

CRIME DE ESTUPRO E AS ALTERAÇÕES COM O ADVENTO DA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009.

**CRIME OF RAPE AND CHANGES WITH THE ADVENT OF LAW 12 015 OF AUGUST 7, 2009
DELITO DE VIOLACIÓN Y CAMBIOS CON LA LLEGADA DE LA LEY 12 015 DE 07 DE AGOSTO 2009**

Brunna Camila Braga Andrade Dantas¹, Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães²

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, antes e após o advento da Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009, fazendo uma comparação quanto ao seu conceito, o objetivo jurídico, o sujeito ativo, sujeito passivo, o tipo objetivo e subjetivo, a consumação e a tentativa. Como também mostrar as divergências entre os doutrinadores sobre o delito em estudo, uma vez que, a nova lei em vigor trouxe modificações significativas, pois houve uma unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Abordou ainda a retroatividade da Lei penal.

Palavras - chave: Estupro, Código Penal, Lei 12.015/09, Retroatividade da Lei penal.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the crime of rape under Article 213 of the Brazilian Penal Code before and after enactment of Law No. 12 015 of 7 August 2009, making a comparison as to its concept, the legal purpose, the active subject, taxable person, the type objective and subjective, the consummation and trying. But also show differences among doctrinaires over the crime under study, since the new law in effect brought significant changes, as there was a unification of the crimes of rape and indecent assault. Also addressed the retroactivity of criminal law.

Key-words: Rape, Penal Code, Law 12.015/09, Retroactivity of criminal law.

¹Bacharel em Direito, Centro Universitário UNINOVAFAPI. E-mail: bru-dantas@hotmail.com

²Especialista em processo penal. Docente, Centro Universitário UNINOVAFAPI. E-mail: vivianerios2005@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos crimes do Título VI do Código Penal que passou a ser chamado Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, com redação dada pela nova lei 12.015 de 07 de agosto de 2009. Daremos ênfase em especial ao Capítulo I do Código Penal que trata dos Crimes Contra a Liberdade Sexual.

A mudança do Título VI do Código Penal ocorreu porque a expressão dos Crimes Contra os Costumes já não traduzia a realidade que os juristas queriam proteger, o foco dessa proteção já não seria a forma como as pessoas deveriam se comportar. O que se quer proteger é a liberdade sexual da vítima e, de uma forma mais ampla a sua dignidade sexual.

A escolha desse tema justifica-se por ser um tema de crucial importância para a sociedade e muito atual, pois é baseado na Lei 12.015/09 que inovou questões relativas ao crime contra a Dignidade Sexual.

Tendo por base a integridade e inviolabilidade da pessoa humana, o princípio da dignidade tem por fundamento jurídico a Declaração Universal Dos Direitos Humanos, promulgada pela ONU, em 1948, elevando a dignidade humana à categoria jurídico fundamental.

A atual Constituição Federal reconhece em seu artigo primeiro, inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio pressupõe, além do respeito do ser humano quanto pessoa, o respeito a condições mínimas de sobrevivência, de forma condizente à situação de humano.

A liberdade sexual diz respeito à possibilidade dos indivíduos em expressar seu potencial sexual. No entanto, aqui se excluem todas as formas de coerção, exploração e abuso em qualquer época ou situações de vida, independentemente do sexo, gênero, orientação sexual, idade, raça, classe social, religião, deficiências mentais ou físicas.

Neste trabalho tentaremos esclarecer as seguintes questões:

- O que é o estupro;
- Quem pode ser sujeito ativo e passivo do crime de estupro;
- Quando ocorre a tentativa e consumação deste crime;
- Qual o objeto jurídico do crime;
- O que é a retroatividade da Lei penal e quando ela pode ser usada para beneficiar o réu;

Destaca-se que essa pesquisa é do tipo bibliográfico, que teve sustentáculo na nossa legislação vigente, leitura analítica de livros de Direito Penal e outros específicos sobre o tema, além de artigos científicos, jurisprudências e textos e sites da internet.

Quanto a estruturação do trabalho será dividido em quatro capítulos. O capítulo 2 desse trabalho trata das considerações gerais a cerca do estupro, dando ênfase ao de

crime de estupro, seu conceito, sua objetividade jurídica, seus sujeitos (passivo e ativo), seu tipo subjetivo, sua consumação e tentativa, antes da Lei 12.015/09

O capítulo 3 trata das alterações do crime de estupro com o advento da lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, em especial o conceito de estupro, seu objeto jurídico, seus sujeitos (passivo e ativo), seu tipo objetivo e subjetivo, sua consumação e tentativa.

No capítulo 4 desse trabalho falaremos brevemente do antigo crime de atentado violento ao pudor dando enfoque a retroatividade da lei penal, quando pode ela pode ser usada para beneficiar o réu, mostrando as causas e consequências dessa retroatividade. O capítulo 5 do presente trabalho será a conclusão.

O presente trabalho tem por objetivo esclarecer a unificação do artigo 213 e 214 do Código Penal depois da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, mostrando suas modificações e tratar a respeito da retroatividade da lei penal mostrando as consequências para quem cometeu os delitos depois da entrada em vigor da referida lei.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS A CERCA DO ESTUPRO

O ser humano, no decorrer dos tempos, passou por modificações significativas que vieram a entremear o seu convívio em sociedade. Surgindo, assim, a necessidade de estabelecimentos de normas para a convivência harmoniosa entre seus pares, preservando o pejo, a moral e os bons costumes.

Na antiguidade o estupro era reprimido de várias formas, dependendo dos costumes, etnias e origem de cada povo.

Na legislação Hebraica aplicava-se a pena de morte ao homem que violentasse mulher desposada. No Egito, a pena era de mutilação, ou seja, castração do estuprador.

A liberdade sexual era preservada no direito Canônico, sendo que a conjunção carnal, por meio de violência ou grave ameaça, já era considerada crime. Nos ensinamento de Hungria para que o crime se consumasse havia a necessidade de preenchimento de exigências, tais como: a vítima fosse virgem e que se processasse o emprego de violência, ou seja, força física de qualquer espécie. Assim, a mulher casada ou que já houvesse mantido relações sexuais, caracterizando a conjunção carnal, não poderia ser sujeito passivo deste delito (HUNGRIA, 1983).

O Código Criminal do Brasil Império de 1830, definiu o crime de estupro no artigo 222, com pena de 3 (três) a 12 (doze) anos, incluindo ainda o dote para a ofendida. Porém se a estuprada fosse prostituta a pena diminuiria para apenas 1 (um) mês a 2 (dois) anos de prisão.

O Código Penal promulgado por meio do Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890, promoveu uma inovação acerca do crime de estupro, definindo-o em seu artigo 269, *in verbis*:

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

Por violência entende-se não só o emprego da força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades físicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthetics e narcotics (BRASIL, 1980). Sendo que a pena do delito mencionado encontra-se no artigo 268 do mesmo diploma, vejamos:

Art. 268: Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão cellutar por um a seis annos.

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

Pena - de prisão cellutar por seis mezes a duos annos.

§2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da Quarta parte (IBID, 2002).

O Legislador, através da Lei n. 2.848 de 25 de julho de 1940, com o propósito de dar maior auxílio à liberdade sexual, combater a corrupção e a prostituição, como também o pudor público e individual, tratou de tutelar no artigo 213 do Título VI, Os Crimes Contra os Costumes, o estupro, um dos delitos que causa maior repúdio na sociedade, com a seguinte redação: "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça" (BRASIL, 2008). Excluindo, como visto, a exigência de ser mulher virgem ou honesta e dando proteção a todas as vítimas.

Após uma rápida análise da legislação brasileira percebe-se sua evolução e a preocupação do legislador em adaptar-se aos usos e necessidades modernas da sociedade, definindo de maneira mais evidente os delitos praticados contra a liberdade sexual, objetivando dar maior proteção às pessoas indistintamente.

Atualmente, a mulher deixou de ser vista como objeto sexual, passando a integrar o mercado de trabalho, e contribuindo de forma significativa para o desenvolvimento da sociedade.

2. DO CRIME DE ESTUPRO

No Capítulo I do Título VI do Código Penal de 1940, o estupro é o primeiro dos crimes elencados. Localiza-se tipificado no artigo 213 do referido diploma com a seguinte redação: "Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos" (IBID, 2002).

Nucci em sua obra comentada, quanto à classificação do estupro diz que:

Trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material; vinculado (só podendo ser cometido através da conjunção carnal, descrita no tipo); comissivo (“constranger” implica ação); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora de difícil comprovação (NUCCI, 2009. p. 808 - 809).

O estupro ocorre quando, mediante violência ou grave ameaça, o homem, com o intuito de satisfazer sua lascívia, constrange a mulher a conjunção carnal, isto é, a penetração completa ou incompleta do órgão masculino no órgão feminino.

De acordo com Mirabete, “trata-se, pois, de um delito de constrangimento ilegal em que se visa à prática de conjunção carnal. O *nomem júris* deriva de *stuprum*, do direito romano, termo que abrangia todas as relações carnavais” (MIRABETE, 2007. p. 407).

Dessa forma, uma vez realizada a conjunção carnal mediante o constrangimento da mulher, o agente responderá pelo crime de estupro, que de acordo com a Lei 8.072/90 no artigo 1º, V, o estupro é considerado um crime hediondo. A liberdade é um dos direitos contidos na Constituição Federal, no artigo 5º, no Título II - Dos direitos e garantias fundamentais.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 2010. p. 23).

O Código Penal no artigo 213, procurando evitar violar essa garantia fundamental, por meio do dispositivo penal, tutela, sobretudo, a liberdade sexual da mulher, ou seja, a liberdade de dispor de seu corpo, de não ser forçada violentamente a manter conjunção carnal com outrem (CAPEZ, 2007).

Sobre o assunto, ensina Mirabete, “protege-se com o dispositivo em estudo a liberdade sexual da mulher, ou seja, o direito que tem de dispor de seu corpo com relação aos atos genésicos, e não a sua simples integridade física [...]” (MIRABETE, 2007).

No artigo em comento a lei protegeu, somente, a liberdade da mulher de dispor do seu corpo, uma vez que esse crime tem somente o homem como autor imediato. O sujeito ativo do crime em estudo somente pode ser o homem, tendo em vista que este fica caracterizado quando ocorre a penetração total ou parcial do órgão masculino no órgão sexual da mulher, mediante violência ou grave ameaça.

É assim o ensinamento de Capez, onde explica que “sujeito ativo do crime é o homem. Somente este poderá executar ação típica, já que a lei fala em ‘conjunção carnal’” (CAPEZ, 2007).

Nesse sentido, merece, também, destaque as palavras de Mirabete:

Somente o homem pode praticar o delito, uma vez que só o varão pode manter *conjunção carnal* com mulher. Tal expressão se refere ao coito normal, que é a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher, com ou sem o intuito de procriação (MIRABETE, 2007).

Para o direito brasileiro a figura do estupro somente comporta, como sujeito passivo, a mulher.

Dessa forma Capez ensina que,

É somente a mulher, pois apenas esta pode ser obrigada a realizar cópula vagínica. Não importa para a configuração do crime que a mulher seja virgem e honesta, não se excluindo da proteção legal a prostituta, que, embora mercantilize seu corpo, não perde o direito de dele dispor quando bem quiser (CAPEZ, 2007, p.2).

Também discorre Mirabete:

Só a mulher pode ser vítima do delito em estudo. A cópula anal e outros atos libidinosos praticados contra homens, com violência ou ameaça, configuram crimes de atentado violento ao pudor (MIRABETE, 2007, p. 407.)

Observa-se, portanto, a possibilidade de somente a mulher configurar como vítima do crime de estupro, isso se dá devido a definição de *conjunção carnal*. A conduta típica está no ato de constranger, que significa tolher a liberdade, forçar ou coagir, nesse caso o cerceamento destina-se a obter a *conjunção carnal* com a mulher sem o seu consentimento.

Sobre o tipo objetivo ensina Mirabete:

A conduta típica no crime de estupro é manter *conjunção carnal* por meio de violência ou grave ameaça. *Conjunção carnal*, no sentido da lei, é a cópula vagínica, completa ou incompleta entre homem e mulher. [...] É indispensável para a caracterização do estupro que tenha havido constrangimento da mulher mediante violência ou grave ameaça. Exige-se que a vítima se oponha com veemência ao ato sexual, resistindo com toda sua força e energia, em dissenso sincero e positivo (MIRABETE, 2007, p.408-9).

O tipo objetivo fica em evidência quando o agente, com emprego de violência ou grave ameaça, obriga a mulher a praticar com ele *conjunção carnal*. O elemento subjetivo do tipo é de suma importância, não existe na modalidade culposa, consiste na finalidade de obter a *conjunção carnal*, satisfazendo a lascívia de outrem.

Acerca do elemento subjetivo ensina Capez:

É o dolo, consubstanciado na vontade de constranger a mulher à conjunção carnal, mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Entendemos que não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais completas (CAPEZ, 2007, p.6).

Dessa forma são as palavras de Damásio:

O crime somente é punível a título de dolo, que consiste na vontade de obter a conjunção carnal. Tal elemento subjetivo irá distinguir a tentativa de estupro do atentado violento ao pudor, quando os atos poderão ser os mesmos e somente a intenção do agente fará a distinção entre as duas figuras. O tipo não reclama nenhum fim especial do agente (DAMÁSIO, 2008, p.94-5).

Assim, fica caracterizado o elemento subjetivo pelo *animus* do agente em obter a conjunção carnal.

O artigo 14, inciso I do Código Penal refere-se ao crime consumado: “diz-se o crime consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal” (BRASIL, 2010). Portanto, para a consumação é necessário que o agente realize todos os elementos do tipo constante de sua definição legal.

Sobre a consumação, o autor Nucci (2009, p.805) discorre: “Não se exige a introdução completa do pênis na vagina, bastando que ela seja incompleta. Como já se mencionou, não exige, ainda, a ejaculação, nem tampouco a satisfação do desejo sexual do agente.”

No mesmo sentido, Capez (2007, p. 7) ensina: “Trata-se de crime material que se consuma com a introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal da mulher”.

A forma tentada do crime em estudo fica caracterizada quando o agente, após iniciada sua investida no cometimento do delito, fica impedido por circunstâncias alheias a sua vontade.

O Código Penal em seu artigo 14, inciso II dispõem: “Diz-se crime tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente” (BRASIL, 2010, p.342).

Em relação à forma tentada do crime de estupro, Capez (2007, p. 7) comenta: “O mero contato do membro viril com o órgão genital da mulher configura o crime tentado”. Como já dito anteriormente o crime de estupro é plurissubsistente, é composto de vários atos, que integram uma conduta, ou seja, existem fases que podem ser separadas, fracionando-se o crime. Portanto exige-se do autor do crime mais de um ato, dessa forma, quando o agente praticar apenas um ato, como, por exemplo, constranger a vítima, não obtendo a conjunção carnal por circunstâncias alheias a sua vontade, o delito configura-se na forma tentada.

3. ALTERAÇÕES DO CRIME DE ESTUPRO COM O ADVENTO DA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009

Este capítulo tem como objetivo analisar especificamente as alterações do crime de estupro em decorrência da lei citada.

A Lei 12.015/2009 alterou o título VI do Código Penal, anteriormente titulado “Dos Crimes Contra os Costumes”, que agora passou a chamar-se “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Entre as principais alterações promovidas pela nova lei, temos a mudança no tipo penal do estupro e a extinção do tipo penal “atentado violento ao pudor”. A lei em análise modificou o texto dos artigos 213 e 214 do Código Penal, fazendo com que o estupro, agora, englobe não só a conjunção carnal, mas também qualquer ato libidinoso. Com isso, tornou-se desnecessária a definição de atentado violento ao pudor. Dessa forma, atualmente, as infrações de estupro e atentado violento ao pudor encontram-se unificados num único tipo penal, fazendo desaparecer, por completo, qualquer referência à honestidade ou ao recato sexual da vítima.

Neste sentido Nucci, ensina que o crime de estupro passa a ser:

Comum (pode ser cometido por qualquer pessoa) e de forma livre (pode ser cometido tanto por conjunção carnal como por qualquer outro ato libidinoso). Continua a ser material (demanda resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento à liberdade sexual); comissivo (os verbos do tipo indicam ação); instantâneo (o resultado se dá de maneira definida no tempo); de dano (a consumação demanda lesão ao bem tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubstancial (é praticado em vários atos). Admite tentativa, embora de difícil comprovação (NUCCI, 2009, p. 17-8).

Anteriormente à Lei 12.015/09 o crime de estupro no Código Penal era definido como: constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Com a nova redação dada pela lei o crime de estupro ficou assim definido como: constranger, alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Observa-se que a mudança no conceito do delito de estupro deu-se devido à substituição da palavra “mulher” por “alguém”, bem como pelo acréscimo da prática de “ato libidinoso”. Com isso temos, portanto, que tanto o homem como a mulher podem ser sujeitos passivos do crime de estupro, a nova modalidade de estupro, não mais se resume somente à prática de conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, como também, engloba a prática de qualquer outro ato libidinoso.

Com a nova redação do artigo 213 do Código Penal determinada pela Lei nº. 12.015, de 07 de agosto de 2009, Capez esclarece:

Com a nova epígrafe do delito em estudo, entretanto, passou-se a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa (homem ou mulher) a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. Deste modo, ações que antes configuravam crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), atualmente revogado pela Lei n. 12015/2009, agora integram o delito de estupro, sem importar em *abolitio criminis* (2010, p.25).

Em relação ao conceito de estupro Nucci comenta: “Denomina-se *estupro* toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo, por óbvio, a conjunção carnal” (2009, p.16).

O bem jurídico tutelado no crime de estupro é a liberdade sexual do ser humano, tanto do homem como da mulher. Nesse sentido, Damásio esclarece: “Por intermédio do dispositivo legal protege-se a liberdade sexual das pessoas, o seu direito de dispor do próprio corpo, a sua liberdade de escolha na prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso”(2010, p. 127).

Capez (2010, p. 25), em sua obra ensina que: “o estupro passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ampliando a sua tutela legal para abarcar não só a liberdade sexual da mulher, mas também ao do homem”. Portanto, diante do que foi do explanado acima, com a nova lei em vigor, o objeto jurídico tutelado pelo crime de estupro é a liberdade sexual, sem qualquer distinção de sexo, seja homem ou mulher.

O delito de estupro, com a unificação trazida pela a lei em comento, irá se configurar até mesmo com a prática de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Nucci (2009, p. 16) esclarece: “O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como o sujeito passivo”. No mesmo sentido, Capez (2010, p.32), escreve em sua doutrina que: “O tipo penal passou abarcar não só a prática de conjunção carnal, mas também qualquer outro ato libidinoso, possibilitando, assim que a mulher também se torne sujeito ativo desse crime”.

Outra alteração trazida no crime de estupro, com advento da nova lei, é que agora não só o homem, como a mulher também pode ser sujeito ativo desse delito. O crime de estupro, com nova redação dada pela lei 12.015/09, agregou a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, podendo o crime ser realizado por outros atos diversos da penetração do órgão viril na cavidade vagínica, não se exigindo, nenhuma condição especial da vítima.

Damáσιο em sua doutrina ensina:

Sujeito passivo é qualquer pessoa. Não se exige qualquer qualidade especial para que seja vítima de estupro, não importando se se trata pessoa virgem ou não, prostituída ou não, casada, solteira, separa de fato, viúva ou divorciada, velha ou moça, liberada ou recatada. Não há necessidade de que a vítima compreenda o caráter libidinoso do ato praticado. Basta que ofenda o pudor médio e tenha conotação sexual para que se constitua o delito (2010, p.128).

Capez (2010, p.35) em sua obra diz que “atualmente, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos passivos do crime em exame”. O ingresso do homem como vítima do delito de estupro se dá devido à substituição da palavra *mulher* por *alguém*, compreendo, desta forma, todos os seres humanos independentemente do sexo.

O tipo objetivo fica caracterizado pelo constrangimento que o sujeito ativo exerce sobre o sujeito passivo, tendo como finalidade a obtenção: da conjunção carnal; ou de praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Dessa forma, comenta Damásio (2010, p.130) em sua obra que: “o tipo incrimina, outrossim, o ato de constranger o sujeito passivo permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal (nesse caso, pressupõe-se uma atitude passiva por parte da vítima)”. Esclarece ainda o mesmo autor que: “constranger significa obrigar, forçar. Para que exista o constrangimento é necessário que haja o dissenso da vítima [...]”.

Segundo Capez:

A ação nuclear do tipo consubstancia-se no verbo *constranger alguém*, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal *ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*. Constranger significa forçar, compelir, coagir alguém a: (a) ter conjunção carnal; (b) a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (2010, p.25).

Conjunção carnal é a penetração do membro viril na vagina. Por ato libidinoso entende-se que é uma outra forma de realização do ato sexual diverso da conjunção carnal, coito anal e sexo oral são exemplos desse ato.

Percebe-se, que o legislador diante da nova redação dada pela Lei n. 12.015/09, ampliou com rigor as condutas que constituirão o crime de estupro. Deste modo, o estupro além da conjunção carnal, passa a ser, também, a prática de ato libidinoso ou a permissão deste.

No crime de estupro, de acordo com a atual redação, “o dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro. Não é admissível a

modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido” é o que ensina Rogério Greco (2010, p.454).

No mesmo sentido, Capez entende que “é o dolo, consubstanciado na vontade de constranger alguém à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, mediante o emprego de violência ou grave ameaça” (CAPEZ, 2010, p.36).

Segundo Damásio (2010, p.133) “o crime somente é punível a título de dolo que consiste na vontade de obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso”. Expõem ainda o mesmo autor:

[...] O tipo não reclama nenhum fim especial do agente. Para que se configure, portanto, não há necessidade de que esteja presente uma finalidade especial, qual seja, a de satisfazer a própria libido, na atuação do sujeito ativo. Bastam a intenção de praticar o ato libidinoso e a consciência da libidinosidade de tal ato.

Diante do que foi esclarecido acima, constata-se que o elemento subjetivo do delito em análise é o dolo, não se admitindo a sua forma culposa.

A consumação ou tentativa do crime de estupro poderá ocorrer quando o sujeito ativo, que é o agente, tiver conjunção carnal ou quando constranger alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Isso ocorre porque o crime em comento é constituído de vários verbos associados, que são: constranger, praticar, permitir e ter.

Quanto à finalidade do ato e a consumação do crime de estupro, ensina Rogério Greco:

Quando a conduta for dirigida finalisticamente a ter conjunção carnal com vítima, o delito de estupro se consuma com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando se total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação (2010, p. 453).

No tocante a outro ato libidinoso, Nucci comenta:

[...] a forma consumativa é mais ampla, pois as maneiras de cometimento do crime são diversificadas. Basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação[...] (2009, p.17).

Damásio no mesmo sentido explica:

Quando se tratar de estupro cometido mediante emprego exclusivo de conjunção carnal (o que de certo será raro), consuma-se o crime com a introdução completa ou incompleta, do pênis na vagina da

ofendida. Basta, pois, a introdução parcial, não se exigindo a ejaculação. Se o agente, todavia, realizar outros atos libidinosos, ainda que configurem prelúdio da cópula normal, o ilícito já estará consumado, em razão da elementar “outro ato libidinoso (2010, p.134).

Em relação à configuração do crime de estupro em sua forma tentada, Damásio (2010), escreve “admite-se tentativa. Note que o estupro é crime plurissubsistente, de vez que seu *iter criminis* admite fracionamento”. Nucci (2009) diz que “admite tentativa, embora de difícil comprovação”.

Considerar-se-á o crime na forma consumada quando não for possível fracionar o delito praticado pelo autor. E configurar-se-á na sua forma tentada quando uma vez iniciada a ação do infrator, seja com a intenção de obter a conjunção carnal ou com o objetivo de praticar atos libidinosos, estes não puderem ocorrer por circunstâncias alheias a sua vontade. Isso é possível porque no crime de estupro há dois momentos: o emprego da violência ou grave ameaça e o da prática de ato libidinoso.

4. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA

Em regra, a lei penal não pode retroagir, mas há exceção quando esta é mais benéfica para o réu. A nova lei pode atingir fatos anteriores a sua vigência, mesmo que estes já tenham sido decididos em sentença penal condenatória transitada em julgado podem sofrer alterações, com finalidade de tornar a pena do réu mais branda.

O artigo 5º, XL da Constituição Federal, traz em seu texto: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O Código Penal, em seu artigo 2º e no seu parágrafo único diz que:

Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 2010, p. 23)

Como dito anteriormente, com a edição da Lei 12.015/09 foi revogado o artigo 214 do Código Penal que tratava de atentado violento ao pudor. Esse artigo trazia em sua redação “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (BRASIL, 2008).

Na doutrina e na jurisprudência entendia-se que quando a intenção do agente era ter a conjunção carnal com a vítima e este praticasse também outro ato libidinoso diverso desta deveria responder pelas duas infrações penais, aplicando, assim o concurso material de crimes.

Após essa modificação, a lei veio a beneficiar o agente que pratica o ato libidinoso e a conjunção carnal, pois juntou em um único artigo esses dois atos, devendo ser entendidos como crime único. Isso ocorre porque as duas condutas estão prevista na mesma figura típica, aplicando somente a pena do artigo 213 do Código Penal (estupro), afastando-se, assim, a hipótese de concurso de crimes. “Deste modo, ações que antes configuravam crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), atualmente revogado pela Lei n. 12.015/09, agora integram o delito de estupro, sem importar em *abolitio criminis*” (2010, p. 25).

O *abolitio criminis* ocorre quando uma lei nova deixa de considerar condutas incriminadoras que existiam anteriormente, passando a serem consideradas atípicas, portanto, nesses casos, aplica-se a retroatividade da lei penal. O próprio Código Penal, em seu artigo 2º, diz que: “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime [...]” (BRASIL, 2010).

Portanto, pode-se considerar que estamos diante da *novatio legis in melius*, que ocorre quando uma lei posterior, sem excluir a incriminação, insere no ordenamento jurídico dispositivos que tem por objetivo beneficiar de algum modo o agente.

Para facilitar o entendimento imaginemos que o agente ao querer ter a conjunção carnal com a vítima a ameaçasse e tenha com a mesma outro ato libidinoso. Antes da Lei 12.015/09 este agente seria condenado pelo crime de estupro e atentado violento ao pudor, tendo como pena mínima para cada um dos delitos 6 anos, portanto este agente seria condenado a 12 anos de reclusão, pois estas seriam somadas. Depois da unificação dos artigos e por conta da retroatividade, a agente teria sua pena reduzida para, apenas, 6 anos.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal disciplina, em seus artigos, meios para um convívio harmonioso em sociedade. O Direito Penal surgiu para que esse convívio seja cumprido, caso não seja é imposta sanções ao agente.

A Lei 12.015/09 previu a unificação do crime de estupro e atentado violento ao pudor. Mas como pode ser observado houve um problema, com a unificação destes delitos, pois o agente que antes constrangia mulher à conjunção carnal (estupro) e constrangia a praticar ou permitir que com ele se praticasse qualquer outro ato libidinoso (atentado violento ao pudor) responderia pelos dois crimes. Agora só responderá por um único crime, que é o estupro.

Bem, mas também houve o lado positivo desta nova lei, o sujeito passivo deixou de ser somente a mulher e passou a ser alguém, podendo, com isso, ser tanto o homem

quanto a mulher, e o sujeito ativo deixou de ser somente o homem, podendo a mulher também responder pelo crime de estupro como sujeito ativo.

Portanto, conclui-se que o crime em comento em muitos casos será mais benéfico para o acusado que não responderá mais pelo concurso material de crimes e para aquele que já foi condenado, pois a lei retroagirá para beneficiá-lo, uma vez que se trata de crime único.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal de 1890**. Decreto-lei 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://ciespi.org.br/base_legis/legislação/DEC_20a.htm.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito penal: parte especial**. 5 ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte especial**. 7. ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HUNGRIA, N. **Comentário ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DAMASIO J. **Direito penal: parte especial**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito penal: parte especial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal: parte especial**. 25. ed.. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, G.S. **Código penal comentado - versão compacta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.