

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

**Marina Wagner Paim**

**CONSUMAÇÃO E TENTATIVA NO CRIME DE ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA  
LEI N<sup>o</sup>. 12.015/09**

**Porto Alegre  
2016**

MARINA WAGNER PAIM

**CONSUMAÇÃO E TENTATIVA NO CRIME DE ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA  
LEI N<sup>o</sup>. 12.015/09**

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 Dra. Vanessa Chiari Gonçalves.

**Porto Alegre  
2016**

MARINA WAGNER PAIM

**CONSUMAÇÃO E TENTATIVA NO CRIME DE ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA  
LEI Nº. 12.015/09**

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 13 de dezembro de 2016.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Professora Dra. Vanessa Chiari Gonçalves

---

Professor Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

---

Professor Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico este trabalho a meus pais e a minha irmã, que me deram, desde o início, todo o apoio e condições materiais para ingressar e prosseguir nesta graduação em Direito. Agradeço especialmente por me lembrarem, a cada vez que questionei minhas escolhas, as motivações que me levaram a optar por seguir esse caminho, as quais vão muito além de mim mesma, e envolvem a ânsia por transformação social, sentimento do qual também compartilham, e sobre o qual tanto me ensinaram, mesmo sem saber.

Agradeço também ao meu companheiro Abel, pela força que me transmite, e pela confiança depositada em mim, tão maior da que tenho em mim mesma, e que me fazem seguir em frente.

Aos meus amigos e companheiros de vida que trago desde a graduação em Ciências Sociais, e aos amigos que fiz aqui, nesta Faculdade, pela solidariedade e generosidade, especialmente no que se refere aos trabalhos e estudos, e por tornarem este ambiente, por vezes tão hostil, em um lugar mais leve e fácil de ser enfrentado. Aos ex-companheiros do G8-G - SAJU, pelas experiências transformadoras que certamente me tornaram um ser humano e uma futura profissional melhor. Obrigada pelos ensinamentos tão preciosos, e por proporcionarem a esta Faculdade um espaço crítico, de resistência, de esperança e de diálogo com a comunidade.

Aos colegas de estágio no Ministério Público Federal, do Núcleo de Combate à Corrupção e do Núcleo de Controle da Administração, agradeço pelo constante aprendizado proporcionado, pelas conversas e pelos conselhos acadêmicos e profissionais.

Por fim, agradeço à professora Vanessa Chiari Gonçalves pela orientação e auxílio prestados ao longo deste trabalho.

*“o que será que ela quer  
essa mulher de vermelho  
alguma coisa ela quer  
pra ter posto esse vestido  
não pode ser apenas  
uma escolha casual  
podia ser um amarelo  
verde ou talvez azul  
mas ela escolheu vermelho  
ela sabe o que ela quer  
e ela escolheu vestido  
e ela é uma mulher  
então com base nesses fatos  
eu já posso afirmar  
que conheço o seu desejo  
caro watson, elementar:  
o que ela quer sou euzinho  
sou euzinho o que ela quer  
só pode ser euzinho  
o que mais podia ser”*

*(Angélica Freitas)*

## RESUMO

Este trabalho versa sobre a definição jurídica de estupro, a qual assume conteúdos distintos dependendo do momento histórico e do contexto social vivido. O estudo toma como referencial a mais recente alteração legislativa nesse sentido, a Lei nº. 12.015/09, que ampliou o domínio dos atos que até então eram definidos como estupro (art. 213, CP), fazendo migrar, para este delito, todas as condutas anteriormente previstas no delito de atentado violento ao pudor (art. 214). Busquei entender, assim, como se tem definido, juridicamente, a consumação e a tentativa de estupro após 2009, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Para tanto, realizei uma pesquisa jurisprudencial nos Tribunais Superiores e, especialmente no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, totalizando, aproximadamente, cem acórdãos analisados. O objetivo, por fim, é entender como o Judiciário tem construído o conceito de estupro, em confronto com a perspectiva do Legislativo.

**Palavras-chave:** Estupro. Atentado Violento ao Pudor. Consumação. Tentativa.

## **ABSTRACT**

This study concerns the legal definition of rape, which take different contents depending of the historical moment and the social context lived. The study takes as frame of reference the recent legal change in this sense, the Law nº 12.015/09, which extend the domain of acts that until that moment were defined as rape (art. 213, PC), migrating, to this offence, all conducts previously foreseen in the crime of indecent assault (art. 214). I try understand how is being defined, legally, consummation and attempted rape after 2009, in the doctrine as well as in the jurisprudence. For this, I made a jurisprudential research at the higher courts and, especially at the scope of Rio Grande do Sul Court of Law, totalizing around of a hundred judgements. At the end, the goal was understand how judiciary has been constructing the concept of rape, in contrast of the legislative perspective.

**Keywords:** Rape. Indecent Assault. Consummation. Attempted.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO ESTUPRO: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA</b>	13
2.1 AS DIFERENTES CONCEPÇÕES DE VIOLÊNCIA SEXUAL NOS PRINCIPAIS SISTEMAS JURÍDICOS MUNDIAIS: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA .....	13
2.2 OS CRIMES SEXUAIS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: DA DEFESA DA HONRA À PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS.....	16
2.3. A LEI 12.015/09: A NOVA DISCIPLINA DOS CRIMES SEXUAIS .....	25
<b>3 A CONSUMAÇÃO E A TENTATIVA NO CRIME DE ESTUPRO (Art. 213, CP)...</b>	35
3.1 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA NA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL.....	40
3.2 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA APÓS A LEI 12.015/09 .....	47
<b>4 ESTUPRO: UMA DEFINIÇÃO EM DISPUTA</b> .....	58
4.1 A INTENÇÃO DO LEGISLADOR E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA ACERCA DA LEI N <sup>o</sup> . 12.015/09 .....	59
4.2 UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA .....	66
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	72
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	77
<b>ANEXO I – Tabelas com os casos analisados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul</b> .....	81

## 1 INTRODUÇÃO

A concepção deste trabalho teve origem ainda em 2010, ano em que concluí a graduação em Ciências Sociais. Naquele momento, escrevia minha monografia em antropologia, acerca de temática semelhante, envolvendo também, como objeto, a Lei nº. 12.015 de 2009. O referido diploma legal, tão recente à época, modificou a redação do crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, transportando para o seu conteúdo condutas que, anteriormente, tipificavam o delito de atentado violento ao pudor, revogando-se, conseqüentemente, o art. 214 do CP. O crime de estupro passou a ser descrito, assim, não só pela conjunção carnal forçada, mas também pelos atos libidinosos dela diversos. Vale ressaltar, nesse sentido, que não se trata do fenômeno de *abolitio criminis*, mas de verdadeira unificação de dois delitos, ampliando a noção jurídica de estupro.

Frente a este cenário, busquei compreender, em 2010, como se dava a entrada dos crimes sexuais para o Judiciário, uma vez que o domínio dos atos denominados como “estupro” fora ampliado. Para tanto, realizei pesquisa de campo na Delegacia da Mulher desta capital, com a finalidade de entender como eram negociadas as diferentes categorias jurídicas em torno da violência sexual, cujos limites sempre me pareceram tão tênues, entre as mulheres vítimas que buscavam atendimento, e os profissionais responsáveis pelos registros de ocorrência. O desejo de aprofundar essa investigação foi se intensificando, de forma que proponho, neste trabalho, apresentar um viés jurídico acerca da temática.

Considerando, nesse sentido, que o conceito de estupro não é estático, mas fruto de disputas sociais e políticas ao longo do tempo, o tema sobre o qual desenvolvo esta pesquisa refere-se à construção jurídica do estupro. Dou, assim, um passo à frente do que foi feito anteriormente, buscando compreender como o próprio Judiciário tem definido o conceito de estupro, tendo em vista a significativa alteração legislativa de 2009, que demarca um novo posicionamento no que se refere ao tratamento dos crimes sexuais.

A questão a que visio responder é: como se tem definido, juridicamente, após o advento da Lei nº. 12.015/09, a consumação do estupro, e como se tem construído a noção de tentativa para o respectivo delito? Busco, dessa forma, entender quais

condutas tem servido para preencher o suporte fático abstratamente previsto no novo tipo penal de estupro, tanto de acordo com a perspectiva dos Tribunais, quanto da doutrina. Ou seja, questiono que elementos têm sido considerados, no caso concreto, como autorizadores da incidência da referida norma penal, e que caracterizam a sua consumação e tentativa.

Sabe-se que, anteriormente à alteração legislativa referida, havia dificuldade em tipificar a tentativa, uma vez que os atos libidinosos poderiam servir de suporte fático tanto para o estupro tentado, quanto para a configuração do delito de atentado violento ao pudor, na forma consumada. A doutrina, então, sinalizava a necessidade de se detectar a intenção do agente: o intento era, efetivamente, a prática da cópula vaginal, ou tão somente os próprios atos libidinosos dela diversos?

Se comprovada a primeira hipótese, no caso do sujeito não ter conseguido consumir o que era pretendido por atos externos a sua vontade, os atos libidinosos eram entendidos como meros atos preliminares da conjunção carnal, e reconhecia-se a tentativa. Do contrário, tais atos configuravam o delito autônomo de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP). A tentativa, neste caso, ocorria com o mero emprego da violência ou da grave ameaça descrita no texto legal.

Com a unificação dos delitos, extrai-se, da interpretação literal da nova redação do art. 213, que as práticas de conjunção carnal e dos atos libidinosos dela diversos foram equiparadas, de forma que ambos são, atualmente, considerados como suficientes para configurar o crime de estupro na forma consumada. Traço como hipótese, nesse sentido, que a prática do ato libidinoso basta, por si só, para reconhecer a consumação do delito de estupro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. A tentativa, por sua vez, resta caracterizada com o emprego da violência ou grave ameaça.

O objetivo é analisar, assim, como o Judiciário vem construindo os seus significados em torno de violência sexual, especialmente após o advento da Lei nº. 12.015/09. De modo mais específico, visa-se entender em que medida as interpretações doutrinária, jurisprudencial e legislativa em torno do que configura estupro se aproximam ou se distanciam e, na hipótese de haver conflito, como este tem sido manejado na prática. A metodologia utilizada envolve, nesse sentido, pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

A justificativa da pesquisa, e o motivo pelo qual insisto em permanecer estudando o tema, encontra amparo no grave contexto brasileiro quanto às ocorrências de estupro. De acordo com o 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), divulgado em novembro do corrente ano, o país registrou, em 2015, cerca de 45.460 casos de estupro, com queda de apenas 9% em relação ao ano anterior. Considerando-se, ademais, que a subnotificação nesse tipo de crime é extremamente alta, de forma que estudos internacionais como o National Crime Victimization Survey (NCVS) apontam que apenas 35% das vítimas prestam queixa, torna-se possível imaginar que a dimensão do problema é ainda maior<sup>1</sup>.

A fim de introduzir a discussão sobre o tema aqui investigado, desenvolvi, no primeiro capítulo deste trabalho, intitulado “A construção jurídica do estupro: uma abordagem histórica”, uma investigação histórica acerca do tratamento dado ao delito de estupro pelo Judiciário, em diferentes contextos ao longo do tempo. O objetivo, assim, é refletir acerca de como esse conceito tem variado, sendo (des)construído de acordo com as disputas e negociações políticas acerca da questão, nos principais sistemas jurídicos mundiais e, especialmente, no Brasil. Finalmente, apresento um panorama das principais modificações acarretadas pelo mais recente diploma legal nesse sentido, a Lei nº. 12.015/09, em especial quanto ao delito em comento.

No segundo capítulo, denominado “A consumação e tentativa no crime de estupro (art. 213, CP)”, dedico-me, pontualmente, à problemática de pesquisa proposta. Parto da premissa de que, para entender como doutrina e jurisprudência têm definido a consumação e tentativa de estupro, é necessário compreender, primeiramente, como essa classificação era feita antes do novo diploma legal, o que pode explicar os critérios hoje utilizados tanto por julgadores quanto por especialistas. Divido, assim, a análise em dois momentos diversos: um anterior a 2009, ano de promulgação da lei em questão, e outro a partir de 2009, tratando-se, portanto, de uma análise comparativa.

---

<sup>1</sup> Disponível em: [www.forumseguranca.org.br](http://www.forumseguranca.org.br). Acesso em 30/11/2016.

Para tanto, além de inteirar-me do debate doutrinário, realizei pesquisa jurisprudencial nos tribunais superiores, atendo-me com mais intensidade, contudo, às decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma vez que a tipificação das condutas em questão envolve, primordialmente, análise de provas. Dos cerca de quinhentos acórdãos obtidos como resultado na pesquisa efetuada no âmbito do TJRS, utilizando as palavras-chave “estupro e consumação e tentativa” e “estupro e consumação”, com recorte temporal de 2008 a 2016, aproximadamente cem foram efetivamente aproveitados neste trabalho, por discutirem, de fato, a tipificação das condutas ocorridas como consumação ou tentativa. A partir deste resultado, organizei duas tabelas para que se torne possível também ao leitor a visualização completa dos dados encontrados, as quais se encontram reproduzidas integralmente no anexo.

O último capítulo, denominado de “Estupro: uma definição em disputa” consiste em uma análise bastante pessoal por mim elaborada, a partir dos dados coletados na pesquisa jurisprudencial no âmbito do TJRS, e a partir de uma reflexão em torno do que propunha o legislador quando elaborou a lei em comento. Entendo, a partir dos resultados encontrados, que existe, de fato, uma disputa em torno da definição jurídica de estupro, uma proposta pelo legislativo, e aquela aplicada, na prática, pelos operadores do Direito, responsáveis pela interpretação da norma.

Concluo, por fim, retomando alguns dos principais pontos discutidos ao longo do trabalho, e respondendo ao questionamento inicial de como se tem definido a consumação e tentativa de estupro após a Lei nº. 12.015/09, em confronto com a hipótese inicialmente formulada.

## 2 A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO ESTUPRO: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

Do ponto de vista sociológico, o Direito consiste em construção social e, sendo assim, acompanha e reflete, em maior ou menor medida, as transformações sociais de uma determinada sociedade, em certo período de tempo. A noção jurídica do que consiste a violência sexual, nesse sentido, não é estanque, mas produto de mudanças nas percepções sociais em torno da sexualidade, da autonomia dos sujeitos sob o próprio corpo (em especial da autonomia feminina), da liberdade, da dignidade, e da própria violência, em termos gerais.

Considerando, portanto, que o conceito de violência sexual está em constante (des)construção, proponho, neste capítulo, uma reflexão histórica dos diferentes significados que já foram compartilhados em torno dessa temática, a fim de que se entenda como se chegou à atual definição jurídica de estupro, no Brasil. Parto, inicialmente, de uma breve contextualização de como os crimes sexuais foram tratados pelos mais importantes sistemas jurídicos mundiais ao longo do tempo, chegando até a sua tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, abordo as principais modificações acarretadas pela mais recente alteração legislativa nessa matéria, a Lei nº. 12.015/09.

### 2.1 AS DIFERENTES CONCEPÇÕES DE VIOLÊNCIA SEXUAL NOS PRINCIPAIS SISTEMAS JURÍDICOS MUNDIAIS: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Partindo da premissa de que a noção de violência sexual, em especial na modalidade de estupro, é constantemente redimensionada, ao longo do tempo, e do contexto político e social no qual se discorre sobre ela, o historiador francês Georges Vigarello propôs uma investigação do que chamou de história do estupro, na França, durante os séculos XVI a XX.

O autor identificou que o referido crime passou de um silêncio relativo, que revelava certa aceitação, para o entendimento de que constitui crime hediondo, “grau máximo do mal”. Para ele, a história do estupro acompanha diretamente a *“história da sensibilidade, que tolera ou rejeita o ato brutal”* (VIGARELLO, 1998, p.

8). A forma de lidar com o estupro, assim, seria reflexo do grau de tolerância em relação a todos os outros tipos de violência.

Retomando o que fora estudado pelo sociólogo alemão Norbert Elias, o autor sustenta que as “normas de agressividade” variam com o tempo, refinam-se, civilizam-se. Há uma passagem de relativa tolerância aos atos violentos para uma tolerância menor, ou seja, de atos poucos controlados, para mais controlados, pelo ajuste das instituições. Vigarello situa, assim, a passagem da percepção da violência sexual como vergonha moral, ofensa social e, portanto, crime moral, contra os costumes, para trauma e, por consequência, a transformação de sua definição legal em violência física e moral.

Interessante notar, como sustenta o autor, que pertencendo o estupro ao universo do impudor, e não ao da violência, operava-se a degradação moral da vítima – e não do agressor -. Era a reputação da vítima, portanto, que restava manchada, a ela cabia o estigma de indigna, de impura. Fazendo-se um paralelo com a realidade brasileira no século XVIII e início do século XIX, era essa perspectiva que justificava a previsão do casamento entre a ofendida e o agressor, por exemplo, como solução legítima para o crime.

Ao analisar o tipo penal de estupro, Prado (2010) apresenta uma breve catalogação de como os crimes sexuais foram definidos e reprimidos pelo Direito, ao longo do tempo. Consigna, inicialmente, que os povos antigos reprimiam severamente os delitos de cunho sexual. Interessante notar, contudo, quais espécies de comportamentos sexuais eram consideradas relevantes do ponto de vista penal, ou seja, quais condutas eram tidas como anormais, ilícitas, merecedoras de reprimenda pelo Direito.

No Direito Mosaico, era especialmente relevante o estado civil e a virgindade da mulher; caso se tratasse de donzela virgem e noiva, que mantivesse conjunção carnal com terceiro, previa-se como pena a lapidação de ambos. Pressupõe-se, nesse sentido, que o delito, aqui, não consistia no ato sexual violento, forçado, mas no ato não legítimo, considerado gravoso por afrontar valores sociais, como o casamento e a castidade feminina. Apesar disso, o referido ordenamento previa ainda como crime a conjunção carnal obtida mediante violência física, quando o fato ocorresse “nos campos”, fato que ensejava a punição somente do agressor, que

consistia no apedrejamento. Se a violência física fosse empregada para submeter uma donzela virgem, o autor do fato ficava obrigado a casar com ela, e pagar, ainda, multa a seu pai (PRADO, 2010).

No Código de Hamurábi, o delito de estupro encontrava previsão no artigo 130, estabelecendo que fosse punido com pena de morte aquele que violasse mulher que ainda não tivesse mantido relação sexual com homem, e vivesse na casa paterna. Novamente, percebe-se a preocupação com a tutela da virgindade, e com a manutenção de um sistema patriarcal, no qual só seria digna de proteção estatal a mulher que ainda vivesse sob a guarda paterna (PRADO, 2010).

O Direito Romano denominava de *stuprum*, em sentido lato, “qualquer ato impudico praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia” (PRADO, 2010, p. 597). Em sentido estrito, alcançava somente o coito com mulher virgem ou não casada, mas honesta. Já o *stuprum violentum* enquadrava-se na modalidade de *crimen vis*, punido com a pena capital. Prado informa, ainda, que os práticos diferenciavam o estupro em *violentum* e *voluntarium*, dividindo-se o último em *proprium* (se ocorresse o *defloratio*) e *improprium* (se não ocorresse tal resultado). Curioso notar, ainda, conforme informa Bitencourt (2014), que o Direito Romano não conheceu o que denominamos de atentado violento ao pudor, inserindo a sua definição de *stuprum per vim*, punindo-o como *crimen vis*.

Nas Ordenações Filipinas, havia previsão do delito de estupro no Livro V, em duas modalidades: o Título XXIII tratava do estupro voluntário de mulher virgem, que acarretava para o autor a obrigação de contrair casamento com a donzela, ou, na impossibilidade de casamento, o dever de pagar dote a ela – na hipótese de não dispor de bens, o sujeito era açoitado e degredado, salvo se fosse pessoa de elevada posição social, quando receberia apenas a pena de degredo -; e o Título XVIII previa o estupro violento, que consistia em “*todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçadamente dormir com qualquer mulher*” (BITENCOURT, 2014, p. 47) reprimindo a conduta com a pena capital, que subsistia mesmo que o autor se casasse com a vítima. As Ordenações puniam, ainda, a sodomia e os toques “desonestos e torpes”, independentemente de serem praticados com ou sem violência.

De acordo com Bitencourt (2014), a pena de morte em decorrência do estupro violento só foi atenuada na legislação genuinamente brasileira. No próximo subcapítulo, portanto, proponho a análise do tratamento destinado, no Brasil, aos crimes sexuais ao longo do tempo, destacando as principais alterações legislativas nesse sentido.

## 2.2 OS CRIMES SEXUAIS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: DA DEFESA DA HONRA À PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

No Código Criminal do Império (1830), vários delitos sexuais foram organizados sob a rubrica genérica de “estupro”, redação que foi repudiada pela doutrina (PRADO, 2010, p. 597). O estupro “propriamente dito”, conforme o autor encontrava previsão no artigo 222, que cominava pena de prisão de 3 a 12 anos, somado ao dever de pagar dote à ofendida. Se a vítima fosse prostituta, contudo, a pena era de apenas 1 mês a 2 anos de prisão. O defloramento, também denominado de estupro, era punido com pena de 1 a 3 anos de desterro para fora da comarca em que residisse a ofendida, somado ao dever de dotá-la. Imperioso observar, entretanto, que tais penas narradas não subsistiam se entre as partes sobreviesse casamento.

Interessante notar, ainda, o conteúdo de cada uma destas previsões penais, catalogadas no Capítulo II, intitulado de “*Dos crimes contra a segurança da honra*”. O artigo 219 reprimia a conduta de “*deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos*”, seguindo-se da prática de manter em seu poder ou guarda, após o “estupro”, a deflorada (art. 220). No art. 222, a conduta prevista consistia em “*ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta*”. O Código Penal Imperial punia, ainda, a “*simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a cópula carnal*” (art. 223), que pode ser pensado como instituto embrionário do revogado artigo 214 do Código Penal de 1940, o qual será analisado mais demoradamente adiante. Por fim, previa-se a punição da sedução da mulher honesta, menor de 17 anos, com a qual se mantivesse conjunção carnal (art. 224).

Os Códigos Penais que se seguiram, embora tenham mantido muitas das previsões do período imperial, foram bastante inovadores, por razões de natureza

distintas. O Código de 1890 organizou tais delitos sob o título de “*crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*”, no Capítulo I, denominado “*Da violência carnal*”, dentre os quais figuravam o “estupro”, o “defloramento” e o “atentado ao pudor”. Se antes o bem jurídico a que se buscava tutelar era a honra, de modo genérico, a partir do primeiro diploma penal da República restou claro que a honra a ser protegida pelo Estado era aquela relativa às famílias.

Intitulava-se como estupro somente a cópula violenta (art. 269), entendida como o “*ato pelo qual homem abusa, com violência, de mulher, seja virgem ou não*” (PRADO, 2010, p. 597). A violência, ainda, era entendida não só como o emprego de força física, mas também dos meios que privassem a vítima de se defender. Cominava-se a pena de 1 a 6 anos de prisão, conforme o art. 268, que salientava que a vítima legítima era “*mulher virgem ou não, mas honesta*”<sup>2</sup>.

No artigo 266 previa-se a conduta de “*atentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violências ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral*”, cominando-se pena de 1 a 6 anos de prisão celular. Pode-se extrair desta leitura que, pela primeira vez na história do direito penal brasileiro, admitiram-se também os homens como possíveis sujeitos passivos de crime sexual, e não somente como agressores.

O artigo seguinte tratava do crime de “defloramento”, que foi mantido, portanto, em relação ao Código de 1830. Na nova redação, contudo, adicionou-se a previsão dos meios empregados para a prática da conduta, que consistia em “*deflorar mulher menor de idade, empregando sedução, engano ou fraude*” (art. 267). A sedução estava, de modo geral, associada à promessa de casamento que,

---

<sup>2</sup> Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão celular por um a seis annos.

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

Pena – de prisão celular por seis mezes a dous annos.

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

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.

quando não cumprida, implicava em engano ou fraude (VIEIRA, 2007). Ademais, passou-se a limitar a idade da mulher passível de sofrer o crime aos 21 anos.

Vieira (2007), propondo-se justamente a investigar a construção jurídica da violência sexual, que se traduz em diferentes classificações em torno dos crimes sexuais pelo Poder Judiciário, ao logo do tempo, identifica dois momentos decisivos desse processo na nossa história: 1) nos casos de crimes sexuais abordados pelo Judiciário no início do Século XX; e 2) no contexto do que denominou “feminismo de direitos”, a partir do fim da década de 1970. Em relação ao primeiro momento, utiliza como referência principal a pesquisa “Meninas Perdidas: os populares e o cotidiano do amor no Rio de Janeiro da Belle Époque”, de Martha de Abreu Esteves (1989), trabalho que envolveu a análise de noventa e nove processos envolvendo crimes sexuais daquele período.

Durante a vigência do Primeiro Código Republicano (1890), as ocorrências policiais mais judicializadas envolviam os crimes de “defloramento” e “estupro”, de modo que os inquéritos envolvendo o primeiro totalizavam quase 500 a cada ano, ultrapassando até mesmo a média anual de homicídios, que somava cerca de 150 casos. Para a autora, esse fato demonstrava a visibilidade social dos crimes sexuais naquela sociedade, bem como uma grande disponibilidade do Judiciário para intervir nesse campo.

Interessante notar que, embora a principal distinção entre os delitos de “estupro” e “defloramento” seja a presença de violência no primeiro, enquanto o segundo pressupõe a ocorrência de uma relação consensual, as discussões em torno dos processos da época não eram marcadas, em geral, pelos relatos de violência. O elemento central do debate era a virgindade e, principalmente, a honestidade das mulheres ofendidas. Diferentemente do que se pode observar hoje, portanto, a violência não era um dado relevante nos processos que envolviam crimes sexuais.

Em relação ao “defloramento”, crime mais incidente naquele período, Abreu e Caulfield (1995) destacam o caráter duplo contido na ideia de virgindade, condição necessária para a ocorrência do delito. Se, por um lado, o defloramento designava as relações sexuais com a perda da virgindade física, marcada pelo rompimento do hímen, aliada a outros fatores corporais, como “flacidez do corpo e dos órgãos

sexuais” ou “narrativas de dor e sangue durante a relação sexual”, por outro, fazia-se necessária a comprovação também da “virgindade moral” da ofendida. Operava-se, assim, o verdadeiro exame do comportamento moral e sexual da pretensa vítima, de forma a comprovar que ela reunia as condições de honestidade para ser seduzida.

As autoras situam essa preocupação com a conduta moral das mulheres e com o grau de vigilância e controle sobre seus corpos exercidos pelas famílias dentro de um contexto maior, de um projeto de construção de uma nova nação, em que se fortalecia o Regime Republicano. O Judiciário desempenhava fundamental papel nesse cenário, sendo percebido como espaço que, sendo responsável pela regulação dos conflitos, poderia cumprir a função pedagógica de civilizar costumes e adequá-los a tal projeto de nação.

Nos processos que envolviam crimes sexuais, assim, a conduta das mulheres ofendidas era o elemento central a ser investigado uma vez que os próprios juristas entendiam que o caminho para a civilização passaria por uma legislação que garantisse o respeito à honra das mulheres. Contudo, como apontou Bóris Fausto (1984), a honra a ser preservada e protegida não era aquela como atributo individual de cada mulher, mas sim como apanágio do marido ou da família. A honra da mulher, nesse sentido, servia como termômetro da estabilidade das instituições sociais mais básicas, como o casamento e a família.

É esse contexto social, portanto, que se justifica o título sob o qual se organizavam os crimes sexuais na vigência do Código Penal de 1890. Os crimes de estupro e defloração, mais comuns neste período, atentavam contra a honra das famílias, justamente como mencionava o título, tendo em vista que então se buscava implementar um projeto de nação, calcado em um ideal de família, em que caberia à mulher a função civilizadora correspondente a seu papel de mãe e esposa. Para Vieira (2007), por trás da punição de estupradores e defloradores existia, na verdade, uma estratégia de difusão de um modelo familiar, pautado no comportamento das mulheres.

Interessante notar, ainda, que no âmbito da vida cotidiana, em especial no que se refere às camadas mais populares, o comportamento feminino se distanciava daquele idealizado pelo legislador. As mulheres trabalhavam fora, participavam de

festas populares, ou seja, o espaço público também era por elas ocupado. Em relação à vida amorosa, embora a virgindade fosse um valor importante, havia uma margem de liberdade muito maior do que em outras camadas sociais. De certo modo, portanto, os processos de defloração revelavam a prática das relações sexuais antes do casamento, prática relativamente aceita pelo meio social, mas fora do ideal traçado pelas instituições sociais.

Frente ao desejo civilizatório do legislador, que deixou clara sua intenção de proteção das famílias, cabia ao Judiciário escolher entre “civilizar” as mulheres defloradas, garantindo-lhes sustento e o casamento, mesmo contra sua vontade, ou “marginalizar” aquelas que não apresentassem o comportamento sexual adequado, as quais, portanto, não mereciam o status de “ofendidas”. Conforme Vieira, citando pesquisa de Esteves (1989), como resultado final das ações, ambas as posturas se equilibravam nas decisões dos magistrados.

Com a promulgação do novo Código Penal Republicano em 1940 (ainda em vigor), os crimes sexuais passaram a ser organizados sob o título de “*crimes contra os costumes*”, que foi dividido em três capítulos: I) *Dos crimes contra a liberdade sexual*; II) *Da sedução e da corrupção de menores*; e III) *Do rapto*. Na redação original, assim, passou-se a prever, no Capítulo I, os tipos penais de “estupro” (art. 213), “atentado violento ao pudor” (art. 214), “posse sexual mediante fraude” (art. 215) e “atentado violento ao pudor mediante fraude” (art. 216). No capítulo seguinte foram incluídos os crimes de “sedução” (art. 217) e corrupção de menores (art. 218). Por fim, no Capítulo III, previu-se os delitos de “rapto violento mediante fraude” (art. 219) e “rapto consensual” (art. 220)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> **Posse sexual mediante fraude**

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

**Atentado ao pudor mediante fraude**

Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de dezoito e maior de quatorze anos:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

**Sedução**

Na redação original do Código Penal atual, portanto, “estupro” e “atentado violento ao pudor” constituíam tipos penais autônomos, com a seguinte redação:

**Estupro**

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

Pena – reclusão, de três a oito anos.

**Atentado violento ao pudor**

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.

A primeira reforma legislativa a ser aqui destacada, em relação à redação original dos crimes sexuais em comento, refere-se à chamada “Lei dos Crimes Hediondos” (Lei nº. 8.072/1990). O referido diploma atribuiu o rótulo de hediondez aos citados tipos penais, na forma tentada e consumada, aumentando, ainda, as penas máximas e mínimas cominadas a ambos os delitos. As penas mínimas passaram, respectivamente, de três e dois para seis anos, e as máximas de oito e sete para dez anos de reclusão. Na realidade, portanto, igualou-se a reprimenda prevista para cada um dos tipos penais.

A modificação legislativa foi seguida, como era de se esperar, de intensa polêmica entre os juristas. A principal crítica centrou-se no que se acreditou ser, como defendeu a maior parte da doutrina, uma cominação de pena exagerada, escolhendo-se arbitrariamente dois tipos penais para classificá-los como infrações

---

Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

**Corrupção de menores**

Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

**Rapto violento ou mediante fraude**

Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

**Rapto consensual**

Art. 220. Se a raptada é maior de quatorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento:

Pena - detenção, de um a três anos.

obrigatória e necessariamente hediondas, como se a hediondez fizesse parte de sua substância, e não das especificidades de cada caso. De outra parte, a crítica apontou a desproporcionalidade de tratar estupro e atentado violento ao pudor como crimes de mesma gravidade, ao igualar as penas cominadas para cada delito.

A esse respeito, Leal (2005) destaca que:

(...) o caráter da hediondez desses delitos decorre principalmente de certas circunstâncias ou consequências do crime em concreto. Trata-se, portanto, de critério puramente formal, que utilizou um procedimento de mera colagem e que criou uma presunção compulsória do caráter profundamente repulsivo do ato incriminado: de forma discricionária e apriorística, decidiu o legislador marcar certas condutas criminosas com o rótulo de hediondez absolutamente obrigatória.

Para o autor, a equiparação das penas não seria um problema grave, uma vez que se trata de crimes de mesma espécie e, principalmente, porque não se pode afirmar que o estupro seja necessariamente mais grave que o atentado violento ao pudor. Isso porque são as circunstâncias presentes em cada um desses crimes que dão a medida mais adequada para se aferir, de forma casuística, qual deles é mais grave. Para Leal, portanto, a equiparação seria medida razoável e compreensível se a pena mínima dos delitos tivesse sido aumentada de forma mais atenuada, ou permanecido a mesma estabelecida pelo legislador de 1940 (três anos). A forma com que foi realizada a mudança, assim, representa, para o autor, um infeliz e desproporcional salto em direção ao direito penal da severidade.

Após a reforma, seguiu-se ainda um período de incertezas, no qual os Tribunais se questionavam se deveriam considerar tais crimes como hediondos somente quando configurada a forma qualificada, ou também em sua forma simples. As eventuais divergências foram superadas, contudo, em reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, consolidando-se, no julgamento do HC 81.288-SC, o entendimento de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidade de crime hediondo.

O segundo momento paradigmático de mudança de tratamento legislativo no que se refere aos crimes sexuais, no Brasil, após a edição do Código Penal em vigência, consiste na promulgação da Lei 11.106/2005. Para Mirabete e Fabbrini (2014), o referido diploma emergiu em um contexto no qual se buscava adaptar as normas penais às transformações de pensar e agir da sociedade em matéria de

sexualidade, ocorridas desde a elaboração do CP. Havia urgência de atualizar o estatuto em face das mudanças operadas pela Constituição Federal, e da crescente valorização de aspectos relevantes da personalidade humana como merecedores de proteção jurídica, reconhecendo-os como direitos fundamentais.

Com a nova lei, iniciou-se um processo de correção de injustificáveis anacronismos, embora muitos problemas tenham persistido, dentre os quais se destaca a denominação do título sob o qual estavam organizados os crimes sexuais (ESTEFAM, 2009, p. 14). Em primeiro lugar, cabe mencionar que foram revogados os incisos VII e VIII do art. 107, que estabeleciam como causas de extinção de punibilidade, nos crimes contra os costumes, o casamento da vítima com o agente e o casamento da vítima com terceiro (desde que cometido sem violência ou grave ameaça), respectivamente. Surpreendentemente, portanto, até 2005, impunha-se a extinção da punibilidade em razão da reparação pelo casamento. Entendia-se, assim, que o casamento possuía o condão de limpar a honra da ofendida, determinando o fim da intervenção judicial no caso.

A referida lei provocou também a revogação do art. 217, que previa o crime de “sedução”. Assim como no caso do art. 107, causa espanto que tal previsão se mantivesse em vigência até pouco mais de 10 anos atrás, uma vez que a tutela jurídica da virgindade da mulher não mais encontrava respaldo no ordenamento jurídico pós-promulgação da Constituição Federal, e sequer da sociedade, em geral. Ademais, caso se defendesse que o bem jurídico protegido fosse a integridade sexual da mulher, bastava enquadrar a conduta nos arts. 213 ou 214, não fazendo sentido manter tipo penal em separado.

Da mesma forma, foram revogados os arts. 219 (raptor violento ou mediante fraude) e 220 (raptor consensual), tratando-se, ainda, de finalmente extinguir a expressão “mulher honesta”, que *“limitava a amplitude de algumas incriminações à proteção de um grupo determinado de pessoas do sexo feminino, deixando as demais às margens do Direito Penal”* (ESTEFAM, 2009, p. 13). Conforme a redação dada pela nova lei, privar alguém (e não somente mulher) de sua liberdade, para fins libidinosos, constitui crime de sequestro ou cárcere privado qualificado, e não mais de raptor (art. 148, § 1º, V). Consequentemente, foram extintos também os arts. 221 e 222, que traziam causas de diminuição da pena envolvendo os referidos tipos

penais, e do concurso de crimes envolvendo rapto, respectivamente. Em síntese, portanto, todo o conteúdo do Capítulo III foi revogado.

Apesar das mencionadas modificações no texto original do CP/1940 representarem significativo avanço no que se refere ao tratamento dos crimes sexuais pelo ordenamento pátrio, permanecia, ainda, àquela época, a sua classificação enquanto crime relativo aos costumes. Embora tal denominação tenha passado a ser problematizada pelo menos a partir da década de 1980, especialmente em decorrência de reivindicações pelo movimento feminista para que fossem incluídos no capítulo “dos crimes contra a pessoa” (VIEIRA, 2007, p. 18) e, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, fosse claramente incompatível com os princípios sob os quais se fundamenta a nossa República, como o princípio da dignidade humana, só restou alterada com a reforma promovida pela Lei nº. 12.015/2009 (ESTEFAM, 2009, p. 13).

A Lei nº. 12.015, de 7 de agosto de 2009, que entrou em vigor no dia 10 do mesmo mês, a qual é objeto deste trabalho, e que será mais detalhadamente analisada no próximo subcapítulo, finalmente alterou, portanto, a denominação do Título VI do Código Penal, que passou a se chamar “Dos crimes contra a Dignidade Sexual”. Demarcou-se, assim, o início de uma virada narrativa em relação aos crimes sexuais, buscando-se defini-los como violação aos direitos individuais, e não mais como ofensa à honra das famílias, ou aos costumes. Para Estefam (2009), a expressão não poderia ser mais acertada, uma vez que se encontra em sintonia com o texto constitucional, e tendo em vista que o Direito Penal não se volta à proteção de regras puramente penais ou éticas, mas sim à tutela e defesa de bens jurídicos relevantes. Nesse sentido,

Ao tratar nosso Código de crimes contra a “dignidade sexual”, fica claro que busca garantir a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou idoneidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo. (ESTEFAM, 2009, p. 16)

Mirabete e Fabbrini (2014) destacam que, embora a nova denominação não se encontre imune a críticas<sup>4</sup>, tem por mérito evidenciar, justamente, o deslocamento do objeto central da tutela da esfera da moralidade pública para a esfera do indivíduo. Para os autores, não obstante o vernáculo “dignidade” possua várias acepções, deve ser entendido no sentido que lhe empresta a própria Constituição Federal, que prevê a dignidade da pessoa humana como conceito unificador de todos os direitos fundamentais, e não como sinônimo de respeitabilidade ou aprovação social associada a um julgamento moral coletivo.

A nova narrativa em torno dos crimes sexuais veio acompanhada de uma nova disciplina, que deve ser entendida nesse contexto de reconhecimento da primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bens dignos de proteção penal. Somente considerando esse contexto pode-se compreender com mais profundidade alterações como a ampliação dos sujeitos ativo e passivo no crime de estupro, por exemplo, delito sobre o qual desenvolvo esta pesquisa.

Tendo em vista todo esse processo de construção de significados em torno da violência sexual pelo Legislativo e pelo Judiciário, parto, no próximo subcapítulo, para a análise pontual das principais alterações promovidas pela mais recente proposta de tratamento dos crimes sexuais, a Lei nº. 12.015/09, enfatizando as principais consequências jurídicas da nova lei no tipo penal de estupro, objeto deste trabalho. Para tanto, utilizo como fonte principal a pesquisa de Danckwardt (2015), que explorou, aprofundadamente, os conflitos interpretativos advindos da polêmica alteração legislativa, no que se refere à nova redação do delito de estupro.

### 2.3. A LEI 12.015/09: A NOVA DISCIPLINA DOS CRIMES SEXUAIS

Imprescindível se faz, em um primeiro momento, situar o contexto em que emergiu a nova lei dos crimes sexuais, partindo-se do pressuposto de que estas circunstâncias explicam, em grande parte, muitas das controversas alterações decorrentes de sua promulgação. Conforme Delgado (2009), a preocupação

---

<sup>4</sup> Os autores citam Silva Franco e Tadeu Silva, para quem a expressão “dignidade sexual” implicaria também um juízo de moralidade, sugerindo, implicitamente, uma distinção entre atos dignos e indignos (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1019).

internacional com a exploração sexual de crianças e adolescentes levou o Congresso Nacional a criar uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI, a qual encerrou seus trabalhos em agosto de 2004, com a elaboração do PL 253/04, que mais tarde veio a se tornar a Lei nº. 12.015/09, após uma série de mudanças na redação original.

Surgida em um contexto de preocupação com a violência sexual no que se refere especialmente àquela perpetrada contra crianças e adolescentes, a nova lei emergiu como uma promessa de tratar os delitos sexuais com mais severidade. A própria Relatora do projeto, Deputada Maria do Rosário, o considerou uma vitória contra a impunidade, ressaltando que

Toda mudança do Código Penal está construída de forma a oferecer agravante no caso da vítima ser criança ou adolescente. Além disso, permite instrumentos mais claros para aqueles que são exploradores de crianças não fiquem impunes.<sup>5</sup>

De outra parte, contudo, doutrinadores e magistrados manifestaram-se contrários a muitas das inovações trazidas pela nova lei, entendendo que, na verdade, a interpretação literal de muitos dispositivos levaria a situações de maior impunidade, por diversas razões. Destaca-se, dentre estas, a discussão que se seguiu logo após a promulgação no novo diploma, em torno da (im)possibilidade de se considerar crime continuado ou concurso material entre as duas condutas que compõem o tipo penal - submeter a vítima à *conjunção carnal* e ao *ato libidinoso dela diverso* -, e a qual analisarei a seguir.

A Lei nº. 12.015/09 promoveu uma profunda modificação em todo o Título VI do Código Penal, incluindo a sua própria denominação, conforme exposto anteriormente. Por este motivo, embora o eixo central desta pesquisa seja o crime de estupro, o qual analisarei com mais densidade, não posso deixar de catalogar, ainda que brevemente, as principais alterações promovidas nos demais delitos previstos no Título “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Conforme destacado anteriormente, todas as modificações acarretadas pelo novo diploma devem ser

---

<sup>5</sup> ROSÁRIO, Maria do. Aprovada punição mais rigorosa para crimes sexuais. Brasília: Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, 2013. Disponível em: <http://www.fnpeti.org.br/noticia/1205-aprovada-punicao-mais-rigorosa-para-crimes-sexuais.html>. Acesso em 13 out. 2016.

entendidas em conjunto, uma vez que fazem parte do mesmo projeto de novo tratamento dos crimes sexuais elaborado pelo Legislativo.

Inicialmente, cumpre relembrar que a redação originária do Código Penal atual, de 1940, previa os delitos de estupro e atentado violento ao pudor na forma de tipos penais autônomos, nos arts. 213 e 214, respectivamente. Com a reforma de 2009, o conteúdo do art. 214 migrou para o tipo penal de estupro, ampliando-se as condutas que compõem o delito e, conseqüentemente, a noção do que consiste o estupro. Trata-se, assim, de continuidade delitiva e não de fenômeno de *abolitio criminis*, de modo que a conduta descrita no tipo penal que previa o crime de atentado violento ao pudor não foi descriminalizada, mas transferida para o tipo penal que prevê o estupro.

Assim, após a reforma, o art. 213 do Código Penal, que define o delito de estupro, passou a ter a seguinte redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

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

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Verifica-se, inicialmente, que as formas qualificadas do delito passaram a ser descritas no próprio tipo penal, revogando-se o art. 223, onde eram anteriormente previstas. A forma simples, por sua vez, continua descrita no caput do artigo.

Percebe-se, ademais, que ocorreu substituição da palavra “mulher” por “alguém”, na descrição da conduta. Conseqüentemente, passou-se a admitir como possível sujeito passivo do delito qualquer pessoa – Mirabete e Fabbrini (2014) asseveram serem passíveis de sofrer o crime tanto o homem como a mulher, excluídos os menores de 14 anos e demais vulneráveis, em relação a quem há previsão de crime específico, o estupro de vulnerável (art. 217) -. Considero importante destacar, ainda, a possibilidade de se admitir como vítimas legítimas do

delito travestis e homens e mulheres transexuais (independentemente de terem se submetido à cirurgia de transgenitalização). Afinal, tais minorias, tradicionalmente invisibilizadas, finalmente receberam do Estado tratamento equânime em matéria de violência sexual em relação às mulheres cis (aquelas a quem foi designado o gênero feminino ao nascerem), sendo fundamental ressaltar, assim, que o termo “alguém” não se refere somente a homens e mulheres, como reduzem alguns autores, mas abarca qualquer identidade de gênero.

Tal possibilidade se deve, ademais, à própria ampliação do conceito de estupro, que deixou de ser definido somente a partir da ocorrência da conjunção carnal, entendida como a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na vagina (Bitencourt, 2014). Definindo-se que o estupro é também a penetração anal, por exemplo, tornou-se possível admitir como vítima do delito todas as demais pessoas que não são biologicamente mulheres.

Com a nova lei, portanto, houve ampliação da esfera de proteção da norma incriminadora, deixando o artigo de definir crime próprio, cometido por pessoa do sexo masculino contra pessoa do sexo feminino. O próprio sujeito ativo, assim, também foi ampliado, podendo qualquer pessoa cometer o crime de estupro. Trata-se, agora, de crime comum. Há de se reconhecer, assim, que a mudança está, de fato, muito mais afinada com a linguagem da Carta Constitucional, em especial no que se refere ao art. 5º, I, que garante a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, e com o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente no aspecto da dignidade, liberdade e a autodeterminação sexual dos indivíduos.

Interessante notar, ainda, que embora os delitos de estupro e atentado violento ao pudor já comportassem o mesmo *quantum* de pena quando unificados - devido à Lei dos Crimes Hediondos -, até 1990 o atentado ao pudor era considerado infração a bem jurídico menos relevante do que o protegido pelo estupro, na medida em que se limitava à pena de dois a sete anos, enquanto a pena cominada ao estupro era de três a oito anos (DANCKWARDT, 2015). Pode-se dizer, nesse sentido, que com a Lei nº. 12.015/09 deu-se mais um passo em direção ao tratamento igualitário entre os gêneros em matéria de crimes sexuais.

A doutrina, majoritariamente, considera que, a partir da nova lei, passou a haver duas modalidades de estupro: uma que consiste em constranger alguém a ter conjunção carnal, e outra que se efetua com a prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Nucci (2013) lembra, entretanto, que há uma terceira conduta prevista: “*permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”. Antes de adentrar na análise das consequências jurídicas diretas dessa reunião de condutas, faz-se necessário esclarecer, brevemente, que ações preenchem, concretamente, o suporte fático de tais condutas.

O autor leciona que existem três critérios para definir a conjunção carnal: o restritivo, que a traduz como somente a cópula *secundum naturam*; o amplo, que abarca não só a cópula dita “normal”, mas também a anal; e o amplíssimo, que considera o “*ato sexual e qualquer equivalente do mesmo*”, incluindo-se, assim, a cópula vaginal, anal e a *fellatio in ore* (NUCCI, 2013, p. 969). O critério prevalecente, no Brasil, é o restritivo, o que se deve, dentre outras razões, pelo fato de ter o legislador optado por utilizar a expressão “outro ato libidinoso” – antes no art. 214, transferindo-a, agora, para o art. 213 -.

Mirabete e Fabbrini (2014) conceituam a conjunção carnal como a cópula vagínica, ainda que incompleta, entre homem e mulher. Trata-se, portanto, de penetração do pênis na cavidade vaginal, com ou sem o intuito de procriação. Inexigível, ainda, a ocorrência de ejaculação e, muito menos, o rompimento de hímen, no caso da vítima ser mulher virgem, para que seja configurado o estupro.

O ato libidinoso, por sua vez, pode ser definido como:

O ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros. Quanto aos beijos, excluem-se os castos, furtivos ou brevíssimos, tais como os dados na face ou rapidamente nos lábios (‘selinho’). Incluem-se os beijos voluptuosos, com ‘longa e intensa descarga de libido’, nas palavras de Hungria, dados na boca, com a introdução da língua (NUCCI, 2013, p. 969).

Contudo, em relação à conduta de beijar a vítima de forma lasciva, ou apalpar seios, nádegas ou as chamadas “partes íntimas”, o entendimento não é pacífico na doutrina. Bitencourt (2014) entende que beijo lascivo, “tradicionais amassos”, toques nas regiões pudentas e “apalpadelas” sempre integraram os chamados atos

libidinosos diversos da conjunção carnal. Entretanto, a partir da Lei dos Crimes Hediondos, com pena mínima de seis anos de reclusão, falta-lhes a danosidade proporcional, a qual entende o autor, até se pode encontrar no sexo anal ou oral violento. Para ele, a diferença de gravidade entre o sexo anal e oral e os demais atos libidinosos é incomensurável; enquanto naqueles a sanção mínima cominada é razoável, estes beiram a raia da insignificância. O autor chega a propor, como solução, a desclassificação de tais condutas para contravenção penal, ou a declaração de sua inconstitucionalidade. Esclarecida a polêmica, voltarei ao tema no próximo capítulo, quando discutir as soluções encontradas pela jurisprudência a estes casos.

Ainda em relação aos atos libidinosos, Hungria e Fragoso (1980) ressaltam que devem eles ser praticados pela, com ou sobre a vítima coagida. Mirabete e Fabbrini (2014) ressaltam que isso não significa, no entanto, que seja indispensável o contato físico, corporal, entre o agente e o ofendido para a ocorrência do delito. Como exemplo, citam o caso do agente que, mediante ameaça, obriga a vítima a masturbar-se, com o intuito de contemplá-la lascivamente; neste caso, restará configurado o crime, tratando-se de autoria mediata ou indireta. Diferente é o caso do agente que obriga a vítima a contemplá-lo enquanto masturba a si mesmo; neste caso não se trata de estupro, uma vez que não houve participação física (ativa ou passiva) da vítima, podendo restar configurado o crime de constrangimento ilegal, ou o novo art. 218-A do CP, na hipótese de ser a vítima menor de 14 anos (CAPEZ, 2013).

Danckwardt (2015) lembra, nesse sentido, que o entendimento acerca do alcance do ato libidinoso punível pela norma penal nunca ficou pacificado entre a jurisprudência e a doutrina. Com a entrada em vigor da nova lei, o problema continuou existindo; o STJ não modificou seu entendimento majoritário, considerando como passível de punição qualquer ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, desde que haja contato físico entre o agente e a vítima, incluindo o conceito de beijo lascivo. Recentemente, contudo, a 5ª Turma do STJ decidiu que o contato físico é irrelevante para a configuração do crime de estupro de vulnerável, julgando o caso de um homem acusado de contratar pessoas

para levarem uma menina de dez anos a um motel, onde foi forçada a ficar nua para a contemplação do acusado (RHC 70976/MS).

Considerando que na antiga sistemática do Código Penal os delitos de estupro e atentado violento ao pudor constituíam crimes distintos, previstos em tipos penais autônomos, era pacificado o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que a prática de ambas as condutas, com a mesma vítima, em um mesmo contexto, configurava concurso material de crimes. Reunindo tais condutas em um único tipo penal, a nova lei conseqüentemente alterou este cenário, gerando divergência entre os especialistas quanto à classificação do novo crime de estupro como tipo misto alternativo ou cumulativo. Discutia-se, nesse sentido, se o art. 213 configurava crime único, e se o agente que praticasse mais de uma das condutas incorria em concurso material ou em continuidade delitiva.

A maior parte da doutrina entende que se trata o novo crime de estupro de tipo misto alternativo. Sendo assim, o agente que pratica uma ou mais condutas previstas no tipo penal (ato libidinoso e conjunção carnal) comete crime único. Inexistindo, a partir da nova lei, tipos penais autônomos, a prática de ambas as condutas não pode mais ensejar penas independentes. Nucci (2013) destaca, ainda, que tal alteração é fruto de legítima política criminal legislativa e, por isso, o intérprete não pode deixar de cumprir a norma, ainda que com ela não concorde. Podem ser citados, como adeptos desta corrente, autores como Damásio de Jesus, Guilherme de Souza Nucci, Luiz Regis Prado, André Estefam e Fernando Capez, entre outros.

Há, contudo, quem entenda que se trata de tipo misto cumulativo, dividindo em duas condutas autônomas, reunidas em um mesmo tipo penal somente pelo fato de serem punidas com a mesma pena. Desse modo, o agente que executa duas condutas diversas previstas no mesmo tipo penal pratica, na verdade, dois estupros diferentes em concurso material. Filiam-se a esta corrente Vicente Greco Filho, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, entre outros autores.

Há, ainda, quem compreenda ser possível reconhecer a continuidade delitiva quando o agente, na mesma circunstância fática, praticar conjunção carnal e outros atos libidinosos contra a mesma vítima. Assim, ainda que se reconhecesse no art. 213 o tipo misto cumulativo, abarcaria duas condutas de mesma natureza,

possibilitando, então, a configuração de crime continuado. Este é o posicionamento defendido por autores como Anderson Cavichioli, entre outros.

Interessante notar que os adeptos da teoria alternativa consideram a reforma acarretada pela Lei nº. 12.015/09 elogiável, na medida em que pôs fim ao modelo cumulativo de punição de crimes sexuais, o qual consideravam excessivamente punitivista. De outra parte, há juristas que consideram a interpretação da norma como tipo misto alternativo nociva, uma vez que ameniza a pena imposta ao agressor, na medida em que impede a configuração de concurso material. A nova lei, nesse sentido, favoreceria a impunidade daquele que comete a violência sexual.

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, entendia que não poderia ser reconhecida a continuidade delitiva entre os delitos previstos nos arts. 213 e 214, por não se tratarem de delitos da mesma espécie. Já o Superior Tribunal de Justiça mantinha divisão jurisprudencial entre suas Turmas: enquanto a Quinta Turma posicionava-se pela impossibilidade de reconhecimento de estupro e atentado violento ao pudor, a Sexta Turma reconhecia tal possibilidade, argumentando que, apesar dos delitos constituírem tipos penais distintos, este não seria o fator determinante para afirmar que se trata de mesma espécie, e sim a semelhança do bem jurídico protegido.

Com a reforma operada pela nova lei, e a consequente supressão do art. 214 do Código Penal, passou a ocorrer significativo aumento de impetração de Habeas Corpus no STF em favor dos condenados por concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. A jurisprudência majoritária do STF passou, assim, a considerar a continuidade delitiva entre as condutas de constranger à conjunção carnal e a outros atos libidinosos, em relação aos condenados por concurso material entre os arts. 213 e 214 do CP, reconhecendo a retroatividade da lei penal mais benéfica.

Já no STJ vem sendo consolidada jurisprudência no sentido de admitir tanto a continuidade delitiva, quando presentes os requisitos do art. 71 do Código Penal, quanto a hipótese de crime único entre as condutas descritas na atual redação do art. 213. Se tais condutas forem perpetradas sob o mesmo contexto fático, o entendimento é de que deve ser admitido o crime único - e não continuado -, interpretação mais benéfica ao réu; alguns julgados ressaltam, ainda, que deve o

julgador, nestes casos, sopesar a reprovabilidade das condutas quando da dosimetria da pena.

A última observação relevante a ser mencionada em relação ao novo delito de estupro refere-se à ação penal. Todos os crimes sexuais anteriormente previstos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do Código Penal tinham, como regra geral, a ação penal privada. A Lei nº. 12.015/09 alterou a titularidade da ação penal, que passou a ser pública condicionada a representação, como regra geral<sup>6</sup>. Se antes alguns doutrinadores explicavam a previsão da ação privada a partir do resguardo da vítima, cuja honra estava manchada, podendo preferir, assim, o silêncio à busca de solução jurídica para o fato, hoje tal justificativa não encontra mais amparo, acreditando-se que, na verdade, a publicização da ação penal confere mais proteção à vítima, que não precisa preocupar-se em mover a jurisdição a cada ato processual.

Conclui-se, do exposto, que a mudança operada no tipo penal de estupro, delito que é objeto desta pesquisa, insere-se em um cenário de crescente preocupação legislativa com a violência sexual contra crianças e adolescentes e, conseqüentemente, a busca por punição mais rigorosa a estes crimes. Por essa razão, a maior parte das reformas destinou-se especificamente a este público, criando novos tipos penais, ou inovando ao prever formas qualificadas a delitos já existentes, na hipótese da vítima ser criança ou adolescente.

Contextualizada a nova lei que trata dos crimes sexuais, dentro de um panorama histórico de formas legislativas e jurídicas de definir e enfrentar a violência sexual, passo, no próximo capítulo, a tratar especificamente do problema de pesquisa a que me propus investigar, consistente no modo com que tem sido

---

<sup>6</sup> Na redação anterior à Lei nº. 12.015/09, o art. 225 do Código Penal previa que nos crimes contra a liberdade sexual, praticados contra crianças e adolescentes, a ação penal cabível era privada. Previa-se, contudo, duas hipóteses de ajuizamento da ação pelo Ministério Público: i) no caso da vítima ser pobre; e ii) quando o crime fosse praticado com abuso de pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador. A Súmula 308 do STF previa, ainda, uma terceira possibilidade de ação penal pública incondicionada, relativa ao crime de estupro praticado mediante violência real. Após a lei em comento, o art. 225 passou a prever que a titularidade da ação penal no crime de estupro é pública condicionada à representação, sendo pública incondicionada, contudo, se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, conforme o § 1º. Quanto à subsistência da aplicação da Súmula 308, há entendimentos diversos, havendo autores que pugnam pela sua permanência, como Bitencourt (2016), e outros pelo seu afastamento, como Nucci (2009).

construída, pelo Judiciário, a consumação e a tentativa do delito de estupro após a promulgação da Lei nº. 12.015/09.

### 3 A CONSUMAÇÃO E A TENTATIVA NO CRIME DE ESTUPRO (Art. 213, CP)

A definição do momento consumativo do crime é operação de extrema relevância, conforme Bitencourt (2013), tendo em vista o reflexo no termo inicial da prescrição, bem como na competência territorial. Indo além da questão meramente processual, adiciono a importância da fixação do momento consumativo dos delitos em termos materiais, a fim de entender quais condutas foram efetivamente criminalizadas pelo legislador e, sendo criminalizadas, de que forma. Nesse sentido, proponho, neste capítulo, tal reflexão em torno do crime de estupro, a fim de esclarecer quais ações perpetradas pelo agente compõem, de fato, o suporte fático do referido delito.

Inicialmente, faz-se necessário traçar algumas considerações acerca da consumação e tentativa para, posteriormente, analisar tais aspectos no crime de estupro, especificamente. Em primeiro lugar, deve-se compreender o conceito de *iter criminis*, ou “caminho do crime”, consistente no conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do ato criminoso (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2000). Esse caminho inicia no momento em que o desígnio criminoso surge no foro íntimo da pessoa, como produto da imaginação, até a efetiva consumação do delito, como ato final.

O itinerário do crime é um processo contínuo, ininterrupto. Entretanto, pode-se distinguir, dentre suas etapas, uma fase interna, marcada pela cogitação, e uma fase externa, formada pelos atos preparatórios, executórios, pela consumação e pelo exaurimento. Para Bitencourt (2013), a questão é exatamente determinar em que ponto o agente penetra propriamente no campo da ilicitude, ou seja, a partir de que momento ou de que atos há violação de um bem jurídico e que inicia a realização da figura típica do crime. Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2000), a regra geral é de que o *iter criminis* começa a ser punível quando começa a atividade executiva, por serem atípicos os atos preparatórios, embora, por vezes, o legislador excetue a regra, transformando tais atos em tipos penais especiais.

De acordo com os autores, isso pode ocorrer de duas formas:

Para isso pode seguir dois caminhos diferentes, consistindo o primeiro em estender o proibido para além do âmbito da tentativa, para abranger uma

parte da atividade preparatória, ou seja, alterar o alcance que possui a fórmula geral do art. 14, II, do CP, dando-lhe a função de dispositivo ampliador da tipicidade. (...) O outro método adotado pela lei é a tipificação independente de certos atos preparatórios, que dá lugar a uma tipicidade própria, ou, por outras palavras, a um delito independente, com a consequência de que, por sua vez, este admitirá a tentativa, o que não pode ocorrer na hipótese anterior. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2000, p. 14/15).

Assim, o primeiro momento do caminho percorrido pelo agente é chamado de *cogitatio*, consistente na elaboração mental do delito. A lei, contudo, não pode alcançá-lo; lembrando Welzel, deve-se considerar que “*a vontade má como tal não se pune, só se pune a vontade má realizada*”<sup>7</sup>. O passo seguinte traduz-se na preparação da ação delituosa, chamada de “atos preparatórios”, externos ao agente, que passa da mera cogitação à ação objetiva. Estes, conforme já destacado, em regra não são puníveis, com a exceção daqueles transformados em tipos penais especiais. A orientação adotada pelo Código Penal brasileiro está expressa no artigo 31: “*o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado*”.

Dos atos preparatórios, passa-se aos atos de execução, entendidos como aqueles que se dirigem diretamente à prática do crime, ou seja, à realização concreta dos elementos constitutivos do tipo penal. Para Bitencourt (2013), aqui reside um dos mais árduos problemas relativos ao crime tentado, consistente na determinação de um critério diferenciador seguro entre ato preparatório e ato executório. Finalmente, a conduta delituosa finda com a consumação do crime, que ocorre quando “*se reúnem todos os elementos de sua definição legal*” (art. 14, I, CP).

Buscando traçar regras gerais que distinguissem atos preparatórios e atos executórios, a doutrina utilizou diversos critérios de diferenciação. Atualmente, os mais aceitos são aqueles que partem do fundamento objetivo-material da punibilidade da tentativa, como conduta capaz de provocar a afetação de um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. O critério válido de delimitação entre os atos, assim, será aquele que permitir identificar a tentativa como “início da execução da conduta típica”. Não se pode olvidar, contudo, do critério objetivo-formal, adotado pelo Código Penal pátrio, de acordo com a redação do art. 14, II. A tentativa, assim,

---

<sup>7</sup> Welzel, Derecho Penal alemán, trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica do Chile, 1987, p. 259.

caracteriza-se como “início da realização do tipo”, ou seja, início da execução da conduta descrita no tipo penal.

De acordo com Bitencourt (2013), portanto, o critério material utiliza como elemento diferenciador o ataque direto ao objeto da proteção jurídica. Nesse sentido, o ato que não constituir ameaça ou ataque direto ao objeto da proteção legal será interpretado como mero ato preparatório. Adotando-se o critério formal, por sua vez, o começo da execução será entendido a partir do início da realização do tipo, ou seja, assim que o agente começar a realizar a conduta núcleo do tipo: matar, ofender, subtrair, etc. Ainda, entendendo-se que a teoria objetivo-formal necessita de complementação, uma vez que existem atos tão próximos e quase indissociáveis do início do tipo que merecem ser tipificados, tem-se aceito a inclusão, na tentativa, de ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela<sup>8</sup>.

O autor ainda ressalta que, em determinados casos, na hipótese de conflito aparente de normas, há dificuldade de distinguir entre a prática de um crime consumado menos grave e o início da execução de um crime mais grave, que pode ser punido na modalidade tentada. A postura mais adequada, nestes casos, é analisar a tentativa numa perspectiva global, levando em consideração o plano do autor e o contexto em que ele se desenvolve. O plano do autor deve ser entendido no sentido do dolo, e demonstrado através de indicativos externos. Como veremos a seguir, este parece ser o caso do crime de estupro antes do advento da Lei n.º 12.015/09, em que determinados atos poderiam tanto configurar o delito na forma tentada, quanto o delito de atentado violento ao pudor na modalidade consumada.

Importante salientar, ademais, que não se trata de tentativa de crime autônomo, mas de realização incompleta de uma figura típica descrita na lei. Nos termos do art. 14, II, do Código Penal, ocorre a tentativa “*quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*”. Nesse sentido que Bitencourt (2013, p. 534) refere que “*a tentativa é a figura truncada de um crime*”. Como elementos integrantes desta figura, o autor cita o início da execução (tendo o Código Penal brasileiro adotado a teoria objetivo-formal, exige-se

---

<sup>8</sup> Para ilustrar, o autor cita como exemplo o caso do agente que é surpreendido dentro de um apartamento mesmo antes de ter subtraído qualquer coisa, devendo-se incluir tal situação na definição de tentativa de subtração.

o início da execução do fato típico, ou seja, é preciso que haja uma ação que penetre na fase executória do crime); a já referida não consumação do crime por circunstâncias independentes da vontade do agente (se a consumação não ocorrer pela própria vontade do agente, tratar-se-á de desistência voluntária ou arrependimento eficaz, e não de tentativa); e o dolo em relação ao crime total, ou seja, o agente deve agir dolosamente, pretendendo a ação e o resultado final que concretize o crime perfeito e acabado (não há que se falar, portanto, em dolo especial da tentativa).

Em relação aos atos de tentativa, Zaffaroni e Pierangeli (2000) descrevem-nos como aqueles que se estendem desde o momento em que começa a execução, até o momento da efetiva consumação. Enquanto a regra é de que os atos preparatórios não adentrem no âmbito do proibido, conforme referido anteriormente, a regra quanto aos atos de tentativa é de que são eles proibidos. Considerando, ainda, que na tentativa falta o resultado, ou a completude da ação típica, a escala penal desta será inferior a da consumação.

Iniciados os atos executórios, o itinerário criminoso pode: a) interromper-se no curso da execução; b) parar na execução completa, faltando, contudo, a consumação; e c) chegar à consumação. A doutrina leciona que, no primeiro caso, não conseguindo o agente praticar todos os atos executórios necessários à consumação, devido a interferências externas, haverá tentativa imperfeita ou tentativa propriamente dita. De outra parte, quando o agente realiza todo o caminho necessário para obter o resultado desejado, não conseguindo, contudo, alcançá-lo, diz que ocorre a tentativa perfeita; neste caso, a fase executória realiza-se integralmente, não ocorrendo somente o resultado, ou seja, o crime não se consuma.

A consumação, por sua vez, pressupõe a completa realização do tipo penal, ou seja, consuma-se o delito quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato previsto pela lei penal. Ocorre, nesse sentido, quando são preenchidos todos os elementos do tipo objetivo, pelo fato natural. Diz-se o crime consumado, na legislação pátria, "*quando nele reúnem todos os elementos de sua definição legal*" (art. 14, I, CP). Consiste a consumação, portanto, na última fase do atuar criminoso,

momento em que ocorre a efetiva lesão do bem jurídico penalmente protegido, ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo.

Importante destacar, ademais, conforme alertam Bitencourt (2013), Zaffaroni e Pierangeli (2000), que não se deve confundir a consumação com o exaurimento do crime (também chamado de consumação material). Este ocorre após a consumação em si, momento em que decorrerão outros resultados lesivos, proveniente da conduta. Não obstante não seja a regra, há crimes em que a consumação e o exaurimento não ocorrem de forma simultânea, de forma que o crime pode estar consumado, mas ainda não ter resultado dele todo o dano que o agente intencionava.

Por fim, considero relevante apresentar, brevemente, algumas considerações acerca dos fundamentos da punibilidade da tentativa. Neste ponto, dividem-se os teóricos entre aqueles que pretendem fundar a punição da tentativa nas circunstâncias objetivas, e os que pretendem fazê-lo nas circunstâncias subjetivas, seguindo-se, assim, uma teoria subjetiva e outra objetiva.

A teoria subjetiva fundamenta a punição da tentativa na vontade do autor contrária à lei, inimiga do Direito. Isso quer dizer, na realidade, que o legislador buscou combater a vontade criminosa. Procede-se, assim, a uma equiparação entre tentativa e consumação, uma vez que a vontade do agente, em ambos os casos é a mesma: a vontade é perfeita, completa, sendo imperfeito o crime, quando não chega a consumir-se. Consequentemente, produz-se uma equiparação das penas, ou uma atenuação facultativa da pena da tentativa.

Já a teoria objetiva fundamenta a punibilidade da tentativa no perigo a que é exposto o bem jurídico, quando iniciada a execução do crime. De acordo com Bitencourt (2013), como a lesão é menor, ou simplesmente não ocorre qualquer resultado lesivo ou perigo de dano na tentativa, o fato deve ser punido de forma menos severa que o crime consumado. Para Zaffaroni e Pierangeli (2000), contudo, decorre dessa teoria a conclusão de que não haverá tentativa se o bem jurídico não correu nenhum perigo. Para evitar isso, o juiz deve valorar, em cada caso, o concreto perigo para o bem jurídico, considerando todas as circunstâncias.

A teoria objetiva inspirou a maioria das legislações modernas, incluindo o nosso Código Penal, que dispõe: “*Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa*

com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços” (art. 14, parágrafo único, CP). Extrai-se, ainda, da expressão “*salvo disposição em contrário*”, que há casos em que a tentativa será punida com a mesma pena do crime consumado, sem ocorrer a diminuição prevista, como nos casos dos arts. 352 do Código Penal e 309 do Código Eleitoral. Afora as exceções expressamente previstas, a diminuição da pena por conta da tentativa é obrigatória.

Partindo do exposto, sigo para a análise da forma com que se tem definido, judicialmente, a consumação e a tentativa do delito de estupro, especialmente após a reforma promovida pela Lei nº. 12.015/09, problema que esta pesquisa visa responder.

### 3.1 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA NA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL

Conforme apresentado no primeiro capítulo, na redação original do Código Penal, o crime de estupro comportava tão somente a conduta de “*constranger a mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*” (art. 213, CP/1940). Os demais atos lascivos, ou libidinosos, que hoje também compõem o tipo penal de estupro, eram então previstos no art. 214, que definia o crime de atentado violento ao pudor, com a seguinte redação: “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*”. Até 2009, portanto, as condutas previstas nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor formavam tipos penais autônomos.

Em relação à consumação do delito de estupro, pode-se dizer que a doutrina era pacífica no que se refere a sua definição: bastava a cópula vaginal, ainda que incompleta, para restar configurado o crime. Ou seja, consumava-se o estupro com a introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal da mulher (CAPEZ, 2013). Ainda, nas palavras de Hungria (1980), bastava a *immissio penis in vaginam*, prescindindo-se da ocorrência de orgasmo ou ejaculação. Desnecessário, assim, conforme apontou o autor, o acabamento da cópula, com a *immissio seminis*. No mesmo sentido orientava-se a jurisprudência nacional, para quem a simples

introdução no pênis na vagina, ainda que parcial e sem rompimento do hímen, bastava para configurar o estupro consumado, e não a tentativa (DELMANTO, 2002).

O momento consumativo do delito de atentado violento ao pudor, por sua vez, coincidia com a prática do ato libidinoso, enquanto a admissão da forma tentada não era consenso na jurisprudência (DELMANTO, 2002). A fim de esclarecer este ponto, Hungria (1981) apontou a necessidade de se distinguir dois momentos distintos quanto à execução do delito: o instante inicial, quando é empregada a violência ou grave ameaça, e o momento libidinoso, no qual ocorre o ato lascivo ou de expressão da luxúria. Enquanto a consumação ocorria no exato momento em que a segunda ação era perpetrada, a tentativa restaria configurada com o emprego da violência ou da grave ameaça, caso o agente fosse impedido de prosseguir, frustrando-se de todo o momento libidinoso, desde que as circunstâncias revelassem o inequívoco fim lascivo.

Importante destacar, contudo, a dificuldade de conceituação do que seja “ato libidinoso”. Diferentemente do que ocorre com a definição de “conjunção carnal”, o “ato libidinoso” não era – e permanece não sendo -, consenso na doutrina, pelo menos em parte, conforme visto no primeiro capítulo. Se pacífico é o entendimento de que assim podem ser definidos o sexo oral e anal, o mesmo não ocorre com outras condutas libidinosas, como o toque nos órgãos genitais da vítima, ou mesmo o beijo lascivo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, é assente no sentido de que o crime de atentado violento ao pudor restava consumado com a prática de qualquer ato libidinoso, não se restringindo à cópula anal ou oral. Assim:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSUMAÇÃO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DECLARAÇÃO DE POBREZA NA VIGÊNCIA DO ART. 225, § 1º, INC. I, DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VERACIDADE DA DECLARAÇÃO DE POBREZA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE ABSOLUTA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REQUISITOS. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

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.**" (AgRg no REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR) 2. Foram preenchidos os requisitos do art. 225, § 1º, inciso I, do Código Penal então vigente, não podendo se falar em nulidade do processo por ilegitimidade do Ministério Público para oferecer a denúncia nos termos em que proposta. Para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem quanto à presunção de veracidade da declaração de pobreza apresentada, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 833.652/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 05/10/2016). (grifei)<sup>9</sup>

Por fim, em relação à tentativa no crime de estupro, alertava a doutrina ser possível, mas de difícil comprovação (DELMANTO, 2002). Hungria (1980) assinalou que não havendo introdução do membro viril, ou ocorrendo mero contato superficial, não poderia ser reconhecida senão a tentativa, havendo jurisprudência no sentido de incluir também a cópula vulvar ou vestibular sob o manto da tentativa, conforme Delmanto (2002). A tentativa deveria ser reconhecida, ainda, mesmo quando não houvesse tal contato, mas as circunstâncias deixassem manifesta a intenção do agente de praticar a cópula vaginal: *"desde que haja um inequívoco ensaio de introdução da verga, é identificável o conatus"* (HUNGRIA, 1980, p.116).

Considerando, no entanto, a proximidade das condutas definidas como conjunção carnal e atos libidinosos dela diversos, ambas constituindo atos de violência sexual quando perpetradas contra a vontade da vítima, é comum que sejam praticadas em conjunto pelo agente. Sendo assim, era pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que a prática de ambas as condutas configurava concurso material de crimes. Desse modo, o agente que praticava, por exemplo, cópula anal e vaginal com a mesma vítima, poderia responder por atentado violento ao pudor e estupro, ambos na forma consumada. No mesmo sentido, o sujeito que praticasse sexo anal, e não conseguisse consumir a cópula vaginal por circunstâncias alheias a sua vontade, poderia responder pelos

---

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 833.652/RS. Agravante: A.E.E.. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. 22 set. 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1540677&num\\_registro=201600035185&data=20161005&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1540677&num_registro=201600035185&data=20161005&formato=PDF). Acesso em: 10 nov. 2016.

crimes de atentado violento ao pudor na modalidade consumada, e estupro na forma tentada.

Subsistia, entretanto, o problema de que os atos libidinosos, pela sua natureza, poderiam ser interpretados tanto como consumação do crime de atentado violento ao pudor, como meros atos preliminares da cópula vagínica, ensejando seu enquadramento enquanto tentativa de estupro. Ou seja, o suporte fático do art. 214 coincidia com a construção doutrinária e jurisprudencial do estupro, na sua forma tentada. Poder-se-ia citar, como exemplo, o caso do sujeito que arranca as vestes da vítima, Tateando e beijando-lhe o corpo, sendo surpreendido, nesse momento, por terceiros: como enquadrar? O que deveria ser levado em conta: a lesividade ao bem jurídico tutelado, a intensidade dessa lesão, ou um terceiro elemento?

Como saída para o problema, a doutrina apontava ser imprescindível detectar a intenção do agente que praticava a conduta. Para Capez (2013), Hungria (1981) e Delmanto (2002), caso não restasse comprovado o intuito de estuprar, por parte do sujeito ativo, deveria ele responder por atentado violento ao pudor, na forma consumada. Se, contudo, fosse possível comprovar que a sua ação tinha por finalidade a prática de conjunção carnal, a orientação era de que se interpretassem tais atos como “preparatórios”, “normais”, da conduta de quem pretende executar a cópula vaginal.

Tal entendimento foi, de fato, confirmado na pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Dos julgados envolvendo ocorrências anteriores a 2009, verifica-se que a totalidade das decisões que tipificaram o crime de estupro consumado envolvia, de fato, a conduta descrita no caput do art. 213, ou seja, constranger mulher à conjunção carnal. As descrições contidas nos relatórios referiam, geralmente, a “introdução do pênis na vagina da ofendida”, ou, simplesmente, a prática de “relação sexual”, de “coito vaginal” ou de “conjunção carnal”, sem maiores detalhes. Em quase todos, porém, a introdução do pênis na vagina da vítima bastou para considerar o estupro consumado.

Algumas exceções, assim, chamam a atenção. Cito, como exemplo, o caso em que a vítima, menor, relatou que o seu agressor “*tirava sua calcinha e colocava o tico na perereca*”, entendendo o magistrado, contudo, tratar-se de delito de atentado

violento ao pudor, uma vez que o rompimento do hímen não restou comprovado pela perícia médica (Apelação Criminal nº. 70025146200, TJRS). Questiona-se o julgado, aqui, não porque decidiu a favor do réu tendo em vista a insuficiência de provas, mas porque, conforme ensina a doutrina, a penetração vaginal, ainda que incompleta – o que poderia explicar o estado intacto do hímen – configura o estupro consumado, o que não foi sequer considerado no acórdão.

Com relação à tentativa de estupro, verifica-se ser, de fato, pacífico o entendimento acerca da necessidade de analisar a intenção do agente ao praticar a conduta. Na realidade, a intenção do agente era elemento essencial para a capitulação do crime, assumindo importância primordial em detrimento do próprio fato ocorrido. Com isso, quero dizer que, independentemente dos atos libidinosos preencherem o suporte fático do delito de atentado violento ao pudor, poderiam ser entendidos como tentativa de estupro, caso fosse detectado o objetivo do agente de praticar a cópula vaginal.

A maioria destes acórdãos descreve, assim, o conjunto de ações perpetradas pelo agente tendo como objetivo principal consumir a cópula vagínica. A prática de ato libidinoso, então, torna-se, nestes casos, caminho do crime de estupro, etapa dele, e não delito autônomo, embora assim também fosse previsto. As narrativas geralmente descrevem, ademais, que o intento do agente foi interrompido por circunstâncias alheias a sua vontade, como refere o próprio art. 14, II, do Código Penal, pois, do contrário, poderia ter ele obtido êxito na consumação da cópula vaginal, conforme intencionava. As situações narradas, nesse sentido, referem que o agente “*tentou introduzir o pênis na vagina da ofendida*”, ou praticou outros atos libidinosos, deixando manifesto em sua ação, contudo, o “*intuito de manter relações sexuais*”, sendo interrompido, geralmente, por terceiros, ou pela própria reação da vítima.

Sendo assim, foram recorrentes os julgados do TJRS no sentido de capitular a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal como tentativa de estupro, como se pode verificar da tabela em anexo. Colaciono, como exemplo, *in verbis*:

CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ART. 214, "CAPUT", C/C ART. 14, INCISO II. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TENTATIVA. LEI Nº. 8.069/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 243. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE DO

MINISTÉRIO PÚBLICO - DECADÊNCIA. Não há nulidade a ser reconhecida. Em caso de vítima menor de 18 anos, cabível a ação penal pública incondicionada. E mesmo que condicionada fosse, a representação não exige maiores formalidades, e o simples fato de procurar a Autoridade Policial para o registro da ocorrência, sem qualquer ressalva no curso da instrução, é o bastante. Preliminar afastada. Voto vencido. **TENTATIVA DE ESTUPRO. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA. Induvidosa a existência dos fatos, bem como o interesse na conjunção carnal. Réu que levou a ofendida, criança com 11 anos de idade, para motel e passou suas mãos de forma lasciva no corpo da menor. Atividade que resultou interrompida, diante da reação da ofendida, deixando distante a consumação.** Autoria certa, pelas declarações da criança e testemunhas. PROVA TESTEMUNHAL. Nos delitos contra a liberdade sexual, de regra cometidos sem a presença de testemunhas e sem deixar vestígios físicos ou visíveis, a palavra da vítima é merecedora de especial valor pelo Magistrado, que, obviamente, deverá estar atento à existência de motivos para falsa imputação, cotejando depoimentos e analisando cada caso. Na hipótese dos autos, os relatos da ofendida são coerentes e harmônicos com o restante da prova. Manutenção da condenação é medida impositiva. ART. 243. FORNECER BEBIDA ALCOÓLICA PARA MENORES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 61, I DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIAS. Condenação pelo crime do art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Em razão da distinção estabelecida pelo legislador, no art. 81 do ECA, apartando bebidas alcoólicas dos produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, o fornecimento daquelas a menores não caracteriza o crime do art. 243 do ECA, mas a infração do art. 63, inc. I, da LCP. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Basilares fixadas no mínimo legal. TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. Não tendo sido retirada a roupa da vítima e tendo esta resistido as investidas do réu, correta a redução máxima - 2/3. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. Fechado, pois se trata de crime hediondo. PENAS SUBSTITUTIVAS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. Natureza do crime e quantidade da pena não permitem qualquer benefício. INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. Entendimento da Câmara de que não cabe a indenização. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. POR MAIORIA. EXTINTA A PUNIBILIDADE DO ART. 61, I, DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIAS. UNÂNIME. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70054717046, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 18/12/2013). (grifei)

Neste caso, o Relator do acórdão, Desembargador Ivan Leomar Bruxel, entendeu que os atos libidinosos praticados com a vítima, descritos como “carícias nos órgãos genitais”, objetivavam estimular a menor, que havia sido levada a um motel, para a prática de conjunção carnal. Já dentro do motel, após ter recebido os toques lascivos, a menor reagiu e afastou o réu, impossibilitando a ocorrência de cópula vaginal. Nesse sentido, entendeu o Relator que os atos libidinosos constituíram, na verdade, a *praeludia coiti*, pois não praticados com ânimo diverso, ou seja, apenas objetivavam excitar a vítima para com ela manter coito vaginal, reconhecendo, assim, a tentativa de estupro.

O crime de atentado violento ao pudor na forma consumada, por sua vez, foi reconhecido quando se entendeu que a conduta foi suficiente para a satisfação da lascívia do agente. Isso era verificado, geralmente, quando inexistia interrupção do *iter criminis*, de forma que nada impediria o agente de praticar demais atos, se assim fosse o seu desejo. Representativa de tais julgados é a decisão colacionada a seguir, *in verbis*:

**APELAÇÃO CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. TENTATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. Para a consumação do crime de atentado violento ao pudor, basta a prática do ato libidinoso propriamente dito, o que, ao concreto, restou plenamente evidenciado nos autos. Agente que concretizou sua intenção libidinoso ao esfregar o órgão genital no corpo da criança, até que esta despertasse do seu sono, fazendo o mesmo com, no mínimo, outros dois meninos, absolvido de um dos fatos, em face da ausência de violência real. Conduta suscetível, por si só, a satisfazer a libido do agente. Delito consumado.** Atos que são tão aviltantes e grotescos quanto o estupro, reclamando igual severidade de repressão, especialmente quando praticados contra criança de tenra idade. A desproporção, interpretada por alguns, resolve-se com apenamento mais contundente para atos mais invasivos, nos limites preconizados pelo legislador. Inexistência de violação ao princípio da proporcionalidade. Sentença reformada, no ponto. Tentativa afastada. Pena definitivada em 6 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado. Sursis cassado. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. RECONHECIDA A CONSUMAÇÃO DOS DELITOS. CORPORAL REDIMENSIONADA PARA 6 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO; E CASSAR O SURSIS. (Apelação Crime Nº 70037657418, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 26/10/2011). (grifei)

Em relação ao concurso material entre atentado violento ao pudor e estupro, depreende-se que foi assim reconhecido, na maioria das vezes, quando o agente praticou, em momentos diversos, atos libidinosos sem que restasse verificada a intenção de estuprar e, separadamente, a conjunção carnal (Apelações Criminais nºs. 70036413813 e 70035263334). Do mesmo modo, foi reconhecido o concurso material quando o agente praticou, na mesma oportunidade, a conjunção carnal e outro ato libidinoso, o qual, geralmente consistia em sexo anal ou oral (Apelações Criminais nºs. 70042359794 e 70031467848).

Conclui-se, do exposto, que antes da Lei nº. 12.015/09, a mesma conduta poderia, efetivamente, ensejar o enquadramento como tentativa de estupro ou atentado violento ao pudor. Analisava-se, para tanto, a intenção do agente ao cometer a ação: se o objetivo era “algo mais”, ou seja, a conjunção carnal, o ato

libidinoso era entendido como ato prévio, preliminar, e deveria ser punido como tentativa de estupro. Se, contudo, aquela ação era entendida como autônoma, com fim em si mesma, deveria ser definida enquanto atentado violento ao pudor consumado.

Interessante notar, assim, que não era decisivo, para os julgadores, a lesão causada à vítima – que, em atos iguais, deve ser igual -, tampouco a reprovabilidade social da conduta – também igual -, mas sim o intento daquele que comete o crime. Curioso pensar, desse modo, que a intenção do agente fazia com que um mesmo ato - e, portanto, de mesma lesividade ou reprovabilidade -, pudesse levar a penas diferentes, punindo-se o agente de forma mais rigorosa se sua intenção era “somente” a prática daquele ato libidinoso, e nada mais, e de forma mais branda se, além do ato libidinoso, intencionava praticar também a conjunção carnal.

### 3.2 CONSUNTAÇÃO E TENTATIVA APÓS A LEI 12.015/09

A promulgação da Lei nº. 12.015/09 promoveu, entre outras alterações, a revogação do art. 214 do Código Penal, fazendo migrar seu conteúdo para o art. 213, conforme exposto anteriormente. Como consequência, ampliou-se a definição do delito de estupro. A questão a que esta pesquisa visa responder é como vem sendo definida a consumação e a tentativa nesse “novo” crime de estupro, como forma de entender, justamente, se o conceito jurídico de estupro efetivamente foi modificado. Considerando-se que da interpretação literal da nova redação do art. 213 extrai-se que o estupro deixou de ser somente a conjunção carnal, incluindo também os demais atos libidinosos dela diversos, tracei como hipótese a afirmação de que doutrina e jurisprudência tem entendido que basta o ato libidinoso para a configuração do delito em sua forma consumada, restando configurada a tentativa quando empregada grave ameaça ou violência – início da execução -.

Para Mirabete e Fabbrini (2014), se antes da alteração legislativa era controversa a questão do enquadramento de determinadas condutas como delito de estupro em sua forma tentada ou de atentado violento ao pudor consumado, hoje não há mais que se falar em tal polêmica. Os autores citam, como hipótese, o caso do agente que pretendia efetuar a conjunção carnal, mas é interrompido no *inter*

*criminis* por circunstâncias diversas, logrando êxito, contudo, em executar a cópula vestibular; ou daquele que força a entrada do pênis na vagina da vítima, ejaculando antes, entretanto. Nesses casos, pela atual redação da lei, não haveria dúvida de que se trataria de estupro consumado, uma vez que as ações constituem atos libidinosos, agora também descritos no tipo penal.

Em relação ao atual entendimento acerca de quais condutas preenchem o suporte fático do delito de estupro, como previsto no art. 213 do Código Penal, pode-se dizer que a doutrina é quase unânime, com poucas exceções. A maioria dos autores estudados mantém a divisão das formas de conduta descritas no tipo penal, com finalidade analítica, de modo que a *conjunção carnal* e os *atos libidinosos dela diversos* possuem momentos diferentes para a consumação e a tentativa do crime.

Autores como Ricardo Antônio Andreucci, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Régis Prado, Guilherme de Souza Nucci, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini operam essa divisão. De modo geral, pode-se dizer que, para os autores, o delito de estupro consuma-se com a prática da *conjunção carnal* ou do ato libidinoso: a) na hipótese de *conjunção carnal*, momento consumativo é a efetiva introdução do pênis do agente no órgão sexual da mulher (*introductio penis in vaginam*), completa ou incompleta, sendo ainda desnecessária a ejaculação ou a satisfação do desejo sexual do sujeito ativo; b) na hipótese de outro *ato libidinoso*, o momento consumativo coincide com a prática do ato libidinoso diverso da cópula vagínica, ou seja, com o instante em que a vítima pratica em si, no agente ou em outra pessoa ato libidinoso, ou quando alguém atua libidinosamente sobre seu corpo (MAGGIO, 2013). Para Pedro Lenza, “*pela nova lei haverá estupro, quer tenha havido conjunção carnal, quer tenha sido praticado qualquer outro tipo de ato sexual*” (LENZA, 2011, p. 516).

Quanto à última modalidade de conduta, assevera Nucci (2013) que, para sua configuração, “*basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima, que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo de que este busque a obtenção do prazer sexual*” (NUCCI, 2013, p. 969). O autor sugere, ainda, que o *iter criminis* deva ser analisado caso a caso, considerando-se que existem inúmeras formas de satisfação da lascívia.

Tratando-se o estupro de crime plurissubsistente, ou seja, realizado por meio de vários atos, entendem os referidos autores ser cabível a tentativa, embora na prática seja de difícil constatação (BITENCOURT, 2012). Para o autor, sendo crime complexo, a primeira ação perpetrada (violência ou grave ameaça) constitui início da execução, pois está dentro do próprio tipo, como sua elementar. Desimporta, assim, a ocorrência de contato íntimo entre o agente e a vítima, bastando a ocorrência de ameaça com o fim inequívoco de constrangê-la à conjunção carnal.

Desse modo, para ocorrer a tentativa, basta que o agente empregue violência ou exteriorize a grave ameaça, sem conseguir, contudo, dar continuidade à execução por circunstâncias alheias a sua vontade – incluindo-se, aqui, a hipótese de fuga imediata ou eficaz reação da vítima -. Imprescindível se faz, para caracterizá-la, que as circunstâncias deixem manifesto o intuito do agente, em especial quando, por palavras inequívocas, demonstre ele a sua intenção de praticar a cópula vaginal ou o ato libidinoso (MIRABETE; FABBRINI, 2014).

Andreucci (2013) considera também possível a hipótese de desistência voluntária, quando o agente desiste de prosseguir na execução, tendo, entretanto, utilizado de violência ou ameaçado a vítima, devendo responder, neste caso, somente por constrangimento ilegal (art. 146, CP). Destaca o autor, contudo, ser necessário que não tenha ocorrido a prática de qualquer ato libidinoso, pois na hipótese contrária, restaria configurado o delito do art. 213, no mesmo sentido de Mirabete e Fabbrini (2014).

Em resumo, na concepção dos referidos autores, a partir da Lei nº. 12.015/09, a prática de ato libidinoso, e não só a conjunção carnal, é suficiente para o reconhecimento da consumação do estupro. Pode-se dizer, em outras palavras, que basta o ato libidinoso para configurar o estupro. Nas palavras de Nucci, Alves, Barone, Burri, Cunha e Zanon (2010), “*os toques lascivos que antecedem a cópula vaginal, por exemplo, já serão suficientes à consumação do delito do art. 213*”. A tentativa, por sua vez, resta caracterizada quando empregada violência ou grave ameaça, quando a ação do agente direcionava-se à execução de qualquer das condutas descritas no tipo penal, mas é frustrada por circunstâncias alheias a sua vontade. Contudo, verifica-se que tal posicionamento não é consenso na doutrina.

Capez (2013), a exemplo dos demais autores, divide as condutas descritas no art. 213 para analisá-las separadamente. Em relação aos atos libidinosos, também considera que a sua prática ocasiona em estupro consumado, definindo a tentativa, neste caso, a partir do emprego de violência ou grave ameaça. Contudo, ao analisar a primeira parte do artigo (conjunção carnal), sustenta que o momento consumativo se dá com a introdução (completa ou não) do pênis na cavidade vaginal, enquanto que o mero contato do membro viril com o órgão genital da mulher implica a tentativa. Opera-se, na análise do autor, portanto, um aparente paradoxo: ainda que o ato libidinoso seja suficiente para caracterizar a ocorrência do crime, quando a intenção do agente era a cópula vaginal, tal ato constituirá tentativa.

Greco (2011) é mais categórico em sua análise:

Se os atos que antecederam ao início da penetração vaginal não consumada forem considerados normais à prática do ato final, a exemplo do agente que passa as mãos nos seios da vítima ao rasgar-lhe o vestido ou, mesmo quando esfregar-lhe o pênis na coxa buscando a penetração, tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal (GRECO, 2011, p. 116 e 117).

O autor refere, ainda, discordar da posição radical de Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Américo Führer, quando afirmam que a nova redação da lei teria afastado as tradicionais dúvidas sobre se os atos preparatórios ou preliminares da conjunção carnal caracterizariam estupro consumado ou mera tentativa. Segundo os autores, “*com a redação atual o texto não deixa margem para incertezas: qualquer ato libidinoso, mesmo que preparatório, consuma o crime*”<sup>10</sup>. No entendimento dos autores, portanto, somente na hipótese em que o agente viesse a obrigar a vítima a se despir é que se poderia falar em tentativa, quando não conseguisse consumir a infração penal por circunstâncias alheias a sua vontade.

Para Greco (2011), contudo, se ao tirar a roupa da vítima, o autor do delito passa a mão em seus seios ou coxas, por exemplo, com a finalidade de praticar a cópula vaginal e, por algum motivo, é interrompido, não se pode entender o ato como consumado, mas tão somente enquanto tentativa.

No mesmo sentido entende Maggio (2013), que segue a separação analítica das condutas também para definir a tentativa, de modo que: a) se o agente visa a

---

<sup>10</sup> FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 391, *apud* GRECO, 2011.

*conjunção carnal*, mas não alcança o resultado por circunstâncias alheias a sua vontade, a tentativa restará configurada quando iniciada a execução com o constrangimento da vítima, mediante violência ou grave ameaça, mesmo após a realização de outros atos libidinosos que configurem prelúdio da cópula vagínica; b) se o agente visa apenas o *ato libidinoso diverso da conjunção carnal*, mas não alcança o resultado por circunstâncias alheias a sua vontade, deverá ser reconhecida a tentativa quando iniciado a execução com o constrangimento da vítima, mediante violência ou grave ameaça.

O autor considera que, apesar de reconhecer o contrassenso, essa é a solução mais adequada quanto ao problema da tentativa: se o agente realiza qualquer ato libidinoso como prelúdio da conjunção carnal frustrada, deve responder por tentativa de estupro. De outra parte, se realiza qualquer ato libidinoso, desde que a finalidade não seja a conjunção carnal, deve responder por estupro consumado.

Verifica-se, nesse sentido, que parte da doutrina tem resistido a realizar uma interpretação literal da nova norma incriminadora do estupro. Se, pela lógica, qualquer ato libidinoso poderia ser considerado como suficiente para a configuração do delito, alguns autores têm negado tal raciocínio, insistindo que a intenção do agente deve ainda ser considerada, podendo o ato libidinoso ainda servir, ao mesmo tempo, de suporte fático para a consumação e a tentativa de estupro. A maior parte da doutrina, contudo, tem considerado que a consumação do estupro ocorre com a prática da conjunção carnal ou do próprio ato libidinoso dela diverso.

No que se refere à jurisprudência atinente ao tema, destaco, inicialmente, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que tem firmado entendimento no sentido de que, após a alteração promovida pela Lei nº. 12.015/09, a prática de ato libidinoso é suficiente para configurar a consumação do delito de estupro. Nesse sentido:

PENAL. CRIME DE ESTUPRO. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. REFORMA TRAZIDA PELA LEI N. 12.015/2009. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO.

1. A reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009 unificou em um único tipo penal as condutas anteriormente previstas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, constituindo, hoje, um só crime constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

**2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima" (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).**

**3. No caso, não há que se falar em tentativa, porquanto o contato físico do acusado com a vítima, consistente em beijá-la na boca, passar as mãos nas nádegas e seios a fim de satisfazer a sua lascívia, é suficiente para caracterizar o delito descrito no art. 213 do CP.**

4. Recurso especial provido para, reconhecida a consumação do delito previsto no art. 213 do Código Penal, fixar a pena do recorrido em 7 anos, 4 meses e 20 dias, mantido o regime fechado. (REsp 1470165/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015). (grifei)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, não tem apresentado posicionamento uniforme a respeito do tema. Se não há controvérsia quanto ao fato de que a prática de conjunção carnal, ainda que incompleta, constitui substrato para a capitulação da conduta como estupro consumado, o mesmo não ocorre com os atos libidinosos. Conforme se verifica da tabela em anexo, no que se refere aos julgados que aplicaram a Lei nº. 12.015/09, os atos libidinosos foram enquadrados tanto como estupro consumado quanto como tentativa de estupro. A imediata conclusão a que se pode chegar, assim, é que o TJRS não tem adotado, de forma pacífica, o entendimento de que basta a prática de ato libidinoso para a ocorrência do delito previsto no art. 213 do Código Penal.

Procedendo-se a uma análise mais demorada, é possível perceber que existe uma tendência de continuar examinando os casos de crimes sexuais de acordo com a antiga sistemática. Ou seja, na maioria dos acórdãos aqui estudados, os magistrados permanecem centrando suas análises na intenção do agente ao praticar a conduta delituosa. Nesse sentido, procede-se ao exame da intenção em relação a cada tipo de conduta descrita no tipo penal, a exemplo do que propõe Maggio (2013). No caso da conjunção carnal, restará configurado o delito com a introdução do pênis na vagina, devendo ser reconhecida a tentativa quando a ação não se consuma por circunstância alheia à vontade, ainda que tenha ocorrido a prática de outro ato libidinoso; já no caso do ato libidinoso, o momento consumativo coincide com a prática do ato, reconhecendo-se a tentativa quando empregada violência ou grave ameaça.

Como é possível verificar da tabela em anexo, tal entendimento encontra aceitação em todos os órgãos jurisdicionais responsáveis pelo julgamento de crimes sexuais no âmbito do TJRS (Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras Criminais). Contudo, não arrisco dizer que se trata de posicionamento pacífico ou orientação de cada Câmara, considerando que há posições divergentes internamente em várias delas, como veremos a seguir.

Dentre os reiterados julgados que seguem o posicionamento majoritário, o qual considera a intenção do agente elemento principal para o enquadramento da conduta, destaco, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIME. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. HIPÓTESE DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. **RECONHECIMENTO DA MINORANTE DA TENTATIVA.** A palavra da vítima, coerente e segura na descrição dos fatos, sobrepõe-se à negativa de autoria do réu, uma vez que corroborada por outros elementos de prova. **Situação em que o acusado, à noite, entrava no quarto da menina e passava a mão pelo seu corpo, com intuito libidinoso, não tendo consumado o delito de estupro em virtude da resistência da vítima. O conjunto probatório dos autos é claro em apontar a existência do constrangimento ilegal a que submetida a vítima em razão das atitudes do réu, companheiro de sua genitora, assim como a evidenciar a resistência, a impedir a consumação da prática delitiva.** Comprovadas a autoria e a materialidade delitiva, impositiva a condenação do réu pelo delito previsto no art. 213, § 1º, combinado com arts. 226, inciso II, e 14, inciso II, todos do Código Penal. Sentença absolutória reformada. Em relação a co-ré Evanir, a imputação não se confirmou, diante do depoimento da vítima, e contexto dos autos, referindo expressamente que sua genitora sempre se insurgia contra as investidas do companheiro e que em razão disso, aliada à resistência, este não consumava seu intento. Versão corroborada pelo depoimento das testemunhas, não restando caracterizada a omissão da genitora, que caracterizaria a coautoria delitiva. Sentença absolutória confirmada em relação a esta ré. DA DOSIMETRIA DAS PENAS. Pena-base fixada além do mínimo legal, diante dos vetoriais antecedentes e consequências negativos. Tratando-se de réu reincidente, incide a causa de aumento da pena. Tendo em vista que o crime foi praticado por padrasto, aumentada a pena provisória à metade, e, diante do reconhecimento da minorante da tentativa, reduzida em 2/3, tendo em vista o iter criminis percorrido. Face à continuidade delitiva, pena exasperada em 1/6, restando fixada em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70062840624, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 25/02/2015). (grifei)

Analisando a tabela em anexo, é possível perceber a diversidade de atos libidinosos enquadrados como tentativa de estupro. Dentre as mais comuns, encontram-se o toque nos seios, glúteos, vagina ou ânus, a introdução dos dedos também na vagina ou ânus, e o contato do pênis com a boca das vítimas. Embora

desperte curiosidade o fato de que os coitos oral e anal não constam neste rol, seria apressado afirmar que os magistrados admitem como estupro consumado somente atos libidinosos considerados mais invasivos. Isso porque em vários julgados em que os atos libidinosos foram interpretados como consumação, procedeu-se, da mesma forma, à investigação da intenção do agente, entendendo-se, nestes casos, que a satisfação da lascívia esgotou-se com aquela ação. Cito como exemplo, nesse sentido, os casos das Apelações Criminais nºs. 70054616875 e 70063174874, em que ações como a introdução de dedos no ânus das vítimas e a submissão ao sexo oral foram considerados consumação do delito.

É o caso, também, da AC nº. 70054825823, de relatoria da Desa. Laura Louzada Jaccottet, da Sétima Câmara Criminal. A ação de introduzir os dedos na vagina da vítima foi entendida como consumação do estupro pela Relatora, não porque considerou o ato suficientemente invasivo, mas sim porque entendeu que não pretendia ele a progressão da conduta, “*simplesmente fazer o que fez*”. Prevaleceu, contudo, o voto da Revisora, Desa. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, que opinou pela tentativa, como forma de atenuar a pena, uma vez que as circunstâncias não teriam deixado claro se o delito efetivamente se consumou, entendendo, estranhamente, que a vítima, por estar em sua própria casa, com a família, poderia ter chamado socorro antes deste fato.

Necessário considerar, contudo, possível exceção à ideia de que os magistrados não diferenciam atos mais ou menos invasivos para definir tentativa e consumação. É o caso da Apelação Criminal nº. 70061213021, de relatoria do Des. José Antônio Daltoe Cezar, da Sétima Câmara Criminal. Conforme narrativa dos fatos, o agente tocou, com a mão, a vagina da ofendida e, nas palavras do Relator, “*chupou os seus seios*”. O voto por ele proferido foi no sentido de que se tratava de crime de estupro, “*na forma de atentado violento ao pudor consumado*”, bastando o toque físico eficiente para gerar a lascívia. O Revisor, Des. Carlos Alberto Etcheverry, entretanto, divergiu, votando pelo reconhecimento da tentativa, sem fundamentar, tese que, mesmo assim, saiu vencedora. Interessante notar, contudo, que ao longo do acórdão inexistente qualquer referência à interrupção da conduta, levando a crer que o agente, na realidade, percorreu todo o *iter criminis*, o que causa estranhamento.

Acerca do reconhecimento da tentativa, não obstante a doutrina majoritária aponte a dificuldade em detectá-la, no delito de estupro, após a nova redação do art. 213, é notável a quantidade de decisões que assim tipificaram as condutas a partir do emprego de violência ou grave ameaça, sem que tenha ocorrido qualquer ato libidinoso. Verifica-se ser comum, portanto, que o agente dê início à ação, geralmente tomando a vítima em via pública, levando-a a local ermo e, após externar a intenção acerca do fato delituoso, ser interrompido pela ação de terceiro, ou reação da própria ofendida.

De outra parte, embora menos frequentes, encontram-se decisões que não partem da intenção do agente para capitular a ocorrência, entendendo que, de fato, basta a prática de ato libidinoso para restar consumado o delito. Nesse sentido, colaciono como exemplo deste posicionamento a ementa a seguir, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO E CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E ESTUPROS. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REJEIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE EXTORSÃO PARA ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO PARA O PREVISTO NO ART. 148, § 1º, INCISO V, DO CÓDIGO PENAL. DESCABIMENTO. RECONHECIMENTO **DA FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE.** MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O fato de a denúncia conter a data aproximada dos delitos não a torna inepta, pois os fatos foram satisfatoriamente descritos. Comprovadas a autoria e a materialidade dos delitos, imperiosa a condenação do réu. Incabível a desclassificação do delito de extorsão mediante sequestro para o delito de roubo majorado, pois a restrição da liberdade foi instrumento para a obtenção de vantagem econômica. **Delito previsto no art. 213 do Código Penal que ocorreu durante a execução do primeiro crime**, não podendo ser desclassificado para o tipo previsto no art. 148, § 1º, inciso V, do Código Penal. Sendo o delito de extorsão crime formal, não se exige que o réu obtenha a vantagem pretendida, bastando o constrangimento mediante violência ou grave ameaça. Pena devidamente fixada e fundamentada pelo magistrado singular, não merecendo alterações. Apelação desprovida. (Apelação Crime nº. 70051500791, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 19/12/2102). (grifei)

Tratava-se de caso em que as vítimas foram sequestradas pelo réu, sendo mantidas no interior de um veículo enquanto rodavam a cidade com o intuito de sacar dinheiro de suas contas. Aproveitando-se da ausência da vítima que havia dirigindo-se ao caixa eletrônico, o réu passou a mão nos seios e nos órgãos genitais de cada uma das vítimas. O magistrado entendeu que se consumou o delito com o próprio ato libidinoso, declarando que “a ameaça de um ato futuro (conjunção

*carnal), como referido pelo magistrado singular, não serve de embasamento para a desclassificação postulada, pois o delito de estupro ocorreu no decorrer do primeiro delito”.*

No mesmo sentido, destaco a decisão da Desa. Naele Ochoa Piazzeta, da Oitava Câmara Criminal, nos autos da Apelação Criminal nº. 70062726633. Conforme descrito na denúncia do Ministério Público, o réu “*passou as mãos pelas pernas de P., dizendo que iria ‘pegar na sua bucinha’*”. A magistrada aduziu que seria caso de reconhecimento da forma consumada do delito de estupro, o que não seria possível, contudo, pelo fato de que o Ministério Público não requereu a condenação nesse sentido. Entretanto, a Relatora realizou longo debate acerca do tema, referindo que “*não se pode olvidar, evidentemente, que cabe tentativa de estupro quando o agente visa apenas a outro ato libidinoso, mas isso só se a conduta delituosa não caracterizar ato libidinoso hábil a configurar sua forma consumada*”.

Interessante, ainda, o posicionamento da Desa. Lizete Andreis Sebben, da Quinta Câmara Criminal, ao proferir voto na Apelação Criminal nº. 70063867204. Versa o acórdão sobre caso em que o acusado beijou e tocou no corpo da vítima, menor, enquanto se masturbava. Entendendo que o delito restou consumado na modalidade de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, a magistrada cita doutrina de Damásio de Jesus, no sentido de que, para a caracterização do crime, não é necessário que o agente atinja a finalidade específica a que pretendia, consumando-se o delito com o primeiro ato libidinoso que vier a praticar, se estiverem presentes todos os elementos de sua definição legal. Destaca a Relatora, ainda, que a lei não prevê uma graduação entre as condutas tipificadas no dispositivo legal, não havendo como se absorver a ideia de que a circunstância de ser o ato mais ou menos invasivo direcione o crime para tentado ou consumado.

Conclui-se, do exposto, que ainda não há entendimento pacificado acerca da matéria, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Se, por um lado, é possível verificar que entre os autores prevalece o entendimento de que a ocorrência de ato libidinoso é suficiente para a configuração do delito na forma consumada, por outro lado, o Tribunal de Justiça do RS tem mantido, na maioria das vezes, a antiga sistemática de análise, ou seja, a intenção do agente é determinante para tipificar

determinado ato libidinoso como consumação ou tentativa de estupro, embora o STJ já tenha se pronunciado de acordo com a doutrina majoritária.

Buscando entender mais a fundo essas divergências no modo de definir consumação e tentativa de estupro após a entrada em vigor da Lei nº. 12.015/09 e, conseqüentemente, no modo de definir, juridicamente, o que é estupro, proponho, no próximo capítulo, uma análise das dinâmicas envolvidas nesse processo, especialmente entre Legislativo e Judiciário.

#### **4 ESTUPRO: UMA DEFINIÇÃO EM DISPUTA**

A interpretação literal da nova redação do art. 213 do Código Penal, dada pela Lei nº. 12.015/09 leva a crer que houve equiparação entre as condutas de constranger alguém a ter conjunção carnal e submeter pessoa à prática de ato libidinoso. Equiparação esta não no sentido do reconhecimento de que as condutas possuem a mesma gravidade, grau de lesividade ou de reprovabilidade, pois se pode entender que estas já foram reconhecidas quando a Lei dos Crimes Hediondos cominou penas iguais aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Considero que houve equiparação, com a nova lei, no âmbito simbólico, conceitual, no sentido de que ambas as condutas devem ser entendidas, na verdade, como estupro.

Foi nesse sentido que propus investigar, neste trabalho, como o Judiciário vem definindo a consumação e tentativa de estupro com o objetivo de compreender, em última análise, como vem sendo construído o conceito de estupro pelos juristas. Afinal, a migração do conteúdo anteriormente previsto no art. 214 para o art. 213 acarretou uma ampliação daquilo que se entendia, juridicamente, enquanto estupro. A análise de jurisprudência e doutrina operada no capítulo anterior objetivou entender, assim, se a nova definição de estupro proposta pelo Legislativo vem sendo efetivamente adotada pelo Judiciário.

Da análise da doutrina, é possível depreender que tem prevalecido, de fato, o entendimento proposto pelo Legislativo, na medida em que se tem reconhecido ser suficiente, para configurar o delito de estupro na forma consumada, a ocorrência de qualquer uma das ações típicas prevista no tipo penal. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS, contudo, não tem sido esse o posicionamento majoritário, uma vez que a maior parte dos julgadores tem mantido a antiga sistemática de análise, considerando estupro consumado somente a prática de conjunção carnal e o ato libidinoso quando executado sem nenhuma outra intenção, ou seja, com fim em si mesmo. Exclui-se como estupro, portanto, o ato libidinoso praticado com o intuito de praticar a cópula vaginal, isto é, quando se entender que este ato consistiu apenas caminho para outra ação.

Novamente, cabe o questionamento acerca da lógica e razoabilidade desse raciocínio: de que modo se justifica tratar atos idênticos, no sentido material e de mesmo grau de lesividade ou ofensividade, como formas distintas de um mesmo delito, ou seja, enquanto consumação e tentativa? Indo além, e pensando que enquadrar um ato como delito consumado de estupro importa, necessariamente, em considerá-lo estupro, o mesmo não acontecendo quando se define que aquilo que ocorreu é tão somente a tentativa de estupro, imperioso se faz questionar, novamente, a lógica e as consequências decorrentes deste posicionamento.

Neste capítulo, portanto, busco discutir as dinâmicas envolvidas no que considero ser um processo de disputa de definição, entre o Legislativo e o Judiciário, no que se refere ao conceito de estupro. Inicialmente, cumpre esclarecer que não parto do pressuposto de que existe uma disputa consciente, declarada e institucional entre os dois poderes, mas utilizo essa expressão no sentido de que inexiste uma definição de estupro unânime entre eles, por razões que pontuarei a seguir. Entendo, nesse sentido, que uma nova definição de estupro foi proposta pelo Legislativo e que o Judiciário, ao menos em parte, não vem amparando-a ou legitimando-a por motivos que merecem ser compreendidos, e que proponho investigar.

Divido, assim, o capítulo em outros dois subcapítulos: no primeiro, proponho entender essa disputa, quais suas origens e suas consequências, e, no segundo, apresento possíveis formas de resolver esse impasse, na forma de propostas de leis que já vem sendo discutidas e as quais representam outros entendimentos do que deve ser entendido como estupro e, conseqüentemente, daquilo que deve ser punido enquanto tal.

#### 4.1 A INTENÇÃO DO LEGISLADOR E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA ACERCA DA LEI N<sup>o</sup>. 12.015/09

No primeiro capítulo deste trabalho, afirmei que era de suma importância considerar o contexto no qual a Lei n<sup>o</sup>. 12.015/09 foi elaborada para entendê-la em toda a sua complexidade, em especial quanto à mudança operada no art. 213 do Código Penal. Retomo, aqui, este raciocínio com o intuito de buscar compreender o que o legislador intencionava, e os motivos pelos quais, ao menos no âmbito do

TJRS, a lei não vem sendo aplicada para determinar quais condutas constituem crime de estupro. Ainda, procuro confrontar essa intenção com as críticas mais comuns feitas pelos juristas ao texto legal, a fim de compreender quais os elementos de discórdia entre o legislador e aqueles que interpretam a lei.

De acordo com Delgado (2009), a Lei nº. 12.015/09 surgiu como um dos resultados da conclusão dos trabalhos da chamada “CPI da Pedofilia”, criada pelo Congresso com o intuito de investigar casos de exploração sexual de crianças e adolescentes. Percebe-se, tanto pelo contexto em que foi elaborado o diploma legal, quanto por todas as inovações por ele acarretadas, como a criação de tipo penal específico para punir o estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), que a intenção era dar tratamento mais rígido aos crimes sexuais. Ademais, a própria relatora do projeto de lei, Deputada Maria do Rosário (PT-RS), chegou a dizer, conforme matéria publicada no jornal Folha de São Paulo, que *“a intenção da legislação é proteger meninos e meninas de estupros. E estabelecer, para a sociedade, que existem várias formas pelas quais o estupro ocorre”*<sup>11</sup>.

A respeito da promulgação da referida lei, Greco (2011) observa que, ao optar pela rubrica “estupro”, abarcando as duas condutas em questão, o legislador parece ter se rendido ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, denominava de estupro o que, na vigência da lei anterior era, na verdade, atentado violento ao pudor, citando, a título ilustrativo, a forma de denominar o abuso sexual sofrido pelo homem. Particularmente, discordo do autor, no sentido de que a opção do legislador, ao invés de ser uma percepção ingênua ou “rendida” a um discurso do senso-comum ou midiático é, em verdade, uma escolha pautada, especialmente por discussões e reivindicações de movimentos sociais por um tratamento mais igualitário de gênero e, a exemplo do que afirmou a relatora do projeto, uma visão mais ampla do que significa estupro.

A primeira conclusão que retiro da leitura desse contexto, aliada à interpretação literal da nova redação do art. 213, é de que se buscou utilizar a lei penal como instrumento pedagógico, no sentido de lecionar à sociedade que os atos libidinosos devem também ser entendidos como forma de estupro. Se as condutas

---

<sup>11</sup> Fonte: Folha de São Paulo. Estupradores usam nova lei para reduzir tempo na prisão. São Paulo. 15/06/10. Cotidiano, p. 1-2.

antes previstas em tipos penais autônomos já haviam sido equiparadas em termos de reconhecimento de gravidade, com a Lei dos Crimes Hediondos, agora a equiparação é simbólica: a sociedade deve significar tais condutas não só como igualmente graves, mas como faces diversas de uma mesma violência, de um mesmo crime.

Como visto no segundo capítulo, embora corrente majoritária da doutrina pareça concordar com essa leitura, ao considerar que o estupro, de fato, consuma-se com a prática do ato libidinoso (entendimento que é compartilhado pelo STJ), o Tribunal de Justiça do RS, por sua vez, insiste em manter o modo de julgar que utilizava antes da promulgação da nova lei, utilizando como elemento central a intenção do agente, e não a sua conduta. Cabe investigar, assim, o motivo pelo qual, majoritariamente, no âmbito do TJRS, tem-se julgado de acordo com a antiga sistemática, a qual considero não fazer sentido a partir da Lei nº. 12.015/09.

Considerando-se que a maior parte dos acórdãos analisados capitulou como tentativa de estupro os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, uma interpretação apressada levaria a concluir que os julgadores tem utilizado o enquadramento enquanto tentativa como estratégia para não aplicar a literalidade da lei. Talvez por não considerarem tais condutas tão graves quanto a cópula vaginal, a ponto de condenarem um “mero molestador” por estupro, tendo em vista o estigma imputado a quem comete este crime. Tal conclusão, contudo, é insegura, uma vez que muitos acórdãos admitiram o ato libidinoso como estupro consumado, contanto que restasse provado que aquele ato não intencionava, em última instância, a conjunção carnal.

A conclusão mais segura, a partir dos dados coletados nesta pesquisa, é de que o entendimento predominante no TJRS indica, na verdade, um raciocínio marcado por uma técnica jurídica, já utilizada antes de 2009 para julgar esses casos. Entendo que tal raciocínio não consiste em estratégia deliberada utilizada pelos magistrados para não aplicar a Lei nº. 12.015/09, por discordarem que as condutas descritas no tipo são equiparáveis. Antes disso, parece ser uma opção por manter a mesma técnica de julgamento, centrada na intenção do agente - a exemplo do que propõem autores como Capez (2013) e Greco (2011) – sem considerar a intenção do legislador.

Ressalto, entretanto, que tal técnica esvazia de sentido a mudança operada no art. 213, na medida em que, julgando alguns atos libidinosos como tentativa de estupro, está-se assumindo que estes não constituem, por si só, estupro consumado, ou seja, não são suficientemente graves, ofensivos ou reprováveis. Pode-se pensar que, mais grave ainda, é o fato de que, enquadrando tais atos como tentativa, reduz-se a pena de uma conduta à qual o legislador cominou pena de seis a dez anos, de um a dois terços, nos termos do art. 14, parágrafo único do CP - o que, na verdade, já vinha sendo feito antes de 2009 -. Neste ponto, novamente questiono acerca da razoabilidade de se admitir penas diferentes a atos que são, materialmente, iguais, mas que, aos olhos dos julgadores, se tornam diferentes de acordo com a intenção do agente – por exemplo, a prática de coito anal ser entendida tanto como consumação quanto como tentativa de estupro, dependendo da intenção do agente -.

O segundo desencontro observado entre o que foi proposto pela lei, e o que defendem os seus intérpretes, diz respeito à (im)possibilidade de configurar concurso material, após a alteração legislativa. Comum, nesse sentido, é a crítica de alguns operadores do Direito que consideram a lei benéfica aos criminosos, uma vez que, reconhecendo que as condutas que compõem o tipo penal de estupro configuram crime único, impede-se de cumular as penas anteriormente cominadas a cada uma delas.

Em matéria veiculada no jornal Folha de São Paulo com o título de “Estupradores usam nova lei para reduzir tempo na prisão”<sup>12</sup>, anteriormente referida, chegou-se a afirmar que o novo diploma já era considerado uma “tragédia jurídica” por membros do Judiciário e do Ministério Público. Em resposta às críticas, a Deputada Maria do Rosário teria dito que a interpretação dos juízes estaria errada. Já o Juiz Ulysses de Oliveira Gonçalves Júnior, professor da Mackenzie e da Escola Paulista de Magistratura afirmou, a respeito da lei, que

A intenção do legislador pode ter sido muito boa, mas essas imperfeições redacionais levaram a discussões como essa. Não deram conta de que isso poderia ocorrer. [...] Se o objetivo era agravar, nesse caso gerou uma controvérsia que pode redundar num abrandamento.

---

<sup>12</sup> Fonte: Folha de São Paulo. Estupradores usam nova lei para reduzir tempo na prisão. São Paulo. 15/06/10. Cotidiano, p. 1-2.

No mesmo sentido, Mirabete e Fabbrini (2014) posicionam-se contrários ao tratamento do tipo penal de estupro como tipo misto alternativo. Para eles, da atual redação deve-se inferir não só que a prática de cada ação típica é suficiente para provocar lesão ao bem jurídico, mas, também, que a realização de ambas acarreta dupla violação da sua dignidade sexual. Ainda, conforme os autores:

Pesa, ainda, em desfavor dessa interpretação, no sentido da alternatividade do tipo, a inexistência de qualquer indício no processo legislativo de que fosse intenção do legislador punir mais brandamente os crimes sexuais do que o fazia a lei anterior. A mesma solução, que implica a inadmissibilidade do concurso e da continuidade delitiva num único contexto fático, enseja tratamento punitivo igualitário a condutas bastante diversas em termos de gravidade, independentemente do número e da natureza dos atos sexuais violentos praticados, equiparando, por exemplo, a conduta de quem, com violência, acaricia as partes pudicas da vítima àquela outra na qual o agente, após assim agir, força-a a conjunção carnal, por diversas vezes, e, subsequentemente, a outros atos libidinosos como as cópulas oral e anal (MIRABETE & FABBRINI, 2014, p. 407).

Pode-se concluir, por um lado, que tais consequências provavelmente não eram, de fato, esperadas pelo legislador. A tal ponto que a relatora do projeto chegou a afirmar que eventuais inconsistências poderiam ser corrigidas, ao ser confrontada com a afirmação de que os réus poderiam ser beneficiados com a nova redação do art. 213. A técnica jurídica utilizada pelos intérpretes da lei revela, assim, um provável efeito colateral: a impossibilidade de configurar concurso de crimes e, assim, somar as penas, como se fazia antigamente, por agora restar configurado o crime único.

Por outro lado, pode-se pensar que a intenção do legislador era, justamente, definir que tais condutas constituem crime único, ou seja, que o delito de estupro é perpetrado por qualquer uma das duas ações. Nesse sentido, o objetivo era muito mais simbólico e pedagógico – a exemplo do que a própria Maria do Rosário afirmou – do que punitivista. Pode-se pensar, assim, que de fato não faz sentido punir duas vezes um agente pela mesma violência; o que importa, aqui, é dizer que conjunção carnal e ato libidinoso são faces da mesma moeda, constituem formas diferentes de consumir o mesmo crime, e causar, assim, o mesmo dano. Decorre daí que o foco da lei não é agravar a situação do agente quanto a sua penalização, mas servir de instrumento para propagar a ideia de um estupro em sentido mais amplo.

Alguns autores já alertavam para o excesso punitivo decorrente do reconhecimento de concurso material, não encontrado em outros tipos penais igualmente relevantes, como aduz Nucci (2013). Para o autor, a nova lei promoveu alteração bastante acertada especialmente neste ponto, uma vez que, na realidade, o agente que obriga uma vítima a praticar dois atos libidinosos, de uma só vez, comete um único estupro, considerando que a liberdade sexual foi lesada uma única vez.

Por fim, é interessante notar que é justamente quanto ao conteúdo alargado do conceito de estupro que recaem as demais críticas à Lei nº. 12.015/09. Conforme referido anteriormente, para Mirabete e Fabbrini (2014), a nova lei deu tratamento igualitário a condutas bastante diversas em termos de gravidade. Importante frisar, neste ponto, que tais apontamentos não são recentes, tendo surgido desde a Lei dos Crimes Hediondos, que cominou penas iguais aos tipos de estupro e atentado violento ao pudor. Curioso notar, contudo, que a crítica agora se direciona ao tratamento igualitário em termos de denominação, pois as penas já eram equivalentes desde a década de 1990.

Bitencourt (2016), a exemplo dos referidos autores, acredita que atos como o beijo lascivo, os “tradicionais amassos”, “simples toques nas regiões pudentas” e “apalpadelas” certamente não faziam parte da gama de comportamentos que a Lei de Crimes Hediondos intencionou destinar pena de seis a dez anos de reclusão. Referindo-se às diferenças entre tais condutas e outras, como o sexo oral e anal, as quais considera mais invasivas, o autor refere que

(...) a distinção de *desvalor* que uns e outros comportamentos encerram é incomensurável. Se, nestes últimos exemplos, a gravidade da sanção cominada é razoável, o mesmo não ocorre em relação aos primeiros que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da *insignificância*. Nestes casos, sustentamos a possibilidade de desclassificar o fato para contravenção de *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61), quando ocorrer em lugar público ou acessível ao público; caso contrário, estando ausente a elementar típica relativa ao local, deve ser declarada a inconstitucionalidade da cominação legal, sem redução de texto, por violar os princípios da *proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico* (BITENCOURT, 2016, p. 65).

Da mesma forma, Gomes (2003) critica a hediondez de ações como o beijo lascivo, chegando a dizer que quem interpreta a lei penal literalmente admite, de

modo absurdo, pena de seis a dez anos de reclusão para tal fato. Quem, contudo, busca solução mais justa para cada caso concreto jamais admitirá, concordando que tal conduta poderá constituir, no máximo, a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, CP). No mesmo sentido, para Prado (2010), é certo que o beijo lascivo ou lingual obtido contra a vontade da vítima, mediante violência, tem inferior magnitude penal se comparado, por exemplo, com o sexo anal.

Assim, apesar de antiga, a questão em torno de quais atos deveriam ser reconhecidos como atos libidinosos passíveis de configurar o revogado delito de atentado violento ao pudor (art. 214, CP), ainda faz-se presente. Atualmente, todavia, questiona-se a admissão de tais condutas como crime de estupro na forma consumada. Falam os citados autores, entre outros, em lesividade do bem jurídico, e em proporcionalidade, razoabilidade da pena cominada ao delito de estupro na forma de ato libidinoso, contudo, não há grande discussão ou análise em torno do assunto, reduzindo-se seus argumentos à “óbvia” conclusão de que alguns atos são menos graves que outros.

Questiono, nesse sentido, os aparentes atalhos de raciocínio perpetrados para chegar-se a esta conclusão, pois conforme exposto ao longo dos capítulos anteriores, tal conclusão não aparenta ser tão óbvia. Para tanto, seria necessário expor quais caminhos foram percorridos até aqui: o beijo lascivo, o toque nos órgãos genitais, ou a penetração dos dedos na vagina ou no ânus das vítimas é, de fato, menos relevante ou ofensiva que a introdução do pênis na boca, vagina ou ânus dos ofendidos? Se sim, por quais motivos? São estas condutas mais reprováveis socialmente que as demais? Causam mais dano, em termos psicológicos, às vítimas? São, de fato, mais invasivas? Qual é o termômetro utilizado para definir como mais ou menos invasivas?

São essas questões que, a mim, saltam aos olhos ao ler tais argumentações jurídicas. Aparentemente, não se opera uma análise teórica ou técnica para definir o porquê se defende a insignificância de tais modalidades de conduta. Ao contrário, apela-se para supostos consensos de que determinados atos são “obviamente” mais graves que outros, de forma que estes devem ser classificados como contravenção penal. Insisto que o consenso é falso justamente porque, além de muitos autores, e o próprio STJ, defenderem que o ato libidinoso punível pela norma é qualquer ato

praticado com o intuito de satisfazer a lascívia, a visibilidade do abuso sexual para além de tão somente a conjunção carnal tem sido uma demanda cada vez mais pautada pelos movimentos sociais, em especial o feminista, quando reivindica o reconhecimento de uma “cultura do estupro”.

Simplesmente arguir que alguns atos libidinosos são mais graves ou invasivos que outros, sem explicitar quais critérios estão sendo considerados para se chegar a esta conclusão se mostra, portanto, um argumento inconsistente. Ainda, sugerir enquadrá-los, em qualquer hipótese, como importunação ofensiva ao pudor mostra-se inadequado, tanto porque a contravenção penal exige que o fato ocorra em público – e, tratando-se de violência sexual, sabe-se que não é nesse espaço que as ações geralmente ocorrem –, quanto porque neste caso, a intenção do agente não é satisfazer a sua lascívia, não havendo, assim, que se falar em prazer sexual, bem como inexistente emprego de violência ou grave ameaça (VENTURA, 2016).

Pensando justamente nas diversas críticas feitas por especialistas à nova redação do art. 213, dada pela Lei nº. 12.015, especialmente aquela que questiona a proporcionalidade de se tratar todos os atos libidinosos – mesmo os considerados menos invasivos – como estupro consumado, apresento, no próximo tópico, a principal proposta de reforma a ser operada nesse sentido, no Código Penal pátrio.

#### 4.2 UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA

Conforme informou Prado (2010), o diploma legal em comento teve inspiração na lei italiana, que criminaliza, desde 1996, a “violência sexual” (art. 609), tipo penal que prevê a conduta de constranger alguém, com violência ou grave ameaça ou mediante abuso de autoridade, a praticar ou suportar atos sexuais. Além da previsão mais ampla, a pena cominada também é semelhante à de estupro: cinco a dez anos de reclusão. Cavichioli (2011) registra observar uma tendência à fusão dos tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor no Direito Comparado.

Nas palavras de Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer:

Para o legislador europeu, a superação da distinção entre estupro e atentado violento ao pudor correspondia a uma mais madura e evoluída sensibilidade social, capaz, finalmente, de se juntar ao tema da violência sexual sem condicionamentos culturais e, sobretudo, livre de preconceitos de caráter moralizante. Pelo menos na Itália, além dos movimentos

político/ideológicos, com certeza uma outra razão de peso iluminou a pena do legislador reformador. Trata-se da dupla vitimização da mulher estuprada, que, além dos gravames próprios da violência sexual que sofreu, é submetida ao exame pericial, com exposição humilhante de sua anatomia íntima, e à meticulosa coleta de material no interior de seu corpo. Na grande maioria dos casos, a fim da divisão entre estupro e atentado violento ao pudor torna a providência dispensável, poupando a vítima de mais essa agressão aviltante, anacrônica e desnecessária (FUHRER, 2009, p. 144).

O autor informa, nesse sentido, que as principais legislações europeias, que antes diferenciavam o coito vaginal das demais práticas sexuais, passaram por diversas reformas legislativas, de forma que a dicotomia passou estranhamente a ser entre a parte interior e a parte exterior do corpo. Desse modo, a classificação passou a diferenciar as agressões sexuais com penetração (consideradas mais graves) e aquelas agressões em que não há penetração (consideradas mais brandas). Permaneceu, assim, a exigência de submeter a ofendida, nos casos de ocorrência de penetração, ao que considera novo constrangimento, consistente em exame pericial. A legislação italiana é exceção, nesse sentido: divide os crimes em casos de maior ou menor gravidade, análise que fica a cargo do juiz, na fase de fixação da pena, e não adstrito ao ato em si, ou a qualquer tipo de perícia.

O caso brasileiro, apesar de estar alinhado à tendência europeia, não encontra amparo pacífico e uniforme, como já demonstrado. Por este motivo, têm-se pensado em possíveis alternativas, dentre as quais destaco a contida no Anteprojeto de Novo Código Penal, Projeto de Lei do Senado nº. 236 de 2012. O objetivo geral da comissão constituída para elaborar o projeto era modernizar o Código Penal, unificar a legislação penal esparsa, compatibilizar os tipos penais existentes com o texto da Constituição Federal, descriminalizando condutas e prevendo outras típicas, tornando a pena dos crimes proporcionais, e buscando formas alternativas, não prisionais, de sanção penal (DANCKWARDT, 2015).

No que se refere aos crimes sexuais, Título VI do Código Penal (mantendo a denominação de “Dos crimes contra a Dignidade Sexual”), a proposta do PLS 236/2012 possui caráter bastante descriminalizador. Opera a retirada dos delitos de violação mediante fraude (art. 215), mediação para satisfazer a lascívia de outrem (art. 227), casa de prostituição (art. 229), rufianismo (art. 229), ato obsceno (art. 233) e escrito ou objeto obsceno (art. 234 da atual redação do Código Penal). De outra parte, criminaliza a introdução de objetos mediante violência ou grave ameaça e

atribui pena mais gravosa à exploração sexual. Ainda, em relação ao tráfico de pessoas, há alteração quanto ao bem jurídico protegido, que deixa de ser tão somente a dignidade sexual, passando a incluir a extração de órgãos e privação de liberdade, motivo pelo qual foi transferido para o Título de “Crimes contra os Direitos Humanos”.

Já no que se refere especificamente aos delitos contra a liberdade sexual e, especialmente, quanto à redação do crime de estupro, operou-se relevante mudança. O atual art. 213 do Código Penal, segundo o Projeto de Lei, passa, então, a ter a seguinte definição:

#### Estupro

Art. 180. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de sexo vaginal, anal ou oral;

Pena – prisão, de seis a dez anos.

Denota-se, assim, que os vocábulos “conjunção carnal” e “atos libidinosos” foram substituídos pela expressão “prática de sexo vaginal, anal ou oral”, resolvendo problema antigo apontado pela doutrina acerca da imprecisão dos conceitos outrora utilizados. Interessante notar, nesse sentido, que os atos libidinosos, integrados ao tipo penal de estupro pela Lei nº. 12.015/09 não foram extraídos totalmente na redação proposta, contudo, foram excluídos aqueles atos considerados por alguns especialistas como menos graves, como os toques libidinosos, o beijo lascivo e até mesmo a introdução dos dedos na vagina ou ânus das vítimas.

Pode-se dizer que tais condutas foram transferidas para novo tipo penal criado, denominado 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.

Abandona-se, assim, a corrente italiana, provavelmente tendo como inspiração as demais legislações europeias que operam a divisão entre atos externos e internos, conforme apresentado por Fuhrer (2009). Assume-se a posição de que dentre a gama de possíveis atos sexuais, os que envolvem a penetração são mais graves do que aqueles que não envolvem - embora a redação do tipo penal de estupro leve a pensar que a penetração com os dedos não é por ele abarcada -, tendo em vista a cominação de pena mais alta aos primeiros.

A solução encontrada parece ser, nesse sentido, intermediária entre a redação antiga e a atual, decorrente da lei de 2009. Ao mesmo tempo em que mantém a conquista de reconhecer a equivalência entre o coito vaginal, oral e anal - e, portanto, admitir também homens como possíveis sujeitos passivos -, dá um passo atrás ao retomar a divisão entre atos sexuais bastante semelhantes, mas considerados de diferentes gravidades, utilizando-se como critério o limite externo e interno do corpo da vítima.

Outro possível retrocesso a ser pontuado consiste na necessidade de realização de perícia médica para comprovar a violência sexual sofrida, que pode ser interpretada como dupla vitimização da pessoa que sofreu o abuso, de acordo com Fuhrer (2009). Se, no presente, é possível entender que, ao reunir sob o mesmo tipo penal os atos de conjunção carnal e demais atos libidinosos não é razoável exigir a perícia para comprovar a violência sexual sofrida, uma vez que ela não é exigível em relação ao ato libidinoso, a partir da nova redação proposta volta a ser justificável a sua imposição.

A proposta, assim, vai ao encontro de quem reclama a desproporcionalidade de se tratar conjunção carnal de determinados atos libidinosos como equivalentes, em termos de denominação, ofensividade, lesividade e, conseqüentemente, quanto às penas cominadas. Apresenta-se, nesse sentido, como alternativa viável se considerarmos a experiência francesa, portuguesa e espanhola, que também distinguem os atos que envolvem penetração dos demais atos libidinosos (PRADO, 2010).

De outra parte, propõe, novamente, uma divisão artificial entre atos de violência sexual baseada em limites do corpo. Parte-se do pressuposto de que há um consenso de que atos de penetração são mais lesivos, mais graves que atos

externos, como o toque libidinoso e a masturbação. Destina-se, assim, pena bem mais baixa a estes atos que ao estupro “verdadeiro”, assumindo-se a sua óbvia diferença.

Curioso, nesse sentido, é o novo tipo penal criado pelo Projeto:

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.

Imperioso questionar, aqui, que lógica está presente no ato de separar em dois tipos penais diversos a introdução do pênis e de objetos na vagina ou no ânus das vítimas. E, ainda, cominar-lhes penas idênticas, levando a crer que a distinção operada é relevante apenas em termos simbólicos. Será que, do ponto de vista da pessoa que sofre o abuso, opera-se tal divisão? Será que ela não se sente tão “estuprada” quanto a vítima daquilo que o novo Projeto considera, de fato, estupro?

Por fim, quanto à polêmica classificação do estupro como tipo misto cumulativo ou alternativo, o Projeto de Novo Código Penal também apresenta inovação. No modelo sugerido, diferencia-se a pena de um agente que comete somente uma das condutas descritas no tipo penal, daquele que comete mais de uma delas. Conforme a redação 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.

Segundo Danckwardt (2015), o advento do parágrafo único encerra a discussão acerca da classificação do tipo penal de estupro, afastando de vez a sua interpretação enquanto tipo misto cumulativo. Em primeiro lugar, resta claro que 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*. Não há espaço, aqui, para se inferir que cada conduta sexual enseja a configuração de um estupro diferente. Assim, o sujeito cujas práticas se subsumirem ao tipo terá cometido crime único, mas incidirá majorante no cálculo da pena, tendo em vista a multiplicidade de condutas praticadas.

Há de se reconhecer, portanto, que a terceira via criada para solucionar o problema da definição jurídica do estupro é bastante técnica. Parte-se dos problemas constatados na redação atual e, efetivamente, propõe-se soluções, buscando tornar expressões mais precisas, dando menos margem a interpretações, diminuindo penas de delitos que considera menos gravosos, em atenção ao princípio da proporcionalidade, e criando tipos penais específicos para condutas às quais deseja punição, e que outrora suscitavam dúvida quanto à relevância ou tipificação. Entretanto, considero que em outros aspectos comete retrocessos, especialmente no que se refere ao conceito de estupro, que novamente é restringido, e separado de outros atos de teor sexual considerados menos graves.

Interessante notar, assim, com que definições o Judiciário vem trabalhando em termos de violência sexual, ao longo do tempo, e quais as relações envolvidas nessa disputa de significados. A questão é, como se pode perceber do exposto, deveras complexa, não devendo ser reduzida a raciocínios que a tratam como óbvia. A definição do estupro foi sendo (des)construída com o passar do tempo, e segue sendo, demandando especial atenção dos juristas, de forma a impedi-los de cair na armadilha de que esta definição é estática, e de que existe um verdadeiro estupro, cuja gravidade é absoluta e somente a ele inerente.

## 5 CONCLUSÃO

As sucessivas modificações operadas no Código Penal brasileiro ao longo do tempo, no que se refere ao tratamento dos crimes sexuais, demonstram preocupação do legislador em acompanhar as transformações sociais, extinguindo, de modo progressivo, terminologias marcadas pelo preconceito e anacronismos, e ampliando concepções a fim de torná-las mais harmônicas com o ideal de igualdade de gênero e com os princípios consagrados na Carta Federal de 1988. A retirada do termo “mulher honesta” da redação do Código Penal, e o reconhecimento de que o estupro pode ocorrer no âmbito do casamento são exemplos dessa providencial mudança de postura.

A Lei nº. 12.015/09 representa a mais recente tentativa de acompanhar essas conquistas. Ao promover a alteração da nomenclatura do Capítulo I do Título VI do Código Penal de “dos crimes contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual” revela o reconhecimento de que os crimes sexuais não violam a honra, a moral ou os costumes, mas a própria individualidade e intimidade de cada um, ferindo a liberdade, a dignidade e a personalidade da pessoa humana. A tutela, assim, dirige-se à autodeterminação sexual da vítima e a preservação da sua integridade física e psíquica.

A retirada do termo “mulher” do tipo penal de estupro é bastante representativo nesse sentido: amplia-se a gama de sujeitos passíveis de sofrer essa violência, bem como a de sujeitos que podem perpetrá-la. Assume-se, nesse sentido, que não há sentido em tratar de formas distintas a mesma violência sofrida, dependendo do gênero da vítima, o que está em consonância com as exigências do Estatuto de Roma, que não diferencia a violência sexual sofrida por homens daquela perpetrada contra as mulheres.

Entendo, ainda, que se procedeu à ampliação do conceito de estupro nesse mesmo sentido, ao transportar para seu conteúdo também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, anteriormente previstos no art. 214 do Código Penal. Tanto da interpretação literal da nova redação do art. 213, quanto da análise do contexto em que foi elaborada a lei, bem como dos pronunciamentos da relatora do projeto de lei, conclui-se que a intenção do legislador era tornar as condutas de

conjunção carnal e atos libidinosos equivalentes. E equivalentes do ponto de vista simbólico, uma vez que as penas cominadas aos tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor já eram equiparadas, desde a Lei dos Crimes Hediondos.

Indo além, e pensando nas razões para que o legislador tenha optado por esse alargamento do conceito de estupro, entendo que o direito penal foi utilizado como instrumento pedagógico, no sentido de transmitir à sociedade a ideia de que o estupro pode ser perpetrado de diversas formas, não envolvendo somente a penetração vaginal. Partindo da discussão que propus no primeiro capítulo, de que a noção de estupro não é estanque, mas fruto de disputas políticas cujos resultados fazem com que o seu conceito seja mais ou menos amplo, dependendo do contexto que se vive, considero que, a partir de 2009, o legislativo impôs uma nova visão de estupro, pautada na igualdade de gênero, e por um desejo de maior reprovabilidade social de atos sexuais violentos que muitas vezes são invisibilizados.

Assim, considerando que o diploma legal em comento surgiu em decorrência da chamada “CPI da Pedofilia”, e que muitos dos abusos sexuais cometidos contra crianças e adolescentes envolve o “molestamento”, pode-se pensar, justamente, que a intenção era dar igual tratamento aos meninos e meninas abusadas, superando a distinção incongruente de que meninas são estupradas e meninos não, estes sendo vítimas de algo diferente, antes denominado de “atentado violento ao pudor”, que certamente tinha menos peso aos olhos do cidadão comum. Também se pode encarar tal mudança como fruto da influência de reivindicações de movimentos sociais, em especial do movimento feminista, ao discutir a existência de uma cultura do estupro, que permite a reprodução dessa violência em vários âmbitos da vida das mulheres, inclusive naturalizando muitos desses abusos.

A definição mais ampla de estupro, imposta pela Lei nº. 12.015/09, passou a figurar com a seguinte redação: “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”. A partir dessa nova acepção, formulei o problema de pesquisa, que buscou responder de que forma se têm definido, juridicamente, a consumação e a tentativa de estupro, após o advento do diploma legal em comento. O objetivo, assim, era entender como doutrina e jurisprudência tem construído o conceito jurídico de estupro.

A hipótese, como visto anteriormente, foi desenhada a partir da interpretação literal do novo art. 213: para a consumação do delito, bastaria a prática de ato libidinoso ou, ainda, da conjunção carnal, devendo a tentativa ser reconhecida a partir do emprego de violência ou grave ameaça. De fato, verifiquei que a doutrina majoritária tem assim entendido, com poucas exceções, da mesma forma que o STJ. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS, contudo, tem-se mostrado variável.

Enquanto alguns magistrados deixam claro, em seus respectivos votos, que a partir da nova redação os atos libidinosos são suficientes para o reconhecimento do estupro na forma consumada, a maior parte dos acórdãos estudados revela que os Desembargadores continuam utilizando a antiga sistemática de análise. Ou seja, a tipificação das condutas é centrada na intenção do agente. Assim, para reconhecer a consumação do estupro, não basta que o agente tenha praticado o ato libidinoso com a vítima, é necessário que a sua intenção seja tão somente este ato, que a sua lascívia tenha se exaurido com a sua ocorrência. Caso não o tenha, sendo o seu intento direcionado, na verdade, à prática da conjunção carnal, esse ato libidinoso, ainda que componha o suporte fático do art. 213, é reconhecido como tentativa.

Mantêm-se, assim, não obstante a (nova) redação do art. 213, aquilo que considere ser um paradoxo no julgamento dos crimes sexuais: o mesmo ato pode ser interpretado de diferentes maneiras, dependendo da intenção do agente. Se igual, por óbvio tem a mesma gravidade, provoca a mesma lesão ao bem jurídico tutelado, e causa o mesmo dano à vítima. Contudo, tais variáveis eram e continuam sendo ignoradas, em nome de uma fórmula jurídica: se a intenção do agente é cometer aquele único ato, deve sua conduta ser punida como estupro consumado; se intencionava a cópula vaginal, aquele ato deve ser entendido como mera etapa do *iter criminis* e, portanto, ser punido como tentativa.

De outra parte, ainda que o resultado da pesquisa jurisprudencial sugira que os magistrados do TJRS não têm aceitado a nova definição de estupro dada pela Lei nº. 12.015/09, talvez por não considerarem alguns atos libidinosos tão gravosos quanto a conjunção carnal, os dados aqui colhidos não são suficientes para chegar a esta conclusão. Antes, parece tratar-se de técnica jurídica que permanece sendo utilizada, sem que tenha sido feito um esforço, por parte dos magistrados, para entender a nova redação conforme a intenção do legislador. O TJRS segue, assim,

alheio ao debate, optando por manter a antiga técnica utilizada para julgar esses casos.

Já na doutrina, encontra-se alguns autores manifestamente contrários à ideia de equivalência entre as práticas de atos libidinosos e conjunção carnal. Essa crítica, aliás, faz-se presente desde a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, que igualou as penas cominadas aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, direcionando-se, atualmente, à denominação comum dada a tais condutas. De acordo com o que foi exposto no terceiro capítulo, alguns autores defendem a óbvia diferença, em termos de lesividade e reprovabilidade social, entre o coito vaginal, oral e anal, e os demais atos libidinosos, entendidos como menos graves.

Verifica-se, ademais, que essa crítica encontra amparo na mais nova redação do delito de estupro contida no Anteprojeto de Novo Código Penal, Projeto de Lei do Senado nº. 236 de 2012. Com ele, opera-se novamente a uma divisão entre conjunção carnal e ato libidinoso em tipos penais diversos, mas de forma inovadora: estupro passa a ser somente aqueles atos que envolvem penetração do pênis nas cavidades vaginal, anal e oral. Os demais atos libidinosos são transferidos para o delito de “molestamento sexual”, cuja pena prevista é menor do que aquela cominada ao delito de estupro, de dois a seis anos.

Abandona-se, assim, a corrente italiana, e segue-se a divisão operada por outras legislações europeias. A nova redação certamente agrada aos críticos não só da Lei nº. 12.015/09, mas também àqueles da Lei dos Crimes Hediondos, uma vez que volta a tratar determinados atos libidinosos (que não envolvem penetração) como menos gravosos não só do ponto de vista simbólico, mas materialmente, ao destinar-lhes pena mais amena.

Insisto, aqui, que pouco se têm debatido, do ponto de vista jurídico, acerca dessa controvérsia. A discussão existente limita-se, na verdade, a conclusões tidas como óbvias, apelando-se para supostos consensos sociais em torno do que é mais ou menos violento em termos sexuais. A questão, que é bastante complexa, merece um debate mais aprofundado, para que se chegue a uma definição mais próxima daquilo que se entende como justa. Certo é que, da leitura dos depoimentos das vítimas reproduzidos nos acórdãos, não se pode concluir que a violência sofrida por algumas é mais marcante ou menos dolorida que a de outras. Todas as experiências

relatadas são de intenso sofrimento psíquico, elemento que considero imprescindível para se definir a lesividade da conduta, aliado ao fato de que, em todos os casos, a dignidade e a liberdade sexual daquelas vítimas restaram efetivamente lesadas.

Ainda que não se possa afirmar que a inaplicabilidade da lei, no âmbito do TJRS, deva-se ao entendimento, por parte dos magistrados, de que o atual conceito de estupro é amplo demais, o fato é que a interpretação literal do art. 213 tem sido ignorada. Isso demonstra que, pelo menos em parte, o Judiciário tem se mantido alheio a algumas importantes discussões, restringindo-se à tecnicidade das decisões, sem maiores reflexões.

Assim, se de um lado o legislativo impõe uma nova definição de estupro, acompanhada, em maior ou menor medida, dos significados socialmente compartilhados em torno dessa violência, o Judiciário, por outro lado, se mantém alheio, fechado em sua técnica jurídica. Alguns doutrinadores, por sua vez, tecem críticas à nova definição de estupro sem, contudo, apontar critérios a serem utilizados para categorizar esses atos de violência sexuais, cujas diferenças são tão tênues.

Ressalvo que no decorrer deste trabalho procurei, justamente, demonstrar todos esses conflitos identificados e explorar todos os pontos da controvérsia, o que considero mais relevante do que simplesmente adotar uma posição quanto à validade ou não da lei em questão. Se, por um lado, identifico como ponto positivo da Lei nº. 12.015/09 a ampliação dos sujeitos passivos e ativos do delito de estupro, bem como a proposta de ampliação do conceito de estupro, que acredito estar em consonância com reivindicações de determinados movimentos sociais, por outro lado, acredito que o Direito Penal não seja o meio adequado para impor à sociedade uma nova visão acerca dos crimes sexuais. Lembro, aqui, que o Direito Penal é *ultima ratio*, e o poder incriminador do Estado deve ser limitado, havendo outros meios possíveis e mais eficazes de modificar uma cultura especialmente violenta com mulheres. Não obstante, essa questão deve ser discutida mais a fundo pelo Direito, sem recorrer a fórmulas e conclusões simplistas.

Concluo, do exposto, que apesar dos evidentes avanços jurídicos alcançados, progressivamente, em matéria de violência sexual, ainda há muito que desenvolver. O debate jurídico em torno de questão tão complexa quanto o fenômeno de estupro

deve ser sério, pautado por critérios objetivos e não por conclusões sem base técnica ou teórica. Do contrário, a definição do estupro, e o conseqüente tratamento jurídico da questão, permanecerão em disputa, produzindo decisões desarmônicas e pautadas por critérios arbitrariamente definidos pelos julgadores.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABREU, Martha, CAULFIELD, Sueann. Cinquenta anos de virgindade no Rio de Janeiro: as políticas de sexualidade no discurso jurídico e popular, 1890-1940. **Caderno Espaço Feminino**, 1.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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 nº. 12.015/09: as consequências jurídicas da nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, n. 101, Brasília, out. 2011/Jan. 2012.

DANCKWARDT, Ceres de Oliveira. **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: UFRGS, 2015. Trabalho de conclusão (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 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: 10 out. 2016.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro; Renovar, 2002.

FAUSTO, Boris. **Crime e Cotidiano: a criminalidade em São Paulo, 1880-1924**. São Paulo, Brasiliense, 1984.

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

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Claus Roxin no Brasil**. Disponível em: [www.ielf.com.br](http://www.ielf.com.br). Acesso em 12/11/2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. 8. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LEAL, João José. Crimes de estupro e atentado violento ao pudor: a majorante prevista no art. 9º da Lei nº. 8.072/90 e a violação do non bis in idem. **Boletim Jurídico**, Uberaba, nº. 112. Disponível em: [www.boletimjuridico.com.br](http://www.boletimjuridico.com.br). Acesso em 07/10/2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 2: Parte Especial, Arts. 121 a 234-B do CP**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual** – Comentários à Lei 12.015/09. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/09 (arts. 213 e 217-A do CP)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VENTURA, DENIS CARAMIGO. Importunação ofensiva ao pudor – Uma contravenção penal sexual. Disponível em: [jusbrasil.com.br](http://jusbrasil.com.br). Acesso em 18/11/2016.

VIEIRA, Miriam Steffen. **Universo legal em ato: a construção de categorias jurídicas em torno da violência sexual**. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: doutrina e jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

**ANEXO I – Tabelas com os casos analisados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**

**Tabela 1. Casos julgados de acordo com a antiga redação do crime de estupro**

<b>Nº. Acórdão</b>	<b>Câmara</b>	<b>Conduta</b>	<b>Estupro/ Tentativa</b>	<b>Estupro/ Consumação</b>	<b>Atentado violento ao pudor</b>	<b>Análise da intenção</b>	<b>Vítima Menor</b>	<b>Pena</b>
70064879869	8ª Câmara Criminal	“passou as mãos em seus seios, puxando pelo cabelo e apertando fortemente seu pescoço”.	X			X	X	3a, 3m
70057446791	8ª Câmara Criminal	“levou a vítima para o quarto, onde a derrubou em cima da cama, tirando suas roupas”.	X			X	X	4a, 6m
70059351833	7ª Câmara Criminal	“se despiu, também despindo a vítima, porém, só não alcançou seu objetivo (...)”.	X			X	X	2a, 2m
70046513529	8ª Câmara Criminal	“flagraram o primeiro querelado, A.M.G., de calças baixas, e a vítima, sem as roupas íntimas, desacordada, posicionada bem à beira da cama com as pernas abertas (...)”; réu confirmou ter introduzido pênis na vagina dela.	X					5a, 2m, 14d
70054717046	5ª Câmara Criminal	“carícias nos órgãos genitais da vítima”	X			X	X	2 anos
70051947315	6ª Câmara Criminal	“tocando-lhe o corpo, além de se masturbar na sua frente” + “réu tirou a sua roupa, acariciando-a, subindo em cima dela e, então, tentando introduzir o pênis em	X			X	X	5a, 10m

		sua vagina”.						
70036413813	8ª Câmara Criminal	“colocou a mão na barriga, tentou colocar na vagina”.			Tentado	X	X	4a, 2m
70036413813	8ª Câmara Criminal	“manteve relações sexuais com a vítima, introduzindo-lhe o pênis na vagina”.		X			X	6a, 3m
70039335161	8ª Câmara Criminal	“de joelhos em cima da vítima, e já sem camisa, forçava-a contra a sua vontade, a tirar a roupa, com a intenção de manter com ela relações sexuais”.	X					7 anos
70044909364	4º Grupo de Câmaras Criminais	“submeteu a vítima a várias investidas, tocando seu corpo, retirando pelo menos suas calças”.	X					4a, 2m
70037657418	8ª Câmara Criminal	“subiu em cima da vítima, esfregando seu pênis nele”.			Consumado	X	X	6 anos
70044808517	6ª Câmara Criminal	“esfregar seu órgão genital”+ “tirou a roupa da ofendida, ocasião em que friccionou seu órgão sexual contra a genitália da vítima”.	X				X	5a, 10m, 10d
70041990201	8ª Câmara Criminal	“passou as mãos nas nádegas da vítima, apalpando os seios da menor” + “a colhia em meio ao sono, (...), passando a tocar seu corpo, nas regiões antes referidas, bem como tentava lhe beijar à força”.	X			X	X	4a, 6m
70022456404	8ª Câmara Criminal	“passou a tocá-la com o intuito de manter relações sexuais”.	X			X		4a, 2m
70040186751	6ª	“esfregava o pênis na vagina e na	X			X	X	3a, 6m

	Câmara Criminal	nádega. (...) Mandava a menina chupar seu pênis. (...) tentou introduzir o pênis na vagina".						
70032854895	8ª Câmara Criminal	"se masturbava na frente da menor (...), beijando-lhe a boca e passando as mãos em seu corpo, seios, nádegas, esfregando o órgão sexual na vagina da vítima".			Consumado	X	X	16 anos*
70032854895	8ª Câmara Criminal	"despiu as calças e começou a esfregar o órgão sexual contra as nádegas da vítima".			Consumado	X	X	16 anos*
70038951737	6ª Câmara Criminal	"passando a mão em suas pernas, seios, rosto e pescoço".	----	----	----			----
70031393754	8ª Câmara Criminal	"abordou a vítima por trás e, segurando-a pelos braços, tentou conduzi-la para um matagal próximo".	X			X		2 anos
70041086257	7ª Câmara Criminal	"chegou a colocar o pênis na vagina da depoente".		X			X	6 anos
70038733747	8ª Câmara Criminal	"tentou tirar suas roupas no intuito de manter relações sexual com elas".	X			X	X	8 anos*
70039432182	7ª Câmara Criminal	"abordou a vítima e, sob ameaça exercida com uma faca, a agarrou pelos cabelos e arrastou para um beco".	X			X		4 anos
70031688781	8ª Câmara Criminal	"pegou a vítima pelo pescoço, tirou a roupa e ficou nu na cama".	X			X		4 anos
70038352118	8ª Câmara Criminal	"imobilizou-a pelo pescoço, baixou seu pijama e sua calcinha, passou a mão em seus órgãos genitais e colocou em sua vagina	X			X	X	3a, 9m, 15d

		um creme”.						
70038037628	7 <sup>a</sup> Câmara Criminal	“tirou a blusa da vítima, começou a se masturbar. Passou a tocá-lo o corpo”.	X			X		3 anos
70034717827	8 <sup>a</sup> Câmara Criminal	“acariciando seus seios e pernas por cima da roupa. (...) baixou a calça e a calcinha da vítima e levantou sua blusa (...), baixou as próprias calças e passou a esfregar o pênis na vagina desta, tendo inclusive forçado a relação sexual”.	X			X	X	6 anos
70030272884	8 <sup>a</sup> Câmara Criminal	“arrancou as roupas da vítima e tentou cópula vagínica”.	X			X	X	5a, 3m**
70036018414	8 <sup>a</sup> Câmara Criminal	“apontou a arma para a vítima, agarrou pelos cabelos e tentou levar a um mato”.	X			X		7a, 2m, 12d**
70036018414	8 <sup>a</sup> Câmara Criminal	“ato diverso da conjunção carnal”	X					7a, 2m, 12d**
70036018414	8 <sup>a</sup> Câmara Criminal	“apontou a arma para a vítima, agarrou pelos cabelos e tentou levar a um mato”.	X			X		7a, 2m, 12d**
70029659257	8 <sup>a</sup> Câmara Criminal	“lhe tirou a calça e também tirou a calça dele; que ficou em cima de seu corpo por bastante tempo e <b>sentia muita dor</b> , que O. só parou porque começou a sair sangue de sua boca (...), pingava uma coisa branca dele que não sabe o que é, que ficou também no seu corpo”.	X				X	6 anos
70035263334	6 <sup>a</sup> Câmara	“tentou penetrar o pênis na vagina da adolescente” + “acariciá-la em	X		Consumado	X	X	6a, 10m, 11d

	Criminal	seus órgãos genitais e esfregar seu pênis no corpo da ofendida”.							
70027143296	8ª Câmara Criminal	“começou a passar a mão em seu corpo, tentando tirar sua calcinha”.			Consumado		X		7a, 6m
70031579311	7ª Câmara Criminal	Abordou a vítima, tapou sua boca, e levou para dentro do apartamento. Tentou tirar sua roupa, mas ela fugiu. “tentou abraçar, beijar”. “mordeu seu seio”.	X			X			2 anos
70031681745	8ª Câmara Criminal	“tentou introduzir o pênis na vagina da vítima”.	X			X			4a, 20d
70029250834	8ª Câmara Criminal	Vítima conta que ele chegou a introduzir o pênis dentro de sua vagina, e quando tirou, ejaculou.	X						4a, 8m
70025995796	8ª Câmara Criminal	“passou as mãos na genitália da menina, dizendo ‘deixa eu colocar o tico na tua buceta’”.			Tentado	X	X		4 anos
70028542983	7ª Câmara Criminal	“introduziu o pênis na depoente”. (entenderam que não restou comprovado)	X				X		4 anos
70025146200	7ª Câmara Criminal	“passou o pênis na vagina e na bunda da vítima”.			Consumado		X		11, 2m, 18d**
70025146200	7ª Câmara Criminal	“tirava sua calça e calcinha e colocava o ‘tico na perereca’”.			Consumado		X		11, 2m, 18d**
70025079740	8ª Câmara Criminal	“levou a vítima para o mato, tirou sua roupa e beijou seu corpo”.	X			X			3a, 4m
70025822826	8ª Câmara Criminal	“foi para cima tentando com ela manter conjunção carnal”	X			X			1a, 7m, 24d

70023535016	8ª Câmara Criminal	“baixou sua calça, mostrou o pênis para as menores. Ato contínuo, cuspiu no órgão genital (...), tentando colocar o pênis em sua vagina”.	X			X	X	2 anos
70021559778	7ª Câmara Criminal	“introdução dos dedos do denunciado na vagina da vítima” + “acariciando-a com as mãos nas partes íntimas e nos seios, esfregando seu corpo contra o dela”.	X			X		4 anos
70060826856	8ª Câmara Criminal	“friccionou o pênis na vagina da infante, esfregando-se também no corpo da menor, (...) fazendo com que esta pegasse no órgão genital”.			Consumado		X	9 anos
70061885372	6ª Câmara Criminal	“abaixando sua calcinha, passando a mão e o pênis em sua vagina e, por vezes, colocando o pênis entre suas coxas”.			Consumado		X	9 anos
70056810914	5ª Câmara Criminal	“passou a mão e introduziu o dedo na vagina da vítima”.			Consumado	X	X	10a, 9m, 18d*
70063357834	6ª Câmara Criminal	“despindo-se de suas vestes e se despindo em seguida, dando início ao ato sexual, com penetração no órgão genital da ofendida”.		X			X	8a, 9m**
70038294484	8ª Câmara Criminal	“passar as mãos pelo corpo da vítima, em especial nos seios e órgãos genitais”.			Consumado		X	Réu 1: 7a, 8m, 15d e Réu 2: 7a, 6m
70054852421	8ª Câmara	“sexo oral” + “friccionar o pênis do menino e, ato contínuo, sugava-o			Consumado		X	16a, 6m*

	Criminal	lascivamente”.						
70053571113	7ª Câmara Criminal	“aproximou-se e agarrou-a pelo pescoço, derrubou a vítima e começou a passar as mãos por todo o seu corpo”.	X			X		3 anos
70038574463	8ª Câmara Criminal	“passava-lhe a mão nos seios, por dentro da blusa, alisava suas costas, passava a mão no corpo, nas nádegas e fazia movimentos pélvicos”.			Consumado	X	X	7a, 7m
70046951398	6ª Câmara Criminal	“passava a mão nos seios e nas pernas dela, pedindo para beijá-la”.	X				X	3a, 9m
70045423068	6ª Câmara Criminal	“deitou-se sobre o corpo dela, com o intuito de consumir o ato sexual”.	X			X	X	2a, 1m
70042359794	8ª Câmara Criminal	“introduziu o pênis na vagina dela”+ “introduziu seu pênis na vagina dela”. (várias vezes)		X	Consumado		X	21a, 6m***
70042374348	8ª Câmara Criminal	“obrigando-a a manter relação sexual”		X			X	6 anos
70030926885	7ª Câmara Criminal	“abordou a vítima em via pública, arrastou-a para matagal com o intuito de manter relação sexual”.	X			X		3 anos
70031467848	7ª Câmara Criminal	Conjunção carnal, sexo oral e anal		X	Consumado		X	18a, 8m**
70031467848	7ª Câmara Criminal	Conjunção Carnal		X			X	18a, 8m**
70031467848	7ª Câmara Criminal	Conjunção Carnal		X			X	18a, 8m**
70028154490	7ª	“apalpar os seios e nádegas da	X			X	X	2 anos

	Câmara Criminal	vítima, por cima das vestes, bem como beijá-la nos lábios”.						
70023775638	5ª Câmara Criminal	“tentou constranger à conjunção carnal”.	X			X		2 anos
70021899265	7ª Câmara Criminal	“começou a passar as mãos em seus seios, a fim de satisfazer a sua lascívia”.			Consumado		X	3a, 1m, 10d**
70021899265	7ª Câmara Criminal	“começou a passar as mãos em seus seios, a fim de satisfazer a sua lascívia”.			Consumado		X	3a, 1m, 10d**
70020423950	7ª Câmara Criminal	Conjunção carnal e “tentaram manter sexo anal”.		X				Dois réus: 17a, 11m, 7d

\* Concurso material

\*\* Continuidade delitiva

**Tabela 2. Casos julgados de acordo com a Lei nº. 12.015/09**

Nº. Acórdão	Câmara	Conduta	Estupro/ Tentativa	Estupro/ Consumação	Análise da intenção	Vítima Menor	Pena
70069275600	8ª Câmara Criminal	“enfiar uma das mãos entre os seios da ofendida, e baixar sua blusa”.	X		X		2a, 8m
70065104812	8ª Câmara Criminal	“esfregou o pênis no seu rosto, bem como tentou introduzir seu pênis na boca da ofendida. (...) segurou a vítima pela cintura e virou-a de costas, com o objetivo de lhe submeter à conjunção carnal”.	X		X		6a, 4m
70068929256	8ª Câmara Criminal	“jogou a vítima no chão, deixando nua da cintura para baixo e, (...), tentou manter conjunção carnal, beijando-a e passando a	X		X		5 anos

		mão pelo seu corpo”.					
70061080214	8ª Câmara Criminal	“abaixou a calça da vítima e a constrangeu a ter com ela conjunção carnal. (...) Na sequência, o denunciado estuprou novamente a vítima, com penetração anal e vaginal”.		X			14 anos*
70059788794	5ª Câmara Criminal	“agarrou-a por trás, colocou uma das mãos na boca de S., e a outra empunhou uma faca contra o pescoço da adolescente ordenando: ‘tira a roupa e não grita’”.	X		X	X	4a, 1m, 15d
70065650269	8ª Câmara Criminal	“introduziu o pênis na vagina da ofendida. (...) introduziu o pênis no ânus da vítima”.		X			6a, 8m
70065146870	6ª Câmara Criminal	“abordou a vítima que caminhava na via pública, e agarrou-a fortemente, tentando beijá-la no pescoço e puxá-la para um local ermo, ao mesmo tempo em que tentava tirá-lhe a blusa”. Há relato de que tocou em seus seios.	X				4 anos
70062726633	8ª Câmara Criminal	“passou as mãos pelas pernas de P., dizendo que iria ‘pegar em sua bucinha’”. “passou a mão em sua parte pudenda (...), na vagina passou a mão”.	X		X		4 anos
70063867204	5ª Câmara Criminal	“beijar a vítima e acariciá-la enquanto se masturbava”.		X		X	8 anos
70062840624	5ª Câmara Criminal	“deitou na cama da vítima, tirou-lhe a roupa, passou-lhe as mãos no corpo, seios e nádegas, abraçando-a e tentando beijá-la na boca”.	X		X	X	5a, 3m
70062476452	7ª Câmara Criminal	“tentou beijar a vítima, e a levou para o quarto. Ato contínuo, o denunciado iniciou tirar a roupa da ofendida, logrando baixar as calças dela até os joelhos e levantar a camiseta até a altura dos seios. (...) expôs seu pênis e mandou que a ofendida o tocasse”.	X		X		2a, 1m

70061699898	6ª Câmara Criminal	“introduziu o pênis na vagina da ofendida. (...) deu início ao ato de constranger M.S.L. a com ele praticar ato libidinoso, qual seja, coito anal”.		X			9a, 8m
70062364575	7ª Câmara Criminal	“obrigou-a a despir-se, e com ele praticar coito oral, vaginal e anal”.		X			7 anos
70060792108	5ª Câmara Criminal	“tentou tirar as roupas íntimas dela. (...) chegou a colocar a mão na calcinha da depoente, tentando tirá-la”.	X		X		3a, 6m
70051364883	8ª Câmara Criminal	“passar a mão por todo o corpo da vítima, e beijar-lhe as costas e o pescoço” + “tentou introduzir seu pênis na vagina de R.” + “beijando-lhe os seios, tentou introduzir o pênis na sua vagina”.	X		X	X	7a, 7m, 6d
70059415653	6ª Câmara Criminal	“penetrou seu pênis no ânus da vítima”.		X			7a, 6m
70055886386	6ª Câmara Criminal	“tentou constranger a vítima C. à conjunção carnal. (...) obrigou a vítima a beijá-lo”.	X		X		2 anos
70055886386	6ª Câmara Criminal	“constrangeu a vítima K. à prática de conjunção carnal e de outros atos libidinosos, consistentes em introduzir o pênis no ânus e na boca da ofendida”.		X			7 anos
70054825823	7ª Câmara Criminal	“arrancou suas calças e introduziu os dedos em sua vagina”.	X				3a, 2m
70055754675	6ª Câmara Criminal	“passou as mãos em suas nádegas”.	-	-	X		Multa = Importunação ofensiva ao pudor
70055754675	6ª Câmara Criminal	“passou a mão em suas partes íntimas”.	X		X		2a, 2m
70055754675	6ª Câmara Criminal	“tentou arrastá-la para o mato (...)”.	X		X		2a, 11m
70052959293	8ª Câmara Criminal	Denunciado abordou a vítima, levou-a até pátio de clínica, “exigiu-lhe que tirasse a roupa, aduziu que pretendia manter relação	X		X		4a, 4m

		sexual”.					
70054616875	6ª Câmara Criminal	“ergueu sua camisola e introduziu o dedo no seu ânus. (...) obrigou-a a fazer sexo oral nele, passando o pênis na boca da vítima. (...) passou as mãos nas pernas da vítima M.T., apalpou seus seios e a obrigou a fazer sexo oral”.		X			12 anos**
70054616875	6ª Câmara Criminal	“(…) passou as mãos nos seios e nas nádegas da vítima S.M.T., tentando, ainda, passar a mão em sua vagina”.		X			12 anos**
70052419967	6ª Câmara Criminal	“retirou suas calças, permanecendo nu, com os órgãos genitais à mostra, sendo que acariciava o rosto e os cabelos da ofendida”.	X		X	X	3 anos
70044748143	8ª Câmara Criminal	“tentou tirar as calças da vítima, rasgando a calcinha desta”.	X		X		3 anos
70043273168	6ª Câmara Criminal	“estacionou o veículo, tirou a camisa, agarrou a vítima e a jogou no banco de trás do automotor, ordenando-lhe que tirasse as calças”.	X		X		2 anos
70043996305	6ª Câmara Criminal	“rasgou as roupas da vítima, deixando-a seminua, com o intuito de manter relações sexuais”.	X		X		2 anos
70066232976	6ª Câmara Criminal	“pegou-a pelo braço e puxou ela com força, tentando arrastá-la para um dos quartos da casa (...). Empurrou a vítima e atirou-a em cima da cama”. Relata, contudo, que o réu passou a mão em seu corpo.	X		X	X	2a, 8m
70065384398	7ª Câmara Criminal	“arrastaram a vítima até um matagal, onde se alternaram na prática de relação sexual vaginal com a vítima (...), introdução do pênis no ânus da vítima, e manipulação de seus seios”.		X			Dois réus: Réu 1 = 24a, 3m, 7d Réu 2 = 22a, 11m
70061600110	8ª Câmara Criminal	“constrangeu sua ex-companheira à prática de conjunção carnal vaginal”.		X			12a, 8m
70063174874	7ª Câmara	“obrigou a vítima a praticar ato libidinoso		X			9 anos

	Criminal	diverso da conjunção carnal, qual seja, sexo oral".					
70054558853	8ª Câmara Criminal	"tirou a roupa do menino e o constrangeu a sexo anal (...). Depois disso, o réu trocou de lugar com D., e este penetrou o ânus do rapaz".		X		X	12a, 6m, 6d
70060529906	6ª Câmara Criminal	Réu imobilizou a vítima e levou-a para matagal, "ordenou que ela tirasse a roupa".	X				2 anos
70061213021	7ª Câmara Criminal	"despiu a ofendida, rasgando sua blusa e sutiã e tentou constrangê-la à conjunção carnal".	X				5a, 4m**
70061213021	7ª Câmara Criminal	"colocou a mão em sua vagina e chupou seus seios".	X				5a, 4m**
70058325176	7ª Câmara Criminal	"o denunciado V. obrigou a vítima a realizar sexo oral, bem como introduziu o pênis na sua vagina". "o denunciado A. passou a introduzir seu pênis na vagina da ofendida".		X			10a, 7m, 15d (cada réu)
70054352554	8ª Câmara Criminal	"introduziu o pênis na vagina".		X		X	8a, 6m
70056720683	6ª Câmara Criminal	"prática de conjunção carnal, causando-lhe desvirginamento".		X		X	8 anos
70055620215	5ª Câmara Criminal	"praticou relação sexual", "a fim de que o segundo indivíduo praticasse relações com a vítima", "que foi obrigada a fazer sexo oral".		X			Dois réus: Réu 1 = 7a, 3m Réu 2 = 6a, 6m
70052645074	6ª Câmara Criminal	"introduzir o pênis na vagina da ofendida, bem como passar a mão na vagina e no ânus da vítima".		X			6a, 3m
70050936632	8ª Câmara Criminal	"introduzindo o pênis na vagina da vítima", "introduziu o pênis no ânus da ofendida, praticando, em seguida, sexo oral na vítima".		X			12a, 10m, 20d**
70051500791	6ª Câmara Criminal	"passou as mãos nos seios desta, bem como em suas partes íntimas, por debaixo das vestes".		X			17a, 1m

70051500791	6ª Câmara Criminal	“passou as mãos nos seios desta, bem como em suas partes íntimas por debaixo das vestes, tentando-lhe arrancar as roupas”.		X			17a, 1m
70045825361	6ª Câmara Criminal	“despiu a vítima, forçando-a a manter relações sexuais”.		X			6a, 10m
70045603123	6ª Câmara Criminal	“passou a introduzir o pênis, sem uso de preservativo, em sua vagina”.		X			6a, 2m
70045144540	6ª Câmara Criminal	“constrangeu-a a praticar com ele conjunção carnal”.		X			6 anos
70043080704	7ª Câmara Criminal	“passando a manter coito vaginal”.		X			7a, 6m
70032633711	6ª Câmara Criminal	“obrigou a vítima a com ele manter conjunção carnal”, “beijar o denunciado na boca e permitir que ele acariciasse suas pernas e seios”.		X			5a, 10m

\* Concurso material

\*\* Continuidade delitiva

