

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESPÍRITO SANTO – UNESC
MAGALI GLÁUCIA FÁVARO DE OLIVEIRA**

A MULHER COMO SUJEITO ATIVO NO CRIME DE ESTUPRO

COLATINA

2008

MAGALI GLÁUCIA FÁVARO DE OLIVEIRA

A MULHER COMO SUJEITO ATIVO NO CRIME DE ESTUPRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC, sob orientação do professor Fabrício Jacob, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

COLATINA

2008

MAGALI GLÁUCIA FÁVARO DE OLIVEIRA

A MULHER COMO SUJEITO ATIVO NO CRIME DE ESTUPRO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Espírito Santo – UNESC, para obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR

Fabício Jacob, Professor do UNESC, Especialista.

Nota

AVALIADOR

Professor do UNESC

Nota

Colatina, _____ de _____ de 2008.

Dedico este trabalho ao meu avô, que venceu a luta contra o câncer; e a minha mãe, que em momento algum fraquejou enquanto estava ao lado dele.

Agradeço primeiramente a Deus, que me permitiu chegar até aqui e que ainda me levará a lugares mais altos; Aos meus Pais e a minha irmã, que nunca duvidaram da minha capacidade e apostaram tudo o que tinham em mim; ao Chester, que em momento algum se cansou de me incentivar; ao meu orientador Fabrício, ao meu “revisor” Cícero, e a todos aqueles que direta ou indiretamente me ajudaram na realização deste trabalho, para que eu subisse mais um degrau na escada da vida!

“Pois já nasceu uma criança, Deus nos mandou um menino que será o nosso rei. Ele será chamado de “Conselheiro Maravilhoso”, “Deus Poderoso”, “Pai Eterno”, “Príncipe da Paz”.

Ele será descendente do rei Davi; o seu poder como rei crescerá, e haverá paz em todo o reino.

As bases do seu governo serão a justiça e o direito, desde o começo e para sempre.

No seu grande amor, o Senhor Todo-Poderoso fará com que tudo isso aconteça”.

Isaías 9.6-7

RESUMO

Versa sobre a mulher como sujeito ativo do crime de estupro. Destaca os principais elementos caracterizadores do crime de estupro. Expõe todos os rudimentos que envolvem o concurso de pessoas. Demonstra como a mulher pode ser autora principal ou até mesmo autora única do delito citado por meio da autoria mediata. Estuda as formas de se praticar o delito através da omissão, quando se tem o dever legal de cuidado, proteção ou vigilância e mostra como a mulher pode ser punida por tal fato em relação ao crime de estupro. Apresenta doutrinadores notórios que anuem com o tema exposto. Faz-se uma reflexão sobre as mudanças que devem ser feitas tendo em vista a discordância do Código Penal de 1940 com a doutrina e jurisprudência atual.

Palavras-chave: Estupro, mulher, sujeito ativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O CRIME DE ESTUPRO E SEUS ELEMENTOS	11
1.1 HISTÓRICO	11
1.1.1 No Mundo	11
1.1.1.1 Direito Germânico	11
1.1.1.2 Direito Hebraico	11
1.1.1.3 França	11
1.1.1.4 Espanha	12
1.1.1.5 Inglaterra	12
1.1.1.6 Egito e Grécia	12
1.1.1.7 Roma	13
1.1.2 No Brasil	13
1.1.2.1 Ordenações Afonsinas	13
1.1.2.2 Ordenações Manuelinas	14
1.1.2.3 Ordenações Filipinas	15
1.1.2.4 Códigos Penais	15
1.2 BEM JURÍDICO PROTEGIDO	16
1.3 SUJEITO ATIVO	16
1.4 SUJEITO PASSIVO	18
1.5 CRIME HEDIONDO	19
1.6 AUMENTO ESPECIAL DE PENA	20
1.7 TIPO OBJETIVO	21
1.8 TIPO SUBJETIVO	21
1.9 VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA	21
1.10 CONSUMAÇÃO	22
1.11 TENTATIVA	23
1.12 PROVA	24
1.13 AÇÃO PENAL	24
2 CONCURSO DE PESSOAS	26
2.1 TEORIAS	26
2.1.1 Teoria Pluralista	26
2.1.2 Teoria Dualista	27
2.1.3 Teoria Monista	27
2.2 CAUSALIDADE FÍSICA E PSÍQUICA	28
2.3 REQUISITOS	29
2.3.1 Existência de Pluralidade de Agentes e Condutas	29
2.3.2 Relevância Causal	29
2.3.3 Liame Subjetivo	30
2.3.4 Identidade de Infração Penal	30
2.4 AUTORIA	31
2.4.1 Autoria Propriamente Dita	32
2.4.2 Autoria Intelectual	32
2.4.3 Autoria Mediata	33
2.4.3.1 Autoria Mediata no Crime de Estupro	34
2.4.3.1.1 Coação Irresistível (Art. 22, CP)	34
2.4.3.1.2 Induzimento ao Inimputável (Art. 26, CP)	36

2.5 CO-AUTORIA	36
2.6 PARTICIPAÇÃO	37
3 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	40
3.1 DISPOSITIVO LEGAL	40
3.2 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE (ART. 13, CAPUT, CP)	40
3.3 TEORIAS SOBRE A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	40
3.3.1 Teoria da Causalidade Adequada	41
3.3.2 Teoria da Relevância Jurídica	41
3.3.3 Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais (Conditio Sine	
Qua Non)	41
3.4 OMISSÃO COMO CAUSA DO RESULTADO	42
3.5 CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS	43
3.6 RELEVÂNCIA DA OMISSÃO (ART. 13, § 2º, CP)	44
3.7 A POSIÇÃO DE GARANTIDOR (DEVER DE AGIR)	45
3.7.1 Dever de Agir Imposto por Lei	45
3.7.2 Dever de Agir de quem Assumiu a Responsabilidade de Evitar	
Resultado	46
3.7.3 Dever de Agir por Ter Gerado o Risco	46
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	48
ANEXO I – PROJETO DE LEI 4.850/2005	50
ANEXO II – SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE ESTUPRO	
PRATICADO POR MULHER	57

INTRODUÇÃO

É imprescindível, para o direito penal, que se identifique quem praticou a conduta delitiva e também quem colaborou para que a mesma se consumasse, ou seja, quem são os autores do crime. Há porém, uma enorme divergência doutrinária, em relação a quem pode ou não ser o autor do crime de estupro, visto que a lei não se expressa de forma clara em relação a isso.

Apesar da doutrina entender que a mulher pode ser somente sujeito passivo do crime de estupro, este trabalho vem apresentar diversas formas nas quais ela pode aparecer como sujeito ativo e às vezes até mesmo como sujeito único de tal crime.

O objetivo dessa pesquisa é mostrar que a mulher, através da autoria mediata e através da relevância de sua omissão, quando esta tem o dever legal de cuidado, proteção ou vigilância, comete o crime de estupro e logo, deve ser responsabilizada por tais atos.

Foi usada, para a elaboração deste trabalho, uma vasta pesquisa bibliográfica, com a melhor doutrina.

Esse assunto é importante pelo fato de fazer surgir um entendimento mais moderno no que diz respeito à autoria do crime de estupro, visto que é um tema caracterizado pelo conservadorismo do Código Penal de 1940. É igualmente importante, para orientar os operadores do direito a tomarem soluções mais justas aos casos concretos, podendo punir efetivamente, todos aqueles que se envolvem em um fato criminoso. É um assunto de respeitável interesse também para a sociedade, visto que, através desse estudo, poderão ser tiradas conclusões, de quem realmente deve ser punido por determinados fatos, trazendo para a sociedade, o desejo maior, que é o de fazer inteira justiça.

1 O CRIME DE ESTUPRO E SEUS ELEMENTOS

Destacam-se entre os crimes sexuais previstos pelo Código Penal, pela sua gravidade, os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor.

Trataremos neste trabalho, especificamente, sobre o crime de estupro.

Passaremos então, a análise de todos os elementos deste crime.

1.1 HISTÓRICO

1.1.1 No Mundo

1.1.1.1 Direito Germânico

Para o Direito Germânico, era imprescindível que a mulher ofendida fosse virgem. Exigia-se também o uso da violência para com a ofendida. Definitivamente o crime de estupro não era consumado se a violência empregada fosse contra mulher “deflorada”.

1.1.1.2 Direito Hebraico

A legislação hebraica aplicava a pena de morte ao homem que viesse a violar mulher que estivesse prometida a casamento. Se a mulher não estivesse prometida para casamento, mas fosse virgem, o homem deveria pagar cinquenta ciclos de prata ao pai da vítima e ainda era obrigado a casar-se com ela.

1.1.1.3 França

No Direito Francês antigo, havia uma distinção entre o rapto violento e o estupro. Para eles, o rapto violento era a subtração violenta, contrária a vontade, de “donzelas”, mulheres e viúvas, não importando a idade, com a finalidade de abusar delas.

Já o estupro, era taxado como o emprego de força física por parte do réu, contra a virgem, mulher ou viúva, tendo como fim a conjunção carnal. Esses conceitos foram inteiramente distintos, passando a subtração de menor a ser considerada como rapto e o estupro, vindo a ser a conjunção carnal contrária a vontade de vítima.

1.1.1.4 Espanha

Na Espanha, os estupradores também eram punidos com a morte, sendo que isto poderia acontecer até mesmo pelas mãos dos parentes da vítima, visto que estes adquiriam o direito de matar o ofensor.

1.1.1.5 Inglaterra

Na Inglaterra, no período da Idade Média, aquele que estuprasse era punido inicialmente com a morte, porém, logo depois, Guilherme, o Conquistador, substituiu a pena de morte, a qual ele achava muito severa, pela pena de castração e perda dos olhos.

1.1.1.6 Egito e Grécia

No Egito, a mutilação era aplicada como pena aos estupradores; já na Grécia, primeiramente era imposta uma pena simples de multa, porém com o passar dos anos, a pena de multa foi substituída pela pena de morte.

1.1.1.7 Roma

A palavra estupro vem de “stuprum”, que no direito romano se referia a qualquer ato sexual indevido, compreendendo inclusive as relações homossexuais e o adultério.

A punição do crime não vinha pelo ato de constranger ou manter com mulher conjunção carnal, isto porque, se tinha em vista a violência empregada e não o fim desejado pelo agente. A palavra estupro não era aplicada, mas mesmo assim, àquele que empregava a violência para manter relação sexual com outrem, era punido com pena de morte.

1.1.2 No Brasil

1.1.2.1 Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas, que vigoraram no Brasil quando este foi descoberto, tinha como característica a severidade com que os delitos eram punidos. Eram totalmente inspiradas no Direito Canônico, o que fazia com que fossem confundidas as figuras do crime e do pecado.

Com relação ao estupro, verificava-se que para que uma mulher que se queixasse de algum homem que a tivesse estuprado não fosse difamada, ela deveriam ser retirada da casa de seu pai e levada para a casa de um homem bom ou para a casa de algum dos juizes da região (ALVES, 2007).

Se uma mulher fosse estuprada, em povoado, deveria esta gritar e dizer: “vedes que me fazem”, que quer dizer, “vejam o que me fizeram”, indo por três ruas. A queixa só era válida se assim o fizesse.

Porém, se a mulher fosse estuprada em local deserto, na hora que o homem a estupra-se, ela deveria gritar, e gritando, dizer: “vedes que me fez Foam”, que significa, “veja o que me fez Fulano”, declarando o nome do agente. Era necessário

também que ela estivesse chorando e que pelo caminho ela fosse se queixando às pessoas que encontrasse.

Por fim, ela deveria ir à Vila o mais rápido que pudesse; não entrar em nenhuma casa, exceto a cada da justiça, onde ali ela descreveria a forma de se fazer à queixa. Se a mulher descumprisse qualquer um dessas obrigações, a queixa não era válida e não poderia se quer ser recebida e o preso era logo solto.

Após algum tempo, todo homem, não importando seu estado ou condição, que forçosamente dormisse com mulher casada, religiosa, moça virgem ou viúva, que vivesse honestamente, seria morto por isso, e não poderia ser absolvido da pena em hipóteses alguma, nem mesmo se cassasse com a vítima ou gozasse de privilégio pessoal, salvo se o rei quisesse absolvê-lo por graça especial. Aquele que ajudasse ou desse conselho a outrem para estuprar, era punido de igual forma.

1.1.2.2 Ordenações Manuelinas

As Ordenações Manuelinas, publicadas no ano de 1521, tiveram aplicação no Brasil no período das capitânicas hereditárias (ALVES, 2007).

Nesta Ordenação, qualquer homem que forçosamente viesse a “dormir” com qualquer mulher, ainda que escrava ou prostituta, ou que ganhasse dinheiro por seu corpo, era punido com a morte.

Entretanto, se a mulher fosse escrava ou prostituta, a pena de morte só era executada por meio de decreto, e ainda, somente depois que o estuprador tomasse conhecimento do motivo de sua execução.

Da mesma forma como nas Ordenações Afonsinas, mesmo se o estuprador casasse com a vítima, ainda que fosse da vontade dela, não era isento da pena e morreria de igual forma. Também era punido quem ajudasse ou aconselhasse aquele que estuprou.

É relevante dizer também, que se algum homem constrangesse alguma mulher que estivesse passando pela rua, sem o intuito de ter com ela conjunção carnal, este era preso por 30 dias na cadeia, e ainda pagava uma multa para o Meirinho ou Alcaide, ou qualquer pessoa que o acusasse.

1.1.2.3 Ordenações Filipinas

Foi sob o reinado de Felipe II, de Portugal, em 11 de janeiro de 1603, que as Ordenações Filipinas foram publicadas e posteriormente revalidadas pela Lei de 29 de Janeiro de 1643, sob o comando de D. João IV.

Esta ordenação não trouxe nenhuma alteração das ordenações anteriores, que possa ser considerada relevante no que tange a respeito das penas impostas aos estupradores.

1.1.2.4 Códigos Penais

A primeira tipificação do crime de estupro na legislação brasileira, foi no Código Criminal do Império do Brasil, no ano de 1830.

O art. 222 do Capítulo II, que tratava dos crimes contra a segurança da honra, em sua Seção I, trazia a pena de três a doze anos de prisão, e ainda o dever de oferecer dote a ofendida, ao que tivesse cópula carnal por meio de violência ou ameaça, com qualquer mulher honesta (PIERANGELLI, 1980).

Em um segundo momento da nossa legislação, mais precisamente no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, datado de 11 de outubro de 1890, no seu Título VIII, que versava sobre os crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, em seu Capítulo I, o da violência carnal, no artigo 268, tipificava uma pena de prisão de um a seis anos, àquele que estuprasse mulher honesta, seja virgem ou não. O § 1º do mesmo artigo, trazia uma pena reduzida ao agente que estuprasse mulher “pública” ou prostituta, que era de seis meses a dois anos somente.

PIERANGELLI (1980) entende que foi neste momento histórico que se consagrou a denominação “estupro”, como relação mediante violência ou grave ameaça. No Código do Império, este crime era tratado de forma genérica, englobando crimes como o defloramento e a sedução de mulher.

Entendia-se por violência, o emprego da força física e todos os outros meios que pudessem privar a mulher de suas faculdades psíquicas, como o hipnotismo, o

clorofórmio, o éter, os analgésicos e narcóticos em geral, e assim, privá-la da possibilidade de resistir e defender-se.

Atualmente, o Código Penal de 1940, tipifica o crime de estupro no Título VI, que trata dos crimes contra os costumes, mais precisamente no Capítulo I, dos crimes contra a liberdade sexual, e dispõe o artigo 213 que, aquele que constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, será punido com pena de reclusão, de seis a dez anos.

1.2 BEM JURÍDICO PROTEGIDO

No nosso Código Penal brasileiro, o crime de estupro está inserido no “Título VI”, que trata “Dos crimes contra os costumes” e, dentro deste, no “Capítulo I”, “Dos crimes contra a liberdade sexual”.

A inserção do delito de estupro no capítulo que reprime os crimes contra os costumes, indica que tal crime não é considerado como atentado à liberdade da vítima, mas como ofensa aos “costumes” da família e da sociedade (PRUDENTE, 2007).

A sexualidade, dentro da sociedade, está ligada a uma determinada moral e à parâmetros familiares. O estupro, para a legislação, é entendido como uma violência dirigida contra os interesses da coletividade, que transcendem a pessoa humana, e não como uma violência dirigida ao indivíduo.

Há um equívoco porém, nesta concepção. É fácil perceber, que há a necessidade de proteção da liberdade sexual do indivíduo, tendo em vista o princípio constitucional (Art. 5º, CF), que garantem a todos o direito à liberdade.

Conseqüentemente, entendemos que o nosso Código encontra-se ultrapassado, visto que o direito que deve ser tutelado é o da liberdade sexual da pessoa e não os costumes, já que é a integridade física e psicológica do ser humano que se busca proteger.

1.3 SUJEITO ATIVO

Entende-se como sujeito ativo aquele que pode praticar a conduta descrita no tipo. No caso do crime de estupro, é sujeito ativo do crime àquele que constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal. Pode-se perceber que em nenhum momento a lei exige que a pessoa que constranger mulher, seja a mesma que deva ter conjunção carnal com ela.

Porém, de acordo com a doutrina majoritária, o sujeito ativo do crime de estupro é sempre o homem.

MIRABETE, entende que:

Somente o homem pode praticar o delito, uma vez que só ele pode manter conjunção carnal com a mulher. A expressão refere-se ao coito denominado normal, que é a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher. Nada, entretanto, impede a co-autoria ou a participação criminosa; assim, mulher pode responder pelo ilícito na forma do art. 29 do CP. É possível a co-autoria até por omissão daquele que devia e podia agir para evitar o resultado típico (MIRABETE, 2000, p. 1244).

Entendendo da mesma forma, JESUS expressa:

Somente o homem pode ser sujeito ativo do crime de estupro, porque só ele pode manter com a mulher conjunção carnal, que é o coito normal (JESUS, 1999, p. 95).

Ele ainda ressalta:

A mulher, por sua vez, não pode ser sujeito ativo do crime de estupro. Em hipótese de concurso de agentes, porém, pode ser partícipe (JESUS, 1999, p. 96).

DELMANTO, que se filia a mesma corrente diz:

Sujeito ativo: Somente o homem, como autor material e direto. A mulher, no entanto, pode ser co-autora, através de mandato (autoria intelectual) ou auxílio (p. ex.: ameaça com arma enquanto o homem pratica o coito vaginal); ou ainda partícipe, por meio de instigação (participação moral; p. ex.: emprestando a arma, vigiando o local, deixando aberta a porta para o estuprador entrar, etc.) (DELMANTO, 2002, p. 459).

Não concordamos, no entanto, com o posicionamento dos notáveis juristas, pelo fato de que o Direito Penal tem o dever de trabalhar com os elementos que são depositados no tipo penal, analisando-os sempre em consonância com a estrita legalidade.

Ocorre que há uma pequena diferença entre fazer-se uma interpretação em conformidade com a lei penal e fazer uma interpretação restritiva. A interpretação restritiva ocorre quando se reduz o alcance da lei para que se possa encontrar sua exata vontade, ou seja, ela deve ser utilizada pelo jurista, somente quando a lógica sistemática exigir, na medida em que visa, essencialmente, a sanar eventuais

conflitos dentro do Código. Já a interpretação em conformidade com a lei é aquela feita gramaticalmente, ou seja, é a interpretação fiel do “português”.

Dentro da análise acerca do sujeito ativo no crime de estupro, entendemos que não há inserido, no tipo penal “constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça”, qualquer determinação no sentido de que só o homem pode praticá-lo. O verbo, núcleo da conduta delituosa, não é estuprar, mas constranger; verbo que pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive a mulher. █

Verifica-se que o verbo constranger, aqui, é utilizado no sentido de forçar, subjugar, obrigar a vítima ao ato sexual. É uma modalidade especial de constrangimento ilegal, praticada com o fim de fazer com que o agente tenha sucesso em manter conjunção carnal com a vítima.

Assim sendo, pode a mulher aparecer como autora do crime de estupro, sem a necessidade de haver concurso de agentes, bem como aparecer, em um concurso de agentes, no qual só figuram partícipes, como autora única.

Serão analisados a diante, os casos em que a mulher pode aparecer como autora do crime de estupro.

1.4 SUJEITO PASSIVO

O sujeito passivo pode ser considerado formal ou material. Sujeito passivo formal será sempre o Estado, que sofre toda vez que suas leis são desobedecidas. Sujeito passivo material é o titular do bem ou interesse juridicamente tutelado sobre o qual recai a conduta criminosa, que, em alguns casos, poderá ser também o Estado (GRECO, 2007, p. 179).

Diferente do que prevê a lei penal italiana, onde o homem pode ser sujeito passivo do crime de estupro, visto que não é a liberdade sexual, mas sim a inviolabilidade carnal que se é protegida, no direito penal brasileiro, para que se caracterize o estupro, é necessário que a conduta do agente seja dirigida contra uma mulher. Somente a pessoa do sexo feminino poderá ser sujeito passivo da mencionada infração penal (PRUDENTE, 2007).

Não importa, porém, a conduta da mesma, ou seja, pouco importa que se trate de mulher honesta ou prostitua; ou ainda mulher virgem ou deflorada; ou mesmo

solteira, viúva, divorciada ou até mesmo casada, sendo que neste último caso, até o marido pode ser punido pelo crime de estupro contra sua esposa.

Há, no entanto, um Projeto de Lei (ANEXO I), de número 4.850/2005, sujeito à apreciação do Plenário, que vem alterar dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, em especial do seu Título VI, que versa sobre os crimes contra os costumes.

De acordo com o projeto, o crime de estupro englobaria o crime de atentando violento ao pudor, visto que este seria revogado e passaria então a seguinte forma: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Se o projeto for aprovado, o crime de estupro passará a ter então, não somente a mulher, mas também o homem como sujeito passivo do crime.

1.5 CRIME HEDIONDO

Embora a redação da Lei n.º 8.072 de 25 de Julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), não seja gramaticalmente perfeita, é necessário reconhecer que o direito ali contido compreende como crimes hediondos, tanto as suas formas simples (Art. 213, CP), como as suas formas qualificadas (Art. 223, caput e parágrafo único, CP) do estupro.

Se o legislador tivesse a intenção de excluir a forma simples do rol dos crimes hediondos, teria citado somente à forma qualificada, indicado os respectivos dispositivos do CP, como o fez em todo o texto do art. 1º da Lei. Por isso, visto que foi utilizada a conjunção adicional, não pode a lei ter outro sentido.

Conclui-se então que tanto a forma simples, quanto a qualificada do crime de estupro, são hediondas. É neste sentido que se manifesta o STF, como se pode verificar no seguinte acórdão:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO SIMPLES COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À CORTE ESTADUAL NEM AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADMISSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE, EM TESE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Não se conhece de matéria não submetida à Corte a quo, sob pena de supressão indevida de instância. II - **Embora não apreciada,**

especificamente, a situação do paciente, assenta-se, desde logo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples Código Penal, arts. 213 e 214 como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos". III - Após o julgamento do HC 82.929/SP pelo Plenário do STF, não mais é vedada a progressão de regime prisional aos condenados pela prática de crimes hediondos. IV - Determinação ao Juízo da Vara das Execuções para que aprecie a possibilidade de concessão da progressão pleiteada, à vista dos requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos na LEP. V - Ordem concedida de ofício (HC 93674/SP. PRIMEIRA TURMA. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. DJ 07.10.2008) [grifo nosso].

No entanto, há doutrinadores que entendem que somente a forma qualificada do delito citado pode ser considerada hedionda, isto porque, ao ser utilizada a expressão “estupro e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único”, a palavra combinação, para esta corrente, passa a ter o mesmo sentido da expressão “combinado com”.

Eles alegam ainda que pelo fato do legislador não ter fixado o termo “caput” aos artigos, e por não ter acrescentado a expressão “e na forma qualificada”, ele estaria tipificando somente a figura qualificada como hedionda, fazendo assim com que o estupro fosse caracterizado pela hediondez, somente nos casos em que resultasse lesão de natureza grave ou morte.

1.6 AUMENTO ESPECIAL DE PENA

O Código Penal prevê uma pena de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, para quem praticar o crime de estupro. Porém, a Lei de Crimes Hediondos, em seu art. 9º, estabelece que, no caso do art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único (formas qualificadas por lesão grave ou morte), ambos do CP, “estando à vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 223, também do Código Penal”, as penas “são acrescidas de metade, respeitando o limite superior de trinta anos de reclusão”.

A doutrina majoritária vem entendendo que não será aplicada a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, pois isto constituiria um *bis in idem*, por ser a menoridade fator de constituição do próprio tipo

(elementar do tipo), a não ser que haja também, aliada à menoridade, a violência real (MIRABETE, 2000).

O art. 224 do CP presume a violência se a vítima: a) não é maior de 14 anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

1.7 TIPO OBJETIVO

O núcleo do tipo penal do crime de estupro é o verbo constranger. Constranger significa coagir, forçar, obrigar, violentar, sendo assim, necessário o dissenso da vítima, ou seja, para que o crime se configure, deve haver a resistência inequívoca da vítima, explicitando o desejo de evitar o ato. Exige-se que a vítima se exponha com veemência ao ato sexual. Assim sendo, a negativa tímida, bem como o silêncio, descaracterizam o estupro (DELMANTO, 1991).

1.8 TIPO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do tipo penal do crime de estupro, que é o especial fim de agir do agente, é o dolo para a conjunção carnal. Na doutrina tradicional, é o chamado dolo específico. Não há forma culposa.

1.9 VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA

É preciso que o agente atue mediante o emprego de violência ou grave ameaça para que se configure o crime de estupro. Violência é a utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal (GRECO, 2007).

A oposição da vítima deve ser manifestada por inequívoca resistência. Não basta a oposição meramente figurada por “simples gritos”, ou passiva e inerte. Porém, o comportamento passivo da vítima pode não descaracterizar o crime, se é fruto do medo provocado pelo número de ofensores ou de grave situação de fato, no instante do crime.

A grave ameaça, no entanto, pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Assim, a ameaça poderá ser levada a efeito diretamente contra a própria pessoa da vítima ou pode ser empregada, indiretamente, contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, produzindo-lhe efeito psicológico no sentido de passar a temer o agente, ao ponto de ceder.

A ameaça deverá ser séria, causando na vítima um fundado temor de seu cumprimento.

Devemos ressaltar que o mal prometimento pelo agente, para que se possa relacionar sexualmente com a vítima contra a sua vontade, não deve ser, necessariamente, injusto (NUCCI, 2007).

Podemos ter com exemplo nesse caso, o autor, que sabendo da infidelidade de uma mulher para com seu marido, a obriga a se relacionar sexualmente com ele, sob pena de contar todo o fato ao cônjuge da mesma, que certamente dela se separará.

1.10 CONSUMAÇÃO

Consuma-se o crime de estupro, com a conjunção carnal.

NELSON HUNGRIA (1956) entende como conjunção carnal a relação sexual normal, o coito vagínico, que compreende a penetração do pênis do homem, seja ela completa ou incompleta, na vagina da mulher. Importa ainda ressaltar a não exigência de desvirginamento e muito menos de ejaculação.

Foi adotado, portanto, pela legislação penal brasileira, o sistema restrito no que se trata da interpretação da expressão conjunção carnal, descartando-se o sistema amplo, que compreende a cópula anal, ou até mesmo o sistema amplíssimo, que compreende também os atos de felação (orais), sendo que estes serão configurados como atentado violento ao pudor.

Descarta-se também a possibilidade do estupro em relações homossexuais, ou seja, só em relação heterossexuais, entre homem e mulher, é possível a configuração do estupro.

Alguns doutrinadores entendem que quando o agente não consegue consumir o estupro por circunstâncias alheias à sua vontade, este deve responder pelo crime de atentado violento ao pudor. Não concordamos com tal posição, visto que é o elemento subjetivo, ou seja, a real intenção do agente que deve ser levada em conta.

É evidente que, na prática, é extremamente difícil distinguir um delito do outro, porém, o fim do agente que deseja estuprar, é praticar a conjunção carnal, enquanto que o agente que deseja atentar violentamente contra o pudor de outrem, tem como intenção ato diverso da cópula normal.

1.11 TENTATIVA

Admite-se na doutrina a tentativa do crime de estupro, porém, na prática, é extremamente difícil a sua comprovação. Ela pode ocorrer, quando não haja a conjunção carnal, mas seja evidente, por parte do agente, o intuito de realizá-la.

Por exemplo, deve responder pelo crime de estupro tentado, o indivíduo que, joga a vítima no chão, arrancando ou rasgando-lhes as vestes, e retira o pênis em ereção, procurando aproximá-lo da vagina da vítima, mas vindo a ser impedido por um terceiro.

Porém, se não chegar a haver qualquer contato físico do agente com a vítima, mas se tiver sido empregada a grave ameaça, como por exemplo, no caso do indivíduo que, mediante o emprego de arma de fogo, leva a vítima a tirar a roupa, mas desiste voluntariamente de seu ato, deverá o agente responder pelo crime de constrangimento ilegal (Art. 146, CP), visto que, pelo preceito da desistência voluntária, o sujeito ativo responde apenas pelos atos até então praticados (Art. 15, CP).

Pode ocorrer também, que o agente pratique primeiro atos libidinosos distintos da conjunção carnal (coito anal ou oral), e tenha o intuito de logo após, realizar a conjunção carnal. Nesta situação, caso o agente, por exemplo, venha a ser flagrado

no momento em que está para introduzir o pênis na cavidade vaginal, poderá responder pelo crime de estupro tentado em concurso com o crime de atentado violento ao pudor.

Por fim, tem-se entendido como crime impossível, quando um homem for incapaz de obter ereção peniana, ficando assim impedido de praticar os atos de penetração, uma vez que, se não há qualquer possibilidade de ereção, o estupro torna-se impraticável, posto que este delito exige um membro viril para que se leve a efeito a penetração, total ou parcial (PRUDENTE, 2007).

É de suma importância expor que, se o agente foi condenado pelo crime de estupro tentado, em face de equivocada interpretação do julgador, é inadmissível a desclassificação para o crime de atentado violento ao pudor consumado, quando houver apenas o recurso da defesa, visto que haveria “reformatio in pejus”.

1.12 PROVA

A palavra da vítima é a viga mestra da estrutura probatória. A sua acusação firme e segura, em concordância com as demais provas, possibilita a condenação (DELMANTO, 1991).

1.13 AÇÃO PENAL

O art. 225, situado no Capítulo IV do CP, preceitua que nos crimes contra os costumes, “definidos nos capítulos anteriores”, só se procede mediante queixa.

Podemos entender então, que, nos crimes previstos nos art. 213 a 220 do CP, a ação penal é de iniciativa privada (queixa-crime). No entanto, se ocorrer o resultado lesão corporal grave ou morte, referido no art. 223 do CP, o estupro passa a ser então, objeto de ação penal pública incondicionada, pois o art. 223 do CP não se inclui nos capítulos anteriores a que o art. 225 do CP faz menção.

Na hipótese de estupro praticado com violência presumida, a ação penal será privada, a não ser que os pais da vítima sejam pobres e façam representação. Nos

casos de ação privada, procede-se mediante o oferecimento, em juízo, de queixa-crime pela vítima ou seu representante legal.

A ação penal será pública condicionada a representação, se a vítima ou os seus pais, não poderem custear as despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção da família (Art. 225, §§1º, I e 2º, CP).

A ação será pública incondicionada, quando o delito for cometido com o abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (Art. 225, §1º, II, CP).

2 CONCURSO DE PESSOAS

O concurso de pessoas se dá, quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática de um mesmo crime.

No Direito Penal positivo brasileiro, há tipificadas, inúmeras infrações penais, que podem ser praticadas por uma só pessoa, como é o caso do delito de homicídio (Art. 121, CP); a esses crimes denominamos unissubjetivos. Entretanto, há outros crimes, os chamados plurissubjetivos, que exigem uma pluralidade de agentes, como ocorre no crime de quadrilha ou bando (Art. 288, CP), que exigem pelo menos quatro pessoas para que o delito aconteça (GRECO, 2007).

Segundo GRECO (2007), o art. 29, localizado no Título IV do Código Penal de regra, aplica-se aos delitos unissubjetivos, pelo fato dos crimes plurissubjetivos exigirem a presença de no mínimo duas ou mais pessoas, dependendo do tipo penal, ou seja, não haveria precisão de regra expressa para os autores, co-autores, aplicando a regra somente para à participação nessas infrações penais.

Portanto, quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

2.1 TEORIAS

Surgiram algumas teorias que vieram distinguir e apontar a infração penal cometida por cada um dos participantes do crime. Destacaremos três delas, quais são a teoria pluralista, a teoria dualista e a teoria monista.

2.1.1 Teoria Pluralista

Para esta teoria, há tantas infrações penais quantos são o número de autores e partícipes; existem tantos crimes quanto forem os participantes do fato delituoso. A linha de pensamento nos leva a conclusão de que cada participante corresponde a

uma conduta particular, um elemento psicológico próprio e um resultado próprio. Assim, se uma pessoa induz outra a praticar um delito de furto, temos duas infrações penais distintas, uma para cada um dos agentes (GRECO, 2007).

2.1.2 Teoria Dualista

A teoria dualista, faz distinção entre o crime praticado pelos autores daquele praticado pelos partícipes. Haveria então, uma infração para aquele e outra para este. Alguns autores pensam que se a participação pode ser primária e secundária, acessória e principal, deve haver então um crime único para os autores e outro para os cúmplices.

A idéia central está na consciência e na vontade de concorrer num delito. Por exemplo, se uma pessoa instiga outras duas a cometerem um homicídio, haverá uma infração para aquele que induziu e uma outra para os que efetivamente realizaram o verbo do tipo do crime, ou seja, mataram (BITENCOURT, 2007).

2.1.3 Teoria Monista

A última teoria, é a adota pelo nosso Código Penal, e aduz que todos os quais concorrem para um crime incidem nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Esta teoria acredita que o crime é íntegro e indivisível, embora tenha sido praticado por diversas pessoas; acredita que existe um único crime, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, sejam eles autores ou partícipes. Portanto, o delito cometido pelo concurso de várias pessoas não se divide em vários crimes distintos, muito pelo contrário, permanece indiviso em todo tempo. Se uma pessoa vigiasse um local para que outra furtasse um objeto em uma loja, por exemplo, aos dois seria atribuído o crime de furto (GRECO, 2007).

BITENCOURT (2007) esclarece que, apesar do nosso Código Penal ter adotado a teoria monista como regra, alguns doutrinadores entendem que na verdade, ela se

aproxima de uma teoria monística e dualística ao mesmo tempo, tendo então aduzido a teoria que debatemos em questão como uma teoria matizada, temperada.

Um claro exemplo disto pode ser observado no crime de aborto (Art. 124, CP), onde a gestante que pratica o delito responde por tal crime, enquanto o que nela realiza o aborto, com o seu consentimento, concorre no delito de aborto provocado por terceiro (Art. 126, CP).

2.2 CAUSALIDADE FÍSICA E PSÍQUICA

A solução do problema do concurso de pessoas está inteiramente relacionada com a teoria da equivalência das condições, teoria adotada em relação ao nexo causal, que não distingue causa e condição na produção do resultado típico (BITENCOURT, 2007).

A causalidade é formada do elemento material, que é a contribuição causal física e de um elemento subjetivo, que é a vontade e consciência de participar de uma obra comum.

O concurso de pessoas é compreendido tanto pela contribuição causal, puramente objetiva, quanto pela contribuição subjetiva, visto que a participação não engloba somente a produção de um resultado, mas sim, a produção típica, antijurídica e culpável de um resultado proibido.

A causalidade física é apenas um fragmento do complexo problema do concurso de pessoas, que para completar-se, faz a exigência de um liame subjetivo. É necessária a integração de um processo físico de causação e um processo humano de produção do resultado. Pode-se concluir então, que se não houver o nexo causal ou o liame subjetivo, não se pode falar em concurso de pessoas.

Pode-se citar como exemplo, uma pessoa, que empresta uma arma a outra, com o intuito de contribuir em um homicídio, mas a arma acaba não sendo utilizada na execução do crime e não influencia de nenhuma forma, no ânimo do autor, ou então, o serviçal, que por negligência ou imprudência, esquece de trancar a porta da casa durante a noite, favorecendo a prática de um furto. Estes, não podem ser punidos pelas condutas pseudopartícipes, visto que no primeiro caso, não houve a

eficácia causal da participação e no segundo caso, não houve o elemento subjetivo, ou seja, à vontade.

2.3 REQUISITOS

2.3.1 Existência de Pluralidade de Agentes e Condutas

O primeiro requisito para que ocorra o concurso de pessoas é a existência de pluralidade de agentes e condutas. Como o próprio nome induz, há a necessidade de, no mínimo, duas pessoas que, envidando esforços conjuntos, desejam praticar determinada infração penal (GRECO, 2007).

2.3.2 Relevância Causal

O segundo requisito é a relevância causal de cada conduta. Se uma conduta praticada por um agente não possuir relevância para a efetivação da infração penal, esta deve ser desconsiderada e o agente não deve ser punido pela prática de tal ato (BITENCOURT, 2007).

Suponhamos que João deseja firmemente causar a morte de José. Por não haver encontrado sua arma, rapidamente ele se desloca até a casa de Pedro, explica a situação a este e pede a Pedro a arma dele emprestada. Pedro, mesmo sabendo da intenção de João, empresta-lhe a arma de bom grado. Antes de praticar o crime, João decide procurar sua arma novamente, e surpreendentemente consegue encontrá-la. Assim, deixa a arma de Pedro de lado e procurando José efetua-lhe seis disparos com a sua própria arma, causando-lhe a morte.

Entendemos que pelo fato de José já ter decidido antes a cometer o crime, e por não ter ele usado a arma que tomara emprestado com Pedro, a conduta deste é irrelevante, uma vez que não estimulou e não influenciou de nenhuma forma o agente no cometimento da infração. Embora ele tenha querido contribuir, a ausência

de relevância de sua conduta fez com que ele não pudesse ser responsabilizado penalmente pelo resultado.

2.3.3 Liame Subjetivo

O terceiro requisito para a caracterização do concurso de pessoas diz respeito ao liame subjetivo entre os agentes, isto é, o vínculo psicológico que une os agentes para a prática de uma mesma infração penal. Se não houve um vínculo subjetivo entre os agentes, cada qual responde, isoladamente, por sua conduta (BITENCOURT, 2007).

No caso em que João e Pedro atiram contra José, sendo que um acerta o alvo mortalmente e o outro erra, não se sabendo qual deles conseguiu atingir o resultado morte, dependendo da conclusão que se chegar à relação ao vínculo psicológico entre os agentes, as imputações serão inteiramente diferentes.

Se concluirmos que João e Pedro agiram unidos por um liame subjetivo, não importa saber qual deles efetivamente, conseguiu causar a morte da vítima; o liame fará com que ambos respondam pelo crime consumado. Porém, se os agentes não atuaram unidos por nenhum vínculo, cada um deverá responder por sua conduta, podendo um responder por homicídio tentado e o outro por homicídio consumado, se ficar provado quem causou a morte da vítima, ou os dois por tentativa de homicídio se não for possível distinguir o gerador efetivo do homicídio.

2.3.4 Identidade de Infração Penal

O quarto e último requisito indispensável à caracterização do concurso de pessoas é a identidade de infração penal. Isso quer dizer que os agentes unidos pelo liame subjetivo, devem desejar praticar o mesmo ilícito penal.

Os esforços de ambos devem convergir ao cometimento de determinada infração penal. Concluimos então que somente quando duas ou mais pessoas

desejam levar a efeito condutas relevantes destinadas ao cometimento de uma mesma infração penal é que se pode falar em concurso de pessoas (GRECO, 2007).

2.4 AUTORIA

Os conceitos de autor e partícipe não são, nem de longe, pacificados na doutrina.

Digo doutrina, pelo fato do Código Penal não ter trazido nenhuma referência ao que diz respeito sobre tais definições.

Apesar de serem conceitos jurídicos, são ainda conceitos advindos do homem, ou seja, conceitos que, antes de qualquer definição jurídica, já estão pré-definidos pelas sociedade.

Partindo desse pressuposto, trouxemos até aqui, uma teoria adotada por grande número de doutrinadores, que chama para si a responsabilidade de identificar juridicamente tais conceitos. Ela ocupa uma posição intermediária entre as teorias objetivas e subjetivas e é a chamada teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato foi introduzida no concurso de pessoas no ano de 1939, por Hans Welzel (BITENCOURT, 2007).

Ela vem trazendo que autor é aquele que tem o controle final do fato, é aquele que domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (JESUS, 1999).

Ela se assenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado e veio para dar solução adequada às questões que se apresentem envolvendo chefes de quadrilhas, sentinelas, aprendizes, motoristas, autores materiais e intelectuais de crimes, etc.

Pode acontecer, por exemplo, que o agente, ao invés de ser o autor executor, seja o “homem inteligente do grupo” e a sua função se limite a elaborar o plano criminoso, a estratégia a ser seguida pelo grupo a fim de praticar a infração penal. Depois de confeccionar o plano, o mentor intelectual termina a sua tarefa.

Deve ser ressaltado, que quando nos referimos ao domínio do fato, não queremos dizer que o agente deve possuir o poder de evitar a prática da infração penal a todo custo, mas sim, que em relação à parte que lhe foi cabida do plano

criminoso, sobre esta deverá ter o domínio funcional. O domínio é, portanto, sobre as funções que lhe foram confiadas e que têm um fundamental importância na realização da infração penal.

A teoria do domínio do fato tem aplicação somente nos delitos dolosos, visto que não podemos falar do domínio do fato em delitos culposos, já que o resultado se produz de modo causal, não finalista. Nos delitos imprudentes, todo aquele que contribui para a produção do resultado com uma conduta que corresponde ao cuidado objetivamente devido, é autor; já nos delitos dolosos, autor é o que tem o domínio finalista do fato.

2.4.1 Autoria Propriamente Dita

Na autoria propriamente dita, o autor ou executor realiza materialmente a conduta típica, agindo sozinho, sem indutor, instigador ou sequer auxiliar. Ele tem o total domínio da conduta (JESUS, 1999).

Por exemplo, pratica homicídio quem “mata” alguém, pratica furto quem “subtrai” a coisa, etc.

O autor propriamente dito executa diretamente a conduta descrita pelo núcleo do tipo penal.

2.4.2 Autoria Intelectual

“Fala-se em autoria intelectual quando queremos nos referir ao “homem inteligente” do grupo, aquele que traça o plano criminoso, com todos os seus detalhes” (GRECO, 2007, p. 444).

O sujeito planeja a ação delituosa, sendo produto de sua criatividade a constituição do crime.

Há casos em que pode acontecer do autor intelectual não ter qualquer função executiva do plano criminoso por ele pensado; isto, porém, não o afasta do status de autor. Muito pelo contrário, pela teoria do domínio do fato da qual já tratamos, é

possível perceber com clareza, a importância deste agente para o sucesso da infração penal.

O art. 62, I, do Código Penal agrava a pena do agente que *promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes*.

2.4.3 Autoria Mediata

Para que se possa falar em autoria mediata, deve o agente, detendo o domínio do fato, utilizar interposta pessoa que lhe sirva de instrumento para a realização da infração penal.

Portanto, autor mediato é aquele que comete o fato punível “por meio de outra pessoa”, ou seja, realiza o tipo legal de um delito através de um intermediário que age como forma de instrumento.

O nosso Código Penal prevê expressamente quatro hipóteses de autoria mediata, quais sejam:

A primeira hipótese é a de ausência de capacidade penal do instrumento por menoridade penal, embriaguez ou doença mental, previsto no art. 62, III, CP, onde o autor mediato determina a um inimputável por menoridade ou doença mental, ou até mesmo a um ébrio, a prática de um crime. Por exemplo, se uma pessoa, entrega uma arma a um doente mental e faz com que este atire na vítima causando-lhe a morte, ela deverá responder pelo crime de homicídio como autor mediato e este não poderá ser punido.

Já o caso de coação moral irresistível ou obediência hierárquica (Art. 22 CP), que é a segunda hipótese, é verificado quando uma pessoa, em virtude de uma coação a que não pode resistir ou em estrita obediência a ordem manifestadamente ilegal de um superior hierárquico, vêm a praticar uma infração penal. Neste caso, a pessoa que cometeu o delito não será punida, porém, o autor da coação e da ordem virá a sofrer as sanções previstas na lei.

Podemos ter como exemplo, um pai, que é coagido a subtrair determinado valor de uma agência bancária, e não pode se negar a realizar tal ato, pois tem seu filho na mira de um revólver, prestes a morrer. Neste caso, só responderá pelo crime

de furto (ou roubo, se tiver violência ou grave ameaça), o autor da coação, que é conhecido como autor mediato.

A terceira hipótese é a de erro de tipo escusável determinado por terceiro, em que o instrumento age sem dolo. É prevista no art. 20, § 2º, CP e pode ser exemplificada no caso de uma enfermeira, que aplica em um paciente, injeção letal, da qual não sabe o seu conteúdo, a pedido do médico. Neste caso, o médico é o autor mediato do crime de homicídio, pois ele que havia preparado a injeção e determinado a sua aplicação no paciente, querendo, desde o início, a morte do mesmo.

Na quarta e última hipótese, a de erro de proibição invencível, tipificada no art. 21, *caput*, CP, o instrumento incide em erro sobre a ilicitude da conduta. A autoria mediata é verificada quando o autor se vale de interposta pessoa que não pratica qualquer comportamento, seja ele doloso ou culposo, em virtude de presença de uma causa de exclusão da ação, como ocorre na situação em que um homem está em estado de inconsciência.

2.4.3.1 Autoria Mediata no Crime de Estupro

Entendemos que a autoria mediata no crime de estupro pode se dar de duas formas, por meio de coação irresistível e também por induzimento ao inimputável. Discorreremos então sobre esses dois tópicos para expormos nosso entendimento.

2.4.3.1.1 Coação Irresistível (Art. 22, CP)

Pode-se coagir uma pessoa por meio de violência física ou de violência moral, a chamada grave ameaça. A maioria da doutrina, no entanto, entende que a coação irresistível se trata somente de coação moral, visto que a coação física retira a voluntariedade do ato, e por conseqüência, não há comportamento. Ademais, a ameaça deve ser irresistível, e pode ser dirigida em desfavor de terceira pessoa que não o coato.

A coação exclui a culpabilidade e não se embaraça com o estado de necessidade, que é um excludente de antijuricidade. Neste, não há constrangimento algum, mas tão somente, o indivíduo, para a salvação de direito próprio ou alheio, realiza a conduta típica. Naquele, no entanto, exige-se na grande maioria dos casos, uma relação tríplice, formada pelo coator, que é aquele que obriga; o coato, que é aquele que é obrigado, e por fim, a vítima.

Em pouquíssimos casos, pode acontecer de na coação, haver a presença de apenas duas pessoas, o coator e o coato; como por exemplo, quando aquele constrange este a praticar ato obsceno em local público.

Logicamente, a coação transfere todos os efeitos penais, ou seja, toda a responsabilidade penal ao coator, que deve sozinho responder pelo fato típico e antijurídico, com a agravação da pena prevista no art. 62, II, CP que diz que: “A pena será ainda agrava em relação ao agente que coage ou induz outrem à execução material do crime”.

É a nossa posição que o coator deve responder também, em concurso formal, pelo crime de constrangimento ilegal (Art. 146, CP), por haver coagido o executor do delito.

Por essa razão, entendemos que, quando uma mulher ameaça irresistivelmente um homem, mediante, por exemplo, de utilização de arma de fogo, à prática sexual carnal com uma outra mulher, esse não responde então pelo estupro, por quanto, não há culpabilidade, ou seja, não há possibilidade, de considerar, perante a sociedade, esse homem culpado pela prática criminosa (LEITÃO, 2000).

O crime ocorreu diante de uma causa que exclui a exigibilidade de conduta diversa (grave ameaça), por consequência, a responsabilidade do crime cai somente sobre o coator, que neste caso, é a mulher, que deve então, responder em concurso formal, pelos delitos de estupro e constrangimento ilegal, vez que foi ela, e tão somente ela, que praticou o núcleo do tipo, o qual foi constranger mulher à conjunção carnal.

Ocorre que, apesar de ter praticado o crime, o coato não pode ser o autor de delito, vez que não era ele que detinha o domínio do fato, teoria esta, que já explicamos anteriormente. Portanto, há sim a possibilidade de a mulher aparecer, no concurso de pessoa, como autora do crime de estupro, enquanto o(s) outros(s)

agente(s), apenas como partícipe(s), diferentemente do que a doutrina majoritária entende.

2.4.3.1.2 Induzimento ao Inimputável (Art. 26, CP)

De acordo com o Código Penal Brasileiro, é inimputável, quem, ao tempo da infração era completamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Ocorre então, a inimputabilidade em razão da existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou ainda pela embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Pelo fato da inimputabilidade tratar-se da incapacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, o inimputável não deve responder pelo ilícito, pois, mesmo tendo o desejo de praticar o delito, mesmo preenchendo todos os requisitos da estrutura do crime, não possui a capacidade de entender porque a sua conduta é criminosa ou, então, não contém seu impulso patológico.

Por essa razão, quando uma mulher convence um inimputável a estuprar outra mulher, ela pratica o crime assim como o inimputável. Porém, este último, não detém o domínio do fato, assim como o coato, e é nada mais que um mero instrumento para a configuração do crime. Trata-se então, de outra forma de autoria mediata no concurso de pessoas, em que somente a mulher, que induziu ao inimputável, pode ser considerada autora, porque só ela tinha o domínio do fato (LEITÃO, 2000).

2.5 CO-AUTORIA

Co-autor é aquele que possuindo as qualidades pessoais de autor, é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito. A co-autoria constitui forma de autoria e é verificada quando o co-autor realiza

o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime pela vontade comum de cometimento do fato.

Se autor é aquele que possui o domínio do fato, é o chamado “senhor” das decisões, os co-autores são aqueles que têm o domínio funcional dos fatos, ou seja, dentro da divisão de tarefas, serão classificados como co-autores todos aqueles que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração, não se exigindo que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo.

Alguns autores afirmam que a co-autoria se baseia no princípio da divisão de trabalho. Essa divisão reforça a idéia de domínio funcional do fato; isto porque cada agente terá o domínio no que diz respeito à função que lhe fora confiada pelo grupo.

Conclui-se então que co-autoria é a reunião de vários autores, cada um com o domínio das funções que lhe foram atribuídas para a consecução final do fato, conforme o critério de divisão de tarefas.

Se não existir a consciência de cooperação na conduta comum, não há que se falar em concurso de pessoas, restando então a autoria colateral (ou co-autoria lateral ou imprópria). Caso duas pessoas, ao mesmo tempo, sem conhecerem a intenção uma da outra, efetuarem disparos contra a vítima, responderão cada uma por um crime se os disparos de ambas forem causas da morte. Porém, se a vítima morreu apenas em efeito da conduta de uma, a outra responderá pela tentativa de homicídio. Se houver dúvida insanável em relação à causa da morte, ou seja, sobre quem foi o real autor do fato, a solução deve obedecer ao princípio do *in dubio pro réu*, punindo ambos por tentativa de homicídio.

2.6 PARTICIPAÇÃO

Conforme RAMOS destaca:

O vocábulo partícipe pode ser empregado no sentido amplo, para significar, indistintamente, todos aqueles que participam da realização do crime: é o conceito extensivo de partícipe. Neste sentido, o termo engloba tanto o autores quanto os partícipes propriamente ditos. Todos são partícipes. [...].

Nesse sentido genérico pode-se dizer que participação e concurso são noções equivalentes. Para o efeito de distinguir entre os diversos agentes do crime, no entanto, a palavra partícipe é usada para destacar, dentre todos os agentes, somente aqueles que, embora concorrendo para a prática

da infração penal, desempenham atividade diversa da do autor (RAMOS, 1996, p. 61).

Já afirmamos ser o autor quem exerce o papel principal do crime, ele é o protagonista da infração penal. Entretanto, é comum o protagonista receber auxílio daqueles que, embora não desenvolvam ações principais, exerce papéis secundários, que influenciam na prática da infração penal. Então, temos como partícipes, os coadjuvantes na história do crime.

A participação será sempre atividade acessória, assim como autoria será sempre atividade principal. Quando dizemos que a participação é necessariamente acessória, queremos dizer que ela depende da existência de um fato principal. Essa acessoriedade está na natureza das coisas.

É óbvio então, que para que se possa falar em partícipe, necessariamente deve existir um autor do fato. Sem este, não a possibilidade daquele, visto que, de acordo com o que determina o art. 31 do CP, o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chega a ser, pelo menos, tentado, e como sabemos somente o autor pode chegar à fase de tentativa de determinada infração penal. Se o autor não chega à fase de tentativa, a conduta do partícipe não poderá ser punida pelo direito penal.

A participação pode ser moral ou material. Diz-se que a participação é moral nos caso de induzimento e instigação. Diz-se que a participação é material se ela é por cumplicidade.

Induzir é incutir, colocar, criar, depositar, fazer nascer à idéia criminosa da cabeça do agente, ou seja, do autor do delito. Neste caso, o autor não tinha a idéia de cometer o crime, porém o partícipe lhe incube essa idéia. Já o verbo instigar se limita a reforçar uma idéia pré-existente. A função do partícipe é tão somente fortalecer a intenção delitiva do autor.

Deve-se ressaltar, no entanto, que, a instigação do partícipe deve ser decisiva no sentido de orientar e determinar a execução de uma conduta típica e antijurídica pela parte do autor.

É importante que fique claro que a instigação decorre de ter levado o autor a decidir pela prática do crime, e não pelo fato de ter-lhe dado à idéia, visto que esta poderia ter sido dada por outrem. Por exemplo, João diz a Pedro que está com a intenção de furtar uma casa, porém, não vai fazê-lo pelo fato do muro da casa ser

muito alto. Pedro então, empresta uma escada à João, induzindo-o assim a dar fim a sua intenção de furto, o que acaba acontecendo.

No caso da participação por cumplicidade, o partícipe facilita materialmente a prática da infração penal, como por exemplo, cedendo uma escada para aquele que deseja entrar na casa da vítima para subtrair um objeto, ou até mesmo no caso de emprestar uma arma para o autor, para que este cause a morte de seu desafeto.

3 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

3.1 DISPOSITIVO LEGAL

O art. 13 do Código Penal preceitua:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) Com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

3.2 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE (ART. 13, CAPUT, CP)

O fato típico é composto por uma conduta, que pode ser comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, por um resultado, pelo nexo causal entre a conduta e o resultado e pela tipicidade penal, que pode ser formal ou conglobante.

Descreve Rogério Greco, o nexo causal ou a relação de causalidade como sendo:

Aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causador (GRECO, 2007, p. 215).

3.3 TEORIAS SOBRE A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Entre inúmeras teorias que surgiram com o fim de elucidar o problema da relação de causalidade, as que mais se destacam são as três que veremos a seguir.

3.3.1 Teoria da Causalidade Adequada

Para a teoria da causalidade adequada, elaborada por Von Kries, causa é a condição adequada e necessária a causar a produção do evento.

Paulo José da Costa Júnior diz que “considera-se a conduta adequada quando é idônea a gerar o efeito” (COSTA JÚNIOR, 1991, p. 61).

A conduta adequada exclui acontecimentos extraordinário, fortuitos, excepcionais e anormais. Também não são levadas em conta todas as circunstâncias necessárias, mas somente aqueles que, além de indispensáveis, são idôneas à causação do evento.

Não há relação causal, por exemplo, entre acender uma lareira no inverno e o incêndio produzido pela fagulhas carregadas pelo vento.

3.3.2 Teoria da Relevância Jurídica

Nas palavras de GRECO “a teoria da relevância entende como causa a condição relevante para o resultado” (GRECO, 2007, p. 218).

Será considerado irrelevante tudo aquilo que for imprevisível para o homem prudente, situado no instante da prática da ação. Só se considera causa relevante àquilo que é objetivamente previsível. Portanto, uma pessoa que joga um balde de água em uma represa completamente cheia e esta tem o seu dique rompido, não pode ser responsabilizada pela inundação, pois sua conduta não foi consideradamente relevante a ponto de ser-lhe imputada a infração penal tipificada no art. 254 do CP.

3.3.3 Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais (Conditio Sine Qua Non)

É a teoria que considera causa a ação ou omissão, sem a qual, não teria ocorrido o resultado, ou seja, todos os fatos que precedem o resultado se equivalem, desde que sejam indispensáveis à sua ocorrência. É a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro (GRECO, 2007).

Verifica-se que o fato antecedente é causa do resultado partindo de uma eliminação hipotética, ou seja, se, suprimido mentalmente o fato, vier a ocorrer à modificação do resultado, é sinal de que o primeiro é causa do último.

Deve-se fazer uma regressão buscando descobrir tudo aquilo que tenha exercido influência na sua produção.

Damásio de Jesus exemplifica de tal forma:

Suponhamos que A tenha causado a morte de B. A conduta típica do homicídio possui uma série de fatos, alguns antecedentes, dentre os quais poderíamos sugerir os seguintes: 1º) produção do revólver pela indústria; 2º) aquisição da arma pelo comerciante; 3º) compra do revólver pelo agente; 4º) refeição tomada pelo homicida; 5º) emboscada; 6º) disparos dos projéteis da vítima; 7º) resultado morte. Dentro dessa cadeia, excluindo-se o fato sob os números 1º a 3º, 5º e 6º, o resultado não teria ocorrido. Logo, dele ao considerados causa. Excluindo-se o fato sob o número 4 (refeição), ainda assim o evento teria acontecido. Portanto, a refeição tomada pelo sujeito não é considerada como sendo causa do resultado (JESUS, 1994, p. 218).

3.4 OMISSÃO COMO CAUSA DO RESULTADO

Para a maioria dos autores, a omissão, além da ação, também poderá ser considerada causa do resultado, bastando que para tal fato, o omitente tenha o dever jurídico de impedir, ou ao menos, tentar impedir, o resultado lesivo (GRECO, 2007).

Nos momentos em que o Código deixa manifesto que da mesma forma que ação, a omissão pode ser considerada causa do resultado, ele quer dizer que a omissão do agente terá importância quando ele se abster de fazer aquilo que a lei lhe confere naquele instante.

A omissão como causa do resultado não se trata do fato do agente não fazer absolutamente nada, mas sim de não fazer aquilo que a lei determinava que fizesse, ou seja, a omissão não radica na simples inatividade, senão em um “não fazer” a ação esperada.

Identificada a obrigação legal, a falta de ação do agente terá relevância para o direito penal e poderá ser considerada produtora do resultado.

3.5 CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

A conduta de determinado agente pode incidir em fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Quando o agente pratica algo que estava proibido, tem-se então um crime comissivo; quando o agente deixa de fazer algo a que tinha a obrigação, tem-se então um crime omissivo.

Os crimes omissivos podem ser: omissivos próprios, também chamados de simples ou puros e os omissivos impróprios, também chamados de comissivos por omissão ou omissivos qualificados.

Os chamados crimes omissivos próprios, simples ou puros são os descritos com uma conduta negativa de não fazer o que a lei determina, objetivamente, versando a omissão na infração da norma jurídica e não sendo necessário a existência de um resultado naturalístico, ou seja, para que o crime aconteça, basta que o autor se omita, quando era obrigado a agir.

Já os crimes omissivos impróprios, comissivos por omissão ou omissivo qualificados são os que, para se configurarem, faz-se necessário que o agente possua o dever de agir para evitar o resultado. Aqui, o crime omissivo só é atribuído a quem possua o *status* de garantidor da não-ocorrência do resultado.

Pode-se dizer que os crimes omissivos impróprios são os crimes de omissão qualificada porque o agente deve possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. O agente, obrigatoriamente, deve ter uma vinculação com a vítima em relação à proteção de seus bens jurídicos, que o coloque na qualidade de garantidor desses bens.

Todas as pessoas que se amoldem às situações descritas no § 2º do art. 13 do CP, assumem a posição de garante.

A distinção entre os crimes omissivos próprios e os impróprios está na previsão típica da conduta, feita pelo legislador, que deve ser imposta ao agente. Caso o agente se abstenha de praticá-la, cairá nas sanções cominadas a tais tipos penais.

A omissão de socorro (Art. 135, CP) e a omissão de notificação de doença (Art. 269, CP) são exemplos de espécies de crimes omissivos próprios, pois para se consumarem, basta que o agente deixe de praticar as condutas que lhe são previamente impostas nos tipos penais.

Nos crimes omissivos impróprios, os considerados tipos abertos, não há uma prévia definição típica, não há definição de condutas que se quer impor ao agente. É preciso haver uma adequação, situando a posição de garantidor do agente aos fatos ocorridos, considerando, ainda, a sua real possibilidade de agir.

Nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, a conduta é positiva, ou seja, comissiva, só que praticada via omissão do agente, que tinha o dever de agir para evitar o resultado. Por isso que se diz que o crime é comissivo por omissão, porque a conduta comissiva prevista no tipo é praticada de forma omissiva pelo agente.

Há a possibilidade dos resultados, nos crimes omissivos impróprios, serem alcançados tanto em razão da conduta dolosa como culposa do agente.

3.6 RELEVÂNCIA DA OMISSÃO (ART. 13, § 2º, CP)

Quando o não fazer deixa de constar expressamente num tipo penal, somente se torna relevante para o direito penal, caso o agente tenha o dever de agir, do contrário, não é possível exigir qualquer conduta. Ex.: Qualquer pessoa que acompanhe a ocorrência de uma agressão pode agir para impedir o resultado, mas não é obrigado a isto, ou seja, independente de haver ou não resultado, ele não pode ser punido, pois não tinha o dever jurídico de impedir o mesmo. A situação torna-se diversa, se a pessoa que acompanha a agressão, não agindo propositalmente, era o segurança da vítima, contratado para protegê-la. Neste caso, este responderá como partícipe da lesão.

De acordo com o § 2º do art. 13 do CP, deve-se observar que para que exija a relevância da omissão, é necessário que haja também a conjugação de duas situações, que são o dever de agir e o poder de agir por parte do garantidor. Isto significa que o agente, fisicamente impossibilitado de atuar, ainda que tivesse o dever de agir, não responde pelo delito. Um vigilante de uma loja, por exemplo, que

presencia um furto na mesma, mas não tem tempo de impedir o resultado porque sofre, concomitantemente, um desmaio, não será responsabilizado pelo evento.

O dever de agir, elencado no § 2º do art. 13 do CP, é considerado um dever especial de proteção.

3.7 A POSIÇÃO DE GARANTIDOR (DEVER DE AGIR)

É possível verificar, nas alíneas do § 2º do art. 13 do CP, várias situações que impõem ao agente a posição de garantidor da evitabilidade do resultado. O que a lei almeja nessas situações elencadas, é que o agente atue visando, no mínimo, a impedir o resultado. Ela espera que o agente faça algo, porque ele está obrigado a isto; caso contrário, ela atribui o resultado lesivo à ele (GRECO, 2007).

3.7.1 Dever de Agir Imposto por Lei

A legislação impõe a várias pessoas o dever de cuidar, proteger e vigiar outras, tal como os pais em relação aos filhos, os curadores em relação aos curatelados, os tutores em relação aos tutelados, e até mesmo um administrador de um presídio em relação aos presos. Pode ocorrer então, de um detento ficar gravemente enfermo e o administrador da cadeia responder por tentativa de homicídio, se por dolo ou culpa, deixar de lhe conferir tratamento adequado.

É importante ressaltar que o legislador não se referiu ao dever de agir apenas imposto por lei, mas especificou os deveres de cuidado, proteção e vigilância. Não são essas obrigações, decorrentes apenas de lei em sentido estrito, mas de qualquer disposição que tenha eficácia de forma a poder constituir um vínculo jurídico. É o caso, por exemplo, dos decretos, dos regulamentos, das portarias, das sentenças judiciais e provimentos judiciais em geral, e até de ordem legítima de autoridade hierarquicamente superior. Podem tais deveres, derivarem de norma penal ou extrapenal, não importando se de direito público ou privado.

A mãe, que sabe que a filha vem sendo estuprada pelo pai e tem meios para impedir o resultado, mas não o faz para proteger o marido, deve responder como partícipe pelo crime de estupro, visto que esta possui o dever imposto por lei de proteção, guarda e vigilância, possui ainda, neste caso, meios para tentar evitar que o crime se consuma e não o faz, acabando sendo condizente com o ato ilícito praticado pelo pai da criança.

3.7.2 Dever de Agir de quem Assumiu a Responsabilidade de Evitar o Resultado

O dever de agir de quem assumiu a responsabilidade de evitar o resultado, é o dever decorrente das relações concretas da vida e das relações de negócios jurídicos. No primeiro caso, uma pessoa que assume, por meio de promessa, a posição de garantidor da segurança alheia, fica obrigada a interferir caso essa segurança fique comprometida. Podemos tomar como exemplo, um nadador que convida um amigo para a travessia de um rio, prometendo-lhe ajuda. Em caso de emergência, o nadador fica obrigado a intervir se o amigo começar a se afogar.

O segundo caso pode ser exemplificado com um vigia noturno, que foi contratado para guardar um determinado condomínio, e ficou inerte a ocorrência de um furto no interior do prédio. Este, portanto, responde pelo crime contra o patrimônio tal como os agentes que efetuaram a subtração.

3.7.3 Dever de Agir por Ter Gerado o Risco

O dever de agir por ter gerado o risco, é o dever que decorre da ação precedente do agente, que deu causa ao aparecimento do risco. Uma pessoa que por ocasião de um trote acadêmico joga outra na piscina, por exemplo, e sabe que esta não sabe nadar, fica obrigado a intervir, a impedir o resultado trágico, sob pena de responder por homicídio.

CONCLUSÃO

Com a elaboração deste trabalho, foi possível concluir que a doutrina majoritária se equivoca imensamente quando se trata do sujeito ativo do crime de estupro. Há uma confusão em relação ao núcleo do tipo do crime e em consequência, há uma distorção da real vontade do legislador.

Foi possível verificar que, o núcleo do tipo penal caracterizado pelo estupro é o verbo *constranger*; logo, não há distinção entre quem possa ou não *constranger* a outrem, sendo que de uma forma universalizada, qualquer pessoa, inclusive a mulher, poderá ser autora do crime de estupro, desde que esta venha a *constranger* um homem a ter conjunção carnal com outra mulher.

Estudamos as formas como a mulher pode ser sujeito ativo de tal crime e concluimos que ela o pode ser, quando usa coação irresistível ou induz a um doente mental, um menor ou ainda alguém que esteja em completa embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, a manter relação sexual com a vítima. É a chamada autoria mediata.

Foi abordada também, a questão do crime de estupro praticado pela mulher, quando esta se omite em relação ao dever que possui de cuidado, proteção ou vigilância. Percebemos que, quando uma mãe, por exemplo, sabe que o seu cônjuge está estuprando sua filha menor e nada o faz para impedir tal fato, esta também deve responder pelo crime citado, porém, agora não mais como autora principal, mas como partícipe da relação criminosa.

Verificamos então que o estudo realizado terá extrema importância no que diz respeito à formulação ou a reformulação de idéias dos doutrinadores do nosso ordenamento, visto que o delito de estupro previsto no Código Penal de 1940 encontra-se ultrapassado, principalmente em face da Constituição Federal de 1988.

É necessária que se faça, urgentemente, uma reforma no tocante a temática abordada. Esperamos ter contribuído para o começo desta reforma e também, para o despertar da parte dos legisladores e dos aplicadores do direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Diva Verushka Santos. *Legislação sobre o crime de estupro desde 1830 até hoje*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/imagice/doc0812.htm>>. Acesso em: 27 set. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 731 p.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal** / organização Luiz Flávio Gomes. – 10. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008. – (RT MiniCódigos).

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2008. HC 93674/SP. Primeira Turma. Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 07.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

CASTRO FILHO, Alexandre Martins de. *Estupro: Mulher como sujeito ativo*. **IBCCRIM**, São Paulo, 30 jun. 2001. Seção doutrina nacional. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal** - Parte geral. v. I. São Paulo: Saraiva, 1991.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - Parte especial. v. III. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007. 755 p.

_____. **Curso de Direito Penal** - Parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. v. VIII. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. v. III. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direito Penal** - Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEITÃO, André Studart. *Sujeito ativo no crime de estupro*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1038>>. Acesso em:  11 nov. 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 3. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil** – Evolução Histórica. 1. ed. Bauru: Editora Javoli, 1980. 770.p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** - Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRUDENTE, Neemias Moretti. *Considerações Acerca do Estupro e do Atentado Violento ao Pudor*. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 46, out./nov. 2007, pp.81-103. Disponível em: <http://infodireito.blogspot.com/2007_12_01_archive.html>. Acesso em: 01 out. 2008.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do Concurso de Pessoas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SENADO FEDERAL. *Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890*. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislação/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 set. 2008.

ANEXO I – PROJETO DE LEI 4.850/2005**Proposição: PL – 4850/2005****Autor** Senado Federal - CPMI - Exploração Sexual

:

Data de Apresentação: 03/03/2005**Apreciação:** Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário**Regime de tramitação:** Urgência art. 155 RICD**Proposição Originária:** PLS-253/2004**Ementa:** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, em especial do seu Título VI.**Explicação da Ementa:** Tipificando os Crimes contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual, Crimes contra o Desenvolvimento Sexual de Vulnerável, Lenocínio, e do Tráfico de Pessoa para o Fim de Exploração Sexual; altera a Lei nº 8.072, de 1990.**Indexação:** Alteração, Código Penal, crime imprescritível, Crime contra a Liberdade Sexual, estupro, sedução, corrupção de menores, prostituição, exploração sexual, vítima, criança, adolescente, menor. _ Agravação penal, pena de reclusão, crime, estupro, existência, lesão corporal grave, morte, vítima, criança, adolescente, violação, posse sexual, fraude, ato libidinoso, assédio sexual, utilização, ação penal pública, ação penal pública incondicionada, menor, pessoa portadora de deficiência, transtorno mental, deficiente mental, aumento, pena, agente, ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge, tutor, empregador, companheiro, enteado, curador, ocorrência, gravidez, transmissão, doença sexualmente transmissível. _ Tipicidade, crime, tráfico internacional, tráfico, interno, pessoas, exploração sexual, rufianismo, agravação penal, agente, pais, responsável, parente, ascendente, empregador, prostituição, menor, realização, ato libidinoso, presença, criança, adolescente. _ Alteração, Lei dos Crimes Hediondos, inclusão, estupro, vítima, menor, pessoa portadora de deficiência, deficiente mental, revogação, extinção da punibilidade, casamento, vítima, representação, Ministério Público, família carente.**Projeto na Íntegra:** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, em especial do seu Título VI.**O Congresso Nacional** decreta:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109.

Prescrição das penas restritivas de direito

§ 1º Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Imprescritibilidade de crimes contra a humanidade

§ 2º Se cometidos de modo generalizado ou sistemático, são imprescritíveis:

I – os crimes previstos nos arts. 213, 217, 218-B e 228;

II – os crimes previstos nos arts. 231 e 231-A, quando praticados contra menores de 18 (dezoito) anos.” (NR)

“TÍTULO VI

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E O DESENVOLVIMENTO SEXUAL

Estupro

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

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

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

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.” (NR)

“Violação sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

“Assédio sexual

Art. 216-A.

.....

Parágrafo único. A pena é aumentada em até um terço se a vítima é pessoa menor de 18 (dezoito) anos.” (NR)

“CAPÍTULO II

DOS CRIMES CONTRA O DESENVOLVIMENTO SEXUAL DE VULNERÁVEL

Estupro de vulnerável

Art. 217. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

§ 2º A pena é aumentada da metade se houver concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância.

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) anos.” (NR)

“Art. 218. Induzir pessoa menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

“Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores se procede mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é pessoa:

I – menor de 18 (dezoito) anos; ou

II – mentalmente enferma ou deficiente mental.” (NR)

“Aumento de pena

Art. 226. A pena é aumentada de um sexto a um terço:

.....

II – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

III – se do crime resultar gravidez;

IV – se o agente transmite à vítima doença venérea de que sabe ou deve saber que está contaminado.” (NR)

“CAPÍTULO V

DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

.....

Art. 227.

.....

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

.....” (NR)

“Rufianismo

Art. 230.

.....

§ 1º Se a vítima é pessoa menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.” (NR)

“Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de pessoa que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I – a vítima for pessoa menor de 18 (dezoito) anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 218-A, 218-B e 231-A:

“Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Art. 218-A. Praticar, na presença de pessoa menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-la a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual pessoa menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa que, por

enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no **caput** deste artigo;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no **caput** deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.”

“Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de pessoa dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I – a vítima for pessoa menor de 18 (dezoito) anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.”

Art. 3º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei de Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

.....

V – estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º) e estupro contra vulneráveis (art. 217, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VI – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

VII – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput**, §§ 1º, 1º-A e 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998);

VII – A. (vetado);

VII – B. (revogado).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.” (NR)

Art. 4º Revogam-se os incisos VII e VIII do art. 107; o § 2º do art. 225, e os arts. 214, 216, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 227 e 232, todos do Código Penal, e o inciso VII-B do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em de março de 2005

Senador Renan Callheiros
Presidente do Senado Federal

**ANEXO II – SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE ESTUPRO
PRATICADO POR MULHER**