

**ALESSANDRA ORCESI PEDRO GRECO
JOÃO DANIEL RASSI**

**CRIMES CONTRA
A DIGNIDADE SEXUAL**

**SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2010**

5

O direito penal sexual sob a ótica da política criminal legislativa brasileira

No Brasil, assim como em outros países, o conteúdo moral sempre esteve presente, de forma preponderante, como elemento orientador da legislação penal frente ao sexo,¹ não sofrendo, até recentemente, qualquer alteração legislativa.²

Sob o Capítulo II, da Parte III, do Código Penal do Império, denominado “Dos crimes contra a segurança da honra”, tratou-se de punir as condutas de estupro que, genericamente, consistia no defloramento, cópula carnal violenta e sedução, em que a vítima poderia ser a mulher virgem, menor de 17 anos, ou qualquer mulher honesta; e o crime de rapto. O Código Penal de 1890 denominou seu título VIII: “Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor”, punindo entre outras condutas sexuais violentas o lenocínio (Capítulo III) e o adultério ou infidelidade conjugal

¹ Nesse sentido observa SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual. *RBCrim* nº 33, p. 139.

² Trata-se de um problema de política criminal, que pode ser entendida sob dois enfoques: como setor da política que guarda relação com a forma de tratar a delinquência (conjunto de critérios empregados ou a empregar no tratamento da criminalidade), ou, mais modernamente, como um ramo do saber que tem como objeto de estudo a política criminal efetivamente seguida ou que deveria ser pelo direito penal (podendo versar como disciplina da dogmática, de um prisma distinto, e complementário da dogmática jurídica e da criminologia como sociologia do direito penal (V. PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Buenos Aires: B de F editorial, 2005, p. 59-60. Sobre o tema, v. também ZAFFARONI, para quem a política criminal é resultado da interdisciplinaridade do direito penal com a ciência política e em especial com a ingerência institucional (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 155-157).

(Capítulo IV), nomenclatura que foi repetida na Consolidação das Leis Penais de Piragibe.³

O Código Penal de 1940, até sua alteração sofrida pela reforma da Lei nº 12.015/09, denominava denominou o título das condutas sexuais típicas unicamente como “Dos Crimes contra os Costumes”, mantendo a moral como elemento orientador frente ao sexo.⁴ Note-se que certo avanço houve no Código Penal de 1969 que, apesar de manter o nome do título (“Dos Crimes contra os Costumes”), denominou o Capítulo I do referido título com “Dos Crimes contra a Disponibilidade Sexual”, mantendo, entretanto, a incriminação de condutas cuja vítima tratava-se de “mulher honesta”, mulher virgem etc.⁵

Várias foram as tentativas de reforma dos crimes sexuais previstos na Parte Especial do Código, que permaneceu atrelado a um conceito totalmente superado de crimes sexuais, mantendo-os vinculados à ideia-força de tutela dos costumes.⁶

Entretanto, em 29 de março de 2005, os crimes sexuais sofreram significativa reforma legislativa com a promulgação da Lei nº 11.106,⁷ onde se pretendeu afastar a discriminação de gênero, dando novos contornos jurídicos igualitários em relação à mulher,⁸ visando coibir a exploração sexual infantil

³ Cf. a esse respeito, GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 6. ed. 2001, atualizado por Paulo Dourado de Gusmão, e sobre as influências filosóficas que refletiram nas legislações criminais brasileiras desde as ordenações, imprescindível leitura de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império. *in RBCrim*, nº 32, ano 2000, p. 164-186.

⁴ A afirmação é de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *In Por um novo direito penal sexual. RBCrim* nº 33, p. 138.

⁵ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Por um novo direito...*, p. 135.

⁶ Como esclarece FRANCO, Alberto Silva. *In Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial.* (Coord.). Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 3059.

⁷ Sem esquecer que, antes disso, em 24.12.1999, foi promulgada a Lei nº 10.224/2001, que acrescentou no ordenamento brasileiro o crime de assédio sexual, art. 216-A. Numa contextualização histórica, explica TAVARES, Juarez que a parte especial do Código Penal sofreu a primeira reforma legal 15 anos após sua promulgação, na época em que o País deixava de ser uma sociedade basicamente de produção primária, sedimentada na exploração de grandes latifúndios, e iniciava seu processo de industrialização. As reformas mais frequentes surgiram no período da ditadura, com os investimentos estrangeiros e mercado de capitais. Com o fim da ditadura, passa-se a um período de insegurança legislativa onde há um abandono das alterações do Código Penal substituída por leis especiais que vieram a tratar de matérias típicas da administração de abertura política e econômica (p. ex.: Lei nº 7.492/86). Em 1990, há um retorno dessa euforia legislativa frente ao infortúnio do Estado social, mesma tendência que tem seguido as reformas até os dias de hoje (TAVARES, Juarez. *La reforma penal en Brasil in La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, coord. José Luis Díez Ripollés e Octavio García Pérez. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, p. 47-74.

⁸ Há pelo menos três posturas que CORIA, Dino Carlos Caro denominou de “estratégicas” sobre a utilidade do direito penal em contribuir para a igualdade da mulher. Aquela que prega sua utili-

e eliminar outros dispositivos considerados ultrapassados pelo novo direito penal sexual.⁹

Entre as alterações propiciadas pela citada lei, conforme seu art. 5º, foram revogados os seguintes dispositivos: art. 107, incisos VII¹⁰ e VIII¹¹ (sobre as causas

zação radical, a instrumental ou promocional, e por fim, aquela que renuncia a qualquer controle do Direito Penal. (Cf., Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal, México, UNAM, 2002, p. 33). V., também sobre as posturas feministas, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 6 (2000), p. 89. No Brasil, consultar, especialmente, os seguintes artigos publicados in *Cadernos Themis - gênero e direito - crimes sexuais*, ano 1, nº 1, março de 2000: Carmen Campos, *Da violência real à institucional: do direito penal clássico ao moderno* (30-39); Lênio STRECK, *O ideal normativo da masculinidade* (p. 40-47); PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria. O estupro como "cortesia" - direitos humanos e gênero na justiça brasileira (48-57); BERTÚLIO, Dora. Racismo e relações de gênero, 66-79). Sobre a questão da violência de gênero e a interpretação das leis penais sexuais, consultar: a dissertação de mestrado de IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. 2. ed., São Paulo, Anna-blume, 2004; o livro de Rodrigo da Cunha PEREIRA. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, que apesar de estar direcionado ao direito de família, aborda comentários sobre alguns julgados criminais. Por fim, sobre a evolução do tratamento da violência sexual, numa abordagem sociocultural, das instâncias judiciais etc., na França do século XVI ao XX, conferir, VIGARELLO, Georges. Aborda o autor determinados episódios de violência sexual na França do antigo regime até a década passada. A partir da análise história desses casos, aponta a mudança de mentalidade acerca da violência sexual na sociedade francesa e de sua visão moralizadora do crime de estupro, seja praticado contra mulher ou criança, e sua repercussão no Judiciário (VIGARELLO, Georges. *História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX*. Trad. Lucy Guimarães. São Paulo: Jorge Zahar, 1998).

⁹ Referida lei é fruto do Projeto Lei nº 117, de 2003, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi, que depois de ter sido enviado ao Senado Federal, sofreu inúmeras modificações no sentido de se defenderem os interesses da mulher brasileira. Há outros projetos de lei em trâmite sobre os crimes sexuais, como p. ex., os Projetos de Lei nº 2.903, de 1997 e 1.800/03, que determinam segredo de justiça nos crimes sexuais, cuja justificativa reside no fato de que as vítimas de crimes sexuais, além da violência sofrida, têm que conviver com a humilhação causada por sua exposição na apuração do fato. No Projeto de Lei nº 1.800/03, há ainda proposta no sentido de se revogar o art. 225 do Código Penal, transformando a ação penal nos crimes sexuais em ação penal pública incondicionada, cujas observações mais detalhadas serão tratadas em capítulo próprio.

¹⁰ Assim dispunha o referido inciso:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

[...]

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

¹¹ Assim disposto:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

[...]

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

extintivas de punibilidade), os arts. 217,¹² 219,¹³ 220,¹⁴ 221,¹⁵ 222,¹⁶ o inciso III do caput do art. 226,¹⁷ o § 3º do art. 231¹⁸ e o art. 240,¹⁹ todos do Código Penal.

¹² *In verbis*:

Sedução

Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:
Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

¹³ Assim disposto:

Rapto violento ou mediante fraude

Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:
Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

¹⁴ Com a seguinte redação:

Rapto consensual

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

Pena – detenção, de um a três anos.

¹⁵ *In verbis*:

Diminuição de pena

Art. 221. É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitue à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família.

¹⁶ Assim disposto:

Concurso de rapto e outro crime

Art. 222. Se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime.

¹⁷ Assim disposto:

Art. 226. A pena é aumentada:

[...]

III – se o agente é casado.

¹⁸ Com a seguinte redação:

Tráfico internacional de pessoas

Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro:

[...]

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

¹⁹ Com a seguinte redação:

Adulterio

Art. 240. Cometer adultério:

Pena – detenção, de quinze dias a seis meses.

§ 1º Incorre na mesma pena o corréu.

§ 2º A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.

§ 3º A ação penal não pode ser intentada:

I – pelo cônjuge desquitado;

II – pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.

O art. 107, incisos VII e VIII, do Código Penal, estabelecia a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com o agente e o casamento da vítima com terceiro, respectivamente, abrangendo os crimes de estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto (arts. 213 a 221 do CP).²⁰

Considerado como reflexo do patriarcalismo, as citadas causas de extinção de punibilidade passaram a não mais vigorar. No entanto, havia ainda a possibilidade de a ofendida, em se tratando de ação penal privada, possibilidade admitida antes à reforma da Lei nº 11.105, optar ou não pelo oferecimento da ação penal ou outras causas extintivas de punibilidade ligadas a ação penal de iniciativa privada como a renúncia ao direito de queixa, o perdão, e ainda após o ajuizamento da queixa-crime provocar a extinção da punibilidade pela preempção (art. 60 do CPP), caso fosse o seu desejo casar-se com o ofensor.²¹ Se bem que referida alteração, ao que parece, teria visado proteger especialmente o menor, de ambos os sexos.²²

Os crimes de posse sexual mediante fraude e atentado violento ao pudor mediante fraude, arts. 215 e 216 do CP, respectivamente, sofreram alteração em sua definição típica. No caso do crime definido no art. 215, o legislador suprimiu o termo *honesto* do tipo, restando como vítima da conjunção carnal a mulher. Já no art. 216, o legislador avançou mais: suprimiu a expressão *mulher honesta* da antiga redação por *alguém*. Não se sabe porque o legislador não agiu da mesma forma em relação aos dois artigos.²³ Ao invés de suprimir tão somente a expressão *honesto* no art. 215, deveria o legislador ter substituído a *mulher* por *alguém*, já que não se justifica a discriminação ou diferença de tratamento entre a mulher e o homem. Os dois dispositivos voltaram a sofrer alteração pela Lei nº 11.105, tendo o art. 216 sido revogado.

§ 4º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – se havia cessado a vida em comum dos cônjuges; II – se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.

²⁰ Para MARCÃO, Renato Flávio, a revogação poderá ser danosa à estabilidade e união familiar (Lei nº 11.106/2005: *Novas modificações ao Código Penal brasileiro (IV) – Dispositivos revogados*. Disponível na Internet: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 18 maio 2005).

²¹ Como observa MARCÃO, Renato Flávio. Lei nº 11.106/2005: *Novas modificações ao Código Penal brasileiro (IV) – Dispositivos revogados*. Disponível na Internet: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 18 maio 2005.

²² Isso porque se acredita que a revogação se deu por uma forte pressão social depois dos rumores crimes de estupro contra menores praticados por um prefeito da cidade de Goiás Velho, estado de Goiás, em que todas as sete vítimas contraíram casamento, com o consentimento dos respectivos genitores, extinguindo a punibilidade do prefeito em todos os crimes, o que gerou uma forte repercussão pública. Essa também é a opinião da Deputada Federal Maria do Rosário, em pronunciamento do ainda 24-2-2005, em sessão ordinária da Câmara dos Deputados.

²³ SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. *BolIBCCrim*, ano 13, nº 151, jun. 2005.

Oportunamente, também foi revogado o crime de sedução, art. 217 do CP, cuja configuração já era considerada pela doutrina como inaplicável, uma vez que, na atual sociedade, já não se concebia uma mulher maior de 14 e menor de 18, inexperiente em relação ao ato sexual ou que depositasse justificável confiança no sedutor, além do que, não poderia mais se conceber uma norma penal que tutelasse o valor moral consistente na proteção especial da mulher virgem.²⁴

Em acréscimo, o novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10-1-2002), ao declarar as hipóteses de *erro essencial* capaz de anular o casamento (art. 1.557), revogou expressamente o art. 216, IV, do Código Civil de 1916, que previa o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido”.²⁵

Também foi revogado pela Lei nº 11.106 o crime de “rpto violento ou mediante fraude”. No entanto, a nova lei acrescentou no inciso V, § 1º do art. 148, crime de sequestro ou cárcere privado qualificado, a seguinte expressão: “Se o crime é praticado com fins libidinosos”, de modo que também responde por esse crime, e não mais por rpto, quem pratica a conduta de privar a liberdade da vítima (homem ou mulher), agindo com fins libidinosos. O mesmo não ocorreu com o crime de “rpto consensual”, art. 220 do CP, que punia a conduta de raptar com o consentimento da vítima, que foi revogado, não restando nenhuma figura típica para essa conduta. Nesse caso, houve a *abolitio criminis*, nos termos do art. 2º do Código Penal.

Como consequência também foram revogados os arts. 221 e 222, que traziam “causas de diminuição de pena” aplicáveis aos crimes definidos nos arts. 219 e 220. Em síntese, todo o conteúdo do Capítulo III (Do rpto) do Título VI (Dos crimes contra os costumes), arts. 219, 220, 221 e 222 foram revogados expressamente pela nova lei.

O agente que, sendo casado, pratica o crime sexual passou a não mais sofrer aumento de pena com a revogação pela Lei nº 11.106 do inciso III, do art. 226,²⁶

²⁴ Cf., a esse respeito, MEDEIROS, Darcy Campos de; MOREIRA, Aroldo. *Do crime de sedução*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1967, que já propugnavam pela revisão do art. 217, somente no que diz respeito ao limite de idade, já que com o avanço tecnológico e a ampliação dos meios de comunicação já naquela época, segundo os autores, já não poderia mais falar de ignorância como causa de inexperiência, nos termos do que previu o Código Penal de 1940; V., ainda, Renato de Mello Jorge Silveira. *Por um novo direito...*, p. 135.

²⁵ A lembrança é de DOTTI, René Ariel. *Revista eletrônica de acesso restrito: imputação dos crimes previstos nos arts. 228 e 230 do CP* Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 818, p. 453.

²⁶ V., por todos, DELMANTO, Celso. Casamento como causa de aumento de pena in *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, nº 33, 1982, p. 102-105, portanto, artigo publicado anteriormente à revogação do dispositivo, mas cujos comentários são dignos de nota. Segundo sua afirmação, dois foram os fundamentos para a existência do dispositivo. O primeiro seria a irreparabilidade do dano, pela impossibilidade do casamento, já que o legislador brasileiro sempre considerou relevante o subseqüente matrimônio da vítima com o seu ofensor, caso em que o casamento da ofendida com o agente acarretaria a extinção da punibilidade. Explica o autor que “dentro desse contexto, nada mais natural que os autores de nossa lei penal tivessem erigido

dispositivo, ao que consta, prevista somente na legislação brasileira.²⁷ Andou bem o legislador, uma vez que mantendo o referido aumento de pena, estava estabelecendo, sem justificativa, um tratamento diferenciado entre aquele que é casado daqueles que vivem em união estável e principalmente porque não se pode aumentar a pena de crime sexual pela simples razão do legislador considerar que nesses casos, sendo o agente casado, há uma imoralidade maior em sua conduta.²⁸

O art. 231, antigo crime de “tráfico de mulheres”, ganhou nova redação e passou a ser chamado de “tráfico internacional de pessoas”, estabelecendo-se um novo tipo penal no art. 231-A, consistente no “tráfico interno de pessoas”. A prostituição masculina já era uma realidade nítida na sociedade brasileira, sem falar nos conhecidos *travestis* que, por serem homens, não se adequavam ao objeto material da antiga conduta descrita no art. 231, que só punia o tráfico de mulheres para exercer a prostituição.²⁹ Observe que referido dispositivo veio a sofrer nova alteração com a Lei nº 12.015, para se adequar ao disposto na Convenção de Palermo.

Finalmente, revogou a nova lei o art. 240, crime de adultério. Desde há muito sua existência já despertava críticas por parte da doutrina que não o considerava o casamento e a família como bem jurídico merecedor de tutela penal,³⁰ tratando-se de mais um caso de *abolitio criminis*.

De mais a mais, é ressaltar que o legislador, com a edição da Lei nº 11.106, havia perdido uma ótima oportunidade de alterar a denominação do Título VI, o que era de há muito tempo esperado pela doutrina, o que só veio ser corrigido com a promulgação da Lei nº 12.015.

em causa de aumento de pena a mera condição de casado do agente, pela impossibilidade deste casar-se com a vítima”. Outro fundamento de especial destaque é que, segundo lembra, é que “muito provavelmente, na redação do Código Penal considerou-se como imoralidade de maior grau a consequência de o crime ser praticado por quem, sendo casado, presume-se possuir lar constituído, manter vida sexual normal com o cônjuge e ter certos deveres para com estes” p. 104).

²⁷ V. DELMANTO, Celso. Para o autor, o dispositivo nunca chegou a merecer, por parte da doutrina, mais do que sucintas observações, apesar da sua originalidade. Segundo sua afirmação, o art. 226, inc. III apresentava uma significativa importância prática, já que aumentava a pena em vinte e cinco por cento na punição e sempre foi aplicado com frequência nos crimes sexuais previstos nos arts. 231 a 220, pouco importando a vítima ter conhecimento dessa circunstância e independentemente do sexo do agente.

²⁸ Cf., por todos, DELMANTO, Celso. Casamento como causa de aumento de pena in *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, nº 33, 1982, p. 104, pelas razões já expostas na nota 138, supra.

²⁹ Foi revogado o § 3º do art. 231, cuja mudança foi a seguinte: a pena de multa que antes era condicionada ao “fim de lucro”, agora é obrigatoriamente cumulativa e está expressa nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

³⁰ As críticas são antigas, mas, no passado, não eram tão uniformes como hoje em dia. Cf., por todos e favorável a sua incriminação, ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Da incriminação do adultério*. 1967. Tese (Doutorado) – Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

Em relação ao menor, é certo que antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.106, houve por parte do legislador uma especial preocupação na sua tutela, refletindo tendência internacional surgida principalmente a partir da difusão do acesso a rede mundial de computadores, quando então houve um aumento significativo das condutas ligadas à pornografia infantil e à pedofilia.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a partir das alterações sofridas pela Lei nº 10.764, de 12 de novembro de 2003, foi inovador a esse respeito, punindo a utilização de crianças e adolescentes em produtos relacionados à pornografia, inclusive pela rede mundial de computadores ou Internet³¹ (arts. 240 e 241); incriminando as pessoas que submetem a criança e o adolescente à prostituição e exploração sexual (art. 244-A) etc.

Não obstante, por reconhecer que o sistema legal, então vigente, mostrou-se ineficaz para o combate de tais crimes, foi promulgada a Lei nº 11.829/08, que tornou mais rígida a punição da venda, distribuição ou produção de pornografia infantil, e criminalizou a aquisição e a posse de tal material além de outras condutas relacionadas à pedofilia na Internet.

Lembre-se que o ambiente cibernético foi propício para a expansão do mercado clandestino, em nível transnacional, de fitas, fotos etc. pornográficos envolvendo menores. Também facilitou a prática daquele que alicia, aproveitando-se do anonimato e da situação de que muitos menores acessam a internet sem qualquer controle dos pais, denominados, genericamente, de pedófilos.³²

Vale mencionar que em nenhuma das leis até então promulgadas, respeitou o legislador a opção de proteger de forma autônoma a sexualidade do menor, na sua legislação própria, havendo crimes sexuais praticados em face do menor previstos no Código Penal, junto com os outros em que a vítima é maior, e, crimes sexuais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que seria de melhor técnica, inclusive para identificar o bem jurídico protegido.

³¹ A pornografia infantil já era punida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, não havia qualquer menção ao crime praticado pela internet. A primeira referência veio somente em 2003, com a Lei nº 10.764. Tal previsão, porém, não criminalizava a conduta daquele que possuía ou armazenava, bem como transmitia, via Internet, esse tipo de material. Essa lacuna só foi preenchida pela Lei nº 11.829/08.

³² A troca, disponibilização, transmissão ou a distribuição (p. ex., via *e-mail*) de foto, vídeo ou qualquer outro registro que contenha cena de sexo explícito envolvendo criança (até 12 anos) ou adolescente (menor de 18), passou a ser punida com pena de prisão de 3 a 6 anos, além de multa. Para a aquisição ou armazenamento (no próprio computador, p. ex.), a pena é de prisão de 1 a 4 anos e multa. Também é crime a utilização da internet para assediar criança, com o objetivo praticar atos sexuais. Outra novidade da referida lei é a punição dos prestadores de serviços (provedores) responsáveis pela manutenção, ou acesso de sites onde há armazenamento que deixarem de desabilitar o acesso ao referido conteúdo. Para quem simular a participação do menor em cena de sexo explícito por meio de montagem de representação visual (p. ex., foto) a pena será de 1 a 3 anos, mesma para quem deixa disponível esse material.

Por fim, percebe-se que as alterações legislativas ocorridas no Brasil tem surgido por duas vertentes distintas, uma liberal e fragmentária, e outra incriminadora, ampliando o conteúdo de proteção do direito penal sexual.

Esta divergência doutrinária e legislativa trouxe importantes consequências para o ordenamento penal. Se por um lado o legislador brasileiro se preocupou em abolir várias condutas consideradas criminosas – cujo conteúdo era inspirado pela moral, ou por uma discriminação de gênero inconcebível a luz do novo direito penal sexual – como nos crimes de rapto e adultério; por outro lado, cuidou de vetar dispositivos de natureza processual que proporcionavam a extinção de punibilidade do agressor, e ampliando a incriminação do tráfico de mulheres para pessoas, seja interno ou externo, punindo severamente a conduta de abuso sexual contra o menor.³³

Mas nem essas nem outras reformas legislativas são obra do acaso, têm elas sua razão de ser. Ao menos no que diz respeito a tendência liberalizadora, pode-se dizer que em grande parte ocorreram em razão da mudança do comportamento sexual humano, em especial do brasileiro, como pudemos demonstrar na análise inicial da sociologia da sexualidade. No que diz respeito à tendência repressora, venha ela acompanhada do avanço tecnológico que amplia as fronteiras da criminalidade favorecendo a anonimato e a impunidade, como acontece, especialmente, com os chamados crimes de pedofilia praticados via Internet.

É também nesse contexto que surge a segunda Lei que promoveu grande e significativa alteração nos crimes sexuais, a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, cujas alterações, críticas e comentários passamos a tratar no capítulo que segue.

³³ No mesmo sentido de nossas considerações, a contradição também apontada por TAVARES, Juarez, de forma mais detalhada, nos seguintes termos: “Más complejo es el panorama de las formas de los delitos en contra de las costumbres. Aquí el legislador ha perseguido dos objetivos distintos: por un lado, criminaliza el acoso sexual (2001), como delito en contra de la libertad sexual, pocos meses antes de haber establecido el concepto de violencia domestica; por otro, descriminaliza los delitos de rapto y de estupro (2005), admitiendo que la mujer ya está suficientemente desarrollada en el plano social y, por eso, no puede ser víctima, como cualquier otra persona, de un delito de secuestro, que es un delito en contra de la libertad individual. Lo que suena relevante es ver cómo el legislador pudo, con argumentos contradictorios, tratar dos cuestiones que tenían fundamentos comunes: la falta de libertad. En la descriminalización del estupro, dice el legislador que la mujer está muy desarrollada mental y socialmente y a no puede ser tomada como víctima de ese delito, por tanto, tiene completa autonomía, aunque sea menor de 18 años y mayor de 14 años, para decidir si quiere o no ceder a los intereses sexuales del estuprador; sin embargo, en el acoso sexual la mujer se considera una persona débil frente a las insinuaciones de su jefe, aunque sea ella una persona adulta. O el legislador considera que el acoso sexual es un delito en contra de la libertad de trabajo y no lo debe tratar más como un delito sexual, o lo trata como un hecho de la vida sexual, pero entonces lo debe tratar con las mismas consideraciones que hace con el estupro, o sea, descriminalizándolo. Por motivos que superan la simple indagación jurídica, porque se insertan en programas políticos de criminalización, el legislador, empero, trata las dos cuestiones de modo distinto” (TAVARES, Juarez. La reforma penal en Brasil in *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, coord. José Luis Díez Ripollés e Octavio García Pérez. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, p. 47-74).

Parte II

Comentários à Lei nº 12.015, de 2009

6

Crimes contra a dignidade sexual

6.1 Introdução

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou o Título VI da Parte Especial do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, acrescentou artigo ao Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que tratava da corrupção não sexual de menores. A Lei foi publicada e, portanto, nessa data entrou em vigor, no *DOU* de 10-8-2009.

A última alteração, acréscimo ao ECA e revogação da Lei nº 2.252/54, não se refere ao tema dignidade sexual, mas será também comentada para que sejam enfrentados todos os temas versados pela Lei.

Como todo o diploma legal, apresenta dificuldades interpretativas e somente o trabalho jurisprudencial é que assentará o entendimento definitivo do diploma, sabendo-se que mesmo que isso ocorra em alguns anos, ainda assim, a realidade sempre poderá apresentar situações que exigirão do aplicador recorrer aos princípios e à consulta ao espírito dinâmico do Direito.

A finalidade geral da Lei foi a de modernizar o tratamento penal dos crimes antes denominados de crimes “contra os costumes”, terminologia ultrapassada e inadequada como reconhecido pela unanimidade da doutrina.

Os comentários procurarão destacar as modificações introduzidas pelo novo diploma legal, dentro do contexto do Código Penal e dos crimes de

170

conteúdo sexual, conforme exposto na primeira parte deste livro, mas não deixarão de explicar os temas relevantes da legislação não modificada.

O art. 1º é enunciativo do conteúdo da Lei; o art. 2º promove alterações no Código Penal; o art. 3º introduz novos dispositivos no Código Penal; o art. 4º altera a Lei de Crimes hediondos; o art. 5º acrescenta artigo ao Estatuto da Criança e do Adolescente; o art. 6º é a norma de vigência e o art. 7º indica as revogações expressas.

Essa sistemática, de separação em dispositivos diferentes, das alterações (art. 2º) e dos acréscimos (art. 3º), é correta no plano da técnica legislativa, mas dificulta o intérprete, uma vez que apresenta intercalações de consulta inicialmente mais difícil. Para superar esse aspecto, ao final é reproduzido o Código Penal como ficou em seu Título VI da Parte Especial, a fim de que se possa ter uma visão completa da nova disciplina legal. Seguiremos, também, nos comentários, a ordem vigente, inclusive com os dispositivos que não sofreram modificação.

Observe-se desde logo que, no Título VI alterado, está revogado integralmente o Capítulo III e há dois Capítulos com o nome "Disposições Gerais": o IV, que contém apenas o art. 225 sobre a ação penal e o acrescido Capítulo VII, que contém aumentos de pena e a imposição do segredo de justiça aos processos relativos aos crimes relacionados.

No Projeto, houve vetos, mas de conteúdo técnico porque os dispositivos vetados inseriam repetições e que poderiam gerar complicações interpretativas. O texto das razões do veto encontram-se como anexo.

Destaquem-se, também, no que se refere à proteção sexual da criança e do adolescente, os arts. 240 a 241-E do Estatuto respectivo, Lei nº 8.069/90, que complementam as disposições do Código Penal.

6.2 Comentários aos arts. 2º e 3º da lei na forma como está em vigor o Código Penal

Art. 2º O Título VI da Parte Especial do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

**"TÍTULO VI
DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE 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 30 (trinta) anos.” (NR)

A redação nova do artigo teve duas finalidades: fundir num mesmo dispositivo o estupro (art. 213) e o atentado violento ao pudor (antigo art. 214); e admitir, tendo em vista a nova redação, a violência sexual contra pessoa que não seja do sexo feminino, sujeito passivo exclusivo do anterior crime de estupro.¹

A descrição típica passou a ser de ação múltipla, em duas modalidades: o constrangimento à conjunção carnal e o constrangimento à prática de outro ato libidinoso. Do ponto de vista do vernáculo, denominar de estupro a violência para a prática de outro ato libidinoso não é técnica mas a lei assim consagrou o termo. Melhor teria sido a mudança do *nomen iuris* para “violência sexual” ou outro assemelhado, como feito em legislações estrangeiras.

Na primeira modalidade, como explicava CEZAR ROBERTO BITENCOURT² em face do então art. 213, a ação tipificada é *constranger* (forçar, compelir) *mulher*.

A tipificação mudou. O sujeito passivo é a pessoa humana, qualquer que seja sua condição ou opção sexual, não tendo mais relevância jurídica penal a conceituação de coito vaginal. Isso não quer dizer que a denúncia não deva descrever o fato específico, cabendo a definição legal, enquadrando o fato na primeira ou segunda parte do artigo, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, ao órgão julgador.

A conduta, quer na primeira modalidade, quer na segunda, comporta a continuidade delitiva e a cumulação de crimes.

¹ O que já era almejado pela doutrina. Ver, por todos, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 385.

² *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

Discorreu a respeito VICENTE GRECO FILHO,³ em “*Uma interpretação de duvidosa dignidade*”:

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou o Título VI da Parte Especial do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e outros dispositivos, substituindo a antiga denominação de “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a dignidade sexual”.

Como toda lei nova suscitará interpretações inusitadas inclusive para o legislador, porque, como dizia o saudoso Ewelson Soares Pinto, “a Lei é como o samba do malandro, veste uma camisa listrada e sai por aí”, libertando-se da vontade do legislador. O que deve ser buscado é a vontade da lei, na sua realidade e seu contexto mediante a aplicação de métodos técnicos mas antes ou mais que tudo mediante o respeito à sua razão de ser no mundo jurídico”.

Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes. Ameaça-se, contudo, uma interpretação que os nega e prestigia a violência sexual, compromete a dignidade da criança e da mulher especialmente e, mais que tudo, afronta o bom senso e o princípio do respeito à proporcionalidade e preventividade do Direito Penal.

Entre as modificações da lei, houve alteração do art. 213, com incorporação do antigo 214 (atentado violento), desaparecendo a referência à mulher como sujeito passivo. Ficou assim redigido:

“TÍTULO VI
DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE 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.

.....”

Como se vê, o antigo atentado violento ao pudor passou a ser modalidade do estupro. E a razão foi simples: apesar da equiparação da

³ Disponível em: <http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf>. Acesso em: 28 out. 2009.

pena, deixar claro que há práticas de atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que a vítima pode não ser mulher.

A interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor; a lei é mais branda e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas.

A situação fática poderia ser, exemplificativamente, a seguinte: “A” mantém “B” (no caso mulher) em cativo e a submete, mediante violência ou grave ameaça e a própria condição do sequestro, a conjunção carnal, coito anal, penetração de objetos e outras práticas.

Segundo a tese sugerida, haveria somente uma incidência do art. 213, vigente e retroativo porque mais benéfico.

A interpretação é absurda, viola o espírito da lei e viola o princípio da juridicidade.

Dissemos em outra oportunidade,⁴ quanto aos crimes de ação múltipla, que, segundo a doutrina alemã, que primeiro estudou a matéria, os dispositivos que hipotizam mais de uma conduta são chamados de *Mischgesetze* (leis misturadas ou mistas), aos quais correspondem os *Mischtatbestande* (tipos misturados ou mistos).

Delogu e Santoro, para denominá-los, usam a expressão “normas penais conjuntas”, que a nosso ver exprime melhor a ideia da reunião, num mesmo artigo, de mais de uma conduta que determinaria a incidência penal.

Os tipos, mistos ou conjuntos, de acordo com o ensinamento de Binding, Wertheimer, Mezger etc., podem ser de duas espécies: *alternativos*, quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; *cumulativos*, quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crime (material, formal, crime continuado).

Delogu (*Le norme penali congiunte*, in *Annali*, 1936, p. 521) nega a existência de tipos conjuntos alternativos, porque admiti-los equivaleria a aceitar que algumas violações devam ficar impunes, ou seja, que para o legislador é indiferente que um interesse penalmente tutelado

⁴ V. Tóxicos – Prevenção e Repressão. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119 ss.

seja lesado uma ou mais vezes. Haveria, outrossim, desprezo ao princípio segundo o qual a cada violação deve corresponder uma sanção.

Delogu parte do princípio, portanto, de que a conjugação de normas é unicamente fruto de considerações de técnica legislativa, devendo ser consideradas como normas autônomas. Todavia, segundo o mesmo autor, também em relação a normas conjuntas pode ocorrer o fenômeno do concurso aparente de normas, em que os princípios da consunção, subsidiariedade e especialidade impedem o *bis in idem* e excluem a aplicação de outras hipóteses igualmente adequadas ao caso.

Massimo Punzo (*Reato continuato*, p. 74), em relação à teoria de Delogu, alerta que, ao se recorrer ao princípio da consunção para explicar a existência de um delito único em normas conjuntas, há implicitamente o reconhecimento de que existem normas conjuntas alternativas, porque estas existem segundo a doutrina alemã quando um determinado comportamento, que realiza mais de um tipo hipotizado conjuntamente, é punido com uma única sanção, por se tratar de um único delito.

Não se pode negar que o legislador, ao punir de forma equiparada atos preparatórios ou atos de execução, já previu que a consumação representa a violação, também, das incriminações anteriores, daí ter previsto normas conjuntas alternativas. Mas Delogu tem razão quando vê, nos princípios da solução do concurso aparente de normas, as regras para o crucial problema da identificação das hipóteses de normas conjuntas alternativas ou cumulativas.

O problema é agravado em virtude da precariedade da técnica legislativa; muitas vezes um mesmo tipo é, em algumas hipóteses, cumulativo e em outras, alternativo e, por exemplo, num parágrafo vamos encontrar ora uma norma alternativa, porque poderia ser contida no *caput* em outra incriminação, ora normas de aplicação independente.

Assim, o tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causais, teremos, então, delitos autônomos.

Por outro lado, pergunta-se: as normas conjuntas admitem o delito continuado?

Massimo Punzo (*op. cit.*, p. 83) resume a solução do problema em três itens, válidos para o nosso estudo:

1) a continuação é possível entre tipos conjuntos representando violações da mesma norma, sempre que a realização dos tipos singularmente seja consequência de uma ação distinta e não de um ou mais atos da mesma ação, porque neste caso o delito seria único;

2) a continuação não é possível em relação aos tipos conjuntos alternativos, porque a realização das figuras, em tal caso, dá vida a um único delito. Entende-se que é possível um delito continuado composto de vários tipos cumulativos alternativos cometidos em execução de um mesmo desígnio criminoso (note-se que no Direito brasileiro a unidade de desígnio não é requisito do crime continuado, bastando a homogeneidade das circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras);

3) a continuação não é possível entre as figuras de um tipo conjunto cumulativo, porque a realização de cada uma delas representa a violação de um diverso preceito primário, ou seja, de uma disposição de lei diferente.

Em outras palavras, se houver repetição de condutas em circunstâncias de tempo e lugar semelhantes, poderá configurar-se o delito continuado, mas não haverá delito continuado entre figuras consideradas cumulativas.

Aplicando-se esses conceitos ao exemplo trazido como paradigma em face do atual art. 213 a interpretação, *data venia*, única correta é a seguinte.

Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal, pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma forma, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.

Não houve, pois, *abolitio criminis*, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos.

Não há objeção a fazer a essa interpretação, que acolhemos integralmente, porque atende ao espírito da lei e à proteção das vítimas, porque se sabe que o violador sexual tem a tendência a reincidir e, portanto, precisa ser segregado nos termos legais.

É preciso deixar de pensar apenas no binômio ESTADO X RÉU, mas, também, levar em consideração, inclusive no momento da interpretação, da figura da vítima⁵ que, parece, ser desconsiderada na interpretação contrária.

Perdeu o legislador a oportunidade de qualificar, na segunda modalidade, o constrangimento para a prática de ato libidinoso, a gravidade desse ato, eis que não respeita a proporcionalidade a pena igual para atos de tão diferente gravidade. Há atos de conteúdo libidinoso que podem ser avaliados como mais gravosos para a vítima do que a conjunção carnal, mas há outros de muito menor consequência.⁶ Nos termos da Lei, essa distinção, como antes já ocorria com o revogado art. 214, ficará restrita à dosagem da pena entre o mínimo e o máximo fixada pelo juiz.

Resumidamente quanto aos elementos e sujeitos do crime, verifica-se:

Sujeito ativo: qualquer pessoa.

Sujeito passivo: qualquer pessoa maior de 14 anos, apta a discernir. Se o ofendido for menor de 14 ou não tiver capacidade de discernimento por enfermidade ou deficiência mental ou outro meio, o crime será o do art. 217-A.

Ação física: prática de conjunção carnal, na primeira parte do artigo, ou prática ou submissão à prática de qualquer outro ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça. *Violência* é a força física à pessoa; grave ameaça é a de causar mal injusto e grave. A gravidade do mal ameaçado deve ser aferida pelo juiz tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, avaliando os aspectos objetivos e subjetivos. A doutrina mais antiga recorria, para essa avaliação, da figura do *homo medius*, personagem hipotético de um padrão, na realidade, inexistente. Acontece que o *homo medius* não existe. Ninguém é médio. Já disse o filósofo: eu sou eu e minhas

⁵ V. em maior amplitude, nosso, *A Autocolocação da vítima em risco*, RT, 2004.

⁶ V. o espirituoso artigo, *Eu, ESTUPRADO!* de JOSÉ CANOSA GONÇALVES, em texto divulgado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

circunstâncias. Ninguém é médio ou pode ser considerado como tal se as circunstâncias subjetivas e objetivas o conduziram a uma compreensão especial dos fatos. Essa compreensão pode não ser tão especial. Pode ser sociocultural, pode ser de formação educativa e religiosa etc. etc. Pode ser também, ocasional, decorrente de circunstâncias específicas da situação em que cada pessoa é colocada. Isso é que tem de ser avaliado pelo juiz, ou seja, se o mal injusto era apto a submeter a vontade daquela vítima, naquelas circunstâncias, e suprimir-lhe a resistência. O crime, em sua descrição formal, é *comissivo*, mas também pode ser praticado por omissão, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, se o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, por exemplo no caso da mãe que assiste passiva ao estupro da filha pelo padrasto, podendo evitá-lo.

Tentativa: por ser crime de resultado, o crime comporta tentativa, desde que o agente inicie atos de execução. A dificuldade da prova e da distinção entre atos de execução e atos preparatórios não é óbice a que reconheça, em tese, a possibilidade da figura do *conatus*.

Concurso de pessoas: é admissível o concurso de pessoas na forma de participação, como, por exemplo, se alguém mantém imobilizada a vítima para que outro a estupe ou em qualquer outra hipótese de conduta que concorra causalmente para o crime.

Concurso de crimes: é admissível, conforme acima exposto quanto ao mesmo artigo e, também, dependendo do fato concreto, com a tortura, o sequestro, o cárcere privado, o homicídio, o roubo e outros. A lesão leve encontra-se absorvida por integrar a figura fundamental da violência física. A lesão grave e a morte levam à incidência dos parágrafos do artigo, como logo adiante se exporá.

Elemento subjetivo: é o dolo, vontade livre e consciente de praticar a conduta. É difícil ou quase impossível imaginar hipótese de dolo eventual para o executor, mas pode ocorrer nas hipóteses de participação, como no exemplo acima citado da mãe que consente que a filha "durma" com o padrasto. Difícil, também, a hipótese de erro de tipo ou de proibição. Os casos que anteriormente assim eram considerados relacionavam-se com a violência presumida do revogado art. 224 e que, se for o caso, deverão ser enfrentados em face do art. 217-A.

Os parágrafos do artigo.

Trata-se de crimes qualificados pelo resultado ou crimes preterdelictuosos. A lesão grave e a morte devem ser decorrência de culpa ou dolo, pelo menos eventual. Não se exclui, porém, a possibilidade de concurso do estupro com o homicídio, quando as condutas sejam separadas e o homicídio seja autônomo porque não resultante da violência integrante do crime do artigo.