



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O crime de estupro e o balizamento penal

Morená de Assumpção Avellar

Rio de Janeiro  
2012

MORENÁ DE ASSUMPÇÃO AVELLAR

O crime de estupro e o balizamento penal.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Prof<sup>a</sup>. Néli Luiza C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavres Junior

Rio de Janeiro  
2012

## O CRIME DE ESTUPRO E O BALIZAMENTO PENAL

Morená de Assumpção Avellar

Graduada pela Universidade Federal  
do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** O presente artigo busca analisar o tipo penal do artigo 213 do Código Penal, depois da reforma trazida pela Lei nº 12.015, de 7 de outubro de 2009, e seu balizamento penal, que permaneceu inalterado, mesmo frente aos novos panoramas que a reforma impôs. A expectativa diante da reforma perpetrada pela Lei nº 12.015/09 era a de que seriam resolvidas diversas questões que geravam muitas dúvidas por parte da doutrina e da jurisprudência, o que não aconteceu. Nesse panorama, torna-se fundamental uma análise crítica a respeito da manutenção de determinados comportamentos por parte do legislador, em um contexto social que clama por outros padrões de tratamento, para que não se perpetue uma situação de desatualização da norma e de um quadro de insegurança social.

**Palavras-chaves:** Estupro. Balizamento penal. Lei nº 12.015/09.

**Sumário:** Introdução. 1. O princípio da proporcionalidade e os direitos e garantias fundamentais. 2. A evolução do tipo penal do artigo 213 do Código Penal e a concepção doutrinária e jurisprudencial sobre seus aspectos mais relevantes. 3. O crime de estupro e o balizamento penal. 4. A realidade sobre a Lei nº 12.015/09 e o ideal de justiça. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a reforma trazida pela Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, que revogou o artigo 214 do Código Penal, o qual tratava do crime de atentado violento ao pudor, tendo, por sua vez, modificado também a redação do artigo 213 do Código Penal. Visa a trazer uma visão geral e uma visão específica, considerando casos concretos, da aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro e as balizas oferecidas pelos seus princípios norteadores. Para tal, estabelece como premissa o contexto em que tal norma foi estipulada, para delinear precisamente seus objetivos.

Trata-se, em realidade, da análise da justiça no tocante à aplicação da pena, uma vez que com a nova Lei, o crime de estupro tornou-se um crime único, misto, englobando diversas figuras, que guardam entre si, grande diferença de reprovabilidade social. Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre o estágio de evolução em que se encontra a sociedade brasileira e o que motivou o legislador a realizar essa reforma.

Diante desse panorama, pode-se salientar que a reforma almejou um fim. No entanto, não houve alteração no *quantum* da pena cominada em abstrato para o crime, o que leva a uma situação preocupante, vez que a tendência é a evolução no trato social, sendo desproporcional a punição dada a determinadas condutas abarcadas pelo artigo 213, em detrimento de outras.

Resta saber, assim, se a reforma cumpriu seu papel de forma eficaz, ou se o foco que se buscava atingir se desvirtuou, em virtude dos resultados até agora apresentados, diante da tendência jurisprudencial e doutrinária ao tratar do tema em voga.

Diante desse panorama, tal norma tem sido aplicada, sem no entanto, haver uma preocupação latente quanto ao exposto, uma vez que os princípios norteadores da aplicação da pena, como o da proporcionalidade, perdem sua aplicabilidade na hora da aplicação da pena, já que o balizamento penal estipulado para esses crime acaba de antemão por tolhir a liberdade que, em tese, teria o magistrado, de aplicar pena mais branda conforme menos grave for a conduta, pois mesmo que aplique a pena no mínimo legal, em alguns casos a reprimenda estará sendo severa por demais, afrontando flagrantemente o princípio da proporcionalidade.

Tendo isso em mente, o presente trabalho objetiva investigar se a aplicação de uma pena justa também seria um direito fundamental, ao passo que o legislador, em

casos como o do crime de estupro, previu um balizamento sancionatório muito rigoroso, incompatível com as novas figuras que passaram a ser abarcadas pela continuidade normativa típica da conduta, consequência do implemento da Lei 12.015/09.

Mais que isso, pretende o trabalho discutir, dentro de determinados limites, quais seriam as consequências jurídicas decorrentes de ignorarmos essa afronta ao princípio da proporcionalidade, à luz dos direitos fundamentais individuais expressos em nossa Constituição Federal, restando saber, assim, se a reforma cumpriu seu papel de forma eficaz, ou se o foco que se buscava atingir se desvirtuou, em virtude dos resultados até agora apresentados, diante da tendência jurisprudencial e doutrinária ao tratar do tema em voga.

## **1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

É fundamental, para o trabalho em questão, traçar algumas considerações sobre os princípios constitucionais penais à luz da CRFB/88. Isso se faz necessário porque o balizamento penal é fruto de uma análise principiológica.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente em seu artigo 15 que fosse observada a proporcionalidade entre a gravidade do crime cometido e a sanção a ser aplicada, *in verbis*: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. Dessa forma, fica claro que a CRFB/88 considerou o princípio da proporcionalidade como seu pilar, o que foi

refletido em diversos artigos espalhados pelo seu texto. Como bem salienta Cezar Roberto Bitencourt<sup>1</sup>:

[...] o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado, como acabamos de referir, pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

Com o movimento histórico conhecido como *Iluminismo*, que teve origem na França, procurou-se limitar a intervenção do Estado na vida particular dos cidadãos, restringindo sua atuação, configurando uma fase de não fazer estatal, caracterizada pela liberdade do governado. Nesse sentido, explicita Mariângela Gama de Magalhães Gomes<sup>2</sup>, afirmando:

No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo.

Certamente, foi a partir dos ideais iluministas que houve uma considerável diminuição do autoritarismo estatal, ganhando o indivíduo uma maior liberdade no panorama da ordem social da época. Com isso, vieram as novas dimensões da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a vedação ao exagero, ao excesso, sendo inseridos na nova concepção social, os princípios garantistas da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade.

Somado a esses fatores históricos internacionais, a Carta Magna de 1988 veio completamente tomada por idéias de redemocratização, de rompimento com uma ditadura que perdurou mais de vinte anos. Nesse contexto, o caráter analítico da CRFB/88, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente estenderam-se ao

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

<sup>2</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40-41.

título dos direitos e garantias fundamentais e a todos os outros direitos e garantias fundamentais espalhados pelo texto constitucional.

Além de constituírem uma função limitativa do Poder Público, os direitos e garantias fundamentais constituem uma legitimação do Poder Estatal, tanto que a idéia de Justiça não se separa desses direitos. Desse modo, há uma relação simbiótica entre os direitos fundamentais e o princípio do Estado Democrático de Direito, pois este, para existir, exige a legitimação dos direitos fundamentais, ao passo que, por sua vez, os direitos fundamentais dependem do Estado Democrático de Direito para serem aplicados de modo correto e eficiente.

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito estabelece que toda a atividade do Estado esteja sempre interligada axiomaticamente pelos princípios constitucionais implícitos e explícitos. Uma das principais consequências jurídicas disso é a consagração do princípio da proporcionalidade como norteador e limitador de toda ordem jurídica infraconstitucional. Assim, como bem expõe Cezar Roberto Bitencourt<sup>3</sup>:

Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) *adequação teleológica*: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) *necessidade (Erforderlichkeit)*: o meio não pode exceder os limites indispensáveis e meios lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) *proporcionalidade “stricto sensu”*: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais.

No entanto, o princípio da proporcionalidade não deve ser apenas observado quando da aplicação das leis, mas também quando da elaboração das mesmas, pelo Poder Legislativo, uma vez que o Estado Democrático de Direito engloba a convivência independente e harmônica entre si dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

---

<sup>3</sup> BITENCOURT, Op. Cit., p. 55.

Assim, diante de toda essa base constitucional, depreende-se que o balizamento penal, que é atividade atribuída tipicamente ao Legislativo, nada mais é do que um reflexo direto do princípio da proporcionalidade. O balizamento penal é a expressão do princípio da proporcionalidade na sua maneira mais clara e simples: a pena será determinada de acordo com a gravidade do crime praticado.

Na relação entre o crime e a pena cominada deve existir um equilíbrio, um juízo de ponderação entre a carga de coação que a pena exerce e a finalidade que se busca com essa cominação. Tanto deve existir um juízo de valor abstrato, exercido pelo Judiciário ao elaborar as leis, cominando as penas, quanto um juízo de valor concreto, que é realizado pelo Judiciário, no momento da aplicação da pena. No entanto, a responsabilidade do Poder Legislativo na elaboração das leis é tão grande que, se estabelecer uma sanção penal desproporcional, vai inviabilizar a atividade eficiente do Judiciário, que não terá como escapar da desproporcionalidade que já ocorreu, restando apenas a possibilidade de minimizá-la.

O legislador, ao cominar a sanção em abstrato do delito deve levar em conta a ordem constitucional vigente, para que não ocorram os exageros, que são vedados pela proporcionalidade. Essa determinação não pode partir de um senso individual, subjetivo, mas sim de um senso comum, social.

Nesse contexto, vem à tona a problemática trazida pela reforma instituída através da Lei n. 12.015/09.

Uma das alterações mais significativas trazidas pela Lei n. 12.015/09, e que é foco do presente trabalho, foi a revogação do artigo 214 do Código Penal, o qual tratava do crime de atentado violento ao pudor. Não houve *abolitio criminis*, mas simplesmente uma continuidade normativo-típica, ou seja, não é que o crime de atentado violento ao pudor tenha deixado de existir, uma vez que o que ocorreu foi a



condensação deste com o crime de estupro, ficando ambos tipificados pelo artigo 213 do Código Penal.

Com a nova redação do artigo 213 do Código Penal, ele passou a ser um tipo penal misto, ou seja, um tipo penal que engloba diversas condutas, diversos núcleos verbais. Para praticar o crime do artigo 213 do Código Penal, bastaria praticar uma das condutas englobadas por ele.

No entanto, a diferença entre o desvalor e a gravidade entre as diversas condutas englobadas pelo tipo penal em comento é incomensurável. Se para algumas condutas a gravidade da sanção cominada pode ser considerada razoável, o mesmo não se dá em relação às demais, uma vez que quando confrontados com o nível de gravidade daqueles, beiras as raias da insignificância.

Assim, enquanto a pena de seis a dez anos pode ser considerada razoável para a conjunção carnal e a conjunção anal, seria extremamente desproporcional quando aplicada ao beijo lascivo, a título exemplificativo.

Dessa forma, fica evidente a afronta ao princípio da proporcionalidade, que é princípio fundamental da ordem constitucional brasileira.

Por esses motivos explicitados, é tão importante a função limitadora dos direitos e garantias fundamentais, em especial do princípio da proporcionalidade, uma vez que impedem os excessos, as extrapolações que são verificadas tanto em sede de análise quanto em sede de aplicação das leis.

Assim, torna-se essencial a análise da evolução histórica do tipo penal do artigo 213 do Código Penal, desde a sua origem até a ordem constitucional vigente, o que será enfrentado no próximo capítulo, para que se possa compreender o balizamento penal dado ao tipo e, conseqüentemente, apresentar as críticas e possíveis soluções para a polêmica trazida.

## **2. A EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL E A CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE SEUS ASPECTOS MAIS RELEVANTES**

A Lei nº 12.015 de 10 de agosto de 2009 foi sancionada no dia 7 de agosto de 2009. Essa lei reformulou o Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, que trata dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.

Antes da alteração legislativa o artigo 213 do Código Penal possuía a seguinte redação:

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

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

Por sua vez, antes da alteração legislativa, o artigo 214 do Código Penal possuía a seguinte redação:

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

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

Com a alteração trazida pela Lei nº 12.015/09 foram reunidas as condutas antes tipificadas no artigo 213 e no artigo 214, ambos do Código Penal, em um tipo penal único, que passou a ser o novo artigo 213, recebendo o nome de crime de estupro.

O artigo 213, *caput* do Código Penal 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.

As modificações realizadas pela Lei nº 12.015/09 trouxeram solução para diversas questões depreendidas das tipificações anteriores. No entanto, como toda

mudança, acabou por criar novas problemáticas e discussões. Toda vez que uma mudança é implementada, os estudiosos precisam analisá-las, revendo seus conceitos para conseguirem delinear o verdadeiro alcance da nova norma.

Não foi diferente o que ocorreu com as modificações trazidas pela Lei nº 12.015/09.

Antes da modificação, o crime de estupro do artigo 213 do Código Penal apenas admitia como sujeito passivo a mulher, virgem ou não, recatada ou não, até mesmo cônjuge ou companheira. Por sua vez, admitia como sujeito ativo apenas o homem. A doutrina também defendia que nada impedia que a mulher fosse co-autora do crime de estupro.

Explicita Cezar Roberto Bitencourt<sup>4</sup> que “Sujeito ativo, individualmente considerado, somente pode ser o homem. Nada impede, porém, que uma mulher seja co-autora de estupro, diante das previsões do arts. 22, 29 e 30, *in fine*, do CP”.

Já o crime do artigo 214 do Código Penal, antes da modificação, admitia como sujeito passivo o homem ou a mulher. O sujeito ativo também podia ser qualquer pessoa, homem ou mulher, em relações hétero ou homossexuais, também admitindo-se co-autoria e participação, até mesmo entre homens e mulheres, seja no polo ativo ou seja no polo passivo.

Com a reunião de ambos os artigos em um só, hoje o crime é o do artigo 213 do Código Penal, recebendo o nome de estupro. Como é resultado a reunião de dois tipos penais anteriores, passou a admitir como sujeito ativo qualquer pessoa e o sujeito ativo também passou a ser qualquer pessoa.

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*; v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

Além disso, o artigo 213 do Código Penal passou a ser um tipo misto, múltiplo, plurinuclear ou de conteúdo variado. O tipo misto é aquele que reúne várias condutas, várias formas de atuação do agente, num único tipo penal. Difere do crime de ação única, que descreve apenas um único verbo, uma única forma de atuação do agente.

O que a doutrina e a jurisprudência ainda discutem é se o estupro configura um tipo misto cumulativo ou alternativo. Este traz uma fungibilidade entre os diversos núcleos, sendo indiferente a realização de qualquer um deles, pois o delito continua único, pois a prática de mais de um ato não agrega maior desvalor ao fato. Por outro lado, o tipo misto cumulativo também traz diversas condutas, núcleos, mas sem trazer fungibilidade entre eles, sendo figuras independentes, autônomas, o que significa que cada núcleo poderia ser previsto como um crime em um tipo penal individual. A prática de mais de uma conduta agrega sim maior desvalor ao fato realizado.

Essa discussão também implica divergências quanto à possibilidade do reconhecimento do concurso de crimes e da continuidade delitiva, o que já existia antes da Lei nº 12.015/09 entre os crimes do artigo 213 e 214, todos do Código Penal. Após a Lei nº 12.015/09, essa discussão se perpetuou.

O que se pode depreender da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é que a mesma é tendente à classificação do crime de estupro, após a modificação trazida pela Lei nº 12.015/09, como um tipo misto cumulativo, como pode-se perceber no julgado a seguir:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE DESCRIÇÃO DOS TIPOS PENAIIS NA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPECTIVA CAUSA DE AUMENTO. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS.

NECESSIDADE DE PROVA DOCUMENTAL. PRESCINDIBILIDADE. VÍNCULO DE PARENTESCO DEMONSTRADO POR MEIO DE OUTRAS PROVAS. ORDEM DENEGADA.

1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).

2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.

3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal.

Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como *praeludia coiti* – e não o ato libidinoso autônomo.

(HC 105.533/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 07/02/2011).<sup>5</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. EXPERIÊNCIA DAS VÍTIMAS. CRIME HEDIONDO. LEI Nº 12.015/2009. ARTS. 213 E 217-A DO CP. TIPO MISTO ACUMULADO. CONJUNÇÃO CARNAL. DEMAIS ATOS DE PENETRAÇÃO. DISTINÇÃO. CRIMES AUTÔNOMOS. SITUAÇÃO DIVERSA DOS ATOS DENOMINADOS DE PRAELUDIA COITI. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O exame do v. acórdão vergastado evidencia a existência de provas suficientes para amparar o juízo condenatório alcançado em primeiro grau. Ademais, não se admite, na via eleita, que se proceda a nova dilação probatória.

II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal.

III - Na linha da jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso constituem-se os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (na antiga redação), ainda que perpetrados em sua forma simples em crimes hediondos, submetendo-se os condenados por tais delitos ao disposto na Lei nº 8.072/90.

IV - A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novel tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo.

V - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada

<sup>5</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 105.533/PR. Relator (a): Ministra Laurita Vaz. Turma: Quinta Turma. Julgado em 16/12/2010, DJe 07/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação.

VI - Sem embargo, remanesce o entendimento de que os atos classificados como *praeludia coiti* são absorvidos pelas condutas mais graves alcançadas no tipo.

VII - Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras.

Ordem denegada.

(HC 104.724/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010).<sup>6</sup>

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO.

1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art.

213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).

2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.

3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal.

Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável como *praeludia coiti* - e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.

4. Recurso provido.

(REsp 987.124/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 04/04/2011).<sup>7</sup>

Assim também explicita Walter Tebet Filho<sup>8</sup>:

Não se pode, também, perder de vista, que as ações direcionadas à prática da conjunção carnal constituem uma conduta, já as ações direcionadas à prática

<sup>6</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 104.724/MS. Relator: Ministro Jorge Mussi. Relatoria para acórdão: Ministro Felix Fischer. Turma: Quinta Turma. Julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

<sup>7</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 987.124/SP. Relator (a): Ministra Laurita Vaz. Turma: Quinta Turma. Julgado em 09/11/2010, DJe 04/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

<sup>8</sup> TEBET FILHO, Walter. *O concurso de crimes no novo art. 213 do Código Penal*. Disponível em: <[http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso\\_crimes\\_art213\\_cp.pdf](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso_crimes_art213_cp.pdf)>. Acesso em 11 de Mar. 2012.

de outros atos libidinosos, especialmente o coito oral e o coito anal, constituem outra conduta e, nestes casos, não temos uma conduta, mas duas condutas, revelando desígnios autônomos, não se podendo, assim, falar em continuidade delitiva, mas sim em concurso material.

Tanto antes das alterações trazidas pela Lei 12.015/09 como depois dessas alterações, o que se observa é a tendência jurisprudencial e doutrinária a estabelecer que não havia a continuidade delitiva entre os crimes de atentado violento ao pudor e o crime de estupro, bem como o concurso entre esses crimes, e que, hoje, também não há. A questão do prelúdio ao coito, tanto na redação anterior quanto na redação atual modificada pela Lei nº 12.015/09, é tratado da mesma forma: se o ato libidinoso for meio para que o agente chegue à conjunção carnal, ao coito oral e ao coito anal, a conduta poderia ser absorvida. Além disso, admitem a continuidade delitiva quanto da prática da mesma conduta, injusto, núcleo. Se o sujeito constrange mulher à prática de conjunção carnal mais de uma vez, o que se pode fazer é reconhecer a continuidade delitiva aqui, pois estar-se-ia diante de apenas um núcleo verbal. O que não se configura diante do caso de o sujeito constranger mulher à conjunção carnal e depois contrangê-la à prática do coito anal. Como estar-se-ia diante da prática de dois núcleos, não poderia ser reconhecida a continuidade delitiva, mas sim o concurso de crimes. No entanto, o tema ainda é muito divergente tanto na doutrina como na jurisprudência, havendo quem defenda tratar o artigo 213 do Código Penal de um tipo misto cumulativo e havendo que sustente tratar-se de um tipo misto alternativo.

Toda essa discussão conduz à análise do balizamento penal do novo artigo 213 do Código Penal. Essa discussão já era latente quando se tratava do crime de atentado violento ao pudor, do antigo artigo 214 do Código Penal. Isso porque, como o crime podia ser cometido de diversas formas, não era justo que a pena fosse a mesma para toda e qualquer forma de cometimento do delito.

Essa problemática se perpetua hoje, pois com a reunião do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, continuaram a existir diversas formas de cometimento do delito e o balizamento penal continuou sendo o mesmo, com uma pena de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

### **3. O CRIME DE ESTUPRO E O BALIZAMENTO PENAL**

Com o agrupamento de diversas condutas no tipo penal de injusto do artigo 213 do Código Penal vem à tona uma questão muito importante, que é a relação entre o balizamento penal e a conduta ofensiva ao bem jurídico tutelado.

Não se pode perder de vista o que se visa a proteger com o tipo penal do artigo 213 do Código Penal, que é a liberdade sexual do homem e da mulher, indiferentemente. A liberdade sexual é a faculdade que têm o homem e a mulher de escolherem, livremente, seus parceiros sexuais.

No entanto, o tipo penal descreve a conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. A expressão “outro ato libidinoso” abarca qualquer outro ato libidinoso distinto da conjunção carnal, pois esta engloba apenas a cópula vagínica. Ato libidinoso é o ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual. É lógico que cópula vagínica é um ato libidinoso, no entanto quanto à ela não existe discussão, pois é um ato definido. Já a expressão “outro ato libidinoso” gera dúvidas, pois pode abranger uma série de condutas.

Percebe-se, claramente, que o tipo penal do artigo 213 do Código Penal por um lado é muito restritivo, quando menciona a conjunção carnal, e por outro lado é muito amplo, quando menciona a prática de outro ato libidinoso sem especificá-lo. Isso acaba



por criar um grande problema para os aplicadores do direito, pois confere aos mesmos certa discricionariedade no enquadramento de uma conduta, pois não encontram limites jurídicos definidos para classificá-la como "ato libidinoso", levando a interpretações extremamente subjetivas, ou seja, com base em concepções eminentemente morais.

Contudo, o maior problema que se estabelece não é o do enquadramento das condutas no tipo penal, mas sim o do balizamento penal estipulado para o injusto.

A pena cominada para o crime do artigo 213 do Código Penal é a de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez anos). Com a diversidade de condutas abarcadas pelo tipo, faz-se necessária tal crítica.

A pena é a principal consequência do injusto penal. Visa, teoricamente, a prevenir e reprimir as condutas transgressoras da norma penal, diante da tolerância comportamental violadora de bens tutelados, com o objetivo de garantir a paz social e a segurança pública. A política criminal realizada pelo Direito Penal é legitimada pela chamada teoria da pena, que envolve a lógica da retribuição do crime e da prevenção geral e especial da criminalidade. A prevenção geral e especial da criminalidade são as funções atribuídas à pena criminal pela ideologia penal oficial. A prevenção especial é definida pelo magistrado quando da aplicação da pena, a qual deve ser individualizada, necessária e suficiente para a prevenção do crime. A prevenção geral objetiva evitar crimes futuros, pela intimidação causada pela pena. Por sua vez, a pena como retribuição do crime significa a imposição de um mal justo face ao mal injusto do crime, o que é necessário para restabelecer o Direito.<sup>9</sup> Nesse panorama, é indispensável a análise da pena sob o princípio da proporcionalidade, o que já foi explicitado no capítulo 1 do presente trabalho, pois qualquer excesso de severidade torna a pena inócua, desvia a pena de sua finalidade principal. Quando do balizamento penal e

---

<sup>9</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral* – 4. ed. rev. ampl. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 419-426.

quando da aplicação da pena, tanto o legislador quanto o magistrado não podem olvidar o princípio da proporcionalidade. Tanto a pena cominada quanto à aplicada devem ser proporcionais ao injusto penal e isso ganha grande relevância diante de um tipo penal como o do artigo 213.

A discussão existe exatamente na diferença entre o desvalor e a gravidade do ato praticado. Se para condutas como a conjunção carnal, o sexo anal e o sexo oral a gravidade da sanção cominada, que é a pena mínima de seis anos de reclusão, pode ser considerada uma pena razoável, o mesmo não se pode dizer em relação às demais condutas que, quando comparadas com a gravidade da sanção cominada, chegam a ser insignificantes.

É o que ocorre, por exemplo, com condutas como o beijo lascivo, os tradicionais “amassos”, os toques nas regiões pudendas e as “apalpadas”. Essas condutas sempre integraram o rol dos atos considerados como atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mesmo antes da modificação trazida pela Lei nº 12.015/09, e configuravam algumas das condutas abarcadas pelo tipo penal do revogado artigo 214 do Código Penal, que era o crime de atentado violento ao pudor. Assim também determina a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. ALEGAÇÃO QUE DEMANDA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO CONSUMADO.

1. A desclassificação do delito de atentado ao pudor para a contração penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 do Decreto-lei nº 9.760/1946) constitui pretensão que demanda, necessariamente, análise aprofundada do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

2. O delito de atentado violento ao pudor (à época previsto no art. 214 do Código Penal) se consuma com a efetiva prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

3. Na hipótese, verifica-se, pela fundamentação declinada pelo Magistrado singular, que consumou-se o delito de atentado violento ao pudor, uma vez que restou evidenciada a prática de atos libidinosos com efetivo e reiterado contato físico entre o agressor e a vítima menor.

4. De se ver que em "nosso sistema, o delito de atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os

contatos voluptuosos e os beijos lascivos." (Resp nº 1.007.121/ES, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 28/09/2009.) 5. Ordem denegada. (HC 170.189/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 12/09/2011).<sup>10</sup>

No entanto, com o advento da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, houve a elevação, promovida pelo legislador, da pena fixada em abstrato para o delito de atentado violento ao pudor (antigo artigo 214 do Código Penal) em sua modalidade simples, equiparando-a à sanção imposta ao crime de estupro que é a de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão. É aí que se encontra o cerne da discussão. Com o estabelecimento dessa pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão, falta danosidade proporcional a algumas condutas consideradas como atos libidinosos, danosidade esta que pode ser muito mais facilmente enxergada e compreendida em condutas como a conjunção carnal, o sexo anal e o sexo oral.

A Lei nº 12.015/09, ao modificar a redação do artigo 213 do Código Penal, acabou por perpetuar uma problemática que antes já existia acerca do artigo 214 do Código Penal e da sanção estabelecida para o mesmo. O que se depreende que é que há uma frontal violação do princípio da isonomia e da proporcionalidade, uma vez que a partir da previsão de uma pena mínima extremamente elevada acaba por igualar agentes que se encontram em situações distintas, tornando muito difícil a ocorrência de uma justa aplicação de pena, pois um toque forçado nas partes íntimas é, por óbvio, um ato libidinoso que precisa ser reprimido, mas é impossível que o mesmo seja comparado à conjunção carnal, por exemplo. No entanto, isso não terá importância, pois ambos os atos estão sujeitos à mesma pena mínima, o que leva o aplicador da pena a fazer um balizamento que parte de uma pena extremamente gravosa.

---

<sup>10</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 170.189/MS. Relator: Ministro OG Fernandes. Turma: Sexta Turma. Julgado em 01/09/2011, DJe 12/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

Diante desse dilema, a doutrina e a jurisprudência, até hoje, buscam encontrar uma solução para a composição da aplicação da pena com os princípios da isonomia e da proporcionalidade. Uma solução é a de que, nesses casos da prática de conduta menos gravosa, quando em local público ou acessível ao público, dever-se-ia desclassificar a conduta para a contravenção do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, *in verbis*:

Art. 61. Importunar alguém, em local público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:  
Pena – multa.

Esse entendimento é encontrado, também, na jurisprudência:

APALPADELA DOS SEIOS DE MENOR. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROPORCIONALIDADE. DESCLASSIFICACAO. ATO OBSCENO. O ATO DE APALPAR OS SEIOS DA VITIMA, CRIANCA DE 12 ANOS DE IDADE, MERECE REPRIMENDA, MAS NA PROPORCIONALIDADE COM A GRAVIDADE DO FATO QUE, DIFERENTEMENTE DE OUTROS, NAO ATINGE AS CARACTERISTICAS DE VIOLENCIA E REPUDIO DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. A RESPOSTA JURISDICCIONAL PRETENDIDA DARIA AO FATO A MESMA SANCAO DE UM HOMICIDIO SIMPLES, O QUE EVIDENCIA A DESPROPORCAO ENTRE A ACAO E SANCAO ALVITRADA NO RECURSO DA ACUSACAO. A PRESUNCAO DE VIOLENCIA NAO PODE ATINGIR O INJUSTO. REPRIMENDA NECESSARIA QUE SE FAZ COM A DESCLASSIFICACAO DO DELITO, TAL COMO PROMOVIDA NA SENTENCA. O CRIME E DE ATO OBSCENO TIPIFICADO NO ARTIGO 233, CP. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.” (Apelação Crime Nº 70000765230, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 22/03/2000).<sup>11</sup>

Caracteriza-se contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP) o gesto de passar as mãos pelos seios ou nádegas da vítima, eis que isso, antes de caracterizar atentado violento ao pudor, que corresponde a atuar muito mais intenso e a um ataque bem mais definido, do ponto de vista da satisfação da lascívia, melhor corresponde à figura convencional. (TJSP, AC, Rel. Canguçu de Almeida, RT, 730:525).<sup>12</sup>

O beijo roubado, assim como o toque superficial e fugaz, por sobre as vestes, nos seios de uma mulher, não caracterizam a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal e sim a conduta indecorosa de importunação

<sup>11</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Crime Nº 7000 0765230. Relator: Desembargador Aramis Nassif. Quinta Câmara Criminal. Julgado em: 22/03/2000. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

<sup>12</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível. Relator: Desembargador Canguçu de Almeida. RT, 730:525. Disponível em: <<http://www.tjsj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

ofensiva ao pudor. (TJSC, AC, Rel. Nilton Macedo Machado, RT 725:577).<sup>13</sup>

Aquele que encosta em mulher, ainda que de frente, para a satisfação da concupiscência, mas sem violência ou grave ameaça, comete apenas a contravenção de importunação ofensiva ao pudor e não atentado violento ao pudor. (TJSC, AC, Rel. Gonçalves Santana, RT, 397:84).<sup>14</sup>

Por sua vez, quando a prática da conduta menos gravosa ocorresse em local que não um local público ou acessível ao público, deveria a conduta ser considerada atípica. Esse também é o entendimento de Celso Delmanto<sup>15</sup>, logo após a inovação trazida pela Lei nº 8.072/90:

[...] ainda quanto à Lei nº 8.072/90, a cominação de pena igual à do estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor como crime hediondo (art. 1º da mesma lei), nos parecem excessivas nos casos de simples contato corporal lascivo (abraços e beijos) ou de contemplação lasciva, restando ao juiz, nessas hipóteses, aplicar a pena mínima, desclassificar para o delito do art. 61 da LCP ou considerar o fato atípico.

Há ainda, vertente doutrinária e jurisprudencial que tendem a aplicar o princípio da insignificância em relação a esses atos de menos gravidade, o que também levaria à sua atipicidade.

O princípio da insignificância foi cogitado, pela primeira vez, por Claus Roxin, em 1964. De acordo com esse princípio é necessário que haja uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Há condutas que se inserem em um tipo penal determinado, no entanto não possuem relevância material. Nesses casos, afasta-se a tipicidade penal, pois o bem jurídico que se pretende tutelar sequer chegou a ser atingido, ou seja, lesado.

---

<sup>13</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apelação Cível. Relator: Desembargador Nilton Macedo Machado. RT 725:577. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

<sup>14</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apelação Cível. Relator: Desembargador Gonçalves Santana. RT, 397:84. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

<sup>15</sup> DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.353.

O Supremo Tribunal Federal se utiliza desse princípio principalmente nos crimes de furto. Há uma subdivisão em tipicidade material e tipicidade formal, e o princípio da insignificância acaba por afastar a primeira, restando apenas a tipicidade formal. Com isso, afasta-se a tipicidade, sendo a conduta considerada atípica. Para a consideração da incidência desse princípio a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal elaborou quatro requisitos: mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Desse modo, há quem considere esse princípio para afastar a tipicidade material de determinadas condutas, afastando sua tipicidade. Na atual conjuntura que ronda o artigo 213, é preferível, até mesmo a aplicação do princípio da insignificância diante da prática de determinados atos ao invés da aplicação da pena mínima de 6 (seis) anos, pela desproporcionalidade de tal medida.

No entanto, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não tem permitido a desclassificação do delito de estupro, do artigo 213 do Código Penal, para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, do artigo 61, da Lei de Contravenções Penais, conforme pode-se depreender do seguinte acórdão:

PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ANTIGA REDAÇÃO, ANTERIOR À LEI 12.015/09). PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU, ALTERNATIVAMENTE, DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INADMISSIBILIDADE. EXAME MINUCIOSO DE PROVA. IMPROPRIEDADE DO WRIT.

I - Em nosso sistema, o atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.

II - Se, tanto em primeiro como em segundo grau, restou entendido que o ora paciente praticou atos próprios do ilícito imputado, não cabe a absolvição ou a desclassificação fulcrada no princípio da razoabilidade (Precedentes).

III - De outro lado, não é admissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como justiça e proporcionalidade ao caso concreto, desclassifique o delito de atentado violento ao pudor para constrangimento ilegal, em razão da alegada menor gravidade da conduta.

IV – Ademais, o pleito de absolvição ou o reconhecimento de uma nova classificação da conduta do réu implicaria, in casu, o amplo revolvimento de matéria fático-probatória, o que se mostra inviável na estreita via do habeas corpus (Precedentes).

Ordem denegada.

(HC 154.433/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 20/09/2010).<sup>16</sup>

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. PERFEITA CONFIGURAÇÃO DO CRIME. CONDUTA DE INTRODUIZIR A MÃO POR DENTRO DA ROUPA E TOCAR PARTES ÍNTIMAS DAS VÍTIMAS. RECURSO PROVIDO.

1. Ao analisar o tipo penal descrito no 214 do Código Penal, em sua redação original, observa-se que se consuma o crime de atentado violento ao pudor com a prática de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, cometido por intermédio de violência ou grave ameaça.

2. "Em nosso sistema, o delito de atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos." (REsp 1.007.121/ES, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 28/09/2009.) 3. No caso, a conduta do Réu consistiu em introduzir a mão por dentro da roupa e tocar as partes íntimas das vítimas, restando indubitável a prática do delito em questão.

4. O Tribunal a quo, por outro lado, absolveu o Réu do tipo penal previsto no art. 214 do Código Penal, sob o mero fundamento de falta de "proporcionalidade entre o crime e o castigo". Essa decisão, nitidamente *contra legem*, está a merecer pronta cassação desta Corte.

5. Afigura-se imprescindível que o tipo penal do art. 214 do Código Penal, durante a sua vigência, seja efetivamente aplicado, posto que o legislador endereçou um comando, e não uma faculdade, ao aplicador da lei, não podendo o julgador afastar a sua incidência por considerá-la excessiva no caso concreto.

6. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor, em face de sua incapacidade volitiva. Não é possível afastar essa hipótese com base em prova inválida, consistente em certidão de nascimento visivelmente rasurada.

7. Recurso provido para cassar o acórdão hostilizado e determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que, considerando que as condutas do Réu configuram o delito do art. 214 do Código Penal, em sua redação original, prossiga no julgamento das demais teses defensivas expostas na apelação criminal.

(REsp 897.748/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 28/06/2010).<sup>17</sup>

Entretanto, essa posição apresentada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça viola diretamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa

<sup>16</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 154.433/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Turma: Quinta Turma. Julgado em 19/08/2010, DJe 20/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

<sup>17</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 897.748/RS. Relator (a): Ministra Laurita Vaz. Turma: Quinta Turma. Julgado em 29/04/2010, DJe 28/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

humana, da isonomia, da proporcionalidade e, até mesmo, do devido processo legal, devendo ser demasiadamente confrontada.

O que se pode depreender de todo o exposto, é que a Lei 12.015 não conseguiu atingir todos os pontos cruciais esperados, pois restaram dúvidas fundamentais a respeito do tipo do artigo 213 do Código Penal, o que será melhor detalhado no capítulo subsequente.

#### **4. A REALIDADE SOBRE A LEI Nº 12.015/09 E O IDEAL DE JUSTIÇA**

Diante de todo o exposto, é notório que a alteração feita no Código Penal pela Lei 12.015/2009 foi uma alteração que deixou a desejar.

Se por um lado sanou algumas discrepâncias que antes existiam, por outro acabou por complicar, ainda mais, uma situação que já incomodava demais a doutrina e os aplicadores do direito, que é a situação das condutas abrangidas pelo revogado tipo penal do artigo 214 do Código Penal e a pena a ele cominada, que se iniciava em 6 (seis) anos de reclusão.

Na realidade, o grande equívoco do revogado artigo 214 do Código Penal era que o mesmo considerava atentado violento ao pudor, com pena mínima de 6 (seis) anos, a prática de quaisquer atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como o beijo lascivo e as “apalpadinhas”, por exemplo.

O que na verdade ocorre é que, na prática, os aplicadores não encontraram nessa reforma a solução que esperavam para aplicação da penalidade de forma mais justa ou, pelo menos, que se aproximasse mais de um ideal de justiça. Isso fica evidente diante de um panorama atual em que, antes de tudo, procura-se evitar o encarceramento pelo encarceramento, substituindo-se a prisão privativa de liberdade por um outro modelo,



que é o relativo às penas alternativas. Além disso, coloca-se a sociedade como corresponsável e atenta aos fins da pena, sendo a prisão privativa de liberdade um instrumento deletério que não educa, não socializa, não dá condições efetivas a futura inserção social, que estigmatiza, que desassocia. Pois a formação do indivíduo em sociedade se conflita diretamente com a própria perda da liberdade, e num ambiente de miséria e opressão, que são as unidades carcerárias.

No entanto, a pena ainda é uma exigência traumática, que tem como imperativo a punição e aquilo a que chamamos de finalidade socialmente útil, ou seja, uma relação de causa e não uma relação de finalidade.

A pena, quanto a seus fins é pluridimensional. Daí suas dificuldades em relação tanto ao aplicador (juiz) quanto ao executor (administrador das unidades prisionais). O que vale dizer, é que o valor intimidativo da pena é importante. Não está no seu aumento, mas sim na sua real aplicação como sanção. O endurecimento das penas não leva à nada, o importante é que elas sejam efetivamente aplicadas e executadas.

Diante desse quadro que se impõe, a Lei 12.015/09 não foi uma lei competente para tratar do assunto de forma eficiente. Como a dificuldade continua a existir, o que se pode esperar do magistrado é que, em muitos casos, seja a conduta desclassificada do crime de estupro para infração penal muito mais branda.

Uma vez que a justiça fica nas mãos da jurisprudência, fica difícil existir, de frente, uma manifestação uníssona sobre o tema, o que levará ainda certo tempo para sua confecção. Enquanto isso, infelizmente, as pessoas terão que lidar com a sensação de insegurança jurídica, o que se agrava para quem sofre o processo penal e suas consequências, principalmente o encarceramento.

É bem provável que a real intenção do legislador tenha sido a de colocar em um mesmo patamar tanto o estupro quanto a relação sexual oral e anal, da qual a pessoa do

sexo masculino também pode ser vítima. Contudo, melhor teria sido se a lei esclarecesse a real abrangência do tipo penal do revogado artigo 214 do Código Penal e modificasse o balizamento penal do mesmo, pois assim teria o legislador solucionado de vez uma questão tão discutida e que gera tamanha labilidade, em lugar de camuflá-la com uma linguagem imprecisa, quase falaciosa e demasiado abrangente, geradora de possíveis e enormes injustiças.

No entanto, como o que se tem na realidade é o quadro que foi demonstrado no presente artigo, cabe ressaltar que a tarefa de fazer valer novas interpretações a respeito do tema caberá aos doutrinadores e aos aplicadores do direito, o que envolve demasiada responsabilidade, uma vez que devem à sociedade a sensação de segurança e justiça e, por sua vez, como toda situação abarca dois lados, devem dar ao réu uma sensação de segurança jurídica, de que serão respeitadas todas as suas garantias durante o processo, e nesse caso, principalmente no momento da fundamentação e da aplicação da pena. Deve ser formada, pela doutrina e pela jurisprudência, uma nova sensação de segurança e de justiça, que acompanhem a evolução social, pois o direito sempre foi e sempre será o reflexo da sociedade.

## **CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, considera-se que a Lei nº 12.015/09 possui seus aspectos positivos e negativos.

No entanto, em relação ao balizamento penal que restou configurado diante da modificação do artigo 213 do Código Penal, os aspectos negativos são gritantes.

Uma vez que não foram descritas de forma individualizada cada uma das condutas que possam ser consideradas como ato libidinoso diverso da conjunção carnal,

tal balizamento tornou-se um grande violador do basilar princípio da proporcionalidade, que é princípio geral de direito.

Foi mantido um grande problema que já existia à época em que ainda vigorava o crime de atentado violento ao pudor, do revogado artigo 214 do Código Penal, que era exatamente esse balizamento penal de 6 (seis) a 10 (dez) anos, sem serem individualizadas as condutas que estariam abarcadas pelo tipo.

Assim, depreende-se que a real intenção do legislador tenha sido a de equiparar o estupro à relação sexual oral e anal, das quais o homem também pode ser vítima. Contudo, as modificações deveriam ter sido muito mais minuciosas, para serem resolvidos de vez problemas que latejam há bastante tempo na doutrina e na jurisprudência.

Diante disso, restou por óbvio, aos magistrados, a tarefa de realizar a interpretação da norma, para extrair essa real intenção do legislador para, na prática, não seja aplicada a pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão a um agente que tenha beijado a vítima à força. O que se espera é a posição efetiva da jurisprudência no sentido de descaracterizar o crime de estupro quando o ato praticado não possui a gravidade de uma conjunção carnal, um coito oral ou um coito anal, condutas estas que devem ser punidas com o rigor que a pena cominada as impõe.

Da mesma forma se espera da doutrina, para que as considerações acerca dessa polêmica possam efetivamente proteger as vítimas de condutas extremamente graves ao mesmo tempo que possa tutelar o direito do agente de receber uma pena justa em relação a conduta por ele praticada, uma vez que também é direito fundamental do réu a aplicação de uma pena justa à ele, pela conduta por ele realizada. É o que se pode depreender de uma interpretação sistemática do artigo 5º, incisos XLV, XLVI, XLVII, LIII, LIV e LV da CRFB de 1988.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 15 de Out. de 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*; volume 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 353.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral – 4. ed. ver. Ampl. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.*

TEBET FILHO, Walter. *O concurso de crimes no novo art. 213, do Código Penal*.

TEBET FILHO, Walter. *O concurso de crimes no novo art. 213 do Código Penal*. Disponível em: <[http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso\\_crimes\\_art213\\_cp.pdf](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2009/concurso_crimes_art213_cp.pdf)>. Acesso em 11 de Mar. 2012.