

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

ESTUPRO TENTADO: UMA ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL DO STJ

GISELE SOARES DE OLIVEIRA FARIA

Rio de Janeiro

2020

GISELE SOARES DE OLIVEIRA FARIA

ESTUPRO TENTADO: UMA ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL DO STJ

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Doutora Titular Cristiane Brandão Augusto Mérida**.

Rio de Janeiro

2020

CIP - Catalogação na Publicação

SFaria	Soares de Oliveira Faria, Gisele
,	Estupro Tentado: Uma Análise Jurisprudencial do STJ / Gisele Soares de Oliveira Faria. -- Rio de Janeiro, 2020.
Gisele Soare	Orientadora: Cristiane Brandão Augusto Mérida. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade 1. Estupro . 2. Crime tentado. 3. Violência Sexual contra a mulher. 4. STJ. 5. Jurisprudência. I. Brandão Augusto Mérida, Cristiane, orient. II.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

GISELE SOARES DE OLIVEIRA FARIA

ESTUPRO TENTADO: UMA ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL DO STJ

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Doutora Titular Cristiane Brandão Augusto Mérida**.

Data da Aprovação: __/__/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2020

Dedico este trabalho de conclusão de curso à querida Professora Dr^a
Cecília Caballero Lois (in memoriam).

Agradeço à Deus, à minha família e aos amigos por todo o apoio e incentivo durante a árdua caminhada da graduação.

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso pretende analisar o delito de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, e sua relação com a violência de gênero. Após a mudança legislativa advinda com a Lei 12.015 de 2009 considera-se estupro: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Assim, este trabalho visa analisar as decisões dos últimos 11 anos do STJ para averiguar se a prática de atos libidinosos sem a penetração estão sendo considerados crime consumado ou mera tentativa. Este trabalho indaga também sobre a existência ou ausência da acolhida dos argumentos de gênero nas decisões da Corte Superior, observando se foram incorporados ou não na construção dos sentidos interpretativos feita por esta.

Palavras-Chave: Estupro Tentado; STJ; Violência de Gênero; Violência contra a Mulher.

SUMMARY

This Course Conclusion Paper intends to analyze the crime of rape, foreseen in article 213 of the Penal Code, and its relation with gender violence. After the legislative change resulting from Law 12,015 of 2009, it is considered rape: “to compel someone, through violence or serious threat, to have carnal conjunction or to practice or allow another libidinous act to be practiced”. Thus, this work aims to analyze the decisions of the last 11 years of the STJ to find out whether the practice of libidinous acts without penetration are considered a consummate crime or a mere attempt. This work also inquires about the existence or absence of the acceptance of gender arguments in the decisions of the Superior Court, observing whether they were incorporated or not in the construction of interpretative meanings made by it.

Keywords: Attempted Rape; STJ; Gender Violence; Violence against Women.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – GÊNERO E DIREITO.....	11
1.1 – Proteção Jurídica à Mulher.....	11
1.2 – Eficácia das normas de proteção da mulher: Expectativa <i>versus</i> Realidade.....	15
1.3 – Tipificação do Estupro através do tempo	18
CAPÍTULO 2 – PESQUISA JURISPRUDENCIAL	29
2.1. – Marco teórico	29
2.2. – A Problematização do tipo penal: Consumação e Tentativa.....	33
2.3. – Metodologia de pesquisa.....	35
CAPÍTULO 3 – RESULTADOS.....	37
3.1. – Análise Quantitativa	37
3.2. – Análise Qualitativa	38
3.2.1 – Da Subjetividade dos Atos Libidinosos.....	48
3.2.2 – Delito de Tipo Misto Alternativo.....	50
3.2.3 – O Embate da Lei Mais Benéfica.....	51
3.2.4 – Do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

Se ao descrever a forma como um delito de estupro aconteceu, fosse dito que o acusado agarrou a vítima e tentou forçá-la a manter relações sexuais, muitos afirmariam tratar-se de um crime tentado. Afinal, o agressor apenas tentou, não conseguindo os seus intentos. Entretanto, se no decorrer do voto, ao expor mais detalhes sobre o ocorrido, o magistrado discorre sobre atos libidinosos que aconteceram antes da chegada de um terceiro ao local do crime, a discussão ganha outro peso, uma vez que o artigo 213, fruto da Lei 12.015 de 2009, descreve o delito de estupro como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Por mais que o texto legal tenha sido alterado e passado a considerar estupro também a prática de atos libidinosos sem a penetração, essa não tem sido a interpretação da jurisprudência, o que revela uma divergência de pensamento entre o legislador, o qual foi mudando a norma conforme as mudanças sociais e as pressões populares, e o judiciário, que infelizmente, permanece sendo ocupado majoritariamente por homens, os quais não possuem o melhor entendimento do que seria violação sob uma perspectiva feminina.

Dessa forma, faremos aqui uma viagem no tempo, desde o momento no qual as mulheres não eram sujeitos de direito, passaremos pela luta para criação normativa de leis que lhes protegessem e terminaremos na dificuldade para efetivação dessas leis, sobretudo, em relação ao delito de estupro.

CAPÍTULO 1 – GÊNERO E DIREITO

1.1 – Proteção Jurídica à Mulher

Um dos artigos mais famosos da Constituição da República Federativa do Brasil é o artigo quinto, o qual diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”¹. O seu inciso primeiro, a princípio, põe fim a uma discussão milenar: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”².

Essa concessão de direitos e obrigações conferidos aos indivíduos é o que comumente nós chamamos de “cidadania”, ou seja, é a característica de um cidadão que possui direitos e deveres para com um determinado Estado. Entretanto, o rol de indivíduos categorizados como “cidadãos” em uma sociedade sofreu mudanças ao longo dos anos, a medida em que os hábitos sociais, antes reiterados, foram sendo questionados, o que interferiu diretamente no leque de direitos e deveres de determinados segmentos sociais.

A ideia de cidadania surgiu na Grécia, aproximadamente no século VIII a.C., segundo a qual todas as decisões que afetariam a comunidade deveriam ser discutidas e votadas coletivamente. Entretanto, esse “governo de todos” só era oferecido àqueles que possuíam riquezas e propriedades de terra. Dessa forma, assim como os escravos, as mulheres não eram consideradas cidadãs. Conforme Jacqueline Pitanguy:

A própria ideia de cidadania, que na tradição ocidental remonta à polis grega e se confunde com o exercício da participação política, traz, embutida, a questão da exclusão. O Ágora estava reservado aos homens livres e atenienses. Mulheres e escravos eram excluídos deste espaço democrático onde seus cidadãos podiam eleger seus governantes e tinham o direito de tomar decisões políticas sobre os destinos das cidades gregas, através das assembleias.³

Se na sociedade contemporânea a mulher é reconhecida como uma cidadã com direitos e deveres, sabe-se que nem sempre na história foi assim e, para algumas sociedades, a mulher

¹ Constituição da República Federativa do Brasil

² Ibid.

³ PITANGUY, Jacqueline. *Advocacy e direitos humanos*. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (orgs.). *O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010*. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU. Mulheres, 2011. P.23-24.

era um mero objeto do direito, de modo que as normas sempre se referiam a ela como alguém (na verdade algo) que sofria as ações do homem (o verdadeiro sujeito do direito), mas nunca como protagonista das relações sociais.

Pitanguy afirmou que “pertencer à espécie humana deveria ser o único critério para a titularidade de direitos humanos”⁴. Entretanto, sabe-se que por vezes determinados grupos sociais têm se definido como mais humanos, ou seja, mais titulares de direitos, do que outros, mesmo não havendo nenhuma justificativa plausível para este sistema de privilégios, apenas mera disputa de poder.

Essa exclusão das mulheres foi se mantendo ao longo da história mundial, de modo que mesmo com as mudanças de governo e as revoluções sociais, as mulheres permaneciam sendo excluídas. Por mais que as grandes revoluções sociais, como por exemplo as revoluções Americana e Francesa do século XVIII, lutassem por mais direitos e melhores condições de vida, esses direitos nunca atingiam as mulheres, as quais permaneciam sendo reduzidas ao matrimônio. Nenhuma dessas revoluções discutiu o acesso das mulheres as instituições políticas ou a sua participação na tomada de decisões do novo Estado que estava sendo construído. Nas palavras de Pitanguy:

Alguns marcos desse percurso desde a história moderna são: A Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, na qual se destaca a afirmação da soberania da vontade popular; a Constituição Americana de 1787, com a proposta de que todos os seres possuem direitos inatos; a Revolução Francesa de 1789, com o princípio de que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, e a Constituição Francesa de 1791 que enuncia direitos sociais como o de acesso à educação pública. (...) Na França, neste mesmo século, a mulher, que participou ativamente ao lado do homem do processo revolucionário, não viu as conquistas políticas estenderem-se ao seu sexo.⁵

Especificamente no Brasil, como fruto de um pensamento cristalizado por civilizações, no Código Civil de 1916, artigo sexto, a mulher casada era incluída no rol dos relativamente incapazes para realizar atos jurídicos do dia-a-dia, equiparando-as aos pródigos, silvícolas e menores de idade.⁶ Desta forma, uma mulher que fosse casada não poderia vender ou comprar

⁴ Ibid. P.23.

⁵ PITANGUY, Jacqueline. *Advocacy e direitos humanos*. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (orgs.). *O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010*. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU. Mulheres, 2011. P.25-26.

⁶ Artigo 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:
I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

algo sem a autorização formal de seu marido, porquanto subsistisse a sociedade conjugal. De igual modo, a mulher não poderia exercer profissão sem a autorização de seu cônjuge.⁷

Ademais, se para o direito civil o Estado não deveria interferir nas relações do âmbito privado, no direito penal, pouco importava se os relacionamentos conjugais e as relações sexuais construídas socialmente ao longo dos anos ofendiam a dignidade da mulher.

Este cenário começou a melhorar quando os Estados, após um longo período de guerras, começaram a aderir a acordos internacionais, os quais estabeleciam patamares mínimos de defesa da dignidade da pessoa humana. Assim, independente das diferenças socioculturais, os Estados signatários desses tratados eram obrigados a produzir leis internas para ratificar o que fora acordado internacionalmente.

A Carta das Nações Unidas instituiu um novo marco nas relações internacionais ao propor a todos os países membros da ONU a adesão a princípios que, ultrapassando fronteiras nacionais e particularidades culturais, étnicas e religiosas, estabelecem um patamar mínimo de reconhecimento e defesa dos direitos e da dignidade da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (hoje Declaração Universal dos Direitos Humanos) fundamenta-se na proteção a pessoas, na atribuição de responsabilidades aos Estados-membros da ONU e na afirmação da universalidade dos direitos políticos e civis.⁸

Assim, após o trabalho árduo de diversas mulheres para terem os seus direitos assegurados, começou-se a produzir normas voltadas ao público feminino. Na Conferência Internacional de Direitos Humanos de Viena de 1993, por exemplo, a violência doméstica passou a ser reconhecida como uma violação de direitos humanos. Igualmente, na IV Conferência Mundial das Mulheres de Beijing, em 1995, os direitos sexuais e outros direitos das mulheres foram assegurados.⁹

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

⁷ Artigo 242 do Código Civil Brasileiro de 1916: A mulher não pode, sem autorização do marido: VII.- Exercer profissão.

BOEL, Vanessa Rezende; AGUSTINI, Cármen Lúcia Hernandes. A mulher no discurso jurídico: um passeio pela legislação brasileira. *Horizonte Científico*, Uberlândia, v. 2, n. 2. dez. 2008. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/4208>. Acesso em: setembro. 2020. P.11.

⁸ PITANGUY, Jacqueline. Advocacy e direitos humanos. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (orgs.). *O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010*. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU. Mulheres, 2011. P.30.

⁹ *Ibid.* P.31.

Portanto, já no século XX, a Organização das Nações Unidas instituiu alguns pilares fundamentais em seus Estados membros. No Brasil, as convenções e os tratados internacionais nos quais ele fez parte também lhe exigiram uma postura mais incisiva no combate de determinados crimes, de modo que a sua postura negligente com a violência contra a mulher dentro do país, o levou a ser punido internacionalmente.¹⁰ Assim, foi neste cenário que surgiu a Lei Maria da Penha, conforme se extrai deste parecer:

Nesse sentido, a Comissão Interamericana observa que a demora judicial e a prolongada espera para decidir recursos de apelação demonstra uma conduta das autoridades judiciais que constitui uma violação do direito a obter o recurso rápido e efetivo estabelecido na Declaração e na Convenção. Durante todo o processo de 17 anos, o acusado de duas tentativas de homicídio contra sua esposa, continuou — e continua — em liberdade (...) A Comissão considera que as decisões judiciais internas neste caso apresentam uma ineficácia, negligência ou omissão por parte das autoridades judiciais brasileira e uma demora injustificada no julgamento de um acusado, bem como põem em risco definitivo a possibilidade de punir o acusado e indenizar a vítima, pela possível prescrição do delito. Demonstram que o Estado não foi capaz de organizar sua estrutura para garantir esses direitos. Tudo isso é uma violação independente dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação com o artigo 1(1) da mesma, e dos artigos correspondentes da Declaração. (OEA, 2001)

Logo, a Lei Maria da Penha trouxe para o ambiente público um assunto que até o momento era resolvido privativamente: a violência doméstica contra a mulher. Frisa-se que esta foi uma conquista dos movimentos sociais e das mulheres feministas, de modo que ainda havia um desafio para que esta norma criada fosse aplicada de acordo com a defesa aos direitos da mulher. Dependendo de como a LMP fosse aplicada, ela poderia ser um mero instrumento reprodutor de uma cultura machista, perpetuando a violência contra a mulher e tornando-a vítima mais uma vez. Portanto, a mera existência da norma não assegura direito algum as mulheres se essa norma não for aplicada de modo a materializar os direitos constituídos.

Em seguida, surgiu a Constituição Federal de 1988, que foi fundamental para todas essas mudanças no texto normativo. O movimento teórico de valorização do direito constitucional denominado Neoconstitucionalismo trouxe uma nova valoração para o texto constitucional, colocando-o acima de todo o ordenamento jurídico. A partir de meados do século XX, passou-se a entender que a Constituição não deve ser apenas um texto normativo

¹⁰ AUGUSTO, Cristiane Brandão. Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais. In Violências contra a mulher e as práticas institucionais. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativo disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2015/08/MJ_VCMeaspraticasinstitucionais.pdf>, Acesso em: setembro. 2020., p. 31.

com princípios e diretrizes institucionais, mas deve ser observado por todo o ordenamento jurídico, de modo que, toda e qualquer lei contrária aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito deve ser lançada para fora do ordenamento. Por isso, o artigo 5º, parágrafo 1º da constituição de 88 é tão importante e põe um fim a toda normatização anterior que tratava homens e mulheres com diferenças. Asseveram Jacqueline Pitanguy e Leila Linhares Barsted:

Em especial nos anos 1990, uma vasta produção normativa nacional, voltada para a regulamentação e promoção de direitos humanos e garantias individuais e sociais, foi tributária do texto constitucional. De fato, a Constituição Federal Brasileira de 1988 é o marco político institucional e jurídico que reordenou todo o sistema brasileiro e impôs a adequação de todas as normas legais aos parâmetros dos direitos humanos. Em paralelo, o ciclo das conferências internacionais das Nações Unidas fortaleceu a luta dos movimentos sociais, em especial dos movimentos de mulheres.¹¹

Dessa forma, o século XX foi marcado não apenas por uma transição democrática, mais também pela normatização de demandas requeridas há anos por diversas minorias. Muitas pautas levantadas por mulheres ao longo da história foram finalmente normatizadas e incluídas em ordenamentos jurídicos de diversos países, assim como em tratados internacionais. Questiona-se, entretanto, até que ponto essas normas positivadas garantem os direitos das mulheres e tutelam o bem jurídico que motivou a sua criação. Após o período de concepção, partiremos agora para a fase da efetivação dessas normas voltadas ao público feminino.

1.2 – Eficácia das normas de proteção da mulher: Expectativa *versus* Realidade

A produção de normas que visam a proteger o direito das mulheres é um avanço inestimável e proporciona uma vida mais digna a este segmento social. Entretanto, tão importante quanto a existência de uma norma é a sua aplicação, a qual, dependendo da interpretação dada, poderá efetivar a proteção ao bem jurídico que deu origem à norma, ou reafirmar preconceitos e estigmas sociais.

Esse desinteresse pelas demandas das mulheres e pelo seu bem estar tem se manifestado de diversas formas ao longo da história, de modo que, se antes não havia normas que

¹¹ PITANGUY, Jacqueline; BARSTED, Leila Linhares. Advocacy e direitos humanos. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (orgs.). O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU. Mulheres, 2011. P.15.

protegessem o público feminino, hoje, a aplicação dessas normas é feita por operadores eivados de uma bagagem cultural machista e por vezes essas mulheres permanecem sem proteção.

Quando são abordadas questões concernentes ao direito da mulher, se entra em um campo denominado “Judicialização das Relações Sociais”¹², segundo o qual o Direito passa a entrar em esferas até então vistas como assuntos do âmbito privado e passa a coibir, através da coerção, práticas violadoras de direitos.

Entretanto, o fato de criminalizar uma conduta antes vista como normal, não significa necessariamente que haverá uma punição para todo o indivíduo que praticar aquela conduta. O operador do direito precisa ter um olhar sensível ao se deparar com o caso concreto, de modo a não descredibilizar a palavra da vítima e desconhecer a identificação do caso concreto com a norma posta.

Nos crimes cometidos contra a mulher é muito comum a vítima ser triplamente violentada, pois, além de sofrer com a ação do seu agressor, ao procurar a polícia suas palavras são questionadas. Posteriormente, já dentro do processo penal, a sua condição de vítima por vezes é valorada baseado em outras questões que não tem nada a ver com o delito em si, como por exemplo, se a vítima é virgem ou quão ativa é a sua vida sexual. Assim, além da violência praticada contra ela, essa mulher por vezes não recebe um bom tratamento quando procura a polícia e nem ao longo do processo judicial, de modo que a norma não consegue produzir seus frutos em sua totalidade por conta de uma ideologia fixada na mentalidade social.

Brandão afirmou que o acesso ao Poder Judiciário tem representado apenas a concretização de solução de conflitos e responsabilização de quem violou o direito, mas não a promoção da justiça social e da consciência cidadã de direitos.¹³ De fato, ainda há muito o que

¹² AUGUSTO, Cristiane Brandão. Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais. In Violências contra a mulher e as práticas institucionais. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativo disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2015/08/MJ_VCMespraticasinstitucionais.pdf>, Acesso em: setembro. 2020., p. 32.

¹³ AUGUSTO, Cristiane Brandão. Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais. In Violências contra a mulher e as práticas institucionais. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativo disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2015/08/MJ_VCMespraticasinstitucionais.pdf>, Acesso em: setembro. 2020., p. 32.

avançar no que diz respeito a reprodução de discursos e práticas machistas na nossa sociedade, em especial, brasileira, pois ainda há no imaginário popular uma ideia de posse dos homens em relação às mulheres, mesmo com a revogação dos dispositivos legais que reiteravam esta ideia.

A exemplo disso temos a Lei Maria da Penha, a qual, mesmo sendo uma resposta às demandas das mulheres e um símbolo de vitória para os movimentos sociais, a mera existência da norma não é o suficiente para assegurar a proteção do bem jurídico tutelado. Não adianta ter uma produção legislativa e uma atuação judicial a favor de demandas do público feminino se nenhum desses atores estão realmente dispostos a resolver as demandas de maneira total e preventiva, a gerar uma mudança substancial a efetivar direitos e promover a cidadania.¹⁴

Em consonância com este pensamento estão as taxas de feminicídio nos últimos anos. Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado em 2019, desde que a Lei entrou em vigor, os casos de feminicídio subiram 62,7%. Em 2018, os feminicídios corresponderam a 29,6% dos homicídios dolosos de mulheres. Foram 1.151 casos em 2017 e 1.206 em 2018, o que corresponde a um crescimento de 4% nos números absolutos.¹⁵ Quanto a esta mudança substancial na mentalidade social, Brandão afirmou:

Pode-se, então, dizer que a Lei Maria da Penha foi um empreendimento político fruto dos movimentos sociais com a finalidade de uma mudança pautada na legislação em busca da descaracterização de um antigo paradigma. Uma lei que chegou para subtrair da realidade uma marca histórica de inferiorização do sexo feminino a estigmas retrógrados e discriminatórios. Uma lei que procura proteger através de, ao menos, duas formas de reconhecimento, aquela relativa ao direito e à solidariedade. Pretende diluir da cultura o preconceito, a ideia de segregação e hierarquização de gêneros, além de trazer para o âmbito criminal uma punição ao autor desta violência tão singular e obscuramente enraizada nas mentes da população como ordinária.¹⁶

¹⁴ AUGUSTO, Cristiane Brandão. Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais. In Violências contra a mulher e as práticas institucionais. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativo disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2015/08/MJ_VCMespraticasinstitucionais.pdf>, Acesso em: setembro. 2020., p. 33.

¹⁵ PEREIRA, Carolina; BUENO, Samira; BOHNENBERGER, Marina; SOBRAL, Isabela. Anuário Brasileiro de Segurança Pública ISSN 1983-7364 ano 13 2019. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Acesso em: setembro. 2020., p. 111. disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>.

¹⁶ AUGUSTO, Cristiane Brandão. Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais. In Violências contra a mulher e as práticas institucionais. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativo disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2015/08/MJ_VCMespraticasinstitucionais.pdf>, Acesso em: setembro. 2020., p. 34.

Dessa forma, a mera existência da lei precisa vir acompanhada de cursos sobre violência de gênero e capacitação, não apenas aos profissionais do direito, mas também para os policiais, médicos, psicólogos e todo profissional pelo qual uma vítima de violência de gênero possa passar ao querer ajuizar uma demanda. Conforme afirma Heleieth I. B. Saffioti:

o problema reside no conhecimento das relações de gênero, que não é detido por nenhuma categoria ocupacional. Profissionais da saúde, da educação, da magistratura, do ministério público, etc. necessitam igualmente, e com urgência, desta qualificação.¹⁷

Assim, resta claro que por trás do comportamento social e por trás do ordenamento jurídico, o qual constrói e é construído justamente pelo comportamento social, está uma questão de gênero, a qual precisa ser trazida ao público para que de fato as leis venham proteger as mulheres. Não se trata de criar uma lei para um público específico apenas, mas criar uma lei para um público que por gerações foi estigmatizado por este mesmo ordenamento. Passemos então para uma exposição crítica de todas as redações dadas no Brasil ao crime de estupro, o qual será o nosso delito a ser analisado.

1.3 – Tipificação do Estupro através do tempo

Considerar a mulher como sujeito de direitos é algo extremamente recente. Desde os tempos bíblicos, posteriormente no feudalismo e na Idade Média, o estupro era considerado um crime contra o patrimônio, afinal, a mulher era um mero pertence do seu marido. Neste sentido, Vilhena e Zamorra afirmam que

Do código judaico do Velho Testamento até o feudalismo, o estupro foi tratado, sobretudo, como um crime contra a propriedade – roubar ou raptar uma mulher de seus proprietários de direito, normalmente pai ou marido, destruiria o seu valor de propriedade, sobretudo no caso de virgens.¹⁸

Posteriormente no século XVI, especificamente no Brasil, o estupro deixou de ser visto como um crime contra o patrimônio e passou a ser entendido como um crime de violência

¹⁷ SAFFIOTI, Heleieth. Já se mete a colher em briga de marido e mulher. São Paulo em Perspectiva, Revista da Fundação Seade, São Paulo, vol. 13, n° 4, 1999, pp.89.

¹⁸ VILHENA, Junia de. ZAMORA, Maria Helena. Além do ato: os transbordamentos do estupro. Revista Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 12, 2004, p. 115.

sexual. Entretanto, neste período, a ideia de desonra a família da vítima ainda era muito forte e se sobrepunha ao sofrimento pessoal da vítima.¹⁹

A ausência de comprometimento com a dor da mulher violentada por parte da sociedade e das instituições jurídicas da época se manifestava na diferença de tratamento dado ao caso concreto de acordo com as posições sociais das vítimas e dos agressores. De acordo com o historiador francês Geroges Vigaerllo, durante o período que atravessa os séculos XVI e XVII, o peso atribuído ao estupro cometido contra uma virgem era exponencialmente maior do que o praticado em detrimento de uma mulher não-virgem, especialmente levando-se em conta a posição social do ofensor e da vítima. Isto porque o ataque à virgindade comprometia a honra e a posição das famílias, considerando-se uma ofensa contra seu tutor – seja pai ou marido.²⁰

Assim, à uma vítima mulher pobre e negra, não era dado o mesmo tratamento do que à uma vítima mulher abastada. Afinal, a preocupação naquele momento era com a honra ao nome da família e quanto maior o nome, maior era a ofensa. Dessa forma, era reproduzido um comportamento de desvalorizar o corpo de mulheres pobres e negras toda vez que uma delas era estuprada e nenhuma providência era tomada quanto a isto.

Por outro lado, considerar o crime de estupro como uma ofensa à reputação da família fazia com que agressores pobres fossem punidos com mais severidade do que agressores ricos. A gravidade conferida ao delito estava diretamente relacionada à classe social do agressor e da vítima e existia uma tolerância à prática de estupro por homens de classes privilegiadas que violentavam mulheres menos afortunadas. Conforme Vilhena:

No Brasil, verifica-se que esta permissividade se traduziu na romântica ideia de “miscigenação” ou “mestiçagem”, que correspondia ao estupro sistemático de mulheres e meninas índias, negras e mestiças, iniciadas com a chegada do colonizador português e mantidas durante os séculos de escravidão. Sobre essas mulheres, se inscreviam imagens e mitos de uma “sensualidade natural” da brasileira morena, que as retiravam qualquer possibilidade de efetivação de direitos.²¹

¹⁹ Ibid., p. 115.

²⁰ VIGARELLO, Georges. História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX. Tradução de: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 19.

²¹ VILHENA, Junia de. ZAMORA, Maria Helena. Op. Cit., p. 116

O Livro V das Ordenações do Rei Filipe II foi o primeiro Código Penal Brasileiro. Nas Ordenações Filipinas de 1603, a mulher não podia ser vítima do crime de adultério, figurando apenas no polo ativo do tipo penal – ou seja, como sujeito que pratica o fato descrito como crime - pois somente o homem traído tinha o sistema judiciário para vingar a sua honra. Caso uma mulher fosse traída pelo seu marido, não havia nenhum dispositivo legal que garantisse os seus direitos, assim como para o homem traído.²²

Em relação aos tipos penais que protegiam a mulher, estes deixavam bem claro que só estavam destinados à mulher honesta, ou seja, após sofrer uma violência, o judiciário deveria avaliar se aquela mulher era digna de ser protegida ou se na verdade foi ela quem provocou o agressor.

O Código Criminal do Império de 1830, de igual modo, em nenhum momento descrevia quais tipos de homens a lei estava protegendo. Ou seja, quando se tratava de crime no qual a vítima era um homem, como por exemplo, no crime de adultério, nada se dizia sobre o seu estado civil ou perfil social. Mas quando se tratava de um delito cujo a vítima era mulher, era necessário que esta fosse honesta e, de preferência, virgem.

Conforme o Capítulo II do referido código, intitulado como “Dos crimes contra a segurança da honra”, seção I, artigo 222, ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com uma mulher honesta, tinha pena de prisão de três a doze anos, além da obrigação de adotar a ofendida.²³ Por outro lado, se esta fosse prostituta a pena seria de um mês a dois anos.

Dessa forma, a duração das penas tinha como critério a índole da vítima, a qual, quanto mais promíscua fosse, menos direito tinha sobre o seu corpo. Isto, porque, como já foi dito, nesse momento estava-se protegendo a honra da família e entendia-se que uma mulher que mantinha relações sexuais fora do casamento por si só já tinha acabado com a honra de sua família, não sendo necessário uma pena tão alta no caso dela. Nas palavras de Andrade:

²² MONTENEGRO. Marília. Lei Maria da Penha: Uma análise criminológico-crítica. Pag. 40

²³ Artigo 222 do código criminal de 1830. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

A sexualidade feminina referida ao coito vaginal diz respeito à reprodução e a função reprodutora (dentro do casamento) encontra-se protegida sob a forma da sexualidade honesta. De modo que protegendo a, mediante a proteção seletiva da mulher honesta (que é a mulher comprometida com o casamento, a constituição da família e a reprodução legítima), protege-se, latentemente, a unidade familiar, e indiretamente, a unidade sucessória (o direito de família e sucessões) que, em última instância, mantém a unidade da classe burguesa no capitalismo.²⁴

Assim, a pena destinada ao agressor de vítima honesta era consideravelmente superior a pena destinada ao agressor de vítima prostituta, pois, mais importante do que a ofensa e o ato propriamente dito, era proteger a unidade familiar e, conseqüentemente, a unidade sucessória, classificando, assim, quais vítimas eram dignas da proteção estatal e quais não eram. Este entendimento regeu a escolha do nome para o título dado ao capítulo: “Dos crimes contra a segurança da honra” e suas penas, nas quais estava incluída a obrigação de adotar a ofendida.

Segundo Caufield, muitos especialistas eram contra a penalidade nos casos de estupro praticado contra prostituta. Entendia-se que o estupro era crime contra a honra da família, e que, portanto, a prostituta deveria ser excluída da proteção da lei, eis que tal fato não revelaria um caráter temível, perigoso da parte do delinquente, não causaria mal irreparável à vítima e tampouco abalaria os interesses de defesa social.²⁵

O artigo 223 deste mesmo capítulo do código de 1830 dizia que quando houvesse uma “simples” ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corpóreo à mulher, sem que se verificasse a cópula carnal, a pena seria de um a seis meses e multa.²⁶ Enfatiza-se que era necessário causar dor ou algum mal ao corpo físico da mulher, sem os quais não haveria crime. Abalos emocionais e psicológicos não eram considerados.

Assim, o código de 1830 separava a penetração e os atos libidinosos em delitos diferentes, sendo a pena daquele maior do que a pena deste. Enquanto para uma mulher qualquer tipo de toque indesejado lhe causaria sofrimento, seja penetração ou outro ato

²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sexo e gênero: a mulher e o feminino na criminologia e no sistema de Justiça Criminal. Boletim IBCCRIM. São Paulo: v. 11, n. 137, abr. 2004.

²⁵ CAUFIELD, Sueann. Apud RATTON, Marcela Zamboni L. A construção social do discurso sobre o estupro dentro dos tribunais. Dissertação de Mestrado em Sociologia. 176f. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) – Pernambuco. 2003.

²⁶ Artigo 223 do código criminal de 1830. Quando houver simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a cópula carnal. Penas - de prisão por um a seis meses, e de multa correspondente à metade do tempo, além das em que incorrer o réu pela ofensa.

libidinoso, para o homem que possuía ou tinha a pretensão de possuir o senhorio desta mulher, a cópula carnal lhe ofenderia muito mais, principalmente se a mulher fosse virgem. Por este motivo as penas eram diferentes.

Frisa-se que para ambos os artigos, se o réu se casasse com a vítima, ele estava liberado da pena.²⁷ Não havia o menor interesse quanto ao sofrimento que aquele ato gerou à vítima, muito menos à sua dignidade e liberdade sexual. Querendo o estupro se casar com ela, esta era obrigada a passar o resto dos seus dias com o homem que a violentou, além de tornar um episódio pontual em rotina, pois, o entendimento da época era que o corpo da mulher pertencia ao seu marido e ela não poderia se negar a deitar com ele. A partir daquele momento, o agressor passaria a ser o dono da vítima.²⁸

Além disso, a resposta jurídica a este delito era fruto de uma sociedade na qual em todas as hipóteses culpabilizavam a vítima. Se a mulher ofendida denunciasse, sua imagem ficaria marcada e para sempre ela seria considerada impura, de modo que nem uma sentença penal condenatória seria capaz de lhe devolver a dignidade perante a sociedade.²⁹ Por outro lado, se ela decidisse não denunciar para não se expor, ela igualmente seria rechaçada e seria levantada a tese de que ela desejou o ato sexual e seduziu o acusado, afinal, ela poderia denunciar e não o fez, tendo, portanto, consentido com o estupro.³⁰

O século XIX foi marcado por uma transformação – ainda que lenta e gradual – no pensamento social no que se refere aos crimes sexuais, de modo que, com o passar do tempo, novos tipos penais foram surgindo e o número de queixa foi aumentando, o que permitiu dar início a compilação de dados para as estatísticas criminais.

O Código penal Republicano de 1890, passou a incluir o homem no polo passivo do atentado contra o pudor. Entretanto, em relação à mulher e ao delito de estupro, a norma continuou fazendo a diferenciação entre a honesta e a prostituta. Segundo o Título VIII,

²⁷ Artigo 225 do código criminal de 1830. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

²⁸ Artigo 225 do código criminal de 1830. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

²⁹ MANFRÃO, Caroline Colombelli. Estupro: prática jurídica e relações de gênero. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009, p. 12.

³⁰ MANFRÃO, Caroline Colombelli. Estupro: prática jurídica e relações de gênero. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009, p. 12.

intitulado “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, Capítulo I, “Da violência carnal”, artigo 266, atentar contra o pudor de alguém, independente do sexo, por meio de violências ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral, tinha pena de prisão de um a seis anos. De igual modo, na mesma pena incorria quem corrompesse menor de idade praticando com ele atos de libidinagem.

Conforme o artigo 268 do código de 1890, estuprar uma mulher, fosse ela virgem ou não, mas honesta, também tinha pena de prisão de um a seis anos. Se a vítima fosse mulher pública ou prostituta, a pena caía para de seis meses a dois anos³¹.

O código de 1890 trouxe pela primeira vez ao ordenamento jurídico o significado da palavra estupro. O artigo 269 do referido código, definia estupro como “ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não”. Ademais, o emprego de força física não era a única forma de violência:

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcoticos. (Ortografia original)³²

Dessa forma, a redação do artigo somada à mentalidade da época reduzia o estupro à penetração. Além disso, por mais que “abusar com violência de uma mulher, seja virgem ou não” fosse a definição de estupro, esse texto jamais foi associado às vezes em que um marido decidia praticar sexo com a sua esposa mesmo ela deixando claro que naquele momento não estava disposta. Não havia no imaginário popular e na compreensão normativa dos operadores do direito a possibilidade de um marido estuprar a sua própria esposa, afinal, ela era considerada posse dele desde o momento em que aceitou se casar. Ademais, sabe-se que até o consentimento para contrair o matrimônio, por vezes, não existia e não se dava atenção aos interesses da mulher.

³¹ Artigo 268 do código criminal de 1890. Art. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão cellualar por um a seis annos.

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

Pena - de prisão cellualar por seis mezes a dous annos.

³² BRASIL, Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigno Penal. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: setembro. 2020.

Além disso, a lei avançou e trouxe outros tipos de violência, para além da violência física. Agora, o abuso sexual praticado contra a mulher não necessariamente se materializaria através de uma violência física, mais também, através de qualquer meio que privasse a mulher de suas faculdades físicas e limitasse a sua possibilidade de resistir e se defender, como por exemplo hipnotismo ou drogas lícitas e ilícitas. Isto significa que ao denunciar o agressor, a palavra da vítima, teoricamente, não seria mais valorada de acordo com as marcas de agressão física no seu corpo, de modo que, uma ameaça a fazer algum mal a ela ou a um parente, por exemplo, seguida de penetração, já era considerado estupro. Em contrapartida, este código era silente as outras espécies de violência, como por exemplo, a violência psicológica e patrimonial, e a redação expressa e taxativa do artigo fazia com que a tipificação fosse limitada apenas aos exemplos previstos na lei.³³

Outro ponto relevante é quanto a duração das penas. Se no código de 1830 a ofensa com fim libidinoso, sem que se verificasse a copula carnal, tinha pena de um a seis meses e multa, no código de 1890, o atentado ao pudor tinha a pena um a seis anos. Em contrapartida, a pena para o estupro no código de 1830 era de três a doze anos e no código de 1890 passou a ser de um a seis anos e isto é fruto de uma mudança de política criminal da época. A pena para a mulher prostituta também mudou apenas no que se refere a pena mínima, deixando de ser de um mês a dois anos para seis meses a dois anos. Além disso, o código de 1890 permaneceu fazendo distinção de tratamento entre a mulher honesta e a mulher prostituta e não se pronunciou quanto a tentativa de estupro.

O código de 1940 avançou e deixou de levar em consideração se a vítima era honesta ou prostituta. Além disso, mudou o nome do seu título, entendendo que estes delitos de cunho sexual não são uma ofensa à honra e honestidade das famílias e sim à liberdade sexual das vítimas.

Segundo o Título VI, intitulado “Dos crimes contra os costumes”, Capítulo I, “Dos crimes contra a liberdade sexual”, artigo 213, constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, tinha pena de reclusão, de três a oito anos.³⁴

³³ MARTINS, José Renato. O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/09: Questões controvertidas em face das garantias constitucionais. Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>. Acesso em: setembro. 2020, p. 24.

³⁴ Artigo. 213 do código criminal de 1940. Redação original. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Posteriormente, a Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, alterou a pena do delito de estupro, aumentando-a para reclusão de seis a dez anos e determinou a inclusão do delito de estupro no rol dos crimes hediondos.³⁵

Pode-se dizer que uma das mudanças mais significativas e progressista deste código foi a retirada do termo “mulher honesta” da definição do crime de estupro. Entretanto, este termo se manteve na definição de outros delitos. Na posse sexual mediante fraude (art. 215), no atentado ao pudor mediante fraude (art. 216) e no rapto violento ou mediante fraude (art. 219), continuou-se exigindo que a vítima fosse honesta para que a lei pudesse ser aplicada ao seu caso concreto.³⁶ Em consonância ao pensamento machista da época, o jurista Nelson Hungria, ao tecer comentários ao Código Penal de 1940, disse que a mulher honesta corresponderia

[...] não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o minimum de decência exigido pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, multorum libidini patet, ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (cum velsine pecúnia accepta). Não perde a qualidade de honesta

Pena - reclusão, de três a oito anos.

³⁵ Artigo 1º da Lei Federal 8.072/1990. São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados. (...)

Art. 213.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

³⁶ Posse sexual mediante fraude

Art. 215 do código criminal de 1940. Redação original. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Atentado ao pudor mediante fraude

Art. 216 do código criminal de 1940. Redação original. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de dezoito e maior de quatorze anos:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

Rapto violento ou mediante fraude

Art. 219 do código criminal de 1940. Redação original. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

nem mesmo a amásia, a concubina, a adúltera, a atriz de cabaré, desde que não se despeça dos banais preconceitos ou elementares reservas de pudor.³⁷

O Código de 1940 continua vigente nos dias de hoje. Entretanto, a parte sobre os crimes sexuais sofreu uma grande mudança com a lei 12.015 de 2009. O Título VI passou a se chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual” e diz:

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.

Com o advento da lei 12.015 de 2009, retirou-se definitivamente a expressão “mulher honesta” do texto legal. Também houve a revogação do delito de sedução³⁸ e do delito de rapto³⁹. Alguns anos antes, em 2005, foram revogados pela lei 11.106 os incisos VII e VIII do art. 107, os quais extinguíam a punibilidade do agente, nos crimes de estupro, quando este se casasse com a vítima ou quando ela se casasse com um terceiro e não requeresse o prosseguimento do inquérito ou ação penal.

Além disso, a mudança nominal no título, de “Crimes Contra os Costumes” para “Crimes contra a Dignidade Sexual” revela uma mudança significativa no pensamento social, pois agora entendia-se que toda violação ao corpo de uma mulher era acima de tudo uma defraudação à vítima e à sua dignidade, e não à sua família aos seus bens familiares. Neste sentido:

Não obstante, até 2009 o estupro ainda era tipificado como um crime de ação privada contra os costumes. (...) O que constituiria crime seria a “agressão à sociedade por intermédio do corpo feminino. É como se o homem (pai ou marido) fosse tocado em sua integridade moral pela violência sexual vivenciada pela mulher.⁴⁰

³⁷ HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. VIII – arts. 197 a 249. Rio de Janeiro: Forense, 1959

³⁸ Artigo 217 do código criminal de 1940. Redação original. Seduzir mulher – virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena de reclusão, de dois a quatro anos).

³⁹ Artigo 220 do código criminal de 1940. Redação original. Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um e o rapto se dá com o seu consentimento: pena de detenção, de um a três anos).

⁴⁰ CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Disponível em:

Em conformidade, afirma Bittencourt:

O bem jurídico protegido, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, é a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o cônjuge, se assim o desejarem. Na realidade, também nos crimes sexuais, especialmente aqueles praticados sem o consentimento da vítima, o bem jurídico protegido continua sendo a liberdade individual, mas na sua expressão mais elementar: a intimidade e a privacidade, que são aspectos da liberdade individual; assumem dimensão superior quando se trata de liberdade sexual, atingindo sua plenitude ao tratar da inviolabilidade carnal, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge que, a nosso juízo, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro.⁴¹

De acordo com Segato, essa mudança de entendimento pode ser explicada pela diferenciação entre a percepção de estupro em sociedades pré-modernas e modernas, tendo em vista que nas primeiras o estupro tende a ser uma questão de Estado, uma questão de soberania territorial, já que a mulher era vista como patrimônio do homem. Em contrapartida, nas sociedades modernas, com o advento do individualismo, a cidadania e os direitos foram se estendendo às mulheres, de modo que elas deixam de ser a extensão do direito do outro para serem sujeitos de direito.⁴²

Outra significativa mudança, e cerne deste trabalho, é que com o advento da lei 12.015, uniu-se os tipos penais “estupro” e “atentado violento ao pudor”. Hoje, o entendimento é que, tanto a conjunção carnal não consentida, quanto a prática de atos libidinosos não consentidos, são considerados estupro. Esta mudança veio para proteger a dignidade e a liberdade sexual da vítima, a qual se sente ofendida e violada independente de conjunção carnal. Conforme a exposição de motivos da lei 12.015 de 2009:

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder - a primeira metade dos anos 40 - e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática,

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: setembro. 2020, p. 03

⁴¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Especial IV. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

⁴² RATTON, Marcela Zamboni L. A construção social do discurso sobre o estupro dentro dos tribunais. Dissertação de Mestrado em Sociologia. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) – Pernambuco. 2003, p. 26.

SEGATO, Rita Laura (1999). “A estrutura de gênero e a injunção do estupro”, in Mireya Suárez e Lourdes Bandeira (orgs), Violência, gênero e crime no Distrito Federal, Brasília, Paralelo 15 e UnB.

sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes, resultando, nesse caso, no descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, § 4º, de que ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’.

(...)

Além de suprimir tais formulações, o presente projeto, por inspiração da definição insita no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cria novo tipo penal que não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino. Seria a renovada definição de estupro (novo art. 213 do CP), que implica constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele/ela se pratique outro ato libidinoso. A nova redação pretende também corrigir outra limitação da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, que a jurisprudência entende como sendo ato sexual vaginal. Ao contrário, esse crime envolveria a prática de outros atos libidinosos. Isso significa que os atuais crimes de estupro (art. 213 do CP) e atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) são unidos em um só tipo penal: ‘estupro’.

Assim, essa exclusividade do estupro vaginal, ou seja, essa punição mais incisiva a penetração e a exclusão dos demais tipos possíveis de violação, de acordo com Segato, é uma herança e uma continuidade da linhagem e de estruturas arcaicas, as quais são resguardadas pela sociedade.⁴³

Ademais, outra mudança no texto normativo é que anteriormente apenas o homem poderia figurar no polo ativo e a mulher no polo passivo, sendo classificado como um crime bi-próprio, ou seja, havia uma condição especial do sujeito ativo e condição especial do sujeito passivo. Hoje, o delito de estupro é classificado como crime comum, o qual pode ser cometido por qualquer pessoa e contra qualquer pessoa. Dessa forma, a violência sexual passou a ser vedada independente do sexo da vítima e do autor. Em contrapartida, as vítimas de estupro são majoritariamente do sexo feminino, reafirmando que ainda é uma questão de gênero, independente da redação do dispositivo legal.⁴⁴

⁴³ ASSUNÇÃO, Any Ávila. A tutela judicial da violência de gênero: do fato social negado ao ato jurídico visualizado. 2009. 300 f., il. Tese (Doutorado em Sociologia)- Universidade de Brasília, Brasília, 2009, p.143. SEGATO, Rita Laura. Os percursos do Gênero na Antropologia e para além dela. In: Revista Sociedade e Estado, XX/2. Brasília, 1997.

⁴⁴ TORRES, José Henrique Rodrigues. Dignidade sexual e proteção no sistema penal. Revista Brasileira Crescimento e Desenvolvimento Humano. 2011; 21(2): 7-10

CAPÍTULO 2 – PESQUISA JURISPRUDENCIAL

2.1. Marco teórico

Como asseverado anteriormente, sabe-se que, por vezes, determinados grupos sociais têm se definido como mais titulares de direitos do que outros, mesmo não havendo nenhuma justificativa plausível para este sistema de privilégios, apenas mera disputa de poder. Dessa forma, o direito posto, o qual é criado pelos reais detentores do poder, é responsável por construir e fomentar ideologias sociais, de modo que, conforme essas disputas vão acontecendo, a posição alcançada a mulher e a pauta do gênero dentro do ordenamento jurídico vai se transformando. Nas palavras de Campos:

Se o gênero organiza a vida social, dá significado à dimensão do poder, estrutura a divisão sexual do trabalho, as doutrinas jurídicas são criadas em um contexto social permeado pelo gênero, por relações econômicas e raciais, pela divisão sexual do trabalho e pela subjetividade dos doutrinadores envolvidos no processo. Mas como opera o gênero no direito? (...)A única possibilidade, então, de utilizar o direito seria como um lugar para discutir os significados de gênero. Nessa perspectiva do discurso e da linguagem, as possibilidades de mudanças concretas a serem efetuadas pelo direito, fora do texto jurídico, seriam muito reduzidas. No entanto, o ‘texto’ se insere em um contexto político e social, onde as noções de gênero também são produzidas e desafiadas constantemente.⁴⁵

A grande questão a ser desvendada é: se a luta pelos direitos básicos de um cidadão e pela participação política começou há séculos atrás, por que as mulheres sempre foram excluídas destas conquistas e somente agora nos dois últimos séculos esses direitos têm começado a se estender a elas? Por que na chamada Era das Revoluções, as mulheres estavam lutando pelo sufrágio feminino e pela participação política, se estes direitos já haviam sido garantidos aos homens séculos antes? E por que, após a criação da norma, há uma resistência para a mesma ser aplicada e tutelar o bem jurídico que lhe concebeu?

Muitos estudiosos tentam explicar a aquisição dos direitos civis e políticos através do Contrato Social. Para os denominados “contratualistas”, haveria um contrato social, o qual retirava o ser humano de seu estado de natureza e o colocava em sociedade, para conviver com outros seres humanos.

⁴⁵ CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de.. (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 4.

Entretanto, mesmo com a existência de diferentes teorias quanto a origem desse Estado, nenhuma dessas explicações conseguiu justificar a exclusão feminina desses direitos adquiridos, nem o sentimento de posse dos homens aos corpos das mulheres. Pateman sustenta que:

As mulheres não nascem livres, elas não têm liberdade natural. As descrições clássicas do estado natural também contêm um tipo de sujeição – entre homens e mulheres. Com exceção de Hobbes, os teóricos clássicos argumentam que as mulheres naturalmente não têm os atributos e as capacidades dos “indivíduos”. A diferença sexual é uma diferença política; a diferença sexual é diferença entre liberdade e sujeição. As mulheres não participam do contrato original através do qual os homens transformam sua liberdade natural na segurança da liberdade civil. As mulheres são objetos do contrato. O contrato sexual é o meio pelo qual os homens transformam seu direito natural sobre as mulheres na segurança do direito patriarcal civil.⁴⁶

Assim, a ideia de que a sociedade como conhecemos hoje surgiu através de um contrato social entre todos os indivíduos deixa de fora um poder paralelo no qual os direitos dos homens se sobrepõem aos direitos das mulheres, e mesmo após as mulheres adquirirem esses direitos, como ocorre nas sociedades pós modernas, esse poder paralelo e essa disputa de poder entre ambos os sexos permanece, pois há um contrato sexual baseado nas diferenças biológicas entre homens e mulheres, as quais serviriam de justificativa para o governo daqueles sobre estas.

Segundo Pateman, os teóricos clássicos do contratualismo que buscam explicar a formação do Estado dizem que todos eram livres, mas decidiram abrir mão das suas liberdades firmando um contrato social. Entretanto, esses teóricos são omissos com metade da história e não explicam o por que os homens estão hierarquicamente acima das mulheres. A autora explica que a sociedade civil patriarcal está dividida em duas esferas, mas só se presta atenção na esfera pública, ignorando a dominação dos homens sobre as mulheres na esfera privada. A história do contrato social é tratada como um relato da constituição da esfera pública da liberdade civil. A outra esfera, a privada, não é encarada como sendo politicamente relevante:

⁴⁶ FILHO, Francisco Humberto Cunha; FERNANDES, Leonísia Moura. Violência sexual e culpabilização da vítima: sociedade patriarcal e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=47f5d6b9ad18d160>>. Acesso em: setembro. 2020. P.03. PATEMAN, Carole. O contrato Sexual. Rio de Janeiro: Paz e Terra. Tradução de Marta Avancini, 1993.

Outro motivo para a omissão da história do contrato sexual deve-se ao fato de as abordagens tradicionais dos textos clássicos, sejam as dos teóricos políticos convencionais ou as de seus críticos socialistas, fornecerem uma imagem enganosa de um aspecto característico da sociedade criada através do contrato original. A sociedade civil patriarcal está dividida em duas esferas, mas só se presta atenção em uma delas. A história do contrato social é tratada como um relato da constituição da esfera pública da liberdade civil. A outra esfera, a privada, não é encarada como sendo politicamente relevante. O casamento e o contrato matrimonial também são considerados, portanto, politicamente irrelevantes. Ignorar o contrato matrimonial é ignorar metade do contrato original.⁴⁷

Dessa maneira, para a mulher participar da vida pública, ela precisa romper com um sistema, o qual diz que a ela competem apenas os assuntos do âmbito privado. É aos poucos as mulheres estão mudando a sistemática social e passando não só a estar presente quantitativamente na vida pública, mas também qualitativamente, sendo agentes com poder de decidir questões de cunho público por si mesmas.

Portanto, essa tardia produção de normas voltadas à proteção da mulher e os impasses na sua aplicação revelam que, por trás de uma escolha política e de uma interpretação normativa adotada pelo judiciário, há uma questão de gênero. Especificamente em relação ao estupro, por mais que o tipo penal não especifique o sexo da vítima, sabe-se que este é um crime majoritariamente cometido por um homem contra uma mulher e isto é fruto de uma sociedade machista, na qual ainda há a ideia de domínio do homem em relação aos corpos das mulheres.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado em 2019⁴⁸, de acordo com os registros de estupro e estupro de vulnerável dos anos de 2017 e 2018, 81,8% das vítimas eram do sexo feminino, o que evidencia a desigualdade de gênero como uma das raízes da violência sexual. Além disso, há uma super-representação de agressores do sexo masculino, que respondem por 89,9%, dentre os quais 85,5% trata-se de um único autor e 4,4% pode-se falar em múltiplos perpetradores do sexo masculino. Ademais, em relação ao vínculo com o abusador, 75,9% das vítimas possuem algum tipo de vínculo com o agressor, entre parentes, companheiros, amigos e outros.

⁴⁷ PATEMAN, Carole. O contrato Sexual. Rio de Janeiro: Paz e Terra. Tradução de Marta Avancini, 1993. p. 18

⁴⁸ PEREIRA, Carolina; BUENO, Samira; NEME, Cristina. Anuário Brasileiro de Segurança Pública ISSN 1983-7364 ano 13 2019. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Acesso em: setembro. 2020., p. 118, 120 e 121. disponível em

<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>.

Esse número superior de casos de vítimas mulheres não é casuístico. As bases socioculturais justificam esse resultado. Para o homem, o corpo da mulher sempre lhe pertenceu e para o direito, conseqüentemente, a mulher nunca foi um sujeito de direito, e sim, o objeto sobre o qual a lei recai.

Ainda em relação ao estupro, através da mobilização das mulheres, mudou-se a redação do tipo penal em 2009 buscando uma maior proteção da vítima e garantia da sua liberdade sexual. Pois, para a mulher, em uma tentativa de obrigá-la a satisfazer os desejos sexuais de um homem, não é necessário ocorrer a penetração para que esta se sinta violada, desrespeitada e humilhada.

Para Catharine MacKinnon, as mulheres são violadas de diferentes formas pela supremacia masculina e o “pênis” é apenas mais um meio de violação, tratando-se “estupro” de violência e de um entendimento patriarcal construído de um sexo naturalmente violador e castrador em relação às mulheres. Ela acrescenta ainda que ao tentar proteger a mulher, a construção normativa, a lei, notadamente desenvolvida em critérios de representatividade masculina, pode reforçar estereótipos e legitimar comportamentos que ferem a dignidade sexual feminina.

(...)o delito da violência se centra na penetração. A lei para proteger a sexualidade da mulher da violação forçada e da expropriação define essa proteção em termos genitais masculinos. (...) Nesta perspectiva, a violação, segundo se define legalmente parece mais um delito contra a monogamia feminina (acesso exclusivo de um único homem) do que contra a dignidade sexual e a integridade íntima da mulher (MACKINNON, 1989, tradução nossa)

Portanto, a união da penetração e do ato libidinoso no mesmo tipo penal e com as mesmas penas, reafirma que, para a mulher, ambas as atitudes vão contra a sua liberdade sexual e a sua dignidade humana. Os dois atos lhe constroem e lhe humilham, de igual modo.

Entretanto, para além do âmbito da criação de normas, existe o âmbito da aplicação. Diante de um judiciário majoritariamente masculino, é necessário observar se esta norma que foi criada com muito custo está sendo aplicada de acordo com o texto legal e se está consoante aos motivos que lhe geraram. Sendo assim, partiremos agora para a análise da aplicação do delito de estupro pelos tribunais superiores.

2.2. A Problematização do tipo penal: Consumação e Tentativa

Conforme já foi dito anteriormente, a Lei 12.015 de 2009 trouxe uma grande mudança na redação do artigo 213 do código penal. Se antes de 2019 praticar estupro era constranger uma mulher à conjunção carnal, a partir de 2009 praticar estupro é constranger alguém (independente do sexo) a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Em sua função indiciária, o tipo penal circunscreve e delimita a conduta penalmente ilícita⁴⁹. Ocorre que a norma não definiu o conceito de ato libidinoso e apenas disse que qualquer outro ato libidinoso também é estupro. Assim, apesar do termo “ato libidinoso” ser um elemento objetivo-descritivo do tipo penal, ou seja, apesar de ser um elemento que pode facilmente ser compreendido apenas com a percepção dos sentidos, este termo é amplo e abre margem para diversas interpretações. Isto poderia permitir que juiz dissesse por ele mesmo o que é ato libidinoso e o que não é. Dessa forma, na ausência de uma definição taxativa, a valoração do juiz poderá ser regida pela sua posição social e o bem jurídico que originou a norma, pode não ser protegido.

A solução para a interpretação desta palavra que abarca inúmeras ações de cunho sexual estaria na identificação do bem jurídico o qual a criação da norma visou proteger. Admite-se atualmente que o bem jurídico constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais⁵⁰. Assim, se o bem jurídico o qual se buscou tutelar era a dignidade sexual da vítima, como consta no nome deste capítulo do código penal, qualquer ato que lhe fizesse sentir sexualmente ofendida, poderia ser entendido como ato libidinoso, desde um toque na parte íntima até um mero beijo roubado, por exemplo. Dessa forma, se uma concepção predominantemente liberal concede ao Direito Penal uma função protetora de bens e interesses, todo e qualquer ato libidinoso não consentido precisa ser punido, cabendo ao legislador se manifestar se todos os atos libidinosos realmente estão inseridos no tipo penal do estupro, conforme o texto normativo dá a entender, ou não.

⁴⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 741.

⁵⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 744.

Segundo a Enciclopédia jurídica⁵¹, Ato libidinoso significa “todo aquele pelo qual a pessoa procura satisfazer instintos lúbricos” e Libidinoso é “que é relacionado com o prazer sexual ou que o sugere; voluptuoso, sensual; que procura constantemente o prazer sexual, sem o mínimo pudor”. Sob uma outra perspectiva, Bittencourt define ato libidinoso como sendo “todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual, apresenta-se objetivamente capaz de produzir a excitação e o prazer sexual, no sentido mais amplo, incluindo, logicamente, a conjunção carnal.”⁵² Entretanto, essa inexatidão nas ações abarcadas pelo termo utilizado no tipo penal interfere diretamente na aplicação da norma quando se trata tentativa, pois o juiz pode entender que não houve estupro pelo tipo de ato libidinoso e considerar o fato ocorrido como crime tentado.

Crime tentado é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei⁵³. Ou seja, tendo sido iniciada a execução do delito, este não se consumou por circunstâncias alheias ao agente. Desta forma, para esse tipo penal em análise, haveria tentativa toda vez que, não apenas a penetração não ocorresse, mais também quando não ocorresse nenhum outro ato libidinoso, o qual por si só já desconfiguraria a tentativa. É o que ocorreria, por exemplo, se um homem puxasse uma mulher pelos braços em direção a uma rua deserta e, antes mesmo de praticar qualquer ato libidinoso, uma viatura policial chegasse ao local.

O chamado *iter criminis*, ou seja, itinerário percorrido pelo crime desde o momento da concepção até aquele em que ocorre a consumação, compõe-se de uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, executórios e consumação)⁵⁴. Trazendo essas definições para o delito de estupro, primeiramente o agressor irá desejar se relacionar sexualmente com alguém (cogitação). Os atos preparatórios poderiam ser acompanhar a rotina de sua vítima, por exemplo, e, ao agarrá-la a força, inicia-se a execução, a qual é consumada pela prática da penetração ou de qualquer outro ato libidinoso.

Portanto, se a consumação é o momento no qual estarão reunidos todos os elementos descritos no tipo penal, qualquer ato libidinoso que fosse praticado no exemplo citado não

⁵¹ ROGERS, David. Enciclopédia Jurídica 2020. Acesso em: setembro. 2020. disponível em < <http://www.encyclopedia-juridica.com/pt/d/ato-libidinoso/ato-libidinoso.htm>>.

⁵² BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Especial IV. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

⁵³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1158.

⁵⁴ Ibid.

poderia ser considerado meramente um início da execução do delito, pois o ato libidinoso em si já é a consumação, independente de penetração. No exemplo aludido, puxar uma mulher pelos braços seria o início da execução, a qual não se consumou, pois uma circunstância alheia à vontade do agente: a chegada de uma viatura policial, não lhe permitindo praticar nenhum dos atos descritos no artigo 213 do código penal. Nem a penetração, nem qualquer outro ato libidinoso.

Após esclarecermos os ensinamentos doutrinários em relação a consumação e tentativa, somando isto a redação do artigo 213 do código penal, o qual considera estupro a prática não consentida de qualquer ato libidinoso, passemos para a exposição da metodologia de pesquisa adotada para que fosse possível auferir se a atuação do judiciário, no que diz respeito ao delito de estupro, está em conformidade com a tutela da dignidade da mulher e a proteção da sua liberdade sexual.

2.3. Metodologia de pesquisa

A pesquisa documental desenvolvida se deu através do inteiro teor dos julgados disponibilizados no site institucional do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Dividiu-se em três etapas: Primeiramente, através da seção de jurisprudência no referido site, foram selecionados os acórdãos sobre os quais se debruçaria esta pesquisa, por meio da palavra-chave “Estupro Tentado”. O marco cronológico utilizado foi de 2009 a 2020, para desta forma analisar os últimos 11 anos de discussão sobre a tentativa de Estupro, pós mudança legislativa sobre o tema. Ao todo foram encontrados 127 acórdãos.

Frisa-se que a escolha do STJ como fonte documental para este estudo se deu, pois, em virtude da possibilidade da decisão de primeiro grau ser reformada por uma decisão de segundo grau, ninguém melhor do que a segunda instância para dizer qual é o posicionamento do judiciário nos processos sobre tentativa de estupro. Afinal, quando um juiz de segundo grau mantém uma decisão ou cita um trecho do juiz de primeiro grau, ele se manifesta em concordância ao posicionamento deste último. E quando discorda, ele dita o que é o direito, não podendo mais ser questionado dentro daquele processo. Sendo assim, é o STJ quem melhor poderia explicitar o posicionamento dos juízes e ministros nos casos que versassem sobre tentativa de estupro.

A segunda etapa foi a leitura minuciosa do inteiro teor dos julgados para destacar, entre os 127 acórdãos encontrados, aqueles nos quais o corpo do texto em algum momento descrevia como o delito aconteceu. Em seguida, fez-se uma análise linguística-narrativa nessas descrições para averiguar se o conceito de tentativa utilizado pelo juiz no caso concreto estava de acordo com o conceito descrito no texto normativo. Todas essas informações foram organizadas em forma de fichamento.

Por fim, a terceira etapa da pesquisa foi contabilizar o número de aparições de cada argumento apresentado para reconhecer ou não a tentativa. Uma planilha com os dados de todos os acórdãos apresentados pelo sistema de busca do site do STJ foi criada, o que possibilitou a obtenção de resultados quanti-qualitativos, os quais serão expostos a seguir.

CAPÍTULO 3 – RESULTADOS

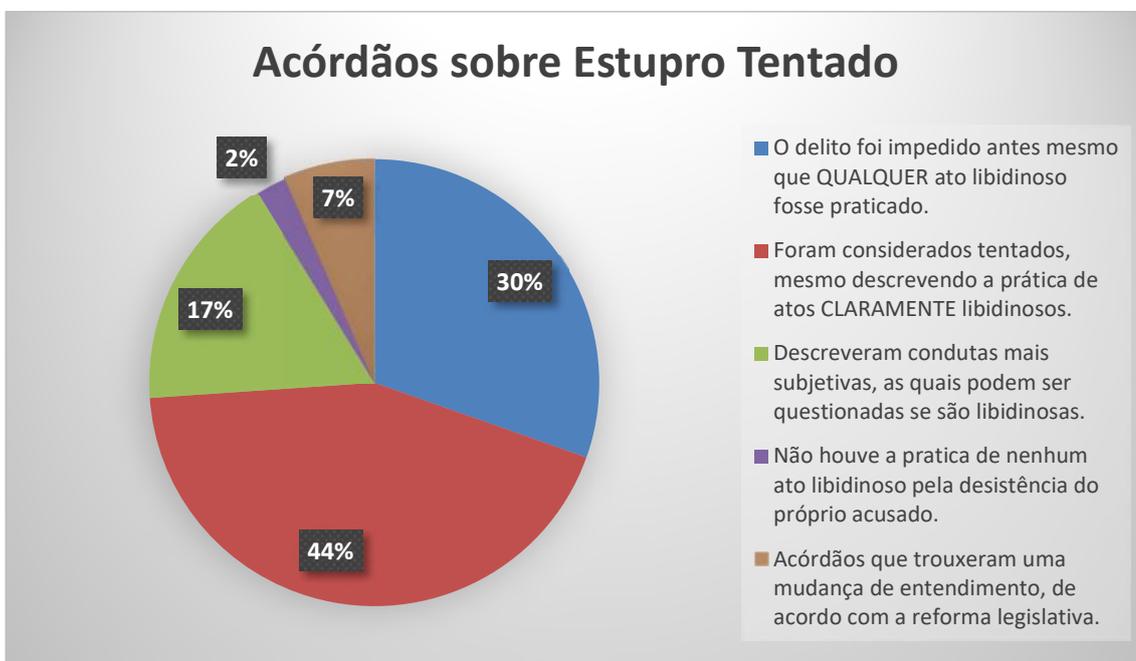
3.1. Análise Quantitativa

A utilização das palavras-chave “estupro” e “tentado”, na busca de jurisprudência do site do STJ, deu origem aos 127 acórdãos analisados. Destes, 96 de fato eram sobre estupro em sua forma tentada. Os outros 31 acórdãos apareceram na pesquisa ou porque o processo tratava de concurso material de crimes e a tentativa se referia, não ao estupro, mas ao outro delito (estupro consumado e homicídio tentado, por exemplo), ou porque, no caso concreto, o acusado respondia processos de outros delitos, sendo um destes o estupro. Outro motivo para aparecer no resultado da pesquisa processos que não versavam sobre tentativa de estupro era quando a palavra “tentado” aparecia para descrever uma conduta do agente. Vejamos:

O fato de o paciente haver, reiteradamente, praticado relações sexuais com sua enteada, criança de apenas 9 (nove) anos de idade, abusos que chegavam a ocorrer por 3 (três) vezes no mesmo dia, e que deixaram a vítima traumatizada, tendo, inclusive, **tentado contra a sua vida** por duas vezes, extrapola as consequências normais do tipo penal infringido e justificam o aumento procedido. (HABEAS CORPUS Nº 386.126 - SP (2017/0013639-7))

Dos 96 acórdãos sobre estupro tentado, apenas 46 descreviam, com detalhes, a forma como o delito ocorreu, citando tempo, local e o modo como o fato se deu. A partir disso, foi possível averiguar que apenas 14 acórdãos deram uma interpretação à tentativa de estupro em conformidade com o texto legal. Ou seja, apenas em 14 processos a conduta desejada pelo agente (satisfação de seus desejos sexuais) foi impedida antes que fosse praticado qualquer tipo de ato libidinoso, pois se praticar ato libidinoso também faz parte da conduta descrita no tipo penal, este não pode ser considerado mera tentativa.

Em contrapartida, 20 acórdãos consideraram o crime como tentado ao mesmo tempo em que afirmaram a ocorrência de atos libidinosos. Os outros 8 acórdãos se referem a condutas mais subjetivas, as quais não são claramente vistas como atos libidinosos e dependeriam de um grande esforço de interpretação do operador do direito, como por exemplo “puxar o cabelo” ou “tirar a roupa”. Dessa forma, os 20 acórdãos que não aplicaram o artigo em sua literalidade trazem atos dos quais não há como questionar se de fato são libidinosos, como por exemplo, apalpar os seios da vítima. Vejamos:



3.2. Análise Qualitativa

Vejamos agora alguns exemplos de acórdãos os quais, ao descreverem o modo como o delito ocorreu, deixam claro que a conduta foi impedida antes mesmo da prática de qualquer ato libidinoso:

I.

Na presente hipótese, a decisão de primeiro grau que converteu o flagrante em preventiva consignou os motivos ensejadores da prisão, estando suficientemente fundamentada, não havendo falar em vício que a torne inidônea. Eis o excerto, *verbis*:

'Tendo em vista que o delito não deixou vestígios, a materialidade se consubstancia pelas declarações da vítima C. M. L, que narrou ter sido abordada pelo indiciado

que queria beijar-lhe e levar-lhe para um matagal, bem como pelo testemunho de Daniele Aparecida Pereira Campos, amiga da vítima e que com ela estava no momento da abordagem e que contou que o indiciado, vindo no sentido oposto ao que elas transitavam, foi para lhe agarrar mas, como Cláudia entrou na frente foi ela a agarrada, tentando o indiciado, beijá-la e passar a mão em suas parte íntimas, não conseguindo porque ela desviava.

(...)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

(RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.423 - MS (2013/0404769-6) – RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER – Estupro tentado)

Observe que neste caso concreto, o agente não conseguiu praticar **nenhum** ato libidinoso, por circunstância alheia a sua vontade: a resistência da vítima.

II.

O Tribunal *a quo*, apreciando apelação do acusado, entendeu que os fatos **não passaram da esfera da tentativa**, reduzindo a pena, em metade, com fundamento no art. 14, II, do Código Penal. Para tanto, considerou o Tribunal a quo o seguinte (e-STJ fls. 241/242):

Por outro lado, verifica-se que os fatos não passaram da esfera da tentativa. O Apelante sequer chegou a despir-se, ou assim também proceder com a menor. Não houve contato de "pele com pele".

Como se sabe, a finalidade do ato libidinoso é, via de regra, a satisfação sexual, sendo inviável verificar-se essa ocorrência no caso examinado, em sua plenitude.

Pensar-se de forma diversa, seria o mesmo que condenar o Apelante como se tivesse submetido a vítima a sexo oral, anal ou mesmo conjunção carnal completa, havendo ofensa ao princípio da proporcionalidade.

É esta a situação que melhor se amolda ao fato concreto.

(...)

Ante o exposto, subsistentes os fundamentos da decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 648.069 - SP (2015/0014833-2) - RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA – Estupro de vulnerável tentado)

Neste caso concreto, o juiz de primeiro grau afirmou que não houve contato “pele com pele”. Portanto, o agente não conseguiu praticar **nenhum** ato libidinoso.

III.

I. Contextualização

O paciente teve sua prisão temporária convertida em preventiva em 4/12/2015, pela suposta prática do crime de estupro tentado, sob a seguinte motivação (fls. 67-68, destaquei):

(...) Descreveu a vítima que estava caminhando pela avenida Beiramar quando o réu, usando de força física lhe puxou para fora da calçada e disse: "você precisa me dar ali rapidinho" (fl. 06).

Denota-se o dolo sexual da abordagem feita pelo acusado, sendo que o crime de estupro somente não foi concretizado porque um ciclista passava pelo local e auxiliou a vítima a se livrar do agressor.

(...) À vista do exposto, denego a ordem. Em tempo, corrija-se a autuação para fazer constar o nome do paciente por extenso, tendo em vista que, na espécie, não há motivo legal para a ocultação de sua identidade. (HABEAS CORPUS Nº 365.491 -

Neste caso concreto, o agente abordou a vítima em uma via pública e rapidamente foi avistada e socorrida por um terceiro. Assim, não conseguiu praticar **nenhum** ato libidinoso, por circunstância alheia a sua vontade: a chegada de um terceiro.

IV.

Como se vê, a prisão preventiva está adequadamente motivada com base em elementos concretos extraídos dos autos, diante da gravidade concreta da conduta criminosa, indicando a periculosidade do paciente que abordou adolescente de 13 anos que brincava com seus cachorros na praça, pegou-a à força pelos braços e tentou-lhe beijar na boca, não conseguindo consumir os atos libidinosos diversos da conjunção carnal por circunstâncias alheias à vontade, pois a vítima conseguiu se soltar.

(...) Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. É como voto. (HABEAS CORPUS Nº 466.234 - SP (2018/0218838-2) – RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS – Estupro de vulnerável tentado)

Já neste caso concreto, o agente também não conseguiu praticar **nenhum** ato libidinoso, por circunstância alheia a sua vontade: a resistência da vítima.

V.

O Tribunal de origem, por sua vez, também manteve a segregação do recorrente. Nesse sentido (e-STJ fl. 76/77).

(...)

*Verifica-se dos autos que, em 23 de abril de 2018, no período da manhã, o paciente, **tentou constranger SILENE EVARISTO MACHADO, mediante violência, para que com ela praticasse ato libidinoso, que somente não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade**. Consta dos autos que o paciente era vizinho da vítima e, aproveitando-se de que o marido de SILENE havia saído de casa, pulou o muro da residência da vítima, tendo acesso ao quintal. O paciente, então, **abaixou as calças e ficou com o pênis a mostra e, enquanto manipulava com as mãos o seu órgão genital, correu em direção à vítima**, a qual havia ouvido um barulho no quintal e saído do imóvel para apurar o que estava acontecendo. O paciente, após correr até a vítima, **segurou com força o braço dela** e determinou que ela fosse para perto dele. Além disso, o paciente afirmou que **"seria rapidinho"**. Extremamente temerosa, a vítima gritou o nome de sua vizinha que morava no mesmo quintal, RENATA, que saiu prontamente para **socorrer** a vítima. Neste momento o paciente **fugiu** correndo e pulou o muro em direção à rua.*

(...)

(...) Ante o exposto, nego provimento ao recurso.”

É como voto (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 103.883 - SP (2018/0261363-6) - RELATOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA – Estupro tentado)

Observe que neste caso concreto, o agente até praticou atos de cunho sexual, como “manipular com as mãos o seu órgão genital”. Entretanto, ele praticou este ato sem contato físico com a vítima. O único contato físico descrito foi “segurar o braço da vítima”. Assim, de

acordo com a descrição do fato feita pelo juiz de primeira instância, o agente não praticou **nenhum** ato libidinoso com a vítima por circunstância alheia a sua vontade: a chegada da vizinha e a fuga da vítima.

VI.

Conforme adiantado, a defesa sustenta, nesta sede, que a conduta praticada pelo acusado deve ser enquadrada no art. 215-A do CP, inserido no Código Penal após a interposição do recurso especial, *em novatio legis in mellius*.

No caso, restou incontroversa, pelas instâncias ordinárias, a conduta do recorrido – a vítima foi surpreendida pelo recorrente, em um ponto de ônibus, tendo este **puxado-a pelo braço e tentado fazê-la tocar em seu pênis, no que só não obtivera êxito porque conseguiu dele se desvencilhar**, após muito relutar –, a qual configura ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, que só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, enquadrando-se, pois, no art. 213 c/c art. 14, inciso II, ambos do CP.

Não há falar, assim, em desclassificação para a figura do art. 215-A do Código Penal, trazido a lume com a edição da Lei 13.718/2018, o qual, conforme a orientação desta Corte, pressupõe que a ação atentatória contra o pudor praticada com propósito lascivo contra vítima maior de 14 anos ocorra sem violência ou grave ameaça, o que não se verificou na hipótese dos autos.

(...) Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.767.968 - MG (2018/0247049-1) – RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO – Estupro tentado)

Como último exemplo, este caso relata a tentativa do agente em fazer com que a vítima tocasse em seu órgão genital, ato este o qual não se consumou por circunstância alheia a sua vontade: a resistência da vítima.

Em contrapartida, vejamos agora acórdãos os quais afirmaram claramente que no caso concreto ocorreram atos libidinosos diversos da conjunção carnal e, mesmo assim, os juízes consideraram a conduta como mera tentativa:

I.

Na hipótese, o Colegiado estadual, ao dar provimento ao recurso de apelação manifestado pela defesa, estabeleceu a pena-base no mínimo legal porém manteve o regime mais gravoso para início do desconto da sanção corporal, louvando-se exclusivamente na regra disposta no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, afrontando a jurisprudência pacífica do Col. STF e deste Eg. STJ. Veja-se:

(...) *Bem por isso, considerando-se as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, entende-se justa e suficiente a reprovação de sua conduta a redução da pena para o mínimo legal de 6 anos de reclusão, que era aquela vigente ao tempo dos fatos, reduzida de 1/3 pela tentativa, em razão do iter percorrido pelo réu, **que se aproximou da consumação, na medida em que já estava despido sobre a vítima, procurando introduzir o pênis na vagina da menina quando foi surpreendido pela amásia**. Assim, a pena fica definitivamente estabelecida em 4 anos de reclusão.*

(...)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto. (AgRg no HABEAS CORPUS Nº 273.699 - SP (2013/0226800-9) - RELATOR: MINISTRO MOURA RIBEIRO – Estupro tentado)

Observe que neste caso concreto, o juiz de primeiro grau considerou o crime como tentado e, ao mesmo tempo, descreveu que o agente chegou a ficar em contato direto com a vítima, tentando introduzir o pênis em sua vagina. Ora, se o texto do artigo 213 do código penal diz que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” é estupro, este caso concreto não deveria ser entendido como crime tentado. O juiz de segunda instância, ao permanecer silente quanto a essa discussão demonstrou concordância com o juízo de primeiro grau.

II.

Com efeito, verifica-se que a causa de diminuição prevista no art. 14, II, parágrafo único, do Código Penal foi reconhecida na sentença condenatória e mantida na apelação nos seguintes termos, respectivamente:

‘Na terceira fase percebe-se a presença da causa de diminuição prevista no parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

Para a aplicação dessa redução é preciso levar em conta o iter criminis percorrido, que, no presente caso, foi grande, pois conforme demonstrado nos autos, o réu levou a menor para o quarto, **despiu-se e despiu-a e colocou-se sobre ela, não conseguindo apenas a penetração, que consumaria o crime.** Desse modo, faço a redução mínima, de 1/3. Fixando a pena em 4 anos de reclusão.’

[...]’ (e-STJ, fl. 425.)

‘Quanto ao pedido de redução da pena e alteração do regime prisional, igualmente não possui razão o insurgente.

Na primeira e segunda fases da dosimetria, a pena foi fixada e mantida no mínimo legal, qual seja, 6 (seis) anos de reclusão.

Na terceira etapa, presente a causa de diminuição atinente à tentativa, o sentenciante houve por bem reduzir a reprimenda em 1/3 (um terço), mínimo legal previsto no art. 14, II, parágrafo único, do CP, tendo em vista o iter criminis percorrido pelo réu, o que não merece qualquer reparo. Isso porque, **o acusado levou a vítima a força até o quarto, tirou-lhe as calças e colocou o pênis na vagina da infante, não conseguindo efetivar a penetração em virtude da resistência da vítima,** bem como porque a avó da ofendida chegou ao local no momento do crime.

Desse modo, correta se mostra a redução da pena em razão da tentativa.

[...]’(e-STJ, fl. 527.)

Observa-se que as instâncias ordinárias reconheceram a incidência da fração de diminuição de 1/3 pela tentativa em razão do *iter criminis* percorrido pelo réu, o qual chegou muito próximo à consumação, uma vez que o ‘acusado levou a vítima a força até o quarto, tirou-lhe as calças e colocou o pênis na vagina da infante, não conseguindo efetivar a penetração em virtude de resistência da vítima, bem como porque a avó da ofendida chegou ao local do momento do crime’ (e-STJ, fl. 527).

Rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, demandaria necessário revolvimento de matéria probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula 7 desta Corte: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.’

(...) Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.359.901 - SC (2013/0002747-4) - RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS – Estupro tentado)

De igual modo, neste caso concreto, o juiz de primeiro grau considerou o crime como tentado e, ao mesmo tempo, descreveu que o agente chegou a ficar em contato direto com a vítima, tentando introduzir o pênis em sua vagina. Ele chega a afirmar que o crime não se consumou, pois não houve penetração. Entretanto, esta interpretação está totalmente em dissonância com a literalidade do texto legal, que tipifica como estupro a prática de atos libidinosos, ainda que a penetração não ocorra.

III.

A exordial acusatória assim descreveu os fatos praticados pelo réu:

No dia 15 de janeiro de 2014, por volta das 13h26min, na via pública, na RS040, parada 84, Águas Claras, em Viamão/RS, o denunciado MILTON JÚNIOR MACHADO RAMOS BINHARA, mediante grave ameaça, exercida pela simulação de portar arma de fogo, **tentou constranger a vítima [J. P. S.] J a com ele manter conjunção carnal e praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal, não consumando o desiderato criminoso por circunstâncias alheias a sua vontade, porque a vítima conseguiu fugir.**

Na ocasião, a vítima estava caminhando em via pública, em direção a sua residência, quando percebeu que estava sendo seguida pelo denunciado, que estava em uma bicicleta. Nas proximidades do Condomínio Águas Claras o acusado largou a bicicleta no chão **e passou a mão nas nádegas da vítima**, oportunidade em que esta se virou na direção do denunciado, constatando que ele estava com a mão dentro da camiseta. O acusado então disse à vítima que estava armado e ordenou a ela que entrasse em um matagal, localizado próximo ao condomínio. A vítima saiu correndo enquanto o acusado gritava, lhe chamando de vadia e lhe ameaçando. A vítima foi até o local em que seu pai estava e relatou a este o ocorrido, que, na companhia de vítima e de um colega de serviço, saíram em busca do agressor. Em frente ao Banco Sicredi de Águas Claras, a vítima avistou o denunciado e o reconheceu como sendo o autor do delito, oportunidade em que o pai da ofendida estacionou o veículo perto do acusado e este, ao ver a vítima, empreendeu fuga correndo.

Enquanto tentava fugir, o denunciado se chocou com um veículo estacionado, momento em que foi contido pelo pai da vítima. Ato contínuo, a Brigada Militar foi acionada e, chegando ao local, encontrou o denunciado contido por populares (fl. 2, grifei).

(...)

À vista do exposto, nego provimento ao agravo regimental. (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.300 - RS (2016/0272477-9) – RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ – Estupro tentado)

Neste caso específico, o juiz de primeiro grau considerou o crime como tentado e, ao mesmo tempo, descreveu que o agente praticou ato libidinoso com a vítima, passando a mão nas suas nádegas. Por mais naturalizado que este ato seja para nossa sociedade, passar a mão na bunda é um ato libidinoso e foi praticado com o fim de satisfazer os desejos sexuais do agente. O artigo 213 do código penal diz que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou **a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso**” é estupro. Portanto, esta atitude está totalmente em conformidade com o artigo 213, devendo ser interpretado como crime consumado enquanto permanecer esta

redação do artigo. Como não há um rol taxativo de quais atos libidinosos estão incluídos no tipo penal, essa avaliação fica à mercê da interpretação do magistrado, o qual, via de regra, não tem facilidade em compreender o que uma tentativa de estupro significa para uma mulher.

IV.

O Juízo sentenciante, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, optou por atribuir à conduta do paciente tipo penal diverso do descrito na peça acusatória, *in verbis*:

“(…)

Embora devidamente caracterizado o constrangimento da vítima, há de se reconhecer a tentativa, posto que o réu não logrou êxito na satisfação de sua lascívia. A vítima, a todo momento, opôs-se ferrenhamente às reiteradas e seguidas investidas do Acusado, de modo que este, **embora tenha tocado-a em suas partes íntimas, o fez por cima da roupa, não conseguindo sequer beijar-lhe na boca.**

(…)

Sendo assim despiciendas considerações outras, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, para CONDENAR VILKY LUIZ CORONA, nas iras do artigo 213, § 1º, na forma do artigo 14, II, todos do Código Penal Brasileiro." (e-STJ, fls. 33-35).”

O **Tribunal de origem**, ao julgar improcedente a reclamação, reconheceu a validade da *emendatio libelli*, em decisão assim motivada:

(…)

In casu, observa-se que na inicial foram devidamente descritos os fatos pelos quais o réu foi condenado na sentença (artigo 213, § 1º, c/c art. 14, CP), especialmente pelo seguinte trecho: [...] o denunciado, segundo relato contundente da vítima, **passou as mãos nos seios e na região da vulva da informante**, por sobre a roupa. Não satisfeito, empurrou a vítima sobre uma cama, tentando beijá-la. A vítima reagiu empurrando o denunciado, aplicando-lhe socos de todas as formas e descendo-lhe o "cabo de vassoura nas canelas".

Verifica-se, assim, que do referido fragmento é possível retirar todas as elementares do crime de estupro, em sua modalidade **tentada**, eis que a exordial NOTICIA que o denunciado **passou as mãos nos seios e na região da vulva da informante**" e, "não satisfeito empurrou a vítima sobre uma cama".

Portanto, o dolo específico do crime de estupro, consistente no constrangimento, levado a feito mediante emprego de violência ou grave ameaça, com a finalidade de, com a vítima ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, restou devidamente noticiado na peça acusatória, respectivamente, na narrativa de que o requerente empurrou a vítima e de passou as mãos nos seios e na região da vulva da vítima.

(…)

Da análise dos excertos, observa-se que o Juízo sentenciante, atento aos fatos narrados na denúncia, conferiu definição jurídica diversa daquela descrita na denúncia, por entender que a conduta do paciente enquadra-se, na realidade, no tipo penal do art. 213, § 1º, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal, uma vez que ele "passou as mãos nos seios e na região da vulva da informante, por sobre a roupa. Não satisfeito, empurrou a vítima sobre uma cama, tentando beijá-la. A vítima reagiu empurrando o denunciado, aplicando-lhe socos de todas as formas e descendo-lhe o "cabo de vassoura nas canelas".

Portanto, tendo o magistrado promovido a denominada *emendatio libelli*, conforme os limites estabelecidos pelo art. 383 do Código de Processo Penal, não se verifica o alegado constrangimento ilegal sustentado pela defesa pelo não cumprimento das regras do art. 384 da referida Norma, posto que dispensável na espécie.

Desse modo, não se verifica constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem por esta Corte.

Ante do exposto, não conheço deste habeas corpus.

É como voto. (HABEAS CORPUS Nº 457.561 - ES (2018/0163633-7) – RELATOR MINISTRO RIBEIRO DANTAS – Estupro tentado)

Neste caso específico, o juiz de primeiro grau afastou a consumação sob o argumento de que o agente teria apenas “passado a mão por cima da roupa da vítima”. Ao descrever o ocorrido com mais detalhes, o juiz recursal disse que o agente “passou as mãos nos seios e na região da vulva da informante”, atos claramente entendidos como libidinosos. Portanto, estas atitudes estão totalmente em conformidade com o artigo 213 do código penal, devendo ser interpretado como crime consumado enquanto permanecer esta redação do artigo.

V.

Os elementos existentes nos autos indicam que o agravado, N G DE L foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 217-A, na modalidade do artigo 71, caput, ambos do Estatuto Repressivo, na forma da Lei n. 11.340/2006, por **ter praticado**, na condição de padrasto da vítima com idade de 11 anos, **atos libidinosos diversos da conjunção carnal, por várias oportunidades, mediante carícias no corpo da vítima, passando a mão sobre seus seios, vulva e nádegas, por cima da roupa, e cheirando o seu pescoço, além d tentar deitar sobre a mesma após abrir sua calça e despi-la**, buscando com ela manter conjunção carnal.

(...)

Nas razões do presente apelo nobre (e-STJ, fls. 370/389), o **Parque** alegou violação dos artigos 14, inciso II e 217-A, caput, ambos do Código Penal sustentando que é indevida a desclassificação das condutas praticadas pelo agravado para a contravenção penal, uma vez que os atos praticados reiteradamente pelo padrasto da vítima demonstra incontestavelmente a sua intenção lasciva e **não meros atos de molestação ou perturbação da tranquilidade da infante, o que demonstra a prática do tipo penal previsto para o estupro de vulnerável.**

Ponderou, ainda, que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal praticado pelo agente é suficiente para consumação do crime de estupro de vulnerável, devendo ser afastada a figura da tentativa.

Requeru, ao final, o provimento do especial para condenação do agente.

(...)

Acerca da tipicidade das condutas praticadas, a **Corte de origem** concluiu, *in litteris*:

Examinando o conjunto probatório, verifica-se que o recurso comporta parcial provimento no particular. [...]

Os referidos fatos, todavia, não são insuficientes para configurar o crime de estupro de vulnerável.

Isso porque a conduta típica, antijurídica e culpável presente no art. 217-A, caput, do Código Penal, exige, para a sua configuração, que o agente pratique ou permita que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, com menor de 14 (catorze) anos, com o propósito específico de satisfazer sua lascívia.

Em outras palavras, o constrangimento de coagir a ofendida a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal é o ato lascivo que visa o prazer sexual. [...]

Não se olvida que a conduta do recorrente é reprovável e aviltante, contudo, **não é possível extrair dos elementos de prova existentes nos autos a sua concupiscência ao tocar as partes íntimas da vítima, por cima da roupa,**

de modo a demonstrar o elemento subjetivo do tipo específico descrito no art. 217-A, caput, do Código Penal (satisfação da lascívia).

Em momento algum o apelante perpetuou algum abuso sexual contra a vítima, ou seja, quando advertido pela vítima ou mesmo quando ela logrou êxito em facilmente se desvencilhar dele, a conduta cessou, sem maiores atos invasivos.

O objetivo era perturbar emocionalmente a ofendida, e não praticar atos lascivos, ao menos em relação a esses fatos.

A forma fugaz da prática dos atos, o medo e o receio por parte do apelante de concretizar eventual ato lascivo, bem como a facilidade com que a vítima se desvencilhava dele impediram a satisfação da sua lascívia, de modo que a conduta perpetrada amolda-se perfeitamente à **contravenção penal de perturbação da tranqüilidade.**[...]

O dolo da conduta descrita no art. 65 da Lei de Contravenções Penais é voltado à perturbação da tranqüilidade de alguém, exigindo-se, para a sua caracterização, o elemento subjetivo específico consistente em perturbar acintosamente ou de maneira censurável da vítima, o que ocorreu nos autos.

O apelante **simplesmente** passou a mão nos órgãos genitais da vítima, por cima da roupa, mas assim que advertido ou quando ela se desvencilhada dele, levantando do colchão ou indo para a rua, os atos cessaram, de modo que não há como condená-lo pelo crime de estupro de vulnerável.

Esta Corte já se manifestou no sentido de que, embora reprovável, a conduta de passar a mão nas partes genitais da vítima, por cima da roupa, configura a contravenção penal do art. 65 da Lei de Contravenção Penal. [...]

Logo, é por demais temerária a condenação do apelante pelo crime de estupro de vulnerável, porquanto não demonstrado cabalmente o elemento subjetivo do tipo específico em sua conduta.

Eventual condenação por este delito violaria o princípio da proporcionalidade ao impingir ao recorrente a mesma pena aplicada aos indivíduos que cometem atos extremamente mais repugnantes, utilizando-se de violência ou grave ameaça.

Dessa forma, impõe-se desclassificar a conduta descrita na denúncia em relação ao primeiro fato, consistente em apalpar a vulva e nádegas da vítima, por cima da roupa, em diversas oportunidades, para aquela prevista no art. 65 do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais), com fulcro no art. 383 do Código de Processo Penal. [...]

(...)

Dessarte, pelas razões expostas acima, o apelo nobre não merece conhecimento.

Por essas razões, nega-se provimento ao agravo regimental.

É como voto. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.687.716 - SC (2017/0187622-2) - RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI – Estupro de vulnerável tentado)

Observe que, neste caso concreto, o Ministério Público sustentou que a desclassificação das condutas praticadas pelo agravado para a contravenção penal era indevida, uma vez que os atos praticados reiteradamente pelo padraço da vítima demonstram a prática do estupro de vulnerável. Além disso, ele afirma se tratar de crime consumado, pois o ato libidinoso diverso da conjunção carnal praticado pelo agente é suficiente para consumação do crime de estupro de vulnerável, devendo ser afastada a figura da tentativa. Entretanto, o juiz de primeiro grau desclassificou a conduta descrita na denúncia, consistente em apalpar a vulva e nádegas da vítima, para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei 3.688/1941, entendendo tratar-se de um crime de menor potencial ofensivo.

VI.

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória o seguinte:

"Segundo se apurou na data dos fatos o denunciado e a vítima estavam no interior da residência, M E dormia no sofá, momento em que o denunciado dela se aproximou e passou a beijá-la no rosto, tendo ela pedido pra ele parar.

Ato contínuo, L A colocou o dedo na região da vagina da vítima e do ânus de M, por cima da roupa.

Com a chegada da mãe de M e da testemunha Marcos na residência, o denunciado interrompeu sua conduta criminosa e se afastou da vítima. Todavia, quando Marcos adentrou na casa viu o denunciado na cozinha levantando as calças e com o pênis ereto.

A vítima foi indagada por sua genitora e contou como se deu a ação do denunciado, momentos antes.

O denunciado só não conseguiu manter conjunção carnal ou consumir outro ato libidinoso em razão da chegada de pessoas na moradia".

(...)

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do habeas corpus substitutivo, recomendando-se ao Juízo processante para que imprima celeridade na tramitação do feito, inclusive observando o que dispõe o art. 222, § 2º, do CPP.

É o voto. (HABEAS CORPUS Nº 483.099 - SP (2018/0328313-2) - RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI – Estupro de vulnerável tentado)

Neste caso concreto, o crime foi considerado tentado, mas o agente “colocou o dedo na região da vagina da vítima e do ânus”. Ora, se o texto do artigo 213 do código penal diz que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a **praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso**” é estupro, este caso concreto não deveria ser entendido como crime tentado. O juiz de segunda instância, ao permanecer silente quanto a essa discussão demonstrou concordância com o juízo de primeiro grau.

VII.

Na hipótese, verifica-se que a prisão encontra-se suficientemente fundamentada na extrema gravidade da conduta, uma vez que o paciente, em razão de ciúmes de sua ex-namorada, menor, de 16 anos de idade, após sair com ela para uma chopperia, teria passado a conduzir veículo em alta velocidade, fazendo manobras perigosas, xingando-a de termos de baixo calão e **mordendo-a na boca, nas mãos e no pescoço**. Posteriormente, parando o veículo, **tentou despí-la e praticar conjunção carnal contra sua vontade, conseguindo tirar a sua blusa e passando a mão em suas partes íntimas**.

(...)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto. (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 121.536 - SP (2019/0362660-1) – RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA – Estupro tentado)

Por fim, neste caso concreto, o agente, além de passar a mão nas partes íntimas da vítima, ele mordeu a sua boca, suas mãos e o seu pescoço, praticando atos claramente libidinosos.

3.2.1 - Da subjetividade dos atos libidinosos

Sabe-se que o termo “atos libidinosos” é muito subjetivo e abrangente. Algumas condutas claramente são vistas como libidinosas, como por exemplo:

- “apalpava-lhe a vagina” - HC Nº 133.422 - SP (2009/0065890-3)
- “procurar introduzir o pênis na vagina” - AgRg no HC Nº 273.699 - SP (2013/0226800-9)
- “passando a beijar sua orelha e pescoço e passar a mão na barriga” - AgRg no Agravo em RESP Nº 423.324 - MG (2013/0367144-0)
- “tocou-lhe os seios” - HC Nº 297.132 - PE (2014/0146790-0)
- “passar a mão nas nádegas” - AgInt no RESP Nº 1.632.300 - RS (2016/0272477-9)
- “passar as mãos nos seios e na região da vulva” - HC Nº 457.561 - ES (2018/0163633-7)
- “passar as mãos libidinosamente nos peitos da vítima e beija-la na boca” - HC Nº 391.856 - SP (2017/0053936-1)

Entretanto, outras condutas podem ocasionar dissenso, como por exemplo:

- “violência consistente em bater a cabeça contra o chão, puxar os cabelos e sem seguida levá-la a força para dentro de sua casa, bem como arrancar sua calça e calcinha para iniciar a penetração” - HC Nº 225.396 - MG (2011/0276360-8)
- “a segurou pelo braço e levantou sua blusa e disse: "QUERO CHUPAR TEU PEITO"(textuais): QUE, depois disso, o elemento a jogou no chão, e nesse momento a informante começou a travar uma luta corporal com o intuito de defender” - RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 72.377 - PA (2016/0164166-4)
- ‘tirou-lhe o short, puxou-lhe os cabelos e a levou à força para o quarto’ - RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 74.508 - MG (2016/0209095-0)
- “ofendeu a integridade física da sua ex-namorada Rosane Mará Buzzi Barcelos, desferindo socos e pontapés na cabeça, rosto, barriga, e perna, além de morder seu rosto e costas” - AgRg no HABEAS CORPUS Nº 408.893 - SC (2017/0176974-1)

Vejamos:

O Parquet estadual, no bojo da denúncia, consignou:

"No dia 03 de agosto de 2011, por volta de 18h00, na Rua C., nº 05, Jardim Esperança, nesta comarca, o denunciado, livre e conscientemente, constrangeu Kelly Martins Candido a com ele manter conjunção carnal, o

que fez mediante violência consistente em bater a cabeça contra o chão, puxar os cabelos e sem seguida levá-la a força para dentro de sua casa, bem como arrancar sua calça e calcinha para iniciar a penetração.

Com efeito, na data dos fatos, por volta das 11h30, o denunciado se encontrou com a vítima e lhe convidou a beber pinga.

Passado algum tempo, o denunciado passou a "cantar" a vítima, mas como esta não deu atenção a suas investidas, o denunciado passou a ficar agressivo, derrubando a vítima e passando a bater sua cabeça contra o chão. Em ato contínuo, o denunciado agarrou a vítima pelos cabelos e levou para dentro da casa da própria vítima, se apoderou a uma face de cozinha e a jogou na cama, vindo a arrancar a sua calça e sua roupa íntima (calcinha), momento em que a vítima percebeu que o denunciado estava abrindo o zíper de sua calça.

Logo em seguida, o denunciado se deitou sobre a vítima tentando manter com ela conjunção carnal a força, sendo que a vítima conseguiu reagir e passou a desferir vários chutes e murros contra o denunciado, momento em que este se afastou por um instante, mas voltou em seguida com o seu intuito libidinoso dizendo para a vítima que "se ela não ficasse com ele, não ficaria com ninguém", momento em que desferiu uma facada na região da vagina. Nesse instante, a vítima conseguiu tirar a faca das mãos do denunciado, lhe desferiu vários chutes e fugiu" (fls. 35/36).

(...)

Ante o exposto, denego a ordem, nos termos da motivação acima deduzida.

É como voto. (HABEAS CORPUS Nº 225.396 - MG (2011/0276360-8) - RELATOR: MINISTRO GILSON DIPP – Estupro tentado)

Conforme já foi dito, Ato libidinoso significa todo aquele pelo qual a pessoa procura satisfazer instintos lúbricos, ou seja, satisfazer os seus desejos sexuais. Dessa forma, todas essas violências físicas citadas não podem ser vistas como mera lesão corporal, uma vez que são praticadas com o intuito de fazer com que a vítima, posteriormente a agressão, pratique ou permita que com ela se pratique atos os quais irão satisfazer as vontades sexuais do agressor.

Outro ponto a ser discutido é quando o agressor exhibe o seu órgão genital e/ou pratica gestos obscenos em si mesmo. Não há dúvidas de que se tratam de atos libidinosos e, por isso, conforme a redação do artigo, deveriam ser considerados como estupro. Mas seria espantoso que um indivíduo fosse condenado por estupro sem nunca ter tocado na vítima. Além disso, por outro lado, estes atos não poderiam ser enquadrados no ato obsceno do artigo 233 do CP, uma vez que o dolo do agente não é "praticar ato obsceno em lugar público" e sim "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso".

Vejamos:

No caso dos autos, para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão impugnado, respectivamente:

(...)

Segundo restou apurado, o acusado ingressou na residência de Maria e avançou em sua direção enquanto **abria o zíper da calça e deixava o pênis aparente**, afirmando que desejava ter conjunção carnal com Maria. Porém, naquele momento, Natalin Donizate Candido, filho da vítima, chegou ao imóvel e surpreendeu o acusado em sobreditas circunstâncias, oportunidade em que interveio em favor da genitora e expulsou o denunciado do imóvel.

(...)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto. (AgRg no HABEAS CORPUS Nº 572.240 - SP (2020/0084137-1) - RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS – Estupro de vulnerável tentado)

3.2.2 – Delito de Tipo Misto Alternativo

O delito de tipo misto alternativo é aquele quando a lei estabelece diversos núcleos que, se praticados no mesmo contexto fático, caracterizam o cometimento de apenas um delito. Ocorre que alguns magistrados utilizaram esse termo em seus votos, mas, permaneceram considerando a prática de atos libidinosos como mera tentativa. Vejamos:

Pois bem. O **voto condutor** do aresto prolatado quando da apreciação da apelação do Parquet, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 310-311; sem grifos no original):

(...)

*Diante da leitura do dispositivo retro transcrito, **pode-se concluir que, para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a prática de conjunção carnal, bastando para a sua configuração a prática de qualquer ato libidinoso.***

*Todavia, por trata-se de **delito com tipo misto alternativo**, para a configuração da tentativa, **deve-se ater-se ao dolo do agente**, se é de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso.*

*In casu, a vítima, em ambas as fases da persecução penal, noticiou a prática do crime de estupro na sua forma tentada, ao declarar que assim que resistiu em entregar o seu aparelho celular para o acusado, **ele começou a passar as mãos por suas partes íntimas**, não prosseguindo no seu intento libidinoso, por ela ter gritado por socorro, chamando a atenção de populares que a ajudaram a acionar os seguranças do shopping, fazendo com que ele se evadisse do local, desistindo do roubo e dos abusos.*

*Como se vê, o acusado efetivamente atentou contra a dignidade sexual da vítima, só não conseguindo obter maior êxito, que seria a conjunção carnal, por circunstâncias alheias à sua vontade. **Portanto, a meu ver, o apelante deu início ao delito de estupro, posto que deve ser mantido o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 14, II, do Código Penal em seu favor.**"*

(...)

*É que, conforme narrado acima, o acusado aproveitou-se da situação intimidadora que a vítima se encontrava – ameaçada mediante simulação de porte de arma para fins de praticar o roubo em desfavor dela e **passou as mãos pelo seu corpo, incluindo seios, nádegas e genitália, por cima das vestes, deixando, contudo, o local, sem que o abuso sexual progredisse, após H. gritar por socorro.***

(...)

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.812.706 - MG (2019/0132206-4) - RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ – Estupro tentado)

Neste caso concreto, o juiz considerou o crime como tentado e, ao mesmo tempo, descreveu que o agente praticou ato libidinoso com a vítima, passando as mãos pelo seu corpo, incluindo seios, nádegas e genitália. Sendo assim, a atitude descrita está totalmente em conformidade com o artigo 213 do código penal e deveria ser interpretada como crime consumado, uma vez que se trata de delito com tipo misto alternativo e se caracterizou com cometimento de todos os atos libidinosos citados, ainda que não tenha ocorrido penetração.

Outro argumento utilizado no voto supracitado foi entender que, pelo crime de estupro ser um delito com tipo misto alternativo, para a configuração da tentativa, deve se ater ao dolo do agente, se é de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso. Dessa maneira, o que vai definir se um fato se enquadra na consumação ou na tentativa, é o dolo do agente. Neste momento, faz-se necessário questionar como o dolo é auferido nos crimes de violência sexual, especificamente nos casos de estupro. Como auferir se um fato se enquadra na consumação ou na tentativa a partir do dolo de um agente que praticou um ato libidinoso e, em seguida, foi interrompido por um terceiro? Em outras palavras, a linha entre a prática de um ato libidinoso praticado no intuito de satisfazer o agente no próprio ato e a prática de um ato libidinoso praticado no intuito de, em seguida, praticar a penetração e, somente nela, satisfazer os seus desejos, é extremamente ténue e de difícil aferição.

3.2.3 – O Embate da Lei Mais Benéfica

Outro ponto extremamente relevante é: mesmo que o marco teórico da pesquisa seja 2009 a 2020, alguns julgados se referem a crimes que ocorreram antes de 2009, aos quais, teoricamente, deveria ser aplicada a lei da época (Decreto-Lei no 2.848 de 1940). Entretanto, como a lei de 12.015 2009, segundo os magistrados, é mais benéfica, ela também foi aplicada aos casos anteriores a sua criação.

Desse modo, o argumento de que os juízes consideraram estupro apenas a penetração por estarem aplicando a lei vigente no momento da prática delituosa não se aplica, pois eles deixavam claro que estavam julgando conforme a lei posterior.

Ocorre que, por vezes, a lei atual foi vista como mais benéfica, pois se antes o acusado que praticasse atos libidinosos e penetração responderia pela prática de dois crimes (estupro e atentado violento ao pudor, artigos 2013 e 2014 do Decreto-Lei no 2.848 de 1940), após a promulgação da lei 12.015 de 2009, ele passaria a responder apenas pelo artigo 213, ou seja, estupro.

Assim, não seria mais necessário somar as duas penas e a aplicação de uma única pena lhe seria mais benéfico. Isto significa dizer que, na lei nova, o acusado recebe a pena do artigo 213 tanto pela prática de ato libidinoso quanto pela prática da penetração.

Por outro lado, se o acusado de praticar atos libidinosos contra uma vítima fosse condenado por estupro na modalidade consumada, da forma como está no texto legal, ao acusado que praticou apenas atos libidinosos, a lei mais benéfica seria o Decreto-Lei no 2.848 de 1940, pois nele o atentado violento ao pudor tem a pena de dois a sete anos, enquanto o artigo 213 da lei 12.015 de 2009 tem a pena de seis a dez anos, que diminuída de um a dois terços pode reduzir-se no máximo a dois anos, isso se todas as circunstâncias forem favoráveis ao agente.

Entretanto, com base nesta pesquisa, os magistrados não estão aplicando a norma em conformidade com o texto legal, mas considerando a prática de ato libidinoso como estupro tentado e, para esta interpretação, a norma posterior realmente é mais benéfica. Ou seja, se o ato libidinoso fosse interpretado como crime consumado, assim como está no artigo 213 do código penal, a lei 12.015 de 2009 não seria vista como mais benéfica do que o Decreto-Lei no 2.848 de 1940.

3.2.4 - Do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Outro ponto relevante é o argumento de proporcionalidade e razoabilidade utilizado pelos magistrados. Vejamos:

(...)É de se dizer, que o legislador alterou consideravelmente o conceito de ato libidinoso, equiparando-o à antiga conjunção carnal prevista expressamente na redação anterior do artigo 213 do Código Penal, prevendo para os diversos tipos de atos libidinosos a mesma severa pena corporal estabelecida no preceito secundário do tipo penal.

Dessa forma, o atual artigo 213 do Código Penal, pelo qual o acusado, ora embargante, foi denunciado e condenado, inclusive, na forma qualificada, não especificam quais as espécies de atos libidinosos que se enquadram na configuração do preceito primário do tipo penal, permitindo, assim, que um beijo lascivo praticado com violência possa ser punido com a mesma pena e com a mesma severidade que deve ser atribuída a uma conjunção carnal praticada com violência ou com grave ameaça.

Por isso, a análise de tais delitos reclama um exame perfunctório dos elementos de prova, a fim de que não ocorra a banalização da supracitada norma e que o Direito Penal possa exercer adequada e justamente as suas funções preventiva e repressiva.

(...)

Anto o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.812.706 - MG (2019/0132206-4) - RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ – Estupro tentado)

Seria proporcional que uma pessoa acusada de praticar atos libidinosos contra uma vítima recebesse uma pena equivalente a prática de conjunção carnal? Este é um questionamento muito levantado pelos magistrados. Entretanto, a lei é clara e qualquer interpretação que diminua a gravidade do ato libidinoso e lhe coloque no ramo da mera tentativa, está em desacordo com o texto legal.

Por fim, passemos a expor um voto totalmente de acordo com o texto normativo do artigo 213, com a sua exposição de motivos e com a asseguaração dos direitos das vítimas de violência sexual:

Na hipótese dos autos, o recorrido foi condenado por estupro de vulnerável, na forma tentada e em continuidade delitiva, à pena de 10 anos, 7 meses e 24 dias de reclusão, em regime fechado, em virtude de o Magistrado de origem ter considerado que (e-STJ fls. 241/242):

Embora o fato da genitora da vítima estar presente em duas oportunidades na mesma residência não tenha impedido o início dos atos executórios, o fato dela ter eventualmente acordado implicaram na inviabilidade de concretização da conjunção carnal. Em outras palavras, não há como assegurar que o réu intentava satisfazer sua lascívia apenas se deitando sobre a vítima ou esfregando o pênis nela. Considerando que a conduta perpetrada pelo acusado não se consubstanciou em manifestação de sua concupiscência, não há como dizer que o acusado alcançou seu desejo. Por esse motivo, trata-se de crime tentado. Isto porque conduta delituosa do réu foi paralisada devido a circunstâncias alheias à sua vontade (iminente presença da genitora da vítima) e relutância da ofendida em aderir a atitude do réu.

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve a forma tentada, registrando que (e-STJ fls. 474/475 e 494):

4.25. A partir da versão da vítima na Delegacia, tem-se que, por 3 (três) vezes, o denunciado efetuou práticas consistentes em deitar sem roupa em cima do seu corpo, retirar-lhe a roupa e tentar introduzir o pênis em sua vagina, não conseguindo por motivos diversos.

4.26. Durante o inquérito, Debora discorreu sobre os fatos detalhadamente, afirmando que primeiro episódio ocorreu em uma quinta-feira à noite em que a vítima assistia televisão no sofá da sala e o réu de toalha, mas sem cueca,

*deitou-se atrás dela, momento em que ela simulou estar com sono e foi ao quarto, ao que o padrasto também se dirigiu ao cômodo, **tirou a toalha, abaixou a roupa e subiu em cima da menina, deitando-se sobre ela, além de tentar introduzir o pênis em sua vagina.** A ofendida relatou que tal situação se repetiu nos segundo e terceiro episódios, em um sábado à noite e um domingo à noite, respectivamente.*

(...)

Como visto, as instâncias ordinárias, com apoio no arcabouço probatório dos autos, concluíram que o recorrido pretendia, em verdade, praticar conjunção carnal com a menor, fato que apenas não se consumou, por circunstâncias alheias à sua vontade. Dessarte, efetivamente demonstrada a tentativa de prática de conjunção carnal. Nada obstante, os atos anteriores à tentativa de conjunção carnal, na situação concreta, já revelam, por si só, a prática de outro ato libidinoso, apto a configurar igualmente o tipo penal do art. 217-A do Código Penal, na sua forma consumada.

(...)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso especial, reconhecendo o estupro de vulnerável na modalidade consumada, com a readequação da pena para 12 anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.814.197 - PR (2019/0139633-5) – RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA – Estupro de vulnerável tentado)

Neste caso concreto, mesmo o juiz de primeiro grau tendo considerado o crime na sua forma tentada, o juiz de segunda instância reformou a decisão dizendo que a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, por si só, já são suficientes para a configuração do crime na sua forma consumada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de um termo subjetivo em um tipo penal, abre espaço para a interpretação do juiz e, especificamente em nos crimes que escondem uma questão de gênero por trás, essa interpretação fica cada vez mais distante da realidade social da vítima por conta da cultura machista na qual estamos inseridos.

Esta pesquisa reafirmou o entendimento supracitado de Brandão, no sentido de que o acesso ao Poder Judiciário tem representado apenas a concretização de solução de conflitos e responsabilização de quem violou o direito, mas não a promoção da justiça social e da consciência cidadã de direitos.⁵⁵ Pois ainda há no imaginário popular uma ideia de posse dos homens em relação ao corpo das mulheres, mesmo com a revogação dos dispositivos legais que reiteravam esta ideia e com a criação de leis que asseguram a dignidade sexual das mesmas.

Sabe-se que o aumento de pena dissociado de uma reeducação da população não produz grandes feitos. Entretanto, por vezes, a atuação dos magistrados nos crimes de gênero deixa a desejar e eles não dão o tratamento devido às vítimas, passando uma imagem de que se pode fazer tudo com o corpo de uma mulher.

Deve-se levar em consideração que o crime de estupro é um delito de múltiplas especificidades e deve haver um tratamento adequado para cada uma delas: a tentativa por meio de agressões, a tentativa consubstanciada em apenas tirar a roupa da vítima, a tentativa consubstanciada em atos libidinosos conhecidos como “carícias” e, por fim, a conjunção carnal, em todas as suas formas.

Frisa-se que, por outro lado, um rol taxativo de condutas poderia deixar um grupo de vítimas sem proteção diante da criatividade de seus agentes. Além disso, a Lei Maria da Penha serve como exemplo em nos mostrar que diversas mudanças no texto legal não são sinônimo de mais proteção.

⁵⁵ AUGUSTO, Cristiane Brandão. Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais. In Violências contra a mulher e as práticas institucionais. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativo disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2015/08/MJ_VCMeaspraticasinstitucionais.pdf>, Acesso em: setembro. 2020., p. 32.

Entretanto, algo precisa ser feito para que, esses direitos assegurados as mulheres após muita luta, não se percam através da atuação do judiciário e de seus agentes. Devemos continuar lutando para que haja uma produção de normas voltadas ao público feminino e lutar mais ainda para que essas normas sejam aplicadas corretamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sexo e gênero: a mulher e o feminino na criminologia e no sistema de Justiça Criminal. Boletim IBCCRIM. São Paulo: v. 11, n. 137, abr. 2004.

ASSUNÇÃO, Any Ávila. A tutela judicial da violência de gênero: do fato social negado ao ato jurídico visualizado. 2009. 300 f., il. Tese (Doutorado em Sociologia)- Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

AUGUSTO, Cristiane Brandão. Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais. In Violências contra a mulher e as práticas institucionais. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2015/08/MJ_VCMespraticasinstitucionais.pdf>, Acesso em: setembro. 2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Especial IV. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Especial IV. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOEL, Vanessa Rezende; AGUSTINI, Cármen Lúcia Hernandes. A mulher no discurso jurídico: um passeio pela legislação brasileira. Horizonte Científico, Uberlândia, v. 2, n. 2. dez. 2008. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/4208>. Acesso em: setembro. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de.. (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1.

CAUFIELD, Sueann. Apud RATTON, Marcela Zamboni L. A construção social do discurso sobre o estupro dentro dos tribunais. Dissertação de Mestrado em Sociologia. 176f. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) – Pernambuco. 2003.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: setembro. 2020.

FILHO, Francisco Humberto Cunha; FERNANDES, Leonísia Moura. Violência sexual e culpabilização da vítima: sociedade patriarcal e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=47f5d6b9ad18d160>>. Acesso em: setembro. 2020.

HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal. v. VIII – arts. 197 a 249. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MANFRÃO, Caroline Colombelli. Estupro: prática jurídica e relações de gênero. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009.

MARTINS, José Renato. O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/09: Questões controvertidas em face das garantias constitucionais. Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>. Acesso em: setembro. 2020.

MONTENEGRO. Marília. Lei Maria da Penha: Uma análise criminológico-crítica.

PATEMAN, Carole. O contrato Sexual. Rio de Janeiro: Paz e Terra. Tradução de Marta Avancini, 1993.

PEREIRA, Carolina; BUENO, Samira; BOHNENBERGER, Marina; SOBRAL, Isabela. Anuário Brasileiro de Segurança Pública ISSN 1983-7364 ano 13 2019. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Acesso em: setembro. 2020. disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>.

PEREIRA, Carolina; BUENO, Samira; NEME, Cristina. Anuário Brasileiro de Segurança Pública ISSN 1983-7364 ano 13 2019. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Acesso em: setembro. 2020. disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>.

PITANGUY, Jacqueline. Advocacy e direitos humanos. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (orgs.). O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU. Mulheres, 2011.

PITANGUY, Jacqueline; BARSTED, Leila Linhares. Advocacy e direitos humanos. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (orgs.). O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU. Mulheres, 2011.

RATTON, Marcela Zamboni L. A construção social do discurso sobre o estupro dentro dos tribunais. Dissertação de Mestrado em Sociologia. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) – Pernambuco. 2003.

ROGERS, David. Enciclopédia Jurídica 2020. Acesso em: setembro. 2020. disponível em <<http://www.encyclopedia-juridica.com/pt/d/ato-libidinoso/ato-libidinoso.htm>>.

SABADELL, Ana Lucia. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SAFFIOTI, Heleith. Já se mete a colher em briga de marido e mulher. São Paulo em Perspectiva, Revista da Fundação Seade, São Paulo, vol. 13, nº 4, 1999.

SEGATO, Rita Laura. A estrutura de gênero e a injunção do estupro, in Mireya Suárez e Lourdes Bandeira (orgs), Violência, gênero e crime no Distrito Federal, Brasília, Paralelo 15 e UnB. 1999.

SEGATO, Rita Laura. Os percursos do Gênero na Antropologia e para além dela. In: Revista Sociedade e Estado, XX/2. Brasília, 1997.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Dignidade sexual e proteção no sistema penal. Revista Brasileira Crescimento e Desenvolvimento Humano. 2011.

VIGARELLO, Georges. História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX. Tradução de: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

VILHENA, Junia de. ZAMORA, Maria Helena. Além do ato: os transbordamentos do estupro. Revista Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 12, 2004.