



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A amplitude do conceito da expressão “ato libidinoso” e suas consequências quanto à delimitação da infração praticada e a respectiva pena

Joana Barros Neto Barbosa de Barros

Rio de Janeiro

2015

JOANA BARROS NETO BARBOSA DE BARROS

A amplitude do conceito da expressão “ato libidinoso” e suas consequências quanto à delimitação da infração praticada e a respectiva pena

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

Orientadores:

Prof^ª Mônica Areal

Prof^ª Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2015

A AMPLITUDE DO CONCEITO DA EXPRESSÃO “ATO LIBIDINOSO” E SUAS CONSEQUÊNCIAS QUANTO À DELIMITAÇÃO DA INFRAÇÃO PRATICADA E A RESPECTIVA PENA

Joana Barros Neto Barbosa de Barros

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O presente trabalho versa sobre a reforma promovida no Código Penal, pela Lei 12.015/09, quanto à alteração e revogação dos artigos 213 e 214, respectivamente. A análise e a reflexão acerca dos termos empregados, nesse primeiro dispositivo, são fundamentais devido à imprecisão da expressão “ato libidinoso”, a qual dá azo a entendimentos diversos sobre quais condutas estariam, ali, englobadas. Como consequência, a existência de decisões completamente discrepantes sobre um tipo penal, grave o bastante para ser classificado como crime hediondo, revela a importância da abordagem desse assunto. O objetivo é demonstrar que fora construído um tipo penal aberto, que, por permitir aos magistrados a adoção de entendimentos diametralmente opostos, causa insegurança jurídica e, por vezes, injustiças. Assim, é defendida a necessidade da reedição do artigo 213, de forma a especificar cada ato a ser criminalizado; e da criação de um novo tipo penal para abarcar condutas menos gravosas, bem como de uma nova contravenção penal para reprimir práticas mais leves, porém relevantes na esfera penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Estupro. Crime Hediondo. Atos libidinosos. Conceito. Proporcionalidade das decisões.

Sumário: Introdução. 1. A controvérsia acerca do conceito de atos libidinosos. 2. Consequências advindas da ausência de delimitação das condutas abarcadas pelo estupro. 3. Críticas à reforma realizada pela Lei 12015/09 e sugestões para solucionar os problemas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a delimitação do termo “outro ato libidinoso” inserido na redação do artigo 213 do Código Penal, após a alteração realizada por meio da Lei 12015/09. Visa-se criticar tal modificação, de modo a demonstrar que a referida expressão torna o tipo penal do estupro aberto, o que dá ensejo a entendimentos e decisões conflitantes, gerando insegurança jurídica na sociedade.

Assim, será defendido que o tema deve ser minuciosamente estudado e a redação do art. 213, novamente modificada para excluir o termo “outro ato libidinoso” e especificar que

condutas devem ser abarcadas no tipo do estupro, e quais configurariam mera contravenção penal.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a abordagem de até que ponto vai a expressão “outro ato libidinoso” prevista no artigo 213 do Código Penal, e como os doutrinadores têm se posicionado acerca desse tema controvertido, que merece atenção por ser a intervenção do Direito Penal a *ultima ratio*.

Nesse sentido, deve-se explicitar que doutrinadores renomados possuem entendimentos discrepantes acerca dos atos que seriam englobados no tipo penal de estupro, a ponto de uns considerarem o beijo lascivo praticado em lugar público apenas uma contravenção penal, e outros afirmarem que a mesma conduta configura o crime hediondo do estupro.

No segundo capítulo, o cerne da questão será apontar quais seriam as consequências práticas em termos de decisões pelos magistrados, tendo em vista a dosimetria da pena e o princípio da segurança jurídica, quando do julgamento dos agentes que tenham praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Assim, vale demonstrar que a expressão aberta que fora adotada no artigo 213 do Código Penal propicia decisões extremamente divergentes, o que levaria um indivíduo a cumprir penas severamente desproporcionais, tendo praticado a mesma conduta, se julgado por magistrados com pensamentos opostos sobre a abrangência desse termo, levando à insegurança jurídica.

Por fim, o terceiro e último capítulo deste artigo tratará da análise sobre a revogação do artigo 214 do Código Penal e a inserção das condutas ali previstas no artigo 213, todas sob a nomenclatura de um mesmo crime, questionando se o legislador agiu da melhor maneira, e como esse problema poderia ser solucionado.

Para resolver essa problemática será defendida a necessidade da construção de uma nova redação ao artigo 213, e da criação de um novo tipo penal, análogo ao revogado artigo 214, todos do Código Penal. Além disso, a tese em prol da criação de uma nova contravenção penal será advogada, por ser a melhor maneira de abarcar as práticas menos gravosas, mas relevantes o suficiente para serem censuradas pelo Direito Penal.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, explicativa e qualitativa, por meio de busca de conceitos de determinados termos jurídicos, de acordo com o entendimento dos mais renomados doutrinadores, e da investigação jurisprudencial, com o fim de demonstrar o modo como têm se posicionado os Tribunais Superiores e dos Estados sobre as questões controversas que serão levantadas no decorrer do estudo.

1. A CONTROVÉRSIA ACERCA DO CONCEITO DE ATOS LIBIDINOSOS

A alteração do artigo 213 do Código Penal, promovida pela Lei n. 12.015/09, acarretou profundas modificações nesse dispositivo, não só quanto ao seu objeto, mas também quanto ao sujeito passivo, e quanto à possibilidade de continuidade delitiva entre a prática de conjunção carnal e ato libidinoso diverso, dentre outras.

A tipificação do delito de estupro visa a tutelar, nos termos do Capítulo VI do CP, a liberdade sexual. Entretanto, a partir de um exame mais profundo, é possível afirmar que o bem jurídico protegido não se restringe à liberdade sexual, mas abrange a dignidade, a integridade física, a intimidade, a honra e a saúde psicológica do ser humano.

É possível visualizar a violência a esses bens jurídicos no comportamento do agente que, ao realizar uma conjunção carnal forçada, pode, além de tolher a liberdade sexual da vítima, causar sérios danos ao corpo da mulher, traumatizá-la a ponto de não mais conseguir

ter um relacionamento amoroso com um homem, transmitir doenças venéreas, gerar uma gravidez indesejada, e humilhá-la em proporção tal, capaz de afetar a sua autoestima.

Tendo em vista a gravidade dos possíveis resultados decorrentes da conduta do estuprador, nada mais justo de que a cominação de uma pena em abstrato elevada, como bem determinou o legislador, e da classificação do estupro como crime hediondo. No entanto, vale observar que a mesma gravidade atribuída a esse crime, e a severidade com a qual é tratado, também deve levar o Poder Legislativo a pré-estabelecer com minúcia as condutas por ele abarcadas. Daí a importância da delimitação da nova expressão trazida pela Lei 12.015/09, “outro ato libidinoso”.

Atualmente há consenso na doutrina e na jurisprudência acerca do conceito do termo “conjunção carnal”, tendo sido adotado o critério restrito, pelo qual é definido como a introdução do pênis na vagina.

A controvérsia reside na delimitação de quais atos seriam abrangidos pela expressão “outro ato libidinoso” para fins de caracterização de estupro. Para melhor elucidação, é imprescindível destacar o entendimento de autores renomados sobre o tema.

Nessa esteira, Guilherme de Souza Nucci¹ afirma que “[...] a todos os demais contatos físicos, passíveis de gerar satisfação da lascívia, reserva-se a expressão *atos libidinosos* (atos capazes de gerar prazer sexual), muito embora se saiba que a conjunção carnal não passa de uma espécie de ato libidinoso”.

Fernando Capez², por sua vez, entende que o ato libidinoso

Compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal), os quais constituíam o crime autônomo de atentado violento ao pudor (CP, antigo art. 214). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 50.

² CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 455.

nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta.

No mesmo sentido, Rogério Greco³ sustenta que “na expressão outro ato libidinoso estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”.

Ante os conceitos expostos, depreende-se que, em linhas gerais, os autores estão em consenso quanto à definição do ato libidinoso em si. O cerne da questão consiste em quais atos seriam englobados por tal conceito, na prática, para que o estupro fosse caracterizado.

Guilherme de Souza Nucci⁴, sustentando posição abrangente defende que

A consumação do crime de estupro dar-se-á com o contato físico entre a genitália de uma das partes e o corpo ou genitália de outra, como regra. (...) Cuidando-se de ato libidinoso, o início do coito anal ou da felação, além de outros toques em partes pudendas da vítima podem ser suficientes para a consumação.

Em seguida, afirma, demonstrando hipótese ainda mais ampla para a consumação do estupro, que

Eventualmente a consumação do estupro pode dar-se sem o contato físico, mas desde que exista a presença física. Ilustrando, o agente determina, sob ameaça de arma de fogo, à vítima que fique nua, para que ele se masturbe. Trata-se de ato libidinoso, sem contato físico direto, apto a configurar o crime de estupro”.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini⁵, o ato libidinoso abrangeria, também, as hipóteses em que não houvesse o contato físico entre o agressor e a vítima, dependendo, para sua configuração, eminentemente do elemento subjetivo do agente de satisfazer a lascívia. Em adição, afirmam que a libidinosidade do ato não depende da compreensão do ofendido, de modo que irrelevante é o grau de pudor da pessoa agredida:

Ato libidinoso é o ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito

³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. v. 3. 9. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 461.

⁴ NUCCI, op. cit.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código penal interpretado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1478.

anal, coito oral, coito *inter-femora*, *cunnilingue*, *anilingue*, heteromasturbação). Outros, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido (...). É considerado ato libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico. Não é indispensável o contato físico, corporal, entre o agente e a ofendida (...). Não é mister para a configuração do crime se desnude qualquer parte do corpo da vítima para o contato lúbrico.

Luiz Regis Prado⁶, em seus ensinamentos, exemplifica quais atos podem ser considerados libidinosos:

fellatio ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito *inter femora*; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão) mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros.

Possível observar que, também, esse último doutrinador entende o ato libidinoso em sua forma ampla.

Cezar Roberto Bitencourt⁷ adota posição mais restrita, uma vez que entende que “passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado, configuram (...) a contravenção penal do art. 61 da lei especial, quando praticados em um lugar público ou acessível ao público”.

Por fim, vale lembrar da convicção do doutrinador Damásio de Jesus⁸, extremamente ampliativa, segundo a qual a simples conduta do agente que, de forma forçada, passa a mão sobre a genitália da vítima por cima da roupa já caracteriza o estupro.

Assim sendo, denota-se o total dissenso entre os mais prestigiados juristas acerca dos atos englobados na expressão “outro ato libidinoso”, prevista no artigo 213 do CP. E, diante desse quadro, imprescindível a análise das consequências sociais que tal controvérsia vem acarretando.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 601.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

⁸ JESUS, Damásio E. *Direito penal*. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

2. CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DAS CONDUAS ABARCADAS PELO ESTUPRO

As condutas ínsitas ao delito de estupro não foram expressamente previstas pelo legislador quando da alteração do Código Penal pela Lei 12015/09⁹, fato que resultou na ausência de delimitação dos atos aptos a configurar o crime em tela.

Antes da advinda dessa lei, apenas a conjunção carnal era prevista como conduta caracterizadora do crime do artigo 213 do Código Penal. Atualmente, além da conjunção carnal, outros atos libidinosos ensejam a adequação típica.

Essa indeterminação gera consequências práticas graves, que, por sua vez, leva à total insegurança jurídica, repudiada no âmbito penal.

Nessa esteira, um magistrado que adote a posição de Damásio de Jesus¹⁰ poderá condenar o réu acusado de estupro por passar a mão sobre a genitália da vítima por cima da roupa, utilizando-se de violência ou grave ameaça para tanto, em local público, à pena mínima cominada ao delito, ou seja, à reclusão de 6 anos, enquanto o juiz que for adepto ao pensamento de Cezar Roberto Bitencourt poderá condenar um réu pela mesma imputação fática, a uma pena de multa, apenas, nos termos do artigo 61 do Decreto-Lei n. 3688/41¹¹.

Claro é que o bom senso, a razoabilidade e a proporcionalidade devem vigorar para determinar sob qual crime ou contravenção penal deve ser tipificada a conduta do infrator. O problema é que em uma ciência humana, como é o Direito, não há como prever que todos os julgadores, terão bom senso ou, mesmo, determinar o que seria de bom senso em cada caso. De igual maneira, os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade são amplos, indeterminados, variando de acordo com o pensamento de cada pessoa.

⁹ BRASIL. Lei n. 12015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

¹⁰ JESUS, op. cit., p. 132.

¹¹ BRASIL. Decreto Lei n. 3688, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

Deve-se lembrar que, se mesmo quando há uma conduta objetivamente determinada no tipo penal, o aplicador da lei consegue, por muitas vezes, encontrar brechas para decidir como bem entende, imagine-se no caso de um tipo penal aberto, como se tornou o estupro, os tipos de decisões discrepantes que podem surgir.

Como exemplo, vale apontar a polêmica decisão do STJ¹², proferida em 2011, de absolvição de um adulto acusado de praticar sexo com meninas menores de 14 anos, comprovada a ação do réu, sob a justificativa de que a vítima já seria prostituída, quando, no tipo de estupro de vulnerável, o legislador deixou claro que a discussão sobre a presunção de violência absoluta ou relativa teria sido deixada de lado para determinar o simples e objetivo pressuposto de a pessoa ter menos de 14 anos de idade.

Tendo esse exemplo em vista e, ainda, com o agravante de a decisão ter sido proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, torna-se imensa a necessidade de o legislador, cada vez mais, tentar ser específico quanto aos atos englobados em cada tipo penal.

Antes da edição da Lei 12.015/09¹³, a distinção entre a tentativa de estupro e o crime de atentado violento ao pudor era determinada pelo elemento subjetivo do autor: se o ânimo do agente fosse o de cópula, haveria a tentativa de estupro, se fosse o de praticar atos de libidinagem, restaria configurado o delito de atentado violento ao pudor.

Ocorre que, imensamente difícil seria comprovar a intenção do agente nesses casos, e, com relação a esse problema, a junção das condutas em um único tipo penal, efetuada pela Lei de 2009, foi a melhor solução.

É certo que com a revogação do artigo 214 do Código Penal não houve a *abolitio criminis* da conduta ali descrita, mas mera transferência para o tipo anterior. Assim, possível

¹² PORTAL STJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsptmp.area=398&tmp.texto=105175>. Acesso em: 5 set. 2015.

¹³ BRASIL. Lei n. 12015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

afirmar que todas as condutas que antes ensejavam a tipificação pelo delito de atentado violento ao pudor, atualmente, caracterizam o estupro.

Tendo isso em vista, vale transcrever as decisões selecionadas por Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, em, “Código Penal Interpretado”¹⁴, para demonstrar quais condutas poderiam configurar, conforme o entendimento dos tribunais, o atual delito do artigo 213:

Beijo Lascivo: crime caracterizado – TJRJ: “O beijo lascivo e erótico é ato libidinoso, constituindo, portanto, o delito de atentado violento ao pudor quando contrário à vontade da vítima” (RT 534/404). TJSP: “Pratica atentado violento ao pudor, e não tentativa de estupro, e muito menos a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, aquele que, para desafogo de sua confessada concupisciência, constrange a vítima, mediante violência física e grave ameaça, a suportar lascivo contato corpóreo, consistente em abraços e beijos” (RT 567/293).

Sobre a conduta de o agente encostar em partes íntimas da vítima, vale transcrever o trecho a seguir, selecionado por aqueles doutrinadores¹⁵:

Tateio da nádega e seios: crime caracterizado – TJSP: “Comete o delito de atentado violento ao pudor o dentista que, no interior de seu consultório, abusa de cliente menor de idade, passando as mãos por sua nádega e seios” (RT 510/349). TJSP: “Dentro do critério subjetivo-objetivo que serve para fazer reconhecível o ato libidinoso, o tateio das nádegas é inequivocadamente um ato desta espécie” (RT 458/302).

Com relação a simples atos, como beijos e abraços, os autores¹⁶ encontraram decisão elucidativa do Supremo Tribunal Federal:

Beijo, abraços e contato íntimo: crime caracterizado – STF: “Atentado violento ao pudor – Caracterização. Caracteriza o artigo 214 do Código Penal – atentado violento ao pudor – o fato de o agente haver abraçado e beijado a vítima, tirando-

¹⁴ MIRABETE, op. cit., p. 1486.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

lhe a roupa e despindo-se para, a seguir, colocar o órgão genital entre as pernas da primeira” (JSTF 237/386).

Foi encontrada, inclusive, como bem lembraram os juristas¹⁷, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que haveria a configuração de ato libidinoso, ainda que a vítima estivesse vestida:

Vítima vestida: crime caracterizado – TJSP: “Indisputável que o réu, derrubando a vítima ao solo e deitando-se sobre ela, procurando, ainda, beijar-lhe a boca, pratica ato libidinoso diverso da conjunção carnal, manifestamente lesivo da pudicícia média. É sabido que o contato corporal lascivo não necessita ocorrer sobre o corpo desnudo, podendo verificar-se mesmo sobre as vestes” (RT 429/380).

Quanto a atos mais leves, como bem elucidaram os estudiosos¹⁸, há decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido da não configuração do ilícito penal:

Inexistência de ato libidinoso – TJSP: “Atentado violento ao pudor. Toque no braço de uma donzela. Crime não caracterizado. A norma penal só abrange o ato que contrasta violentamente com a moralidade sexual, tendo por finalidade a lascívia. Como tal não pode ser considerado o simples toque no braço, máximo quando se considera que, diante da reação negativa da vítima, o acusado não insistiu nas apalpadelas” (JTJ 165/313).

Por fim, o agente público que se aproveita dessa condição para obter vantagem sexual, também está sujeito à adequação típica, conforme apontaram os doutrinadores¹⁹:

Prática de ato libidinoso com grave ameaça – TJRS: “O policial que, valendo-se desta condição, exige que menor erga sua blusa, puxa seu sutiã para acariciar seus seios e lhe faz suspeita proposta de trabalhar em sua residência sob pena de ser entregue à Febem, incide nas sanções do art. 214 do CP” (RJTJESP 169/177).

De acordo com essas decisões, fica clara a possibilidade de condenação, por estupro, do acusado de praticar condutas leves, como tateio das nádegas, beijo lascivo, ou mesmo,

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

certos tipos de abraços. E, diante disso, imprescindível a reflexão: seria proporcional ou razoável imputar a alguém um crime considerado hediondo, com pena mínima de seis anos, por realizar tais atos? Ou, seria adequado condenar alguém que praticasse conduta muito mais grave, como a de praticar conjunção carnal mediante violência, a pena somente um ou dois anos mais elevada?

As respostas só podem ser negativas, e a pormenorização dos atos previstos no artigo 213 do Código Penal, com o fim de restringir arbitrariedades no momento da aplicação da lei, é medida que se impõe. Apenas retirando do delito de estupro a característica de tipo penal aberto, haveria a almejada segurança jurídica, uma vez que os magistrados estariam adstritos a menor margem de discricionariedade quanto à adequação típica e à imposição das sanções.

3. CRÍTICAS À REFORMA REALIZADA PELA LEI 12015/09 E SUGESTÕES PARA SOLUCIONAR OS PROBLEMAS

De acordo com todo o exposto, a maior crítica que deve ser feita à reforma efetivada pela Lei 12.015/09 é a de que, ao ter unido em um único tipo as condutas previstas nos antigos artigos 213 e 214, do Código Penal, não foi resolvido o problema da falta de delimitação das práticas englobáveis na expressão “outro ato libidinoso”, permanecendo a insegurança jurídica.

Objetiva-se, neste capítulo final, apontar sugestões para resolver a amplitude do tipo penal do estupro e reduzir a margem de apreciação dos magistrados, de forma a combater a insegurança jurídica que até hoje perdura.

Procedeu-se bem quando, no anteprojeto do novo Código Penal, com relação ao delito do artigo 213, foi proposta uma divisão das condutas relativas ao sexo vaginal, anal e oral, para as quais a pena imposta deve ser mais severa. Seria o caso de “chamar a coisa pelo

nome”, como afirmou o relator do anteprojeto e Procurador da República, Luiz Carlos Gonçalves²⁰.

Nessa esteira, a melhor redação para o artigo 213 do Código Penal, seria aquela que elencasse expressamente as condutas, em vez de deixar tal tarefa para a doutrina e ao arbítrio dos aplicadores da lei.

Bons exemplos podem ser observados no âmbito do Direito Comparado, conforme demonstrado em nota de rodapé da obra de Luiz Regis Prado²¹. No Código Penal francês, a delimitação do estupro se dá da seguinte maneira: “Todo ato de penetração sexual de qualquer natureza que seja praticado sobre outra pessoa, mediante violência, constrangimento, ameaça ou surpresa”.

O Código Penal português²², por sua vez, prevê que quem: “por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido [...]”. A pena cominada, nesse caso, é de 3 a 10 anos.

Por fim, o Código Penal espanhol²³, assim descreve o estupro: “Quando a agressão sexual consista em acesso carnal por via vaginal, anal ou bucal, ou introdução de membros corporais ou objetos por alguma das duas primeiras vias, o responsável será punido como réu de estupro com a pena de prisão de seis a doze anos”.

Assim, possível é a conclusão de que, cada um à sua maneira, os Códigos Penais estrangeiros definem de forma mais restrita e específica as práticas abrangidas pelo estupro, o que parece ser o método mais acertado.

²⁰ GOLÇALVES, Luiz Carlos. In: D’AGOSTINO, Rosane. *Proposta para mudar estupro na lei ‘chama coisa pelo nome’, diz relator* - G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/proposta-para-mudar-estupro-na-lei-chama-coisa-pelo-nome-diz-relator.html>>. Acesso em: 4 set. 2015.

²¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial*. v. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 800.

²² Ibid.

²³ Ibid.

Esta pesquisadora entende que consistiria em uma redação mais adequada para o artigo 213 do Código Penal brasileiro, a seguinte: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique atos de introdução de membros corporais, excluída a conjunção carnal, ou objetos nas vias anal ou vaginal. Pena: reclusão de 6 a 10 anos.

Com base nessa redação, o ato de conjunção carnal seria o mais grave, por ser passível de transmitir diversas doenças venéreas, o vírus da AIDS e de resultar em gravidez.

Em que pese a redação do artigo 234-A do Código Penal já prever como aumento de pena os casos em que efetivamente resultar em gravidez ou contágio de doenças sexualmente transmissíveis, não seria caso de *bis in idem*, pois a pena mais severa seria justificada pelo risco de tais resultados ocorrerem, fato que causa concreto transtorno à vítima, durante razoável lapso temporal, até que tenha certeza de que não houve contaminação ou de que não engravidou.

Em sequência, conforme entende esta pesquisadora, os atos mais graves, após a conjunção carnal, seriam os de introdução de membros corporais na via anal ou vaginal. A gravidade em segundo lugar desses atos se justificaria pelo contato físico entre o agressor e a vítima, capaz de transmitir doenças sexualmente transmissíveis e de causar maior repúdio na vítima.

Os atos de introdução de objetos nas vias anal e vaginal restariam em terceiro lugar em uma ordem decrescente de gravidade, por não haver o contato físico direto do agente com as partes pudendas da vítima, porém, capazes de causar dor, humilhação e sofrimento psicológico.

Dessa maneira, esses seriam os atos mais graves contra a liberdade sexual, caracterizadores do delito de estupro e condizentes com a pena cominada em abstrato e com a classificação de crime hediondo.

Dentro do intervalo entre a pena mínima e máxima, o magistrado poderia valorar, de acordo com o caso concreto, a pena base mais justa. Uma opção que, acredita esta pesquisadora, seria viável, e, reduziria ainda mais a margem de discricionariedade do aplicador da lei, seria estruturar o crime de estupro em analogia ao método usado no delito de lesões corporais, de modo que, gravíssima seria a prática de conjunção carnal, graves seriam os atos de introdução de membros corporais, excluída a conjunção carnal, nas vias anal e vaginal, e leves seriam as condutas de introduzir objetos nas vias anal e vaginal.

Os atos libidinosos que consistissem no contato do agressor com as vias anal e vaginal da vítima, sem haver penetração, ou no sexo oral, deveriam ser previstos em tipo penal autônomo, com pena um pouco menos severa, porém, ainda classificado hediondo.

A título de sugestão, esta pesquisadora aponta a seguinte redação: Art. 213-A. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique atos libidinosos consistentes no contato do (a) agressor (a) com as vias anal ou vaginal da vítima, sem haver penetração, ou no sexo oral. Pena: reclusão de 4 a 8 anos.

Os atos libidinosos diversos, que poderiam ser previstos como “outros atos libidinosos”, como o beijo lascivo ou o tateio das nádegas, por exemplo, deveriam ser previstos como contravenções penais.

Dessa forma, a redação da contravenção penal seria, conforme o pensamento desta pesquisadora, descrita da seguinte maneira: Constranger alguém, mediante violência, grave ameaça ou surpresa, a praticar ou permitir que com ele se pratiquem atos libidinosos diversos dos previstos nos artigos 213 e 213-A, do Código Penal. Pena: prisão simples de seis meses a dois anos.

Conclui-se, então, que a alteração da redação do artigo 213 e a criação do artigo 213-A no Código Penal, bem como a imposição de nova contravenção penal, são medidas que se impõem para delinear um caminho mais estreito a ser seguido pelos magistrados, com o fim

de que se chegue à aplicação de uma pena mais justa e igualitária, exterminando qualquer insegurança jurídica com relação às praticas libidinosas.

Ressalte-se que a mesma tese deve ser seguida quanto ao estupro de vulnerável, já que esse crime padece dos mesmos vícios apontados com relação ao estupro, configurando, ainda, delito mais grave, por ser praticado contra pessoas menores de quatorze anos de idade.

CONCLUSÃO

Como foi demonstrado ao longo do trabalho, significativas foram as modificações trazidas pela Lei 12.015/09, quanto aos delitos previstos nos artigos 213 e 214. Os crimes de estupro e estupro de vulnerável são uns dos crimes com previsão de penalidade mais severa do Código Penal e, pela gravidade desses delitos, devem ser estudados com muito cuidado.

A doutrina e a jurisprudência ainda divergem quanto às condutas abarcadas pelo estupro, devido à indeterminação da expressão “ato libidinoso”. O fato é que a ausência de precisão legal quando da descrição do ato criminalizado no artigo 213 do Código Penal pode culminar na absolvição ou na condenação de um acusado, a depender simplesmente do entendimento adotado por cada magistrado.

Verdade é que a expressão ampla, “ato libidinoso”, que vem causando enorme insegurança jurídica, no tocante ao crime de estupro, já existia no revogado artigo 214, do Código Penal. No entanto, a reforma promovida pela Lei 12.015/09 em nada contribuiu para solucionar esse ponto, mas, ao contrário, uniu as condutas das infrações referentes aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tornando aberto o tipo penal do artigo 213.

Assim, é imprescindível aproveitar os debates atuais acerca das alterações feitas pela Lei 12.015/09 para que, no anteprojeto do novo Código Penal, sejam solucionadas as

imprecisões analisados neste artigo, de modo a tornar a redação do artigo 213 devidamente delimitada, e adequar as condutas menos graves a outros tipos ou contravenções penais.

Dessa maneira, seria possível a imputação de penas diferenciadas e proporcionais à gravidade de cada conduta, para possibilitar a promoção de um Código Penal mais justo e adequado à realidade social, reduzindo a margem de discricionariedade dos aplicadores da lei, e efetivando o princípio da individualização da pena, consagrado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, v. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei n. 12015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'AGOSTINO, Rosane. *Proposta para mudar estupro na lei 'chama coisa pelo nome', diz relator - G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/proposta-para-mudar-estupro-na-lei-chama-coisa-pelo-nome-diz-relator.html>>. Acesso em: 4 set. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio E. *Direito penal*. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte especial*. v. 3. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*, v. 2. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Código penal interpretado*. 8.ed. rev., atual. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/09*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Código penal comentado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PORTAL STJ. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsptmp.area=398&tmp.texto=105175>.

Acesso em: 5 set. 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. v. 2. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. v. 2. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.