dois ilícitos em um único tipo penal, não mais havendo se falar em espécies distintas de crimes. Ademais, elementos nos autos evidenciariam que os atos imputados ao paciente teriam sido perpetrados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. HC 96818/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 10.8.2010. (HC-96818)<sup>115</sup>

Já no Superior Tribunal de Justiça, vem se consolidando jurisprudência majoritária no sentido de admitir tanto a continuidade delitiva, se presentes os requisitos do art. 71 do Código Penal, quanto à hipótese de crime único entre as duas condutas previstas no tipo do art. 213. Se as condutas forem praticadas sob um mesmo contexto fático, o entendimento é de admitir o crime único, e não o crime continuado, interpretação esta mais benéfica ao réu. Assim vêm decidindo a Quinta e a Sexta Turma do STJ:

---

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 99.544/RS. Paciente: João Batista Fagundes. Impetrante: João Batista Fagundes. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min Ayres Britto. 26 out. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618127>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96.818/SP. Paciente: Manoel Rodrigues da Silva. Impetrante: DPE – SP. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614239>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

<sup>115</sup> Informativo de Jurisprudência nº 535 do Superior Tribunal de Justiça, período de 9 a 13 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo595.htm>>. Acesso em: 08 out. 2015.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/2009. NOVA TIPIFICAÇÃO. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. CONDUTAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RESTABELECIMENTO DA DECISÃO DO JUÍZO DE EXECUÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A Lei 12.015/2009 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Repressivo, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), do Código Penal. 2. Com as inovações trazidas pela Lei 12.015/2009, **os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero - crimes contra a dignidade sexual - e também da mesma espécie - estupro -, razão pela qual, desde que praticados contra a mesma vítima e no mesmo contexto, devem ser reconhecidos como crime único.** 3. Na espécie, evidencia-se a prática em seqüência do estupro e de ato libidinoso diverso, motivo por que devido o restabelecimento da decisão proferida pelo Juízo da Execução Penal. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 239.255/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 02/02/2015) (grifo da autora)<sup>116</sup>

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. **ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 12.015/2009.** POSSIBILIDADE. CRIMES COMETIDOS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. NOVO CÁLCULO DA PENA-BASE LIMITADO A TOTALIDADE DA PENA IMPOSTA. COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES. ART. 66 DA LEP E SÚMULA N. 611/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. – (...) - **Pela aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009, é possível o reconhecimento de crime único entre estupro e ato diverso da conjunção carnal, desde que tenham sido praticados contra a mesma vítima em um mesmo contexto fático.** - A dosimetria da pena, observados o art. 66 da Lei de Execuções Penais e a Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal, deverá ser refeita por completo pelo Juiz das execuções, com as condutas delitivas consideradas na valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, estabelecendo-se como limite para a nova dosimetria a totalidade da pena anteriormente imposta, de forma a se evitar a reformatio in pejus. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a ocorrência de crime único em relação aos crimes sexuais, determinar que o Juízo das execuções aplique retroativamente a lei penal mais benéfica, refazendo por completo a dosimetria da pena, cujo limite não poderá ultrapassar a totalidade da pena antes aplicada. (HC 274.127/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 30/09/2014) (grifo da autora)<sup>117</sup>

<sup>116</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Habeas Corpus 239.255/SP. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Roberio Dias dos Santos. Relator: Min. Jorge Mussi. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378181&num\\_registro=201200757101&data=20150202&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378181&num_registro=201200757101&data=20150202&formato=PDF)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

<sup>117</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 274.127/SP. Paciente: A.S.F. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marilza Maynard. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346884&num\\_registro=201302363279&data=20140930&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346884&num_registro=201302363279&data=20140930&formato=PDF)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

A Min. Laurita Vaz, da Quinta Turma do STJ, contrariamente, defende que o art. 213 do Código Penal é um tipo misto cumulativo, por isso, na maioria de seus votos, a julgadora faz a ressalva de que seu entendimento pessoal condiz com a impossibilidade do crime continuado entre as duas condutas do tipo, mas ainda assim vota de acordo com a Turma. No entanto, no HC 205.873/RS<sup>118</sup>, a Ministra foi voto vencido por negar o estupro como crime único, cujos argumentos merecem ser destacados:

(...) verifica-se a inexistência de unidade de conduta na espécie, uma vez que a prática cumulativa das ações descritas no tipo implica **um aumento qualitativo do tipo de injusto**, e não meramente quantitativo. Trata-se de outro modo de dizer que as condutas descritas no *caput* do art. 213 do Código Penal não são fungíveis, ou seja, não são passíveis de serem substituídas por outras de mesma espécie e valor.

A Min. Maria Theresa de Assis Moura, quando do julgamento do HC 274.848/SP<sup>119</sup>, sustentou que a prática das duas condutas no mesmo contexto fático, como foi no do caso

<sup>118</sup> EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS ANTES DA LEI N. 12.015/2009. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. **CRIMES COMETIDOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. NOVO CÁLCULO DA PENA-BASE LIMITADO A TOTALIDADE DA PENA IMPOSTA. COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES. ART. 66 DA LEP E SÚMULA N. 611/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) Pela aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009, é possível o reconhecimento da ocorrência de um crime único, desde que os crimes de estupro e ato diverso da conjunção carnal tenham sido praticados em um mesmo contexto fático.** - A dosimetria da pena, observados o art. 66 da Lei de Execuções Penais e a Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal, deverá ser refeita por completo pelo Juiz das execuções, com a segunda conduta delitiva (coito anal) considerada na valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, estabelecendo-se como limite para a nova dosimetria a totalidade da pena anteriormente imposta, de forma a se evitar a *reformatio in pejus*. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a ocorrência de crime único em relação aos crimes sexuais, determinar que o Juízo das execuções aplique retroativamente a lei penal mais benéfica, refazendo por completo a dosimetria da pena, cujo limite não poderá ultrapassar a totalidade da pena antes aplicada. (HC 205.873/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 19/04/2013) (grifo da autora). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 205.873/RS. Paciente: Carlos de Souza Rodrigues. Impetrante: Eugenio Pedro Gomes de Oliveira Junior. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Laurita Vaz. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1183132&num\\_registro=201101026045&data=20130419&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1183132&num_registro=201101026045&data=20130419&formato=PDF)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

A Min. Laurita Vaz procedeu de igual maneira no julgamento do HC 218.016/RJ:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 218.016/RJ. Paciente: W.D.A.S.T. e M.V.C.D.A.S.

Impetrante: Arthur Bueno Fisher. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Laurita Vaz. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1286424&num\\_registro=201102143072&data=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1286424&num_registro=201102143072&data=20131219&formato=PDF)>. Acesso em: 12 ago. 15.

<sup>119</sup> EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DUAS VÍTIMAS. **CRIME ÚNICO EM RELAÇÃO ÀS CONDUTAS PRATICADAS CONTRA CADA UMA DAS VÍTIMAS. LEI Nº 12.015/09. (3) CONTINUIDADE DELITIVA RELATIVA ÀS CONDUTAS PRATICADAS CONTRA AS DUAS VÍTIMAS. UNIDADE DE DESÍGNIOS. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. (...) 2. Com o advento da Lei n.º 12.015/09, as práticas de conjunção**

concreto, configurava crime único. A Ministra referiu, ainda, que não fica excluída a possibilidade de incidência da continuidade delitiva, a teor do art. 71 do Código Penal, se praticados dois ou mais crimes mediante mais de uma ação e preenchidos os requisitos legais. Dessa forma, ficou clara a diferenciação da utilização de cada instituto. Pelo voto da julgadora, pôde-se perceber que ela prezou pelo princípio da individualização da pena, ressaltando que a dosimetria, no caso concreto, deveria ser refeita, uma vez que a prática da segunda conduta implicou na maior reprovabilidade do crime único. Nesses termos:

Com o reconhecimento de crime único, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento. Poderá, portanto, se assim entender, fixar as penas-base em patamar superior ao antes estabelecido, observando, por óbvio, o limite do *quantum* final da sanção aplicada anteriormente em razão da vedação da *reformatio in pejus*.

O mesmo entendimento também já constou no Informativo nº. 0422 do STJ, do período de 8 a 12 de fevereiro de 2010, este que teve como base o julgamento do HC 144.870/DF<sup>120</sup>:

---

carnal e de ato libidinoso passaram a ser tipificadas no mesmo dispositivo legal, **deixando de configurar crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor, para constituir crime único, desde que praticados no mesmo contexto**. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores. **Com isso, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento. Esclareça-se que o reconhecimento de crime único se refere às condutas (conjunção carnal e coito anal) praticadas contra cada vítima; não há falar em crime único quanto aos atos praticados contra as duas vítimas**. 3. Este Sodalício pacificou sua jurisprudência no sentido de que o reconhecimento da continuidade delitiva demanda o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivos e subjetivos, negando a concessão do benefício quando evidenciada a presença de desígnios autônomos, como no caso dos autos. Ademais, para se concluir de maneira diversa demandaria revolvimento fático-probatório, não condizente com a via do writ, eis que as instâncias de origem concluíram pela existência de desígnios autônomos no que se refere aos atos praticados contra as duas vítimas. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei n.º 12.015/09, analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. (HC 274.848/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 04/02/2015) (grifo da autora). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 274.848/SP. Paciente: E.S.J. Impetrante: E.S.J. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378432&num\\_registro=201302504086&data=20150204&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378432&num_registro=201302504086&data=20150204&formato=PDF)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

<sup>120</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 144.870/DF. Paciente: M.R. de S. Impetrante: Fernando Boani Paulucci. Coator: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=919899&num\\_registro=200901594505&data=20100524&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=919899&num_registro=200901594505&data=20100524&formato=PDF)>. Acesso em: 13 ago. 15.

(...) a Turma assentou que, caso o agente pratique estupro e atentado violento ao pudor no mesmo contexto e contra a mesma vítima, esse fato constitui um crime único, em virtude de que a figura do atentado violento ao pudor não mais constitui um tipo penal autônomo, ao revés, a prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal também constitui estupro. (...) Todavia, registrou-se também que a prática de outro ato libidinoso não restará impune, mesmo que praticado nas mesmas circunstâncias e contra a mesma pessoa, uma vez que caberá ao julgador distinguir, quando da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP para fixação da pena-base, uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo, pois haverá maior reprovabilidade da conduta (juízo da culpabilidade) quando o agente constranger a vítima à conjunção carnal e, também, ao coito anal ou qualquer outro ato reputado libidinoso.<sup>121</sup>

Como já ressaltado na primeira parte deste trabalho, acredita-se que o entendimento que vem sendo majoritariamente adotado no STJ é o mais razoável, uma vez que é o único condizente com os princípios gerais de Direito Penal. Verificados os elementos do crime mediante uma ou mais condutas previstas no tipo misto alternativo, configura-se um único crime de estupro, cuja reprovabilidade deve ser sopesada quando da dosimetria da pena pelo juiz. Acertados, portanto, os argumentos dos Min. Jorge Mussi, Maria Thereza de Assis Moura e Marilza Maynard em seus votos nos acórdãos citados, pois sustentaram que o agente que pratica conjunção carnal e ato libidinoso diverso contra a mesma vítima, num mesmo contexto, responde tão somente por um estupro, haja vista que os comportamentos encontram-se na mesma figura típica, esta que representa uma infração de ação múltipla.

### **3.1.2 Do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que tange ao conceito de ato libidinoso**

No que tange à abrangência da criminalização do ato libidinoso forçado, tem-se que o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça não mudou com o advento da Lei 12.015/09. Antes da mudança legal, o antigo art. 214 do Código Penal previa a conduta de constranger pessoa, com violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ação punida com reclusão de seis a dez

---

<sup>121</sup> Informativo de Jurisprudência nº. 0422 do Superior Tribunal de Justiça, período de 8 a 12 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0422>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

anos. Nunca ficou pacificado entre a jurisprudência nem entre a doutrina o alcance do ato libidinoso punível pela norma penal.

Com a entrada em vigor da lei supracitada, o problema não foi resolvido. A conduta de constranger à prática de ato libidinoso foi incorporada ao art. 213, que tratava também do antigo estupro, tendo sido revogado o art. 214. Ao serem agrupadas ambas as condutas no mesmo tipo penal – conjunção carnal e ato libidinoso diverso -, pensar-se-ia que as duas deveriam possuir a mesma lesividade a bem jurídico, ou seja, seria necessário que qualquer delas violasse gravemente a dignidade e a liberdade sexual da vítima, uma vez que o crime possui pena alta e é hediondo. No entanto, o STJ não modificou sua interpretação majoritária da expressão “ato libidinoso”, que é por demasiado ampla, a exemplo das ementas a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO. 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso.** 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1154806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 21/03/2012) (grifo da autora)<sup>122</sup>

RECURSO ESPECIAL. PENAL. AGENTE QUE CONSTRANGE A VÍTIMA A PRATICAR ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONFIGURADO. **IRRELEVÂNCIA DE NÃO TER HAVIDO O DESNUDAMENTO.** RECURSO CONHECIDO. 1. Inconvergente o acórdão, como se mostra na sua própria letra, quando recusa a incidência ao tipo do artigo 214 do Código Penal relativamente a fatos que a determinam, impõe-se o restabelecimento da sentença condenatória cassada. 2. Recurso conhecido. (REsp 249.595/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2002, DJ 23/06/2003, p. 451) (grifo da autora)<sup>123</sup>

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. FORMA SIMPLES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI Nº 8.072/90. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REVALORAÇÃO DA PROVA. ATO LIBIDINOSO. (...) II - **Em nosso sistema, atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.** (...) Recurso parcialmente

<sup>122</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.154.806/RS. Agravante: E.R.P. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1125143&num\\_registro=200901849255&data=20120321&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1125143&num_registro=200901849255&data=20120321&formato=PDF)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

<sup>123</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 249.595/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio de Moraes. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=582885&num\\_registro=200500807742&data=20051107&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=582885&num_registro=200500807742&data=20051107&formato=PDF)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

conhecido e, nesta parte, provido (REsp 765.593/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 468) (grifo da autora)<sup>124</sup>

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende por ato libidinoso passível de criminalização qualquer ação atentatória contra o pudor praticada com propósito lascivo, desde que haja contato físico entre o agente e a vítima, incluindo neste conceito o chamado beijo lascivo.

No Recurso Especial 249.595, o agente fora condenado a 15 anos de prisão pelo crime de atentado violento ao pudor, infração que foi desclassificada para a contravenção de perturbação da tranquilidade pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A fundamentação do acórdão recorrido foi no sentido de que o toque nas pernas, o apalpamento e o “encostão” nas nádegas da vítima, não levou senão breves momentos e foi realizado sobre suas roupas, não configurando atentado violento ao pudor. Dessa forma, não seria justa a imposição de pena tão grave, a mesma para atos muito mais reprováveis, levando ao cárcere por longos anos pessoa não iniciada na senda do crime, que sequer passou a mão por baixo da roupa da vítima. Em razão dessa decisão, o Ministério Público impetrou recurso ao Superior Tribunal de Justiça, pugnando pela cassação do acórdão, com o consequente restabelecimento da sentença de primeiro grau. O Ministro-Relator Hamilton Carvalhido entendeu que o ato caracterizava ato libidinoso punível pelo art. 214 do Código Penal, dando provimento ao recurso do MP, acompanhado pelos Min. Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves.

Em se tratando do Recurso Especial 765.593, o Min. Felix Fisher decidiu no mesmo sentido, sustentando que os toques, o beijo lascivo e os contatos voluptuosos enquadram-se no conceito de ato libidinoso de que tratava o art. 214 do Código Penal. No caso, o sujeito ativo, condenado em primeiro grau por haver tentado beijar a vítima e “passar as mãos” em seus seios por cima da roupa, fora absolvido do crime de atentado violento ao pudor pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e dessa decisão recorreu o Ministério Público. O voto condutor do acórdão guerreado foi no sentido de que o entendimento dos integrantes da Câmara é de que não é qualquer abuso sexual que faz figurar

---

<sup>124</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 765.593/SP. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Gerônimo Nunes do Nascimento. Relator: Min. Felix Fisher. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=591160&num\\_registro=200501126714&data=20051219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=591160&num_registro=200501126714&data=20051219&formato=PDF)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

o crime de atentado violento ao pudor, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade, reitor do Direito Penal clássico. Para que se configurasse o crime, cuja pena mínima é de seis anos, tal como o homicídio e o antigo estupro, deveria ocorrer séria agressão à vítima, ou seja, literalmente um atentado violento, tal qual sexo anal e oral. O Ministro, em seu voto, discordou que a expressão “ato libidinoso” se tratasse somente dos atos citados no acórdão, sustentando que essa solução talvez fosse adequada aos códigos de Portugal ou da Espanha, que possuem sistematização diversa, mas não ao Código Penal Brasileiro. Nesse sentido, determinou o retorno dos autos ao Tribunal para o restabelecimento da pena do delito de atentado violento ao pudor. Acompanharam o voto do relator os Min. Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima.

No Recurso Especial 1.111.043<sup>125</sup>, o caso se tratava de condenado que recebeu a pena de seis anos de reclusão pela suposta prática do crime de atentado violento ao pudor, delito que foi desclassificado para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso especial, alegando que a conduta do réu, qual seja, a de beijar a “passar a mão” no corpo da vítima sobre roupas, caracterizava ato libidinoso. A Min. Laurita Vaz, em seu voto, argumentou no seguinte sentido:

---

<sup>125</sup> EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONFIGURAÇÃO DO CRIME. CONDUTA DE, À FORÇA, BEIJAR, PASSAR A MÃO NAS NÁDEGAS, SEIOS E VAGINA DA VÍTIMA, POR SOBRE AS ROUPAS, E, ATO CONTÍNUO, SEM RETIRAR AS VESTES, JOGÁ-LA NO CHÃO, AGARRÁ-LA POR TRÁS E SIMULAR O ATO DE RELAÇÃO SEXUAL. AFASTADA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 61 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/41 (IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR). RECURSO PROVIDO. 1. No caso, a teor da descrição fática constante da sentença condenatória e do acórdão recorrido, o Acusado, à força, beijou a vítima e, ato contínuo, passou a mão nas suas nádegas, seios e vagina, além de tê-la jogado no chão e, agarrando-a por trás, sem retirar as roupas, simulou o ato de relação sexual. 2. Ao analisar o tipo penal descrito no art. 214 do Código Penal, em sua redação original, observa-se que o legislador ordinário buscou tutelar a liberdade sexual da vítima, mais propriamente qualquer ato diverso da conjunção carnal que fosse cometido por intermédio de violência ou grave ameaça, sendo necessário que a conduta concupiscente seja capaz de constranger alguém à satisfação do prazer sexual voluptuoso do sujeito ativo. 3. **O entendimento esposado pelo acórdão recorrido - desclassificação da conduta delituosa para a contravenção penal inculpada no art. 61 do Decreto-Lei n.º 3.688/41 - afronta a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "o contato físico do Acusado com as vítimas, consistente em passar as mãos nas nádegas e pernas para satisfazer a lascívia, é suficiente para caracterizar o delito de atentado violento ao pudor"** (AgRg no AgRg no AREsp 152.704/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013). 4. Recurso provido para cassar o acórdão hostilizado e determinar que, retornados os autos ao Tribunal de origem, prossiga no julgamento das demais teses defensivas expostas na apelação criminal, considerando que a conduta descrita subsume-se ao tipo previsto no art. 214 do Código Penal, em sua redação original. (REsp 1111043/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 07/10/2014) (grifo da autora). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.111.034/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Paulo Afonso Terra. Relatora: Min. Laurita Vaz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1321560&num\\_registro=200900135748&data=20141007&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1321560&num_registro=200900135748&data=20141007&formato=PDF)>. Acesso em: 19 ago. 2015.

Ao analisar o tipo penal descrito no art. 214 do Código Penal, em sua redação original, observa-se que o legislador ordinário buscou tutelar a liberdade sexual da vítima, mais propriamente qualquer ato diverso da conjunção carnal que fosse cometido por intermédio de violência ou grave ameaça, sendo necessário que a conduta concupiscente seja capaz de constranger alguém à satisfação do prazer sexual voluptuoso do sujeito ativo. Para tanto, segundo entendimento desta Corte Superior de Justiça, é necessário contato físico entre o Acusado e a vítima.

De fato, o entendimento esposado pelo acórdão recorrido afronta a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "*o contato físico do Acusado com as vítimas, consistente em passar as mãos nas nádegas e pernas para satisfazer a lascívia, é suficiente para caracterizar o delito de atentado violento ao pudor*" (AgRg no AgRg no AREsp 152.704/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013).

O Min. Jorge Mussi, por sua vez, divergiu da Ministra-Relatora Laurita Vaz, sustentando que não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, aferir se a conduta praticada ultrapassou a configuração da contravenção penal a ponto de tipificar o crime de atentado violento ao pudor. Competiria ao Tribunal de origem decidir se excessivo o rigor da sanção cominada, ponderando o grau de risco ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, negou provimento ao recurso especial. Os Ministros Regina Helena Costa e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Relatora, e o Des. convocado do TJRJ Adilson Vieira Macabu acompanhou o voto divergente.

No Agravo Regimental no Recurso Especial 1.154.806, este foi interposto pelo réu contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial para considerar consumado o delito de atentado violento ao pudor. No caso, o réu, que passava em cima de uma moto, “passou a mão” nas nádegas da vítima e, após, agarrou o seu braço para que ela o visse se masturbar. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que a conduta configurava a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. No entanto, foi decidido, em sede de Recurso Especial, e assim foi mantido pelo Min. Sebastião Reis Júnior, que os atos configuram o delito de atentado violento ao pudor. Segundo o Ministro, depreende-se da própria letra do revogado art. 214 que o atentado violento ao pudor abrange atos libidinosos de diferentes estágios, incluindo não só o coito anal e o sexo oral, como também toques, contatos voluptuosos e beijos lascivos. Argumentou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal que configura o art. 214 inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, desde que evidenciado o contato físico entre o agente e a vítima, não importando se é ou não sucedâneo da conjunção carnal. Dessa forma, negou provimento ao Agravo

Regimental. O Des. convocado do TJRS Vasco Della Giustina e a Min. Maria Thereza de Assis Moura votaram com Ministro-Relator.

A solução dada pelo STJ foi a mesma no Recurso Especial 751.036<sup>126</sup>, caso que se tratava de recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, este que deu parcial provimento ao apelo defensivo, admitindo a forma tentada do delito de atentado violento ao pudor e reduzindo a pena imposta ao réu. O Min. José Arnaldo da Fonseca entendeu que as condutas praticadas pelo recorrido, que consistiram em beijos lascivos na região do pescoço e em “passar as mãos” nos seios da vítima são abarcadas pelo revogado art. 214 do Código Penal. Sustentou que a jurisprudência e a doutrina têm se firmado no sentido de que o delito não se limita ao coito anal ou ao sexo oral, passando também pelas condutas cometidas pelo réu. Deu provimento ao recurso, tendo sido acompanhado pelos Min. Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima.

Da análise de diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos supracitados, depreende-se que o entendimento deste Tribunal é abrangente em relação ao conceito de ato libidinoso criminalizado pelo antigo art. 214 e pelo novo art. 213 do Código Penal. O STJ entende por ato libidinoso qualquer conduta que ofenda o pudor da vítima, desde que haja contato físico entre esta e o agente, tais como o beijo lascivo e a “passada de mãos”, ainda que por cima das roupas. Em que pesem algumas decisões dos Tribunais de Justiça desclassificando o ato para as contravenções de importunação ofensiva ao pudor ou de perturbação da tranquilidade, a tendência do STJ é cassar tais acórdãos e tipificar o atentado violento ao pudor (para condutas realizadas antes de 2009) ou o estupro.

Acredita-se que a posição do Superior Tribunal de Justiça contraria os princípios da proporcionalidade e da lesividade. Em muitos casos, a falta de regulamentação legal adequada acaba levando à banalização do *ius puniendi*, que acaba por tipificar condutas em um tipo

---

<sup>126</sup> EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. OCORRÊNCIA DE BEIJOS LASCIVOS E CARÍCIAS NOS SEIOS DA VÍTIMA. AFASTAMENTO DA TENTATIVA. DELITO CONSUMADO. CRIME HEDIONDO. IMPOSIÇÃO DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. **"Considera-se consumado o crime de atentado violento ao pudor, quando evidenciada a existência de contato físico entre o agressor e sua vítima, durante a prática de ato lascivo distinto da conjunção carnal."** (...) Recurso conhecido e provido. (REsp 751.036/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 375) (grifo da autora). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 751.036/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Steve Guilherme da Cruz Gonçalves. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=582885&num\\_registro=200500807742&data=20051107&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=582885&num_registro=200500807742&data=20051107&formato=PDF)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

penal que não condiz com seu grau de ofensividade. De fato, um beijo roubado não é um ato libidinoso passível de enquadramento em um tipo penal hediondo, sob o viés da proporcionalidade.

Primando-se pela legalidade, busca-se defender, ainda, que haja aplicação da lei penal somente quando o fato efetivamente subsumir-se à norma, o que se torna especialmente difícil em casos em que a lei não define ao tipo uma abrangência determinada. Embora tenha ocorrido a alteração do Código Penal pela Lei 12.015/09, manteve-se a falta de técnica na redação do legislador. A situação agrava-se ainda mais porque a expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal” encontra-se presente também na previsão de outros tipos penais, como é o caso dos artigos 215 e 217-A. Mesmo com a oportunidade aberta pela reforma, portanto, o legislador optou por manter um termo absolutamente desprovido de conceituação, por demasiado amplo e passível de gerar uma aplicação desnecessária do Direito Penal.<sup>127</sup>

Em consequência de o legislador não haver fixado com precisão a conduta típica do crime, tal função ficou a encargo da doutrina e jurisprudência. Filia-se a uma interpretação mais restritiva da expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, concordando-se com a interpretação da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no Recurso Especial 765.593, qual seja, a de que deve ocorrer séria agressão à vítima (um atentado violento ao pudor, no sentido literal da expressão), como sexo oral, anal ou masturbação. Podem ser conferidas outras decisões deste Tribunal nesse sentido:

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES SEXUAIS. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO DA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. POR IMPOSIÇÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO ADVENTO DA PRESCRIÇÃO. Não há falar em atentado violento ao pudor, mas, sim, na contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor se os atos praticados pelo ofensor foram de menor reprovabilidade. Hipótese em que necessário se faz dar eficácia ao princípio da proporcionalidade entre o fato e a pena que lhe é imposta dentro das alternativas típicas previstas na legislação penal brasileira.** Desclassificação que leva à extinção da punibilidade pela prescrição 'in abstracto'. APELAÇÃO PROVIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70043108034, Sétima Câmara Criminal, Tribunal

<sup>127</sup> GREUEL, Priscila Caroline, CARLS, Suelen. A imprecisão do alcance da expressão ato libidinoso diverso da conjunção carnal: uma análise principiológica e sugestiva. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=7947&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7947&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 25 jul. 2015.

de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 30/06/2011) (grifo da autora).<sup>128</sup>

EMBARGOS INFRINGENTES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA A INFRAÇÃO DO ARTIGO 61 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. CASO CONCRETO DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. 1. **Fere o princípio da proporcionalidade o mesmo apenamento ao estupro, ao atentado violento ao pudor sem qualquer espécie de cópula e a prática de atos libidinosos menos graves: beijo lascivo, apalpadelas etc.** 2. Os delitos de estupro e atentado violento ao pudor possuem igual apenamento: 6 a 10 anos de reclusão. O legislador de 1990 não considerou no processo de tipificação criminal o princípio da proporcionalidade. Assim, por exemplo, manter conjunção carnal ou outro tipo de relação sexual, bem como qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, por mais simples que seja, tem a mesma reprovabilidade jurídica. Possibilidade de realização de adequação típica, com qualificação jurídico-penal adequada. EMBARGOS ACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70010270510, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 22/03/2005) (grifo da autora).<sup>129</sup>

Cabe ressaltar que, com a alteração legislativa ocasionada pela Lei 12.015/09, equipararam-se as condutas de constranger à conjunção carnal e constranger a ato libidinoso, de forma que, mais do que nunca, esta última deve ser dotada de mesma gravidade que a primeira. Pressupõe-se que condutas que integram um tipo penal alternativo tenham o mesmo grau de ofensividade quando comparadas uma com a outra, uma vez que equiparadas pelo legislador, que conferira a elas uma mesma pena e um mesmo regime jurídico. A prática de ato libidinoso, ainda que não definida concretamente pelo legislador, deve ser carregada da mesma lesividade de sua conduta alternativa, qual seja, a conjunção carnal, esta que tem sua conceituação claramente definida. Ademais, o tipo penal de estupro é tradicionalmente carregado de ofensividade aos olhos da sociedade, além de ser crime hediondo com pena mínima de seis anos, o que deve ser considerado quando do exame de proporcionalidade.

Na linha da pesquisa realizada, entende-se que o alcance do ato libidinoso que integra o delito de estupro deve restringir-se a ato de gravidade similar a de conjunção carnal, tais como coito vaginal, coito anal, sexo oral ou masturbação. Frisa-se a necessidade do

<sup>128</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70043108034. Apelante: J.C.F.R. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Disponível em:

<[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70043108034&num\\_processo=70043108034&codEmenta=4240422&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70043108034&num_processo=70043108034&codEmenta=4240422&temIntTeor=true)>. Acesso em: 23 ago. 2015.

<sup>129</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70010270510. Embargante: Osni da Silva. Embargado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Nereu Giacomolli. Disponível em:

<[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70010270510&num\\_processo=70010270510&codEmenta=1074063&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70010270510&num_processo=70010270510&codEmenta=1074063&temIntTeor=true)>. Acesso em: 23 ago. 2015.

ordenamento jurídico brasileiro em adotar um tipo penal intermediário entre o estupro e as contravenções penais, que abarque as condutas libidinosas menos graves. No entanto, dentro do quadro sistemático existente, faz-se necessário dar eficácia ao princípio da proporcionalidade entre o fato e a pena que lhe é imposta, valendo-se das alternativas típicas previstas na legislação penal atual.

### 3.2 DA SOLUÇÃO PROPOSTA PELO PROJETO DE LEI 236 DO SENADO FEDERAL

Impulsionada pelos requerimentos n.º 756/2011 e 1.034/2011, de autoria do Senador Pedro Taques (PDT-MT), foi instituída, em outubro de 2011, pelo à época presidente do Senado Federal, José Sarney, a Comissão Especial de Juristas destinada a elaborar o Anteprojeto de Novo Código Penal. A Comissão estabelecida trabalhou por sete meses, e o anteprojeto da Comissão de Juristas foi entregue em 27 de junho de 2012, tendo sido posteriormente transformado no Projeto de Lei do Senado n.º 236 de 2012.

Segundo o Histórico dos Trabalhos da Comissão<sup>130</sup>, ela se propusera, quando da aceitação da tarefa de elaboração do anteprojeto, a buscar os seguintes escopos: modernizar o Código Penal; unificar a legislação penal esparsa; estudar a compatibilidade dos tipos penais hoje existentes com a Constituição de 1988, descriminalizando condutas e, se necessário, prevendo novas figuras típicas; tornar proporcionais as penas dos diversos crimes, a partir de sua gravidade relativa; e buscar formas alternativas, não prisionais, de sanção penal. Em relação à parte especial, a Comissão de Reforma objetivou tornar o Código Penal o centro do ordenamento jurídico-penal e otimizar o controle sobre a expansão desordenada da legislação criminal, com o intuito de facilitar o conhecimento do universo de tipificações, tanto para os juristas quanto para a sociedade. Além disso, as modificações basearam-se em adequar o texto legal aos tratados e convenções internacionais pactuados pelo Brasil, prevendo expressamente direitos e criminalizando comportamentos outrora deixados de lado.

O PLS 236/2012 modificou inúmeros aspectos em relação ao Código vigente, tendo inovado substancialmente em matéria de crimes sexuais, tanto atualizando quanto revogando ou criminalizando condutas. Conforme a Exposição de Motivos do Título “Dos Crimes contra

---

<sup>130</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em: 02 set. 2015.

a Dignidade Sexual”<sup>131</sup>, redigida pela Procuradora de Justiça aposentada Luiza Nagib Eluf, poucos títulos do Código Penal se mostravam tão defasados diante das necessidades de proteção social na atualidade. Em que pesem as modificações sofridas ao longo dos anos pela legislação de 1940, estas não tiveram força política suficiente para que a antiga nomenclatura “dos crimes contra os costumes” fosse deixada de lado, estando ela sempre presente como sombra reveladora da ideologia que a abarcava e que ainda não foi abandonada.

A proposta da comissão redatora do Projeto de Novo Código Penal é fortemente descriminalizadora no que tange ao Título VI. Foi proposta a supressão dos crimes de violação mediante fraude (art. 215 do Código Penal vigente), mediação para satisfazer a lascívia de outrem (art. 227 do mesmo diploma), casa de prostituição (art. 229), rufianismo (art. 229), ato obsceno (art. 233) e escrito ou objeto obsceno (art. 234). Por outro lado, criminalizou-se a introdução de objetos mediante violência ou grave ameaça e atribuiu-se penalidades mais gravosas à exploração sexual, delito grave e que cada vez mais preocupa os estudiosos de política criminal pelo seu crescimento caótico, acompanhado pela carência de proteção jurisdicional. No que tange ao tráfico de pessoas, houve uma mudança de perspectiva em relação ao bem jurídico protegido, que passa a ser não somente a dignidade sexual, mas também a extração de órgãos e privação da liberdade, por isso tendo sido realocado pelo Projeto de Lei para o Título “Crimes contra os Direitos Humanos”.

No que concerne especificamente aos crimes contra a liberdade sexual, o PLS 236/2012 trouxe sistemática completamente diversa das tipificações presentes no Código Penal vigente. Sem excluir qualquer das condutas anteriormente previstas, percebeu-se a nítida preocupação da comissão em esclarecer a interpretação dos conceitos anteriormente atribuídos às condutas pelo legislador de 1940, adequando a aplicação das normas segundo um viés de proporcionalidade.

O crime de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal, restou normatizado no art. 180 do Projeto de Lei<sup>132</sup>, sob a seguinte redação:

---

<sup>131</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em: 02 set. 2015.

<sup>132</sup> Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 02 set. 2015.

### Estupro

Art. 180. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato sexual vaginal, anal ou oral:

Pena – prisão, de seis a dez anos.

Os termos “conjunção carnal” e “ato libidinoso diverso da conjunção carnal” foram substituídos pela expressão “prática de ato sexual vaginal, anal ou oral”. De fato, a nova nomenclatura veio a eliminar a indeterminação acerca de quais os atos deveriam ser abrangidos pela norma tipificadora. Comparativamente, no Código Penal atual, “conjunção carnal” significa coito vaginal, enquanto “ato libidinoso diverso” refere-se aos coitos anal e oral, além de outros atos menos graves, porém não são especificados pela norma quais as condutas que se enquadram neste conceito. O PLS 236/2012 traz essa definição, esclarecendo as condutas que configuram o crime de estupro.

Se o Projeto de Lei for aprovado, o conflito interpretativo acerca da definição de ato libidinoso poderá finalmente ser solucionado. A nomenclatura atual, inegavelmente, gera enormes dificuldades de interpretação, eis que cria amplo espaço para construção jurisprudencial. Além disso, a norma prevista no art. 213 do Código Penal vigente adota expressões de difícil compreensão aos cidadãos juridicamente leigos. Com o texto simplificado pelo Projeto de Novo Código Penal, as ações sexuais passam a ser designadas pelo nome que realmente têm fora do mundo jurídico.

Ressalte-se que, atualmente, as soluções encontradas pela doutrina e pela jurisprudência para lidar com a imprecisão do diploma atual nem sempre se pautam no melhor rigor técnico e acabam por gerar insegurança jurídica na redoma que abarca o crime de estupro. Por certo, diante da inexatidão da norma, a punição do agente varia de acordo com o Poder Judiciário de cada estado ou de cada magistrado em particular, sendo que a mesma conduta tem a possibilidade de ser punida como uma leve contravenção penal ou com a gravidade do crime de estupro, de tratamento hediondo. Daí a importância das reformas apresentadas pelo Projeto de Código Penal.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> TANFERRI, Andressa Silveira. CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena. **Revista do Direito Público**. Londrina, v.10, n.1., jan. – abr. 2015. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/20999>>. Acesso em: 03 set. 2015.

A partir das mudanças propostas, o tipo penal tende a se tornar mais restrito, evitando interpretações demasiadamente amplas do conceito de ato libidinoso. Se entrar em vigor o Projeto de Lei, dar-se-á menos espaço a julgados equivocados, como, por exemplo, a condenações por estupro em razão de meros beijos lascivos. Privilegia-se o princípio da taxatividade ao substituir os termos “conjunção carnal” e “ato libidinoso” por “ato sexual vaginal, anal ou oral”, uma vez que assim o tipo passa a conter elementos claros, que definirão precisamente o que se está proibindo.<sup>134</sup>

A sugestão dada na primeira parte deste trabalho, qual seja, a da criação de um tipo penal intermediário que abarque atos libidinosos menos graves, é a mesma solução trazida pelo Projeto de Novo Código Penal, que cria o delito de molestamento sexual (art. 182 do Projeto):

#### Molestamento sexual

Art. 182. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou se aproveitando de situação que dificulte a defesa da vítima, à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal e oral.

Pena – prisão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o molestamento ocorrer sem violência ou grave ameaça, a pena será de um a dois anos.

O Projeto de Lei mantém a equiparação entre a lesividade do sexo vaginal forçado e a dos coitos anal e oral, unificados no mesmo tipo desde o advento da Lei 12.015/09, todavia, por outro lado, preenche a lacuna legal que hoje permite que outros atos libidinosos sejam enquadrados como estupro, este que é crime hediondo e demasiadamente grave para abranger qualquer conduta sexual. Ademais, este tipo intermediário também evitaria que atos libidinosos menos graves fossem enquadrados como mera contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, visto que, muitas vezes, apesar de não possuírem lesividade suficiente para serem enquadrados como estupro, são carregados de maior ofensividade do que aquela que as contravenções se prestam a tutelar. O molestamento sexual traz pena substancialmente menor do que a cominada ao estupro, mudança que se mostra justa e proporcional. De fato, os poucos atos libidinosos que podem ter lesividade equiparada a do

<sup>134</sup> PEREIRA, Igor. O Crime de Estupro no Anteprojeto de Código Penal. **IBCCRIM**. São Paulo, ano 21, n. 246, mai. 2013. Disponível em: <[http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Boletim-246\\_Pereira.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Boletim-246_Pereira.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2015.

coito vaginal são os apontados pelo art. 180 do Projeto, quais sejam, sexo anal e oral. Critica-se unicamente o fato de a masturbação forçada não figurar nesse rol, uma vez que se acredita que tal violação pode carregar o mesmo nível de ofensividade dos outros atentados supracitados.

Segundo a exposição de motivos<sup>135</sup>, a previsão do art. 182, ao incluir o fato de “se aproveitar de situação que dificulte a defesa da vítima” como condição alternativa à prática de violência ou grave ameaça, visa a acabar com a atipicidade dos abusos sexuais ocorridos em contextos de multidão, como dentro de metrô, ônibus ou trens lotados. Conforme o parágrafo único, se não ocorrer violência ou grave ameaça, a pena será menor – de um a dois anos.

Elogiável, portanto, a construção do artigo que tipifica o crime de molestamento sexual, uma vez que objetiva punir condutas que merecem repressão penal, porém totalmente inadequadas à pena atribuída pelo Código Penal vigente – de seis a dez anos-, cujo cumprimento se dá conforme o procedimento da Lei dos Crimes Hediondos. É imperioso reconhecer que sempre caberá ao juiz a análise da insignificância, ou seja, este, exercendo seu poder discricionário, ainda deverá decidir quais são os atos que devem ser enquadrados ao crime de molestamento sexual e quais as condutas que devem ser consideradas atípicas (ou, ainda, desclassificadas). Importante ressaltar que nunca se criticou o poder discricionário do operador do Direito no que tange à atividade interpretativa, todavia os parâmetros sobre os quais o juiz irá se amparar não podem ser de tal amplitude que permitam ao julgador assumir papel de verdadeiro legislador.

Outra inovação trazida pelo Projeto de Lei é a inserção do tipo penal de manipulação e introdução sexual de objetos:

Manipulação e introdução sexual de objetos

Art. 181. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a suportar a introdução vaginal ou anal de objetos.

Pena – prisão, de seis a dez anos.

---

<sup>135</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em: 02 set. 2015.

A descrição fática contida no art. 181 do PLS 236/2012 é inédita, eis que não existe na legislação atual nem em leis esparsas. Trata-se de agressão sexual equiparada ao estupro, visto que atribui à conduta a mesma pena deste. De acordo com o Código Penal vigente, a introdução sexual de objetos enquadrar-se-ia no tipo penal do estupro, mais especificamente no conceito de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. No entanto, diante da nova sistemática que pretende estabelecer o Projeto de Lei, especificando as violações sexuais de forma taxativa em prol da segurança jurídica, torna-se fundamental a criação deste tipo penal, para que não sobrevenha lacuna legal que resulte na atipicidade da conduta. Outra alternativa seria adicionar a hipótese às formas taxativas do art. 180 do Projeto, já que se pretende que a violação em questão seja equiparada às condutas caracterizadas no tipo do estupro.

No que tange à abordagem dada aos crimes sexuais no Projeto de Novo Código Penal, a Procuradora de Justiça do Estado de São Paulo Luiza Eluf, que fez parte da comissão redatora do PLS 236/2012, revelou, em entrevista, que temia o excesso de emendas e substitutivos ao Projeto, de forma que este pudesse perder a coerência. Em sua opinião, as demasiadas mudanças na tramitação foram o fator que ocasionara confusão quando do surgimento da Lei 12.015/09, que se equivocou ao fundir todos os atos libidinosos possíveis no delito de estupro. Destaca-se trecho da referida entrevista:

Luiza Eluf: Comecei a ver nos jornais um número imenso de estupros no metrô. E teve um que me chamou a atenção. A moça fora estuprada dentro de um vagão superlotado. Fui estudar o caso. Achei impossível que ninguém tivesse feito nada para impedir o crime num local lotado de gente. Quando vi os detalhes, verifiquei que não ocorreu uma conjunção carnal. Não houve penetração de nenhuma espécie. Apenas o sujeito rasgou a calcinha da moça e bolinou suas partes íntimas rapidamente. E isso foi chamado de estupro. Tal situação gera um problema na aplicação da Justiça. Porque você vai aplicar uma pena a esse caso que é equivalente à pena do ato sexual praticado mediante violência, o que não é justo. Uma coisa é você estuprar verdadeiramente. Outra coisa é você passar a mão. É menos grave. Porém, a pena mínima de estupro é de seis anos. É crime hediondo.<sup>136</sup>

A Procuradora de Justiça argumentou que deveriam ser realizadas graduações na legislação penal, desdobrando-se as condutas para que não fosse violado o princípio da proporcionalidade quando da punição das diferentes formas de violação sexual. De fato, após a elaboração do Projeto de Lei, verifica-se que tal problema foi resolvido pela comissão, que

---

<sup>136</sup> Disponível em: <[http://www.luizaeluf.com.br/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=80:crimes-na-internet-devem-ser-regulados-pelo-codigo-penal-defende-jurista](http://www.luizaeluf.com.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=80:crimes-na-internet-devem-ser-regulados-pelo-codigo-penal-defende-jurista)> Acesso em: 06 set. 2015.

estabeleceu o tipo penal intermediário do molestamento sexual para evitar que a mesma pena fosse aplicada aos diferentes casos possíveis de afetação à liberdade sexual.

No que concerne ao problema do estupro como tipo misto cumulativo ou alternativo, o Projeto de Novo Código Penal propõe certa inovação também nessa seara. Conforme abordado na primeira parte deste trabalho, apesar de a interpretação alternativa ser a mais razoável segundo os princípios da legalidade, da interpretação mais favorável ao réu, da proporcionalidade e do sistema penal acusatório, o argumento daqueles que defendem a classificação cumulativa pauta-se na ideia de justiça propriamente dita para justificar a necessidade da pena maior ao agente que comete conjunção carnal e outro ato libidinoso no mesmo contexto fático. O Projeto de Novo Código Penal veio a diferenciar, no âmbito do próprio tipo penal, a pena de um agente que comete somente uma conduta sexual daquele que comete duas ou mais condutas. Assim expressa o parágrafo único do art. 180 do PLS 236/2012:

Parágrafo único. Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no *caput*, a pena será aumentada de um terço a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste título.

O advento do parágrafo único encerra a referida discussão em favor do estupro como tipo misto alternativo, eliminando a possibilidade de interpretação no sentido da cumulatividade do tipo. Primeiramente, deixa claro que o delito se trata de crime único, uma vez que refere exatamente como deve ser exarada a pena do agente que comete mais de uma das condutas descritas no *caput*. Dessa forma, a nova configuração do art. 180 não deixa qualquer margem para que se possa inferir que cada conduta sexual configuraria um estupro diferente.

O parágrafo único cria nova majorante ao crime de estupro, que determina o aumento da pena de um terço a dois terços no caso de o agente haver praticado mais de uma das condutas taxativas previstas no *caput* do artigo 180 do Projeto de Lei. Assim, o sujeito cujas práticas se subsumirem em mais de um dos constrangimentos previstos no tipo penal cometerá um único estupro, porém sua pena será exasperada de acordo com a gravidade específica do que houver praticado, situação que deve ser analisada casuisticamente.

De acordo com a sistemática do Código Penal vigente, defendeu-se que, no caso de o sujeito ativo do delito cometer mais de uma conduta prevista no art. 213 do CP, o operador do Direito deveria levar em conta tal fator quando do cálculo da pena-base do agente, procedendo à dosimetria de acordo com o princípio da individualização da pena, previsto como direito e garantia fundamental no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Se for aprovado o Projeto de Novo Código Penal, percebe-se que a nova majorante introduzida pela comissão poderá ser bastante eficaz quando da individualização da pena, eis que estabelecerá diferença ainda maior entre a pena do agente que comete somente um dos verbos do tipo e a punição daquele que pratica duas ou mais condutas.

Neste ponto, importante lembrar que a incidência das causas de aumento ou de diminuição pode fazer com que a pena ultrapasse os limites estabelecidos. Assim, cai por terra o argumento de que o fato de o estupro configurar crime único caracterizaria estímulo à potencialidade ofensiva do agente em prejuízo da vítima. Se o Projeto de Lei vier a ser aprovado, o juiz disporá da majorante obrigatória para punir mais gravemente o agente que vier a praticar mais de uma das condutas taxativamente previstas. De fato, não haverá dúvida quanto à aplicação de pena substancialmente mais severa ao sujeito que comete mais de uma conduta, de tal sorte que não há que se falar em impunidade em relação a este.

Diante da análise exposta, percebe-se que a comissão redatora do Projeto de Lei atentou aos conflitos de interpretação que acometiam a legislação penal acerca dos crimes sexuais, esclarecendo questões controversas que jamais haviam sido resolvidas, como o problema do conceito indeterminado de “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, de forma a estabelecer taxativamente as condutas integrantes do crime de estupro. A criação do tipo penal intermediário de molestamento sexual, por sua vez, veio a garantir a proporcionalidade entre as penas cominadas às violações envolvendo atos libidinosos mais e menos graves. Ainda, o Projeto de Novo Código Penal, se aprovado, dará fim aos infinitos debates que concernem à classificação do estupro como tipo misto alternativo ou cumulativo, estabelecendo a alternatividade como interpretação mais acertada. Dessa forma, conclui-se que, ainda que o PLS 236/2012 esteja longe da perfeição técnica, exprimindo caráter exacerbadamente punitivista no que tange à punição de diversos tipos penais, o capítulo referente aos crimes contra a liberdade sexual fora muito bem pensado pela comissão por ele responsável, de forma que, se vier a substituir o Código Penal vigente, solucionará a maior parte dos problemas interpretativos que o afetam.

## 4 CONCLUSÃO

Analisado o contexto histórico e social da época do advento do Código Penal até os dias de hoje no que tange à tipificação do crime de estupro, verificou-se que concepções consideradas absurdamente conservadoras e machistas na atualidade eram aceitas normalmente pela coletividade à década de 1940, o que demonstra notória evolução da sociedade ao longo dos anos. É certo, no entanto, que ainda há muito a se conquistar no que tange à luta contra o preconceito e em favor da igualdade de gênero, sobretudo em virtude da grande tendência histórica das legislações penais de impor certo grau de culpabilização à vítima pela agressão sofrida.

Nesse sentido, a Lei 12.015/09 veio a contribuir com o avanço legislativo de forma a acompanhar as conquistas de igualdade de gênero, inclusive já consagradas pela Constituição Federal. A mudança de nomenclatura do Capítulo I do Título VI do Código Penal de “dos crimes contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual” demonstra o reconhecimento de que os crimes sexuais atingem a dignidade, a liberdade e a personalidade da pessoa humana, não se atribuindo mais valor jurídico à moralidade sexual e ao pudor público. O foco de proteção jurídica dos crimes do Título VI restou alterado com a Lei 12.015/09, não mais se garantindo a moral média da sociedade ou o resguardo dos seus costumes patriarcais, mas sim a tutela da dignidade do indivíduo no âmbito do seu próprio interesse e não de terceiros. Como corolário natural da dignidade da pessoa humana, a tutela da dignidade sexual objetiva proteger a liberdade de autodeterminação sexual da vítima e a sua preservação nos aspectos físico e moral.

A aceitação da figura masculina como possível sujeito passivo do delito de estupro também se trata de grande avanço no que tange à proteção do direito à liberdade sexual, eis que o corolário constitucional do art. 5º, I deve ser inserido também em relação à tutela conferida pelas normas penais. Ademais, a redação atual do art. 213 do Código Penal compatibiliza-se com as exigências do Estatuto de Roma, que não diferencia a violação sexual contra mulheres e a contra homens.

Após pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o delito em questão aliada à análise crítica e social, depreendeu-se que a classificação do art. 213 do Código Penal como tipo misto alternativo é a mais acertada, sendo estritamente necessária para a efetivação de

direitos e garantias fundamentais, como a legalidade, e para a concretização de princípios básicos de Direito Penal, como o da proporcionalidade. Além disso, a opção legislativa de utilizar a partícula “ou” no texto legal não abre espaço para que duplique ou triplique a condenação do réu, baseando-se na tese cumulativa, eis que não é cabível a interpretação extensiva contra o réu. Destarte, aderiu-se à interpretação do estupro como crime único.

Cabe destacar que a adoção da teoria alternativa não resulta na equiparação de penas entre o agente que comete uma única conjunção carnal ou ato libidinoso e aquele que pratica diversas condutas previstas no tipo penal. Nesse âmbito, é imperiosa a aplicação do princípio da individualização da pena, previsto constitucionalmente, de tal sorte que o juiz sopesa as circunstâncias sob as quais se deu o crime na primeira fase da dosimetria da pena.

No que concerne à sucessão legislativa, o advento da Lei 12.015/09 caracteriza-se como *novatio legis in melius*, esta que deve, conseqüentemente, retroagir aos fatos passados – *in casu*, diminuindo o *quantum* de pena a cumprir dos condenados em concurso material de crimes pelo cometimento de ambos os delitos configurados nos antigos arts. 213 e 214 do Código Penal. Ainda que se aderisse à tese cumulativa, forçoso seria o reconhecimento da continuidade delitiva em se tratando do cometimento de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, eis que, após o advento da Lei 12.015/09, tais condutas passaram a configurar crime da mesma espécie. Nesse sentido, concluiu-se que, independentemente do entendimento a ser adotado, a lei em questão deve ser reconhecida como *lex mitior*.

No que toca à jurisprudência, constatou-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça mudaram seus entendimentos quando o estupro e o atentado violento ao pudor passaram a integrar o mesmo tipo penal, mudança esta consagrada pela Lei 12.015/09. O STF consolidou a posição que admite a continuidade delitiva entre as condutas de constranger à conjunção carnal e constranger à prática de ato libidinoso diverso, entretanto os acórdãos analisados não mencionam a possibilidade do reconhecimento de crime único quando do cometimento de ambas as condutas no mesmo contexto fático. Já a jurisprudência majoritária do STJ, após 2009, firmou-se no sentido de reconhecer o art. 213 do Código Penal como crime único, se praticadas ambas as condutas previstas no tipo sob um mesmo contexto fático. Esta Corte admite também o crime continuado, se presentes os requisitos os art. 71 do mesmo diploma legal.

No tocante ao alcance da expressão “ato libidinoso” no Código Penal, vislumbrou-se que a doutrina diverge no seu conceito: há quem diga que quaisquer atos libidinosos, tanto simples quanto gravosos, devem ser tipificados pelo art. 213; enquanto a interpretação mais garantista sustenta que a falta de lesividade de certos atos não poderia gerar a tipificação por um crime hediondo, cuja pena mínima equivale a do delito de homicídio. Por certo, o legislador deveria ter definido de forma clara as condutas abarcadas pelo tipo penal e, não o fazendo, abriu espaço à insegurança jurídica, eis que a tarefa de criar conceito legislativo restou unicamente à jurisprudência.

Dos acórdãos analisados, inferiu-se que o STJ entende por ato libidinoso passível de criminalização qualquer ação atentatória contra o pudor praticada com propósito lascivo, desde que haja contato físico entre o agente e a vítima, incluindo neste conceito o chamado beijo lascivo.

Com a alteração do Código Penal pela Lei 12.015/09, o legislador perdeu a oportunidade de corrigir a indeterminação do tipo penal do art. 213 e optou por manter no diploma legal a expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Neste trabalho, aderiu-se a uma interpretação mais restritiva do termo, filiando-se ao entendimento da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no Recurso Especial 765.593, qual seja, o de que deve ocorrer séria agressão à vítima (um atentado violento ao pudor, no sentido literal da expressão) para que se configure ato libidinoso caracterizável como estupro.

Concluiu-se que a alteração legislativa equiparou as condutas de constranger à conjunção carnal e constranger a ato libidinoso, de forma que, previstas num mesmo tipo penal, devem ser dotadas de mesma gravidade. Dessa forma, a prática de ato libidinoso, ainda que não definida concretamente pelo legislador, deve ser carregada de ofensividade semelhante à conjunção carnal forçada – ou seja, somente os atos libidinosos graves, como os coitos anal e oral e a masturbação no agente ou na vítima, poderiam ser enquadrados no delito de estupro, tendo em vista a hediondez inerente ao crime e o alto nível de repressão a ele atribuído. Considera-se que há lacuna no sistema jurídico ao não prever tipo penal específico que abranja os atos libidinosos menos graves, mas que merecem a tutela estatal, como a famosa “passada de mãos”. Diante dessa omissão, à repressão de tais condutas resta o enquadramento no art. 61 da Lei das Contravenções Penais, ainda que esta não seja a solução ideal.

Acredita-se que o Projeto de Novo Código Penal, que tramita no Senado Federal sob o número 236/2012, se vier a ser promulgado, caracterizar-se-á como solução à indeterminação do art. 213 do Código Penal, eis que os termos “conjunção carnal” e “ato libidinoso diverso da conjunção carnal” serão substituídos pela expressão “prática de ato sexual vaginal, anal ou oral”. Tal substituição privilegia o princípio da taxatividade, haja vista que somente assim o tipo passaria a conter elementos claros, definindo precisamente o que se está proibindo.

Outras inovações do Projeto de Lei que resolveriam conflitos abordados neste trabalho são: a criação de um tipo penal intermediário que abarca atos libidinosos menos graves - o delito de molestamento sexual (art. 182), trazendo a pena de dois a seis anos de prisão; e a introdução de majorante ao crime de estupro, que prevê a exasperação da pena de um a dois terços no caso de o agente haver praticado mais de uma das condutas taxativas previstas no *caput* do art. 180, além de esclarecer que se trata de crime único. No que tange a este último ponto, a nova majorante introduzida pela comissão poderá ser bastante eficaz quando da individualização da pena, eis que, se o Projeto de Novo Código Penal vier a ser aprovado, o juiz disporá da majorante obrigatória para punir mais gravemente o agente que praticar mais de uma das condutas taxativamente previstas.

Diante da minuciosa análise sobre os conflitos de interpretação que acometem o tipo penal do estupro, verificou-se que o advento do Projeto de Novo Código Penal poderia esclarecer diversas questões controversas que a ele se aplicam. Nesse sentido, imprescindível que o texto do art. 213 do Código Penal seja alterado, tanto para determinar mais claramente sua classificação em tipo alternativo, quanto para indicar as condutas que devem ser por ele abrangidas, devendo os comportamentos menos graves excluídos da norma serem abrangidos por um tipo penal intermediário.

## REFERÊNCIAS

### BIBLIOGRÁFICAS:

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVICHIOLO, Anderson. Lei n. 12.015/2009: as consequências jurídicas da nova redação do art. 213 do Código Penal brasileiro. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 7, n. 28/29, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/lei-n.-12015-2009-asconsequencias-juridicas-da-nova-redacao-do-artigo-213-do-codigo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

DE MORAES, Carlos Otaviano Brenner. Tipos penais: simples ou mistos. **JusBrasil**, dez. 2014. Disponível em: <<http://carlosotaviano.jusbrasil.com.br/artigos/149215548/tipos-penais-simples-ou-mistos>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2289, out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13629>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

ESTACHESKY, Dulceli de Lourdes Tonet. ‘Mulher pública’ e ‘mulher honesta’: moralidade e honra no final do século XIX e início do século XX. In: ANAIS DO XV ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA DA ANPUH – RIO, 2012, São Gonçalo. **Anais...** São Gonçalo: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <[http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1331648386\\_ARQUIVO\\_anpuh-riodulceliltestacheski.pdf](http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1331648386_ARQUIVO_anpuh-riodulceliltestacheski.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2015.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Marcela Lins Moura de. A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 e seus reflexos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35217&seo=1>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Claus Roxin no Brasil. **LFG**, abr. 2003. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20041011090745610](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041011090745610)>. Acesso em: 23 jul. 2015.

GREGO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2270, set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13530>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

GREUEL, Priscila Caroline, CARLS, Suelen. A imprecisão do alcance da expressão ato libidinoso diverso da conjunção carnal: uma análise principiológica e sugestiva. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=7947&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7947&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 25 jul. 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VIII. Arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JORIO, Israel Domingos. Princípio do "non bis in idem". **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1161, set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8884>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

MARTINS, José Renato. O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional: Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP.** 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NAZAR, Lúgia Maria de Oliveira. **O novo crime de estupro em seus principais aspectos penais.** 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. O estupro como crime único e a dignidade da pessoa humana. **Carta Forense**, out. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estupro-como-crime-unico-e-a-dignidade-da-pessoa-humana/4779>> Acesso em: 17 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. ALVES, Jamil Chaim, BARONI, Rafael, BURRI, Juliana, CUNHA, Patrícia, ZANON, Raphael. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-a do cp). **Revista dos Tribunais**, v. 902/2010, dez. 2010.

OLIVEIRA, Gleick Meira, RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crime contra a liberdade sexual: uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553)>. Acesso em: 17 jul. 2015.

PEREIRA, Igor. O Crime de Estupro no Anteprojeto de Código Penal. **IBCCRIM**, São Paulo, ano 21, n. 246, mai. 2013. Disponível em: <[http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Boletim-246\\_Pereira.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Boletim-246_Pereira.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2015.

TANFERRI, Andressa Silveira, CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena. **Revista do Direito Público**. Londrina, v. 10, n.1, jan.–abr. 2015. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/20999>>. Acesso em: 03 set. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral.** 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

**JURISPRUDENCIAIS:**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83.453/SP. Paciente: Antônio Hilário Maria. Impetrante: Antônio Hilário Maria. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Velloso. 07 out. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79353>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95.705/RS. Paciente: José Brasil de Araújo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589351>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 86.238/SP. Paciente: Francisco Eriberto de Souza. Impetrante: Francisco Eriberto de Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Cezar Peluso. 18 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607268>>. Acesso em: 08. Ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 102.199/SP. Paciente: Itaraci Miranda Machado. Impetrante: Itaraci Miranda Machado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. 31 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614465>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 86.110/SP. Paciente: Fábio da Silva França. Impetrante: PGE - SP. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min Cezar Peluso. 02 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610152>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 99.544/RS. Paciente: João Batista Fagundes. Impetrante: João Batista Fagundes. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ayres Britto. 26 out. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618127>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96.818/SP. Paciente: Manoel Rodrigues da Silva. Impetrante: DPE – SP. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614239>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 10.162/MG. Paciente: José Batista Moreira. Impetrante: Roberto Donizete Carte. Coator: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Edson Vidigal. 02 set. 1999. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900654633&dt\\_publicacao=27-09-1999&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900654633&dt_publicacao=27-09-1999&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 08 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 99.810/SP. Paciente: Cláudio Roberto de Paula Xavier de Oliveira. Impetrante: Cláudio Roberto de Paula Xavier de Oliveira. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=824622&num\\_registro=200800240064&data=20081219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=824622&num_registro=200800240064&data=20081219&formato=PDF)>. Acesso em: 08 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.107.286/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Geraldo Rafael Nicolau. Relator: Min. Nilson Naves. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=880790&num\\_registro=200802867077&data=20091013&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=880790&num_registro=200802867077&data=20091013&formato=PDF)>. Acesso em: 08 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Habeas Corpus 239.255/SP. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Roberio Dias dos Santos.

Relator: Min. Jorge Mussi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378181&num\\_registro=201200757101&data=20150202&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378181&num_registro=201200757101&data=20150202&formato=PDF)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 274.127/SP. Paciente: A.S.F. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marilza Maynard. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346884&num\\_registro=201302363279&data=20140930&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346884&num_registro=201302363279&data=20140930&formato=PDF)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 205.873/RS. Paciente: Carlos de Souza Rodrigues. Impetrante: Eugenio Pedro Gomes de Oliveira Junior. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Laurita Vaz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1183132&num\\_registro=201101026045&data=20130419&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1183132&num_registro=201101026045&data=20130419&formato=PDF)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 218.016/RJ. Paciente: W.D.A.S.T. e M.V.C.D.A.S. Impetrante: Arthur Bueno Fisher. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Laurita Vaz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1286424&num\\_registro=201102143072&data=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1286424&num_registro=201102143072&data=20131219&formato=PDF)>. Acesso em: 12 ago. 15.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 274.848/SP. Paciente: E.S.J. Impetrante: E.S.J. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378432&num\\_registro=201302504086&data=20150204&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378432&num_registro=201302504086&data=20150204&formato=PDF)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 144.870/DF. Paciente: M.R. de S. Impetrante: Fernando Boani Paulucci. Coator: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=919899&num\\_registro=200901594505&data=20100524&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=919899&num_registro=200901594505&data=20100524&formato=PDF)>. Acesso em: 13 ago. 15.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.154.806/RS. Agravante: E.R.P. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1125143&num\\_registro=200901849255&data=20120321&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1125143&num_registro=200901849255&data=20120321&formato=PDF)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 249.595/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio de Moraes. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=582885&num\\_registro=200500807742&data=20051107&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=582885&num_registro=200500807742&data=20051107&formato=PDF)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 765.593/SP. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Gerônimo Nunes do Nascimento. Relator: Min. Felix Fisher. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=591160&num\\_registro=200501126714&data=20051219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=591160&num_registro=200501126714&data=20051219&formato=PDF)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.111.034/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Paulo Afonso Terra. Relatora: Min. Laurita Vaz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1321560&num\\_registro=200900135748&data=20141007&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1321560&num_registro=200900135748&data=20141007&formato=PDF)>. Acesso em: 19 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.154.806/RS. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: E. R. P. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

1125143&num\_registro=200901849255&data=20120321&formato=PDF>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 751.036/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Steve Guilherme da Cruz Gonçalves. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=582885&num\\_registro=200500807742&data=20051107&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=582885&num_registro=200500807742&data=20051107&formato=PDF)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70043108034. Apelante: J.C.F.R. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70043108034&num\\_processo=70043108034&codEmenta=4240422&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70043108034&num_processo=70043108034&codEmenta=4240422&temIntTeor=true)>. Acesso em: 23 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70010270510. Embargante: Osni da Silva. Embargado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Nereu Giacomolli. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70010270510&num\\_processo=70010270510&codEmenta=1074063&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70010270510&num_processo=70010270510&codEmenta=1074063&temIntTeor=true)>. Acesso em: 23 ago. 2015.

Informativo de Jurisprudência nº 0371 do Superior Tribunal de Justiça, período de 6 a 10 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=%40cod%3D0371&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=41>>. Acesso em: 08 out. 2015.

Informativo de Jurisprudência nº. 0422 do Superior Tribunal de Justiça, período de 8 a 12 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0422>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

Informativo de Jurisprudência nº 535 do Superior Tribunal de Justiça, período de 9 a 13 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo595.htm>>. Acesso em: 08 out. 2015.

## **LEGISLATIVAS:**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei das Contravenções Penais. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072compilada.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado n. 236 de 2012. **Senado**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 16 nov. 15.

ESPANHA. Código Penal. **Agência Estatal Boletín Oficial del Estado**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 15 out. 2015.

FRANÇA. Código Penal. **Legifrance**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>>. Acesso em: 15 out. 2015.

PORTUGAL. Código Penal. **Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa**. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so\\_miolo="](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=)>. Acesso em: 15 out. 2015.