

VÁLTER
KENJI ISHIDA

Direito
PENAL

PARTES GERAL E ESPECIAL

NA **MEDIDA CERTA**
PARA
CONCURSOS

2024

3^a Edição
revista, atualizada
e ampliada



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

6

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

CAPÍTULO I – DO FURTO

6.1 FURTO (ART. 155 DO CP)

Bem jurídico. É o patrimônio (STJ, HC 23.904/SP). Para Hungria, a proteção recai sobre a propriedade, ao passo que, para Noronha, a proteção recai sobre a posse, predominando este último entendimento, já que havendo subtração há proteção imediata da posse. Melhor entendimento é de que o tipo penal tutela ambos institutos, propriedade e a posse e ainda a detenção legítima (Rogério Sanches Cunha, ob. cit., p. 469). **Objeto material:** tratando-se de coisa corpórea, o objeto material é o bem móvel definido pelo art. 82 do CC: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” Portanto, não podem ser objeto de furto os bens imóveis na acepção do direito civil. As aeronaves e as embarcações podem ser objeto de furto (Estefam, *Direito penal*, v. 2, p. 355-357), porquanto são bens móveis *sui generis*, sendo tratados em vários aspectos como se fossem imóveis. Prevalece na doutrina que o bem pode ter valor econômico ou mesmo “sentimental”. Todavia, em recente decisão, o STJ entendeu inexistir tipicidade material, no caso de toca-fitas que não funcionava e apenas servia para tapar “buraco” do painel do veículo. O bem móvel pode ser ilícito (porção de maconha, arma de fogo de uso proibido), porquanto o que se leva em conta na maioria dos casos é o caráter econômico. **Sujeitos do delito. Sujeito ativo:** é qualquer pessoa. **Sujeito passivo:** qualquer pessoa. **Tipo objetivo.** O tipo prevê o verbo *subtrair* que significa inverter a posse, isto é, o agente deve ter a posse da *res*. Posse é o poder de fato exercido sobre a coisa. A necessidade de se incluir o conceito de direito civil de “inversão” da posse levou a infindáveis debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto (v. abaixo consumação do furto). A conduta criminosa então consiste na conduta de subtrair mais a de permanecer com a *res* por tempo juridicamente relevante. Embora em diversas situações, o furto incide na clandestinidade, não é requisito esta, podendo ser realizado com a presença da vítima, logicamente com a sua oposição (Prado, *Curso...*, p. 595). **Meio.** O agente criminoso pode diretamente realizar a apreensão, ou empregar p. ex. um animal ou se valer da autoria mediata, colocando um menor inimputável para realizar a conduta (Prado, ob. cit., p. 595). **Coisa alheia.** Exige-se a identificação do proprietário ou ao menos possuidor. Não pode ser objeto material do furto, a coisa sem dono (*res nullius*) ou a coisa abandonada (*res*

derelictae) (Prado, ob. cit., p. 596). **Coisa móvel.** Basta a possibilidade de a coisa ser removida, levada para caracterizar o delito em tela. Assim, é coisa móvel para o Direito Penal, o material da construção que será utilizado no prédio, ao passo que para o Direito Civil seria coisa imóvel (art. 81, II, do CC) (Prado, ob. cit., p. 596). **Princípio da insignificância.** Existe cada vez mais a tendência em se aplicar o princípio da insignificância ou da bagatela. Exemplo: fazer uma única ligação clandestina em telefone público (STJ, HC 60.949/PE, j. 20-11-2007, DJ 17-12-2007, p. 235). Tratando-se de crime de bagatela, há atipicidade material por falta de lesão ao bem jurídico. **Tipo subjetivo.** É o dolo, a vontade de subtrair acrescida do elemento subjetivo do tipo: *para si ou para outrem*, que implica na vontade de ficar com a coisa com ânimo definitivo, ou seja, de não restituir à vítima (elemento subjetivo do tipo). A menção “para outrem” abrange a destinação para terceiro. Ex.: furtador de celular repassa para receptor. Podem ocorrer duas situações de falta de dolo: 1ª situação: o agente criminoso subtrai por engano algum objeto. P. ex. pega o notebook de uma vítima, pensando que se trata do seu (OAB – PROVA PRÁTICA – 17/09/2017). Nesse caso, sequer existe o dolo de subtrair. Trata-se do chamado “*animus furandi*”. 2ª situação: o agente quer subtrair, mas apenas de forma momentânea. A falta do “*animus rem sibi habendi*” gera o furto de uso. É o chamado *animus furandi* ou *animus rem sibi habendi*. Se houver consentimento da vítima (antes da **consumação** do delito), inexistente furto. Finalidade de lucro. O fim naturalmente, é o econômico, mas a subtração pode ocorrer por outro motivo, como a vingança ou o fim amoroso (lembrança), sendo que nesse caso, persiste o delito de furto (Hungria, *Comentários...*, Vol. VII, p. 14).

Furto de uso. Conceito: fruir momentaneamente. Para a jurisprudência, é considerado crime, uma vez que o proprietário foi privado do uso. Portanto, para evitar alegação leviana, exige-se a rápida devolução da coisa, sem nenhum tipo de dano. Para a doutrina, como o CP não cogitou tal tipo de delito, nesse não existe a vontade de subtrair, mesmo se subtrai carro com o tanque cheio e o devolve com o tanque vazio. Poder-se-ia cogitar em crime de dano (Luiz Flávio Gomes e outro, *Direito penal, parte geral*, p. 76). Assim, para fins de caracterização do furto de uso, exige-se a demonstração da ausência de ânimo de assenhoreamento (desejo de ficar com a coisa) e a rápida devolução em seu estado original (Cespe – Cartório – TJBA) (Rogério Sanches Cunha, *Código penal para concursos*, p. 481). Somente o CPM, em seu art. 241, prevê penalidade para o uso momentâneo de coisa, com a restituição imediata (“*Se a coisa é subtraída para o fim de uso momentâneo e, a seguir, vem a ser imediatamente restituída ou reposta no lugar onde se achava. Pena – detenção, até seis meses*”). Ressalte-se que o CP não fala em inversão da posse duradoura. Apenas exige o *animus furandi*.

Consumação. Exigindo o furto o desapossamento da “res”, não o admitindo como crime formal, existe grande polêmica quanto ao momento exato que ocorre este desapossamento. Não existe sequer uniformidade nas fases do delito de furto e seu correspondente em latim. Como salienta Hungria: Subtração não é a simples tirada da coisa do lugar em que se achava: exige como momento posterior, a sujeição dela ao exclusivo poder de disposição do agente (Comentários..., vol. VII, p. 14).

Victor Eduardo Rios Gonçalves (Direito Penal Esquemático - Parte Especial, 12ª Edição, E-book, p. 370), coloca a “amotio” como terceira fase: “a) concretatio, segundo a qual tocar a coisa alheia consuma o furto; b) apprehensio, para a qual é necessário o agente segurar a coisa; c) amotio, que exige o deslocamento físico do bem; d) ablatio, que pressupõe que o agente coloque o bem no local em que pretendia”. Em resumo, ensina referido autor: “Posteriormente, todavia, os tribunais superiores modificaram tal entendimento e passaram a decidir que o furto se consuma no momento em que cessa a clandestinidade por parte do agente, sendo desnecessárias a posse mansa e pacífica e a retirada da esfera de vigilância da vítima. Entende-se que cessa a

clandestinidade quando o agente consegue deslocar o bem do local onde se encontrava, ainda que seja ele imediatamente perseguido e preso. Em novembro de 2015, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.524.450, sob a relatoria do Min. Nefi Cordeiro, em sede de recurso repetitivo, aprovou a tese n. 934, segundo a qual “consoma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. A teoria adotada entre aquelas acima elencadas é a da *amotio* (embora alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, equivocadamente, digam que a teoria da *amotio* é também chamada de *aprehensio*”. (Direito Penal Esquemático - Parte Especial, 12ª. Edição, E-book, p. 370). Nesse ponto, seria a fase “c”, dispensando que a “res” saia da esfera de *vigilância* da vítima. E ainda referido autor, didaticamente oferta exemplos de tentativa e delito de furto consumado: “a) O agente inicia a execução do furto, mas é preso antes mesmo de se apoderar do bem. Trata-se de crime tentado, tal como ocorre quando o agente quebra o vidro do carro para furtar o toca-CD e é preso imediatamente pelo guarda noturno, antes de retirar o aparelho de som do painel. Em razão da intenção de furtar, responde por tentativa de furto qualificado e não por mero crime de dano. b) O ladrão se apossa do bem pretendido, mas é preso ainda no local. Temos também crime tentado, tal como na hipótese em que o ladrão, após quebrar o vidro e entrar no carro, é preso em seu interior; já com o toca-CD nas mãos. c) O agente quebra o vidro do carro, se apossa do toca-CD e sai correndo com ele nas mãos, mas é visto por policiais que passavam pelo local, os quais, imediatamente, iniciam uma perseguição e conseguem prendê-lo em flagrante, sendo os bens recuperados. De acordo com o entendimento jurisprudencial anterior, se esta perseguição fosse ininterrupta e os policiais prendessem o ladrão e recuperassem o bem, o crime de furto estaria tentado, por não ter o agente conseguido, em nenhum momento, a posse tranquila. Segundo a interpretação atualmente adotada – de que o furto se consuma quando cessada a clandestinidade –, considera-se consumado o crime” (Direito Penal Esquemático - Parte Especial, 12ª. Edição, E-book, p. 371).

Leading case. O caso ocorreu no Rio de Janeiro, quando o acusado abordou mulher que caminhava pela rua, pegou seu telefone celular e correu em direção à praia, mas foi preso em flagrante. A sentença afirmou que o furto foi consumado, pois o telefone celular saiu da *vigilância* da vítima, “ocorrendo a inversão da posse do objeto, com a retirada, ainda que por pouco tempo, do poder de disposição sobre o mesmo”. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) afirmou, porém, que houve apenas tentativa de furto e diminuiu a pena aplicada. No STJ, os ministros decidiram restabelecer a sentença que condenou o acusado por furto consumado. Primeiro, a referência é *aprehensio* ou *amotio*: bastaria a simples apreensão da “res”. Criticamos a opção do STJ pela teoria da “*amotio*”. Mas agora entendendo-a como inversão **inicial da posse a chamada subtração**, pode-se retificar a anterior crítica, aceitando a tese do STJ, mas com a observação acima sobre o deslocamento e a localização do agente no interior do estabelecimento.

Tentativa: o furto é crime material, admitindo, portanto, a tentativa.

Observações. Subtração por arrebatamento (“trombada”). Existe divisão da doutrina e jurisprudência acerca da tipificação: furto ou roubo, dependendo da compreensão do que se entenda como violência. 1ª corrente. É possível encontrar decisões que admitem, nessa hipótese, o furto, entendendo não estar caracterizada a violência, pois permite a resistência da vítima (RT 571/358). Nessa linha, Prado (ob. cit., p. 597), entendendo que o agente não busca reduzir a possibilidade de resistência da vítima, mas tão somente exercer a violência sobre a coisa. Assim, seria caso de furto. Mas *v.g.* ao “arrancar” a correntinha da vítima, o agente não só exerce violência contra a coisa, mas também sobre a vítima, que com o susto, tem sua capacidade de reagir reduzida. 2ª corrente. A trombada tipifica o roubo. Nesse sentido, o STJ: “Tendo sido a vítima agredida e derrubada durante a subtração(..), o delito é classificado como roubo” (REsp 228.800/RS, Rel.

Min. Laurita Vaz, j. 02/05/2.006). Também se admitiu o roubo em caso de a agente criminosa puxar a bolsa e derrubar a vítima (TJSP, Apel. nº 0005109-32.2009.8.26.0405, j. 17.02.2017).

Furto de energia. Energia elétrica. Previsto no § 3º do CP, vulgarmente conhecido como “gato”: “*Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.*” Segundo Hungria, por *fictio juris*, possui o caráter de coisa móvel (Comentários, v. VII, p. 34). O CP italiano também faz idêntica previsão: “Para fins de direito penal, a eletricidade e todos os outros bens equiparados também são considerados móveis já que energia possui um valor econômico.” (art. 624). Assim, a permissão de interpretação extensiva ao conceito de energia elétrica permite a inclusão da subtração de água encanada (STF, RHC n. 135.800/DF, Rel. Min. Teoria Zavascki, j. 10.08.2016), de subtração de sinal de televisão e ainda de esperma de boi reprodutor (Prado, ob. cit., p. 597-598). **Furto de energia ou água encanada e pagamento antes da ação penal.** Para o STJ, nos moldes do crime tributário, gera extinção da punibilidade (AgRg no AREsp n. 522.504/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 17-11-2014; HC 352.328/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 10-5-2016, DJe 23-5-2016). Todavia, em decisão recente, o STF entendeu apenas como causa de diminuição de pena: Ag. Reg. no Habeas Corpus 228.463/RJ. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 22/08/2023.

Crime permanente. É crime permanente na subtração de energia elétrica (Masson, ob. cit., p. 318), pois a consumação se prolonga no tempo. Então de crime instantâneo, o furto nesse caso se transforma em permanente.

Furto de sinal de TV. Divide-se a jurisprudência a respeito do tema. 1ª corrente. O furto de sinal de TV equipara-se à energia elétrica: STJ – RHC 30.847/RJ – Rel. Min. Jorge Mussi – 5ª Turma – julgado em 20-8-2013 – DJe 4-9-2013 e STJ – REsp 1.123.747/RS – Rel. Min. Gilson Dipp – 5ª Turma – julgado em 16-12-2010 – DJe 1º-2-2011. Nesse diapasão, o art. 35 da Lei n. 8.977/95 dizendo que “constitui ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a cabo” utilizaria o art. 155 do CP. 2ª corrente. Não é possível admitir, pois seria caso de analogia *in malam partem*: STF, HC 97.261 – 2ª Turma – Rel. Joaquim Barbosa – DJe 81, p. 29; STJ, CC 173968/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/12/2000.

Furto noturno (“crime é praticado durante o repouso noturno”)

Repouso noturno. Repousar é a conduta de descansar. Repouso noturno, portanto, trata do período de descanso durante à noite. Trata-se de furto com causa de aumento de 1/3 (art. 155, § 1º), uma vez que, durante o repouso noturno, existe maior perigo, em razão da precariedade da *vigilância*. O horário do repouso noturno deve seguir os costumes locais (por exemplo, é diferente numa cidade do interior e em São Paulo, capital). No caso da jurisprudência, entendimentos amplamente consolidados como a necessidade de a casa estar habitada e a incompatibilidade da majorante com o furto qualificado pelo extinto TACRIM-SP e pelo atual TJSP, foram afastados pelo STJ. **Casa habitada.** Se a majorante exige o repouso noturno, supõe a existência de uma pessoa descansando, dentro da residência. Essa exigência criou uma divisão na jurisprudência. **1ª corrente.** Parte da jurisprudência entende que a casa deve estar **habitada** (Nucci, *Manual de direito penal*, parte geral, parte especial, p. 697). **2ª corrente.** O STJ vem decidindo de forma reiterada que que é **irrelevante** o fato de se tratar de estabelecimento comercial ou de residência, **habitada ou desabitada**, bem como o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando (HC 29.153/MS, j. 2-1-2003). Assim, referida Corte no AgRg no HC 429695/AC, Min. FELIX FISCHER, j. 23.08.2018, ratificou essa interpretação extensiva: “Para a incidência da majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal, basta que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas, veículos e estabelecimento comercial”. Mais recentemente, tal entendimento foi confirmado no REsp 1770869/SP, Rel. Min. Sebastião

Reis Júnior, DJe 09/11/2018. Esse posicionamento encontra apoio em Prado (ob. cit., p. 598), já que o repouso noturno significa apenas afrouxamento da *vigilância* e não necessariamente do cuidado do sujeito passivo, através de sua presença. Ainda em 22 de junho de 2022, o STJ julgou o Tema 1.144, em sede de recursos repetitivos (REsp 1.979.989-RS): “1. Nos termos do § 1º do art. 155 do Código Penal, se o crime de furto é praticado durante o repouso noturno, a pena será aumentada de um terço. 2. O repouso noturno compreende o período em que a população se recolhe para descansar, devendo o julgador atentar-se às características do caso concreto. 3. A situação de repouso está configurada quando presente a condição de sossego/tranquilidade do período da noite, caso em que, em razão da diminuição ou precariedade de *vigilância* dos bens, ou, ainda, da menor capacidade de resistência da vítima, facilita-se a concretização do crime. 4. São irrelevantes os fatos de as vítimas estarem ou não dormindo no momento do crime, ou o local de sua ocorrência, em estabelecimento comercial, via pública, residência desabitada ou em veículos, bastando que o furto ocorra, obrigatoriamente, à noite e em situação de repouso”.

Furto noturno e compatibilização com as qualificadoras do § 4º. 1ª posição. Agrava-se de 1/3 sobre a pena-base. Aplica-se ao furto simples e não ao qualificado (STJ, REsp 940.245/RS, j. 13-12-2007), mas nesse caso admite-se que a qualificadora seja considerada como circunstância judicial (TRF3, 14º Concurso de Ingresso à Magistratura), ideia esta apoiada por Prado (ob. cit., p. 598). **2ª posição.** Mais recentemente, o STJ entendeu aplicável ao furto qualificado, desprezando a localização topográfica, sob o fundamento de que anteriormente, já se admitira o furto privilegiado ao furto qualificado (STJ, HC 306.450/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 4/12/2014, DJe 17/12/2014). Essa posição foi consolidada no Resp 1.193.194/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos e também mencionado no REsp 1770869/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 09/11/2018, inclusive com elaboração de novo cálculo, incluindo a qualificadora. O STF também admite a incidência da causa de aumento na forma qualificada. A tese defendida neste acórdão do STF é de que a não admissão também implicaria a não admissão do furto privilegiado sobre o qualificado, o que não ocorre (HC n. 130.952/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 13/12/2016). **Furto noturno fora da residência.** Discutia-se anteriormente se o furto cometido em empresa ou em veículo, descaracterizaria o furto noturno. Isso porque havia o entendimento de que o escopo seria de proteção da pessoa que estivesse repousando (TJMG, APR: 10134120030033001 MG, Rel. Doorgal Andrada, j. 08/04/2015, Câmaras Criminais, 4ª CÂMARA CRIMINAL, DJ 14/04/2015). Todavia, o STJ vem pacificando a questão, entendendo que tal precariedade de *vigilância* independe do local, abrangendo estabelecimento e a via pública (AgRg no AREsp 475.096/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 09/08/2016, DJe 19/08/2016). **Furto noturno e princípio da insignificância.** O STJ não tem admitida a aplicação do princípio da insignificância quando incide a causa de aumento do repouso noturno. Isso em razão da audácia do agente criminoso, gerando maior grau de reprovabilidade (AgRg no REsp 1887187/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16/11/2021, DJe 22/11/2021).

Furto privilegiado (art. 155, § 2º). Se o criminoso for primário e a coisa de pequeno valor, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção ou diminuir a pena de um a dois terços ou então, apenas aplicar a pena de multa. **Interpretação do verbo “pode”.** A escolha da medida contém uma certa **discricionariedade** do magistrado, de acordo com o caso apresentado. Assim, a diminuição da pena (terceira hipótese) depende do caso apresentado e do valor do bem (STJ, HC 46509/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 09/04/2019, DJe 22/04/2019). Mas para Prado (ob. cit., p. 599), trata-se de um direito subjetivo, sendo obrigação do magistrado presentes os requisitos. Na mesma linha, Victor Eduardo Rios Gonçalves, presentes os requisitos, trata-se de um direito subjetivo do réu (*Direito Penal Esquematizado, Parte Especial*, p. 384). **Primariedade do réu.** Para Prado (ob. cit., p. 599), primariedade significaria condenação sem

trânsito em julgado, sendo que o primário, com antecedentes sem trânsito em julgado, faria jus ao benefício. Esse entendimento é seguido por Rogerio Greco, para quem “A lei apenas exige que o agente seja primário, isto é, que não seja reincidente (*Código penal comentado*, p. 455). E também por Fabbrini e Mirabete (*Código penal interpretado*, p. 155). De fato, exigindo os tribunais superiores a condenação com trânsito em julgado, a existência de condenação sem trânsito em julgado permite concluir pela primariedade do réu. **Significado da expressão “pequeno valor”**. Também é chamado de furto de pequeno valor. Entende-se pequeno valor como a “res” de até um salário mínimo, existindo outros parâmetros: “Para a caracterização do furto privilegiado um dos requisitos necessários é o pequeno valor do bem subtraído, podendo o valor do salário mínimo ser adotado, em princípio, como referência. Todavia, esse critério não é de absoluto rigor aritmético, cabendo ao juiz da causa sopesar as circunstâncias próprias ao caso” (STJ, AgRg no HC 246.338/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 15/02/2013; AgRg no REsp 1.227.073/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 21/03/2012). Trata-se do valor do salário mínimo à época do cometimento do delito (Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal – parte especial*, p. 382).

Crime continuado. Tecnicamente deveria ser considerado o valor de até um salário mínimo em cada crime ocorrido. Todavia, o STJ firmou entendimento de que deve ser levado em conta a soma dos valores de todos os crimes: (STJ – AgRg no HC 568.662/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 19-5-2020, DJe 28-5-2020). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 712.222/MG – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – 5ª Turma – julgado em 3-11-2015 – DJe 9-11-2015; HC 260.814/MG – Rel. Min. Nefi Cordeiro – 6ª Turma – julgado em 22-9-2015 – DJe 19-10-2015; AgRg no AREsp 653.257/MG – Rel. Min. Gurgel de Faria – 5ª Turma – julgado em 30-6-2015 – DJe 4-8-2015 (Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal – parte especial*, p. 383).

Furto qualificado-privilegiado. A doutrina sempre ensinou que caberia a aplicação do furto privilegiado apenas ao furto simples, evidenciado este fato pela colocação anterior do § 2º às qualificadoras do furto. Nesse diapasão, Mirabete e Fabbrini continuam a refutar a ideia de admissão do furto privilegiado na incidência de qualificadora (*Código penal interpretado*, p. 756). A ideia da admissão iniciou-se no STF (HC 96.843, Rel. Ellen Gracie, 2ª T., DJe de 24/04/2009). E foi sistematizada com a Súmula 511 do STJ: “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.” Trata-se de uma reprodução da admissão do homicídio privilegiado com a qualificadora objetiva. Ocorre que as qualificadoras mais próximas como subjetivas (abuso de confiança e mediante fraude) exprimem na verdade, o modo de cometimento do crime, ou seja, são tecnicamente objetivas. O fundamento técnico correto seria a de que a posição topográfica do privilégio não impede a sua combinação com a qualificadora. Isso desde que exista **compatibilidade**. Assim, não cabe a aplicação do privilégio se existe premeditação, fretamento de um caminhão e arrombamento de porta (STJ, AgRg no REsp nº 1268491/TO, j. 16/10/2012, DJe 23/10/2012). Para Victor Eduardo Rios Gonçalves, a limitação às qualificadoras objetivas não tem justificativa, já que o abuso de confiança que seria qualificadora subjetiva, seria compatível com o privilégio (*Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 385).

Princípio da insignificância. Cresce a corrente jurisprudencial aplicando a atipicidade material da conduta de furtar coisa de pequeno valor e de caráter ínfimo para a própria vítima, aplicando-se o princípio da bagatela, não havendo nessa hipótese lesão ao bem jurídico. Nesse sentido: STJ, DJe 11-5-2009; HC 103.370-MG, DJe 13-10-2008; HC 96.929-MG, DJe 25-8-2008; REsp 1.084.540-RS, DJe 1º-6-2009; REsp 898.392-RS, DJe 9-3-2009; HC 137.740-SP, Rel. Min.

Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 25-8-2009). O valor máximo nesse caso seria até R\$ 100,00 (cem reais) ou um valor aproximado de 10% do salário mínimo.

Reiteração criminosa. O STF no HC 123734/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 03/08/2015 deu uma “temperada” na interpretação, entendendo que a insignificância abrange um juízo abrangente (conglobante), sendo que a reincidência e a contumácia, embora elementos não determinantes, devem ser considerados.

Distinção entre o princípio da insignificância e do furto privilegiado. Na insignificância, haveria um valor ínfimo, desprezível, somado a outras condições como a falta de reprovabilidade da conduta, gerando a chamada “atipia conglobante”. No furto privilegiado, a res é de pequeno valor (Nucci, CP comentado, p. 823).

Furto qualificado (§ 4º). Se o agente comete o crime utilizando um dos meios abaixo, a pena é de reclusão de dois a oito anos, excetuando-se o item V, cuja pena é de três a oito anos.

I – Destruição ou rompimento de obstáculo: trata-se da violência sobre a coisa (Prado, ob.cit., p. 600). Obstáculo é tudo aquilo que protege o bem, por exemplo, a janela em relação à casa, impedindo o seu acesso. Destruição é a conduta de exterminar, acabar com algo. Já rompimento significa a deterioração de algo. Naquela, há um dano total, ao passo que neste existe apenas um dano parcial (Masson, ob. cit., p. 328). **Cão de guarda.** Quanto ao cão de guarda, existem duas posições: a primeira que entende que caracteriza a qualificadora e a segunda que entende que se trata de crime de dano. Para Victor Eduardo Rios Gonçalves, seria caso de destruição (com a morte do cão), pois o texto legal não faria nenhuma restrição (*Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 393). **Violência contra o próprio objeto material visado.** Exemplo interessante é o do furto do veículo, mediante destruição do vidro: se o objeto furtado for o automóvel, não incide a qualificadora (Sanches, ob. cit., p. 473), já que o vidro compõe o veículo. No entanto, caso se deseje subtrair o toca-discos, há incidência. Trata-se de obstáculo externo (e não interno) à própria coisa (Busato, *Direito penal*, 2, p. 447). O obstáculo constitui todo objeto para proteger a outra coisa e não é aquilo que existe para o regular exercício da coisa (como o vidro lateral do carro) (Prado, ob. cit., p. 600). Outro argumento para não se admitir a qualificadora é a de que deveria haver dois prejuízos: por exemplo, um do vidro do carro e outro, da subtração do celular. No caso de subtração do veículo, haveria apenas um prejuízo (o do carro) (Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 393).

STJ. Abordando o tema e com base no princípio da proporcionalidade, o STJ entendeu por maioria que “não seria razoável reconhecer como qualificadora o rompimento de vidro para furto de acessórios dentro de carro, sob pena de resultar a quem subtrai o próprio veículo menor reprovação” (HC 152.833-SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 5-4-2010). Seria a mesma solução da receptação qualificada, desclassificando para o furto simples. Mas referida Corte voltou a não admitir no caso de arrombamento e subtração do próprio veículo: AgRg no REsp 1654823/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/09/2017). Predomina no STJ, portanto, que não se aplica a qualificadora do rompimento do obstáculo se for contra o próprio objeto subtraído: “Quando o rompimento ou a violência recai sobre a própria coisa objeto do furto, a jurisprudência prevalente nesta Corte ainda é no sentido de que não se aplica a qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo (STJ, AgRg no REsp 1918935/DF, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14/09/2.021, DJe 17/09/2.021).

Arrombamento externo e interno. Trata-se de superação de obstáculo externo ao estabelecimento. Já o arrombamento interno se direciona a coisa interna, como um cofre (Prado, ob. cit., p. 601). **Retirada de telha.** A retirada de telha não caracteriza (podendo caracterizar a escalada). Isso porque não existe alteração física (destruição ou rompimento) (Prado, ob. cit., p. 601). **Corte de**

bolsa para pegar o objeto. Não é considerado rompimento de obstáculo, já que a bolsa é usada para transporte de valores e não para proteção de valores (Tacrim-SP – Rel. Dante Busana – RT 582/333) (Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 395).

Perícia. Discute-se se no caso de rompimento de obstáculo, há exigência do exame pericial. Isso pela tradicional regra processual penal de exigência do exame de corpo de delito direto quando o crime deixa vestígios. E também por implicar em dano (Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal esquematizado – parte especial*, p. 392). **1ª posição.** É necessária a perícia (STJ, HC 207.588-DE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 23-8-2011; HC 456480/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 20/09/2018). Assim, “O reconhecimento da qualificadora de rompimento de obstáculo exige a realização de exame pericial, o qual somente pode ser substituído por outros meios probatórios quando inexistirem vestígios, o corpo de delito houver desaparecido ou as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.” (AgRg no AREsp 1287737/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 27/11/2018, DJe 05/12/2018; STJ, AgRg no REsp 1784955, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 09/09/2019; e HC nº 508935, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 04/06/2019). **2ª posição.** Admite-se a substituição da perícia por outro meio, como a prova testemunhal ou documental. Nesse sentido, STJ, AgRg no HC 615510/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 17/11/2.020, DJe 23/11/2.020). Apesar das divergências, o STJ mais recentemente adotou a seguinte corrente, seguindo um critério prático: não se poderia exigir da vítima a eterna conservação da coisa para ser periciada. Nesse sentido: “A Corte de origem não divergiu do entendimento **consolidado** nesta Corte Superior no sentido de que é **dispensável a perícia do local do arrombamento no crime de furto qualificado pela destruição de obstáculo quando devidamente comprovado por outros meios de prova**. Destaque-se que não se pode exigir da vítima que conserve sua propriedade desprotegida enquanto se aguarda a realização de exame pericial” (STJ, AgRg no HC 570476/SC, 5ª t., Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 13/12/2021, DJe 16/12/2021). No mesmo sentido: STJ, AgRg no HC 657448/SC, Rel. Laurita Vaz, j. 06/12/2.022, DJe 15/12/2.022.

II – abuso de confiança, fraude, escalada ou destreza: no abuso de confiança, a sua utilização facilita o cometimento da subtração. Já no caso de fraude, escalada e destreza, existe um perigo maior do patrimônio em razão da perspicácia do agente criminoso (Prado, ob. cit., p. 603).

Abuso de confiança: trata-se de uma qualificadora de natureza subjetiva, mas considerada em relação à pessoa do ofendido. Tecnicamente, deve existir uma efetiva confiança por parte da vítima, não bastando que a pessoa somente trabalhe no local, porque não existe uma presunção nesse sentido. É o caso do *vigia* ou do guarda-noturno. Não se caracteriza com o simples fato de a empregada doméstica trabalhar na residência da vítima. Deve então o magistrado indagar na instrução se existia ou não essa confiança. A confiança normalmente existe com o tempo de convivência. É o caso do motorista que por anos possui acesso ao combustível da empresa para abastecer o caminhão da empresa e aproveitando-se disso, subtrai diesel (TJSP, Apelação Criminal nº 0001317-48.2017.8.26.0063, Rel. Moreira da Silva, j. 10/02/2.021). Mas pode não ser assim. Pode-se confiar em uma pessoa em um curto espaço de tempo como se pode conviver com outra por vários anos, sem que se crie essa relação de confiança. Aqui como no furto mediante fraude, o agente criminoso não possui sequer a posse da “res”, mas desfruta de livre acesso. Assim, a confiança deve ser aferida mesmo diante de um furto cometido por um irmão contra o outro. Também o furto cometido pelo filho contra o pai no caso deste possuir mais de 60 (sessenta) anos, hipótese de afastamento da escusa absolutória. A tentativa é possível (Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 397). **Famulato.** Trata-se do furto cometido por empregado (Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 396). **Abuso de confiança e insignificância.** O STJ não tem admitido o princípio da insignificância no caso de furto cometido mediante abuso, “tendo em vista que tal circunstância

denota maior ofensividade e reprovabilidade da conduta” (STJ, AgRg no AREsp 1940372/TO, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 07/12/2.021, DJe 13/12/2.021).

Fraude: é o embuste ou ardil, com o escopo de diminuir a *vigilância* sobre a coisa (Sanches, ob. cit., p. 474). Existem diversos meios fraudulentos no furto, mas exige-se que o agente criminoso subtraia e não que a vítima realize o “esforço” porque senão estaríamos diante do estelionato. Exemplo: prostituta que simula estar gostando do cliente para dissimular a subtração da carteira. Distingue-se do estelionato, pois nesse a entrega do objeto é feita **livremente** pela vítima. Essa diferença foi bem explicada por Alberto Silva Franco (*Bol. ADV* 1547): “No primeiro [ao se referir ao furto], há uma discordância expressa ou presumida do titular do direito patrimonial em relação à conduta do agente, ao passo que, no segundo [referindo-se ao estelionato], o consentimento da vítima constitui uma peça que é parte integrante da própria figura criminosa.” Convém destacar que o estelionato não apenas exige uma discordância, mas sim uma conduta comissiva da vítima. Assim, se a vítima apenas permite a entrada de falso fiscal da saúde [consentimento], mas este subtrai valores, o crime é de furto mediante fraude e não estelionato (CESPE – RJ – agosto de 2007). **Posse vigiada.** Tem prevalecido o entendimento de que, havendo posse *vigiada*, ou seja, um controle um pouco maior, existe furto. Também se afasta nesse caso, a apropriação pois sequer existe detenção do agente e sim posse *vigiada*. Existem dois casos: o caixa de supermercado, que simula estar passando compras para subtrair dinheiro do caixa, existindo um fiscal do supermercado próximo e também o teste-drive em que o motorista sozinho sai para dirigir o carro e o subtrai (para este último caso, Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 399). **Cartão clonado.** Se o agente saca diretamente no caixa, com cartão clonado, há furto. Se saca, utilizando do caixa do banco, através de cartão clonado, há estelionato, porque o agente engana uma pessoa (Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 399).

Escalada: é o uso de meio **anormal** para atingir o local, mas no sentido do verbo “escalar”: subir, trepar, ou seja, de baixo para cima. Deve haver um esforço considerável. Exemplo: agente pula um muro alto. Não há esforço se o agente pula um muro baixo ou se utiliza de uma escada, se maior esforço, para transpor um muro. Não há necessidade de perícia, podendo a prova ser feita através de testemunho, vídeo ou foto (STJ, REsp 1392386, DJE 9-9-2013). Exige-se apenas prova do esforço incomum do agente criminoso (TJMG, Ap. Crim. 10024161456356001, Rel. Pedro Vergara, DJe 20/05/2019). Mas tal dispensa da perícia deve ser entendida da seguinte forma: somente é admitida como uma exceção: “Esta Corte de justiça já se manifestou no sentido de que, **excepcionalmente**, quando presentes nos autos elementos aptos a comprovar a escalada de forma incontestada, pode-se reconhecer o suprimento da prova pericial, notadamente in casu, tendo em vista as circunstâncias em que corrido o delito e os testemunhos apresentados, que demonstraram de forma cabal, que o paciente praticou a referida qualificadora...” (STJ, AgRg no HC 709569/SC, 5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08/02/2.022, DJe 15/02/2.022). **Furto de fios do poste.** Divide-se a jurisprudência sobre a admissão da escalada. Para a corrente que a refuta, há o entendimento de que o poste não serve para proteger o fio (Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 402).

Destreza: habilidade do agente que realiza a subtração sem que a vítima perceba. Essa destreza deve ser avaliada segundo o ponto de vista da vítima. Exemplo: o punhuista de carteira e atualmente, o punhuista de “celular”. Deve haver uma habilidade especial. Se não houver essa habilidade, não se caracteriza o furto com essa qualificadora. Dessa forma, havendo prisão em flagrante, o furto seria simples e tentado, inexistindo essa habilidade extrema (STJ, REsp 1.478.648-PR, Rel. Min. Newton Trisotto (desembargador convocado do TJ/SC), j. 16/12/2014, DJe 2/2/2015).

III – Emprego de chave falsa: abrange todo instrumento com ou sem forma de chave utilizado pelo agente para fazer funcionar, em lugar da *chave* verdadeira, o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando, assim, a execução do furto, para abrir uma fechadura¹. Falsa é a chave que não é verdadeira. Abrange até o grampo. A mais conhecida é a chave micha. Trata-se tecnicamente de uma analogia utilizada pelo intérprete (jurisprudência), considerando o que não é “chave falsa” (analogia *in malam partem*, o que tecnicamente é vedado pelos princípios de direito penal).

Chave falsa e princípio da legalidade. A chave verdadeira não pode ser considerada chave falsa (RT 548/427), porque o instrumento deve ser estranho. Cópia de chave não é chave falsa (TJMS, Apelação 0200511-76.2011.8.12.0015, j. 18.08.2015).

Fraude ou clandestinidade. Para Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Direito penal esquematizado, parte especial*, p. 404, a diferença incide sobre a existência ou não da clandestinidade. Se for clandestina a cópia (empregado tira a cópia clandestinamente sem o patrão saber), haveria a qualificadora. Se encontra a cópia da chave já existente e subtrai o veículo, não haveria clandestinidade). Essa ideia na verdade, refere-se à aquisição de forma fraudulenta. **Noronha** equipara a chave verdadeira furtada à chave furtada. Assim, se o agente obtém a chave de forma fraudulenta, incidiria a qualificadora (RT 533/368). Da mesma forma, o agente que subtrai a chave verdadeira na portaria do hotel (RT 548/427). Assim, toda vez que houver um engodo, uma fraude para obter a chave, haveria a qualificadora (Mirabete e Fabbrini, *Manual de direito penal, volume II*, p. 199).

Nossa opinião. Trata-se tecnicamente de uma analogia utilizada pelo intérprete (jurisprudência), considerando o que não é “chave falsa” (analogia *in malam partem*, o que tecnicamente é vedado pelos princípios de direito penal).

O STJ entendeu que a chave falsa só qualifica o furto se for para abrir o veículo e não para acionar o mesmo, porque daí integraria o resultado final (REsp 284.385/DF).

Chave de presença. Em alguns carros mais modernos, existe a chamada chave de presença. Nessa, a porta do veículo é aberta pela chave através de sinais sonoros. Ocorre que esses sinais da chave podem ser capturados por um celular e este celular se torna a “chave”. Nesse caso, o próprio celular pode qualificar o delito contra o patrimônio.

Perícia da chave falsa. Prevalece o entendimento do STJ sobre a necessidade de perícia (AgRg no HC 718139 / SC, Rel. Jesuíno Rissato, j. 19/04/2.022). Não havendo possibilidade de realização da perícia pelo desaparecimento de vestígios, a confissão do réu, pelo relato da vítima são suficientes. (STJ, AgRg no HC 617460/SC, 5ª T., Min. Felix Fischer, j. 23/02/2021, DJe 01/03/2021). Ainda no caso de desaparecimento da chave micha e a possibilidade da prova testemunhal: STJ, AgRg no HC 759746/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18/10/2.022.

IV – Concurso de duas ou mais pessoas: nesse caso, há maior periculosidade. Na soma, inclui-se o imputável e não há necessidade de acordo prévio entre eles, podendo o acordo ocorrer durante o delito. Quando da existência de mais de uma qualificadora: uma qualifica e as demais funcionam como circunstâncias agravantes. **Necessidade de os agentes estarem no local.** Diverge a doutrina acerca desta necessidade. 1ª corrente. Exige-se a presença dos agentes no local, pois somente nesse caso, haveria maior dificuldade na defesa do patrimônio. Nesse sentido, Hungria, Bitencourt e Delmanto. 2ª corrente. Não existe essa necessidade, não necessitando serem executores. Nesse diapasão, Damásio, Mirabete, Capez e Fragoso (Victor Eduardo Rios Gonçalves,

1. Esse conceito famoso repetido por diversos penalistas foi criado por Hungria, *Comentários...*, arts. 155 e 156, p. 43.

10

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CAPÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

O Título VI do Código Penal passou, pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a ser chamado de “crimes contra a dignidade sexual” ao invés de “crimes contra os costumes”. A expressão “costumes” normalmente era citada pela doutrina como sinônimo de moralidade sexual. Abrange, pois os costumes, termo genérico que remete, arbitrariamente, a determinado conjunto de valores morais particulares, não condizentes com uma sociedade democrática. Atualmente, é um conceito ultrapassado, “puritano”, de uma moral não condizente com a atual realidade (Nucci, *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 11). Já o termo *dignidade* é mais compatível com o atual estado de direito. Significa decência e respeitabilidade (Nucci, *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 14). Quer ainda significar o irrestrito respeito aos direitos humanos (Evandro Fabiani Capano, *Dignidade sexual*, p. 27). Lei 14.540/2023. Institui Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública.

10.1 ESTUPRO (ART. 213 DO CP)

Introdução. Para nós, principalmente pelo viés prático, não há nenhuma **utilidade** na junção dos dois tipos. A partir da edição da Lei nº 12.015/09, com efeito retroativo (art. 2º), aplica-se o princípio da **alternatividade**, considerando apenas um crime embora possa haver as duas condutas e em períodos diferenciados. Passa-se admitir a continuidade delitiva. O estupro é o uso do constrangimento ilegal, violência ou grave ameaça, para a prática da conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso. Unificando o delito de estupro com o de atentado violento ao pudor, o legislador seguiu o direito comparado (direito mexicano, argentino e português, conforme Rogério Sanches Cunha, *Comentários à reforma criminal de 2009*, p. 36). É crime hediondo, abrangendo tanto a forma simples como a qualificada (art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90). Embora consideremos a forma simples como hedionda, não entendemos que a nova redação do art. 1º, V, da Lei nº 8.072/90, incluindo a expressão “e” ao invés de “e sua combinação” possa finalizar a antiga divisão da jurisprudência. Essa entendia majoritariamente que o estupro simples era crime hediondo e minoritariamente admitia a hediondez apenas na forma qualificada. **Bem jurídico.** A liberdade sexual da pessoa física: homem ou mulher, ou seja, direito de dispor do seu corpo, com a proteção da dignidade sexual da pessoa. O estupro contra

mulher no âmbito doméstico possui igualmente proteção da Lei Maria da Penha. **Sujeitos do delito. Sujeito ativo:** é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Deixou de ser bipróprio (sujeito ativo homem e sujeito passivo mulher) para ser bicomum, onde qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências do crime (Rogério Sanches Cunha, *Comentários à reforma penal de 2009*, p. 37). Assim, atualmente é possível que uma mulher pratique crime de estupro contra um homem, não sendo hipótese apenas de constrangimento ilegal como antes se entendia. **Estupro de marido contra mulher:** predomina o entendimento de que é possível o estupro nesse caso. No caso do homem casado, anteriormente admitia-se o *exercício regular de direito* à conjunção carnal mesmo que mediante *constrangimento* com a mulher (RT 461/444), sendo denominado débito conjugal previsto no art. 1.566, II, do CC. Seguindo essa corrente, tínhamos Néelson Hungria, Magalhães Noronha, Heleno Cláudio Fragoso e Bento de Faria (Mirabete, *Manual de direito penal*, parte especial, v. 2, p. 471). Esta posição, todavia, é superada, não se admitindo a relação do marido com a esposa sob a proteção do exercício regular de direito, tratando-se de abuso de direito, incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar. É a posição de Celso Delmanto (RT 536/258). A recusa no relacionamento sexual não produz efeito penal no sentido de permitir o constrangimento. Apenas pode gerar sanção civil, como um dos motivos ensejadores para a separação litigiosa. Ratificando esse entendimento, tem-se que o próprio CP elenca como causa de aumento o crime praticado pelo cônjuge (art. 226, II). **Participação e coautoria:** se houver participação de terceiro (homem ou mulher) sem a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, mas concorrendo eficazmente para a **consumação**, este será **sujeito ativo**. Se a participação for de grande relevância, com exercício da violência ou grave ameaça, mesmo sem a conjunção carnal, o agente será **coautor**. Exemplo real: amante mulher ameaça a vítima, enquanto o amante homem realiza a conjunção carnal. Ambos são coautores. Se a participação for menor, o agente será partícipe. Exemplo: agente leva o estuprador ao local do estupro. O agente responde como partícipe. **Sujeito passivo:** é a mulher ou o homem. Quanto à mulher, abrange também a deflorada (RT 541/365) e a prostituta (RT 666/295), já que a vida licenciosa ou desregrada não retira o direito de dispor do próprio corpo. Como a violência ou ameaça pode ser exercida contra terceira pessoa, esta pode ser sujeito passivo. Exemplo: mulher é estuprada, enquanto a pessoa que a acompanha é retida com violência para não atrapalhar a conjunção. **Tipo objetivo.** Manter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça. A chamada cópula *vagínica* pode ser completa ou incompleta. A conjunção carnal é a introdução de membro viril em ereção na cavidade *vaginal* da mulher, não se exigindo a ejaculação. Na prática forense, a ereção não é exigida, bastando a prova da penetração, mesmo que incompleta. Abrange a cópula vestibular, que é a esfregação do pênis na *vagina*. O outro ato libidinoso é qualquer outro que não a conjunção carnal. Abrange o beijo lascivo forçado¹ e a introdução do dedo na *vagina* e o coito interfemural, que é a esfregação do pênis nas coxas da vítima. Segundo o STJ, “pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de que o atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos” (REsp 1.101.758-RS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 3-8-2010), não cabendo a desclassificação para o delito de ato obsceno sob o fundamento do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. **Beijo forçado do presidente da federação espanhola de futebol.** Ocorreu com uma jogadora de futebol. Em uma solenidade de entrega da medalha de ouro, a jogadora

1. Nesse sentido, Jurisprudência de Teses do STJ, edição nº 151, 12.06.2020, item “11”: “O beijo lascivo integra o rol de atos libidinosos e configura o crime de estupro se obtido mediante emprego de força física do agressor contra vítima maior de 14 anos.”

da seleção europeia, ao receber a medalha do dirigente, foi forçada a beijar esse dirigente. Na Espanha, houve recentemente uma reforma. Antes dessa alteração, havia o abuso sexual, a agressão sexual e a violação sexual (estupro), este último crime mais grave. Depois de um ataque coletivo contra uma mulher, o Tribunal Supremo Espanhol entendeu-se que não havia violência grave e, portanto, não seria caso de violação e sim de agressão sexual. Isso acabou gerando polêmica e uma reforma legislativa espanhola em fevereiro de 2023. No intuito de se evitar essa interpretação jurisprudencial, acabou-se com o delito de violação (estupro), mas não como hipótese de *abolitio criminis* e sim remessa para o delito de agressão sexual qualificada. Dessa forma, existe uma forma mais leve, com intimidação, que seria o abuso sexual e a agressão sexual que, na sua forma qualificada, abrangeria o estupro ou violação na expressão em espanhol. A lei que incluiu o estupro na agressão é denominada “somente sim é sim”, colocando o ponto de vista do consentimento da vítima para caracterização dos delitos ou não (Ana Carolina Carlos de Oliveira, Mudança em delitos sexuais e econômicos acirra debate na Espanha, diz *advogada*. <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal/aceeso> em 27-08-2023, 14h06min). Se não se entender que “miembros corporales” sobre a boca da jogadora incluiria a boca e língua do presidente, não haverá o delito do art. 179, “2”, incluindo a violência (força), com prisão de seis a dois anos e sim o crime do art. 178, “1” (com pena de um a quatro anos) (<https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal/>, acesso em 27-08-2023, 14h06min). Dessa forma, a proteção penal é maior no Brasil que na Espanha quanto ao beijo lascivo. Para Nucci, quanto ao beijo, excluem-se os beijos castos, furtivos ou “selinhos” (*Código penal comentado*, p. 1032). Essas condutas como a que envolveu parlamentar que tocou os seios de outra parlamentar, muitas vezes, são considerados delitos do art. 215-A do Código Penal (importunação sexual). **Formas.** No tipo, existem duas condutas. A primeira é a vítima “praticar” que exige uma conduta ativa da vítima: p. ex., masturbar o estuprador. A segunda é “permitir”, ou seja, uma conduta passiva da vítima: ex.: permitir que o estuprador realize sexo anal com a vítima. **Ato libidinoso diverso da conjunção carnal e simples visualização pelo agente criminoso.** Exemplo: agente obriga a vítima a se despir e neste ato de visualizar obtém prazer sexual, sem necessidade da conjunção carnal. Há duas correntes: (1ª) abrange também a hipótese de contemplação, sem contato físico do agente com a vítima; (2ª) exige o contato físico. Predomina na doutrina o primeiro entendimento, cometendo o crime o agente que ordena que a vítima explore o próprio corpo (Rogério Sanches Cunha, *Código penal para concursos*, p. 337), dispensando-se até a supressão do vestuário da vítima. No sentido de desnecessidade de contato físico, a 5ª Turma do STJ, analisando caso de pessoa que pagou a outras para levar menina que foi obrigado a ficar nua na frente do agente criminoso. Há quem entenda que a unificação do tipo eliminou a exigência do contato físico pois agora o tipo fala em conjunção carnal (que exige o contato físico) ou *outro* ato libidinoso, admitindo-se a visualização (Nucci, *Crimes contra a dignidade*, p. 22). Entendemos dessa forma, pois existe essa a previsão da vítima praticar ato libidinoso (ficar nua). Não é típica, contudo, a conduta de obrigar a vítima a assistir à masturbação do agente criminoso, pois não há participação física do ofendido, podendo nesse caso existir crime de constrangimento ilegal (Capez, *Curso de direito penal*, v. 3, p. 26). **Grave ameaça:** entendia-se anteriormente que a vítima teria que se opor com toda veemência ao ato sexual, devendo, para a doutrina tradicional, ser levado em conta o padrão de normalidade. Há quem entenda acertadamente que, em se tratando de ameaça, deve estar caracterizado o seu dissenso e deve-se levar em conta a capacidade de resistência da vítima específica. Já se decidiu em RT 603/311 que existe temor reverencial e, portanto, violência presumida da sobrinha em relação ao tio. Aqui concordamos com Nucci (*Crimes contra a dignidade sexual*, p. 19), para quem não há de se exigir uma resistência sobre-humana da vítima. Caracterizado o simples dissenso da vítima com a conduta do agente,

já se caracteriza a grave ameaça, sem a necessidade de resistência heroica. Também é assim em quaisquer dos delitos que exijam a grave ameaça, como no caso da extorsão. Na verdade, o legislador cometeu um erro ao dizer “grave ameaça”, quando poderia falar em violência moral que implicaria na ameaça, medo ou intimidação, um conceito bem mais abrangente (Mossin, *Habeas corpus*, p. 59). Também quanto à grave ameaça, predomina o entendimento de que o dissenso deve ocorrer durante o relacionamento inteiro. Já houve absolvição nesse sentido, de mulher que, no curso do estupro, pediu ao agente que utilizasse de preservativo. Nesse ponto, concordamos com Nucci (*Crimes contra a dignidade sexual*, p. 19), para quem o pedido nesse caso de uso de preservativo só demonstra a preocupação em não contrair doença ou engravidar, hipóteses, aliás, punidas com maior rigor pelo legislador. A grave ameaça deve ser anterior ou concomitante ao ato. Pode recair sobre um mal justo, semelhante à extorsão, como a de revelar que tal pessoa é homossexual. **Violência.** Não há necessidade de se constatar lesão corporal, bastando o emprego de força física (vias de fato) contra a vítima (TJSP, Apelação nº 990.09.041080-9).

Tipo subjetivo. O dolo, consistente na vontade de constranger, obrigar, com o elemento subjetivo do injusto que é a vontade de manter conjunção carnal ou de praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Embora normalmente presente, não se exige a vontade de satisfação da libido, predominando o entendimento de que esteja implícito (crime de tendência). Dessa forma, não é necessário que o autor persiga esse resultado, mas que confira um sentido (tendência) subjetivo não expresso no tipo (Prado, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 603). Assim, para a tipificação subjetiva do delito, dispensa-se o dolo específico. **Consumação.** Consuma-se o crime em análise com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina ou com a prática de qualquer outro ato libidinoso (tatear os seios, realizar sexo anal, tatear as nádegas etc.). Na conjunção carnal, não há necessidade do rompimento do hímen e nem a ejaculação. Pode haver ainda a consumação no ato libidinoso, com a contemplação pelo agente da vítima que se expõe sexualmente. A tentativa é admitida quando o agente força a introdução do pênis, mas ejacula precocemente. A jurisprudência passou com a unificação a admitir o crime continuado entre a relação sexual pênis-vagina e o outro ato libidinoso cometido em momentos diferentes, já que agora definitivamente são tratados como crimes da mesma espécie. **Qualificadoras.** O crime qualificado pelo resultado lesão grave ou gravíssima e morte exige que a conduta seja inserida no **desdobramento causal** da conduta típica. Observa-se que a lei fala em “conduta” e não somente em violência, abrangendo a “grave ameaça”, sendo, portanto, norma mais *técnica*. Assim, se o agente agride violentamente para fins do relacionamento, há a qualificadora. Exemplo prático foi o pedófilo que forçou menino ao relacionamento sexual e, ante a resistência deste, acabou colocando as mãos sobre a boca, sufocando a vítima. O resultado pode ser a título de dolo ou culpa. Exemplo: agente desfere golpes na vítima a fim de que a mesma permita a conjunção carnal. No caso de morte, não pode haver o dolo direto porque, nesse caso, haveria delito de estupro em concurso com homicídio doloso. Questão é de se saber se havendo morte ou lesão grave ou gravíssima, sem a consumação da conduta libidinoso: (1ª) há tentativa de estupro qualificado (Luísa Nagib Eluf); (2ª) Há crime qualificado consumado (Antônio Lopes Monteiro) (conforme Prado, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 604). Parece-nos mais correto o segundo posicionamento, podendo ser utilizado por analogia à Súmula 610 do STF que admite a consumação do delito de latrocínio com a morte da vítima, mesmo sem a efetiva subtração.

Vítima menor de 18 e maior de 14: também é qualificado se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (anos). Se a vítima for menor de 14 (quatorze), o crime é do art. 217-A (estupro de vulnerável). O crime de estupro qualificado é tecnicamente hediondo (art. 1º, V, da Lei nº 8.072/90). **Crime praticado contra vítima que está fazendo 14 anos:** questão recai sobre o fato do crime ser praticado no dia do aniversário em que a vítima faz 14 anos. Nesse caso,

tecnicamente, não é menor de 14, pois possui 14 e não é maior de 14 no dia do seu aniversário (Damásio, *Código penal anotado*, p. 769, citando TJSP, Acrim 109.791, JTJ 135; 418 e 419). Assim, predomina, na doutrina, o entendimento de que não se trata de estupro de vulnerável (art. 217-A) e nem se aplica a qualificadora do § 1º do art. 213 porque a lei fala em “maior de 14” (Rogério Sanches Cunha, *Comentários à reforma criminal de 2009*, p. 37). Seria o estupro simples do art. 213, *caput*, do CP. Entendemos, contudo, que se possa fazer outra leitura. A norma do § 1º coloca o termo “ou”, impondo duas alternativas: ou a vítima é menor de 18 ou a vítima é maior de 14 anos. Veja-se por exemplo que, quando o legislador quis as duas conduções, utilizou a palavra “e”, como no art. 218-B, § 2º, inciso I. Assim, mantendo a interpretação acima, a qualificadora contra vítima que faz aniversário na data do crime se mantém porque se atendeu uma das condições: ser menor de 18 anos. Logicamente, se a vítima é menor de 14, também atendeu esse requisito. Ocorre que, pelo princípio da especialidade, aplica-se a norma do art. 217-A (estupro de vulnerável). Outra interpretação que se pode fazer é a extensiva: a expressão “maior de 14 anos” abarca a vítima que faz aniversário no dia do crime. No sentido de que, no dia do aniversário, há exclusão da qualificadora, pois o direito penal despreza as frações (Masson, *Direito penal*, v. 3, p. 22).

Tentativa e crime qualificado pelo resultado: no caso de lesão grave e estupro tentado, ou de morte e estupro tentado, tem-se como qualificado, equiparando-se ao estupro consumado. Isso porque o resultado se refere à violência (lesão) ou ao fato (morte) e não ao crime (tentado ou consumado).

Tipo misto ou alternativo. Formaram-se duas correntes com a unificação dos tipos no art. 213 do CP: **1ª posição: o tipo é misto alternativo.** Essa corrente é forte na doutrina. A realização de conjunção carnal e cópula anal constituem crime único (Damásio Evangelista de Jesus, *Breves notas sobre a Lei nº 12.015, de 1 de agosto de 2009*, in <www.cartaforense.com.br>), já que como no delito de tráfico de entorpecente, o tipo é misto alternativo: embora pratique duas ou mais condutas descritas no tipo, considera-se como se fosse um único delito. Todavia, poderá haver incremento da pena-base em razão disso (Nucci, *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 19). No mesmo sentido, Prado, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 603. E ainda Capez (ob. cit., v. 3, p. 44), para quem, se for no mesmo contexto fático, haverá crime único. Se houver contexto fático diferente, haverá continuidade delitiva. Nucci (*Código penal comentado*, p. 1037-1038) entende que se for contra a mesma vítima no mesmo local e hora, é hipótese de tipo misto alternativo. Admitida essa interpretação, essa modificação da Lei nº 12.015/09 cria um efeito retroativo, atingindo hipóteses de o juiz ter reconhecido o concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor, podendo haver reconhecimento do crime único em fase de execução da pena (art. 66, I, da LEP). Segundo essa corrente, não mais subsistiria o entendimento jurisprudencial de que haveria concurso material quando houver ato individualizado e independente. Havendo realização, contudo, de condutas em espaço de tempo diferente, haverá continuação delitiva. A 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Og Fernandes, filiou-se a esse entendimento. No HC 144.870, j. 9-2-2010, entendeu tratar-se de crime único conduta realizada em 31-8-1999 consubstanciada em conjunção carnal e relação anal no mesmo contexto. A diferenciação na dosimetria recairia apenas na fase do art. 59 do CP, cabendo esta ao juízo das execuções diante do trânsito em julgado porque, se o STJ decidisse, a via impugnativa ficaria restrita ao STF. Mais recentemente, tal entendimento foi ratificado no REsp nº 1.176.752/RJ, Min. Marilza Maynard, DJE 10-5-2013, admitindo crime único, onde houve sexo vaginal, anal e oral no mesmo contexto. No mesmo sentido, admitindo a existência do tipo misto alternativo: STJ, RHC nº 37.776/RJ, DJ 23-9-2013, AgRg no REsp 1.262.650/RS, 5ª T., DJe 14-8-2014). No mesmo sentido, Jurisprudência de Teses do STJ, edição 151, 12.06.2020, nº 6: “Após o advento da Lei n. 12.015/2009, que tipificou no mesmo dispositivo penal (art. 213 do CP) os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, é possível o reconhecimento de crime único entre as

condutas, desde que tenham sido praticadas contra a mesma vítima e no mesmo contexto-fático.” 2ª corrente: a prática da conjunção carnal e da relação carnal implica em se admitir o tipo misto cumulativo, somando-se as penas. Há uma segunda corrente entendendo que o tipo misto pode ser alternativo ou cumulativo. É cumulativo na hipótese de conjunção carnal e sexo anal, aplicando-se a regra do concurso material (Greco Filho, Uma interpretação de duvidosa dignidade, in <www.grecofilho.com.br>). Essa autonomia do tipo misto cumulativo se dá pela impossibilidade de substituição das condutas, umas pelas outras, havendo relevância em cada uma delas. Assim, se o autor do delito hediondo deseja a penetração pênis-vagina, mas também a relação anal, há uma autonomia das condutas, semelhante à regra do art. 70, *caput*, parte final, do CP que trata do concurso formal imperfeito. A solução nesse caso seria a aplicação da regra do concurso material, que entendemos aplicável. Fabbrini (*Manual*, v. II, p. 388), sem fazer distinção do tipo de ato libidinoso, ratifica o entendimento de que se trata de tipo misto cumulativo. A 5ª Turma do STJ, também se inclinando pela segunda corrente, entendeu aplicável o tipo misto cumulativo no HC 104.724, DJ de 2-8-2010 que tratava da conjunção carnal e a relação anal. Por se tratar de condutas distintas, também vetou a continuidade delitiva. Também o TJSP entendeu não se aplicar a regra do crime único, tratando-se de vítimas distintas (AC 5515217820108260000, j. 16-12-2010). E mesmo com a mesma vítima, mas durante a madrugada: “*In casu*, reconhecido acertadamente pelo e. Magistrado o concurso material de crimes, porquanto na mesma madrugada, mas em horários diversos, a vítima foi constrangida e submetida à conjunção carnal e à prática de sexo anal, cujas ações, embora no mesmo contexto, foram executadas de modo independente entre si e separadas por certo lapso de tempo, decorrentes, evidentemente, de desígnios autônomos, tem-se que não há de se cogitar na espécie de crime único nem de continuidade delitiva” (Apelação nº 990.08.052458-5, Rel. Juvenal Duarte). Quando da fase da elaboração legislativa, havia o entendimento que, mesmo unificado, haveria a incidência do concurso material, característica essa existente no direito alemão. Pode haver futuramente alteração da lei, para o retorno do cúmulo material. Na verdade, a aplicação de uma corrente ou outra depende da avaliação do que seja na essência o concurso aparente de normas. Os princípios ali inseridos possuem razão de ser na ideia de delito único em que conduta absorve a outra ou é modo de execução da principal. Há, na verdade, uma unidade de desígnios tal qual existente no concurso formal. O exemplo clássico do tráfico em que o agente transporta, tem em depósito e vende espelha essa unidade de contexto. Todavia, a realização da conjunção carnal e da relação anal não constituem condutas inseridas no mesmo contexto, mas guardam entre si explícita autonomia, não se inserindo no mesmo desdobramento causal. Daí que não é só por estar no mesmo tipo que se insere a alternatividade. Há necessidade de um *plus* de estarem as condutas inseridas no mesmo contexto, ou seja, no mesmo desdobramento causal. **Julgamento pelo STF em 2.019.** Cúmulo material. Nesse julgamento, admitiu-se o concurso material (soma das penas) entre o estupro (relação vaginal) e estupro (relação anal). Tratou-se de caso anterior à alteração dos arts. 213 e 214 do CP. Enquanto o Min. Marco Aurélio seguiu o entendimento consolidado de retroatividade e consideração de crime único, o Min. Alexandre de Moraes considerou dois crimes de estupro em concurso material: “Mas não acompanho o Relator no sentido da retroatividade do tipo penal que foi unificado, no estupro, para que haja uma análise do que foi considerado concurso material para o crime continuado. E, apesar de agora serem duas as condutas: o sexo vaginal forçado e o sexo anal forçado, são condutas diversas, e as duas são tipificadas como estupro. Logo, a meu ver, aqui foram bem analisadas como concurso material, pois são dois desígnios diversos, duas condutas, e uma não é decorrente da outra, ou seja, acabada, encerrada uma, o agente pretendeu uma nova violência grave contra a vítima. Antes, era concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor,

hoje, entendo que é concurso material entre estupro e estupro” (STF, HC nº 100.181/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 15/08/2.019). Apesar de inapropriado tecnicamente, esse **precedente** abre caminho para a admissão do concurso material no caso de dois estupros. **Crime continuado.** A jurisprudência admite o crime continuado entre a relação sexual pênis-vagina e o outro ato libidinoso, já que agora definitivamente são tratados como crimes da mesma espécie, insertos no tipo do art. 213. Admitindo a continuidade delitiva já que “os atos imputados ao paciente teriam sido perpetrados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução”: STF, HC 96818/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10-8-2010. A 5ª Turma do STJ também admitiu a continuidade delitiva entre estupro e atentado, já que, segundo o Ministro Gilson Dipp, a Lei nº 12.015/09 afastou referida controvérsia. Há de se salientar que dos cinco ministros, dois votaram contra, alegando que estupro e atentado são crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie, já que possuem modos de execução distintos (REsp 970.127, j. 7-4-2011). Admitindo a continuidade delitiva entre estupro e atentado, mesmo com vítimas distintas: STJ, AgRg no REsp 1314682, DJE 1º-7-2013.

10.2 VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE (ART. 215 DO CP)

Introdução. É denominado estelionato sexual. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, efetuou a unificação dos delitos anteriores, arts. 215 e 216, ao denominar esse crime de *violação sexual mediante fraude*, incluiu, além da conjunção carnal, qualquer outro ato libidinoso. Possuindo uma pena maior que os dois delitos anteriores (o do antigo art. 215 e do revogado art. 216), não se aplica a fatos anteriores a 10 de agosto de 2009 (*novatio legis in peius*). **Bem jurídico.** Seu bem jurídico é a *liberdade sexual do homem e da mulher*. **Sujeitos do delito.** **Sujeito ativo:** é qualquer pessoa, considerando que a realização do tipo abrange o relacionamento sexual pênis-vagina ou qualquer outro ato libidinoso. **Sujeito passivo:** é qualquer pessoa, abrangendo o homem e a *mulher*. A Lei nº 11.106/05 suprimiu a expressão *honesto*. Também não necessita que a mesma seja virgem. A jurisprudência anteriormente excluía as prostitutas e as mulheres fáceis (RT 436/342), em razão da maior dificuldade em iludi-las (Mirabete, *Manual de direito penal*, parte especial, v. 2, p. 424), fato esse que fica afastado diante da dispensa da mulher ser honesta. Se for menor de 14 anos, o crime é do art. 217-A. **Tipo objetivo.** O tipo é misto alternativo, podendo o agente praticar dois ou mais atos, mas implicando no cometimento de apenas um crime (Nucci, *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 28). A conduta é ter conjunção carnal, total ou parcial ou praticar outro ato libidinoso, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima (interpretação analógica). O ato libidinoso é aquele que ofende o pudor ou decoro. Assim, é possível que haja tipificação na contemplação lasciva mediante fraude. Exemplo: tirar fotos, simulando fazer um *book*, para simplesmente visualizar a modelo despida. Na verdade, não há necessidade de esta ficar nua, bastando ficar em situação que atente ao pudor, como ficar apenas com roupas íntimas. O legislador inseriu apenas o verbo “praticar”, excluindo a conduta de “permitir que com ele se pratique”. Assim, na visão de Masson (ob. cit., v. 3, p. 40), ficaria excluído o fato da vítima ser obrigada a praticar em si mesma ato sexual, pois predomina o entendimento de que no art. 213 inexistente necessidade de contato físico pelo segundo verbo; apenas prática de determinado ato pela vítima (ex.: automasturbação). **Fraude:** havendo menção de fraude, mister se utilizar, por analogia, os conceitos do estelionato: induzir ou manter em erro a vítima, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, conceitos estes já analisados no tipo do estelionato. Exemplo prático ocorreu em inquérito policial no qual, em consulta, o ginecologista pede para realizar exame de toque e, ao invés de fazê-lo manualmente, introduz o seu pênis, iludindo inicialmente a vítima. Admite-se tanto o induzimento quando o médico leva a paciente ao consultório como quando mantém em

erro por outro motivo, quando a paciente erra a sala, adentrando no consultório do agente. Outrossim, outro caso prático, mas na forma de outro ato libidinoso, é da pessoa homossexual que, se passando por fotógrafo, persuade a vítima a se despir e acaricia o pênis do ofendido. Também o caso de médico psiquiatra que, sugere um exercício corporal à paciente e agarra a vítima pelas costas. Ainda pode-se mencionar o agente que simula aula de ginecologia para abusar sexualmente da vítima. É também conduta típica simular “beijo técnico” de novela em uma atriz novata, visando realizar o “beijo utilizando a língua”. Nesse caso para a doutrina, a fraude pode fazer com que a vítima pense que seria outra pessoa com quem está mantendo o relacionamento sexual (p. ex. com o marido), ou consente com o relacionamento com o agente, mas em razão de golpe deste (prometer um apartamento, prometer pagar o programa). **Meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:** nessa hipótese, a vontade da vítima está afetada e existe uma situação de vulnerabilidade **média**. A expressão “meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”, mais do que instrumento de interpretação analógica, serve com elemento normativo do tipo norteador da própria tipicidade da conduta. Mesmo no exemplo do curandeiro que, simulando ato de sua magia, realiza ato sexual com a cliente, verifica-se que essa pensa se tratar de um tratamento. Da mesma forma, no caso da pessoa estranha que adentra no quarto e se faz passar como marido, também existe a discordância do ato sexual. Perfaz-se o delito, portanto, se há clara anuência da vítima com o ato sexual, mas em decorrência de promessa de vantagem futura. É a hipótese de mulher que aceita o ato sexual com a promessa de se tornar atriz ou modelo (“teste do sofá”) porque nesse caso logicamente não há obstáculo para a livre manifestação da vontade da vítima, mas existe uma fraude, um estelionato sexual. Também é conduta típica o exemplo dado na Exposição de Motivos em que há promessa de casamento (simulação) para obter a vantagem sexual. Todavia, a diminuição da capacidade de entendimento é admitida como forma típica, sendo exemplo a conduta do agente que incute na vítima que ela é portadora de um mal espiritual e que só poderá retirá-lo mediante culto espírita em que tem que se submeter ao relacionamento sexual com aquele (OAB, 1ª fase, prova branca, teste 63, 28-4-2013). Mais recentemente, o agente que afirma ter poderes espirituais e aproveita para manter relacionamento com a vítima. Ou ainda, a conduta de mulher que se entrega a ato sexual, crente de que a pessoa é aquela que iria matar o seu companheiro, verificando-se depois tratar-se de outra pessoa. O ato sexual é consentido, mas **viciada a vontade**. Verifica-se que, pela doutrina, o ato sexual não necessita ser viciado, bastante o **erro** na interpretação do contexto. **Tipo subjetivo.** É o dolo *direto*, consistente na vontade de ter relação sexual ou praticar outro ato libidinoso mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. A doutrina entende que é necessário o elemento subjetivo do tipo consistente na vontade do atendimento à lascívia do agente. **Consumação.** Consuma-se o delito com a violação sexual que significa *conjunção carnal*, ainda que incompleta (não há necessidade de ejaculação) ou a prática de outro ato libidinoso. A tentativa é admitida quando o agente está iniciando o ato sexual (na conjunção carnal) e é interrompido por terceiro. Também já se admitiu a tentativa na prática de ato libidinoso quando ocorre apenas toque superficial no corpo da vítima (TJSP, Apelação nº0006858-45.2016.8.26.0565, Rel. Marcos Correa, j. 22.03.2018). **Vantagem econômica.** Aplica-se a pena de multa se o delito possui o objetivo de obter vantagem econômica. Não existem mais as qualificadoras em decorrência da mulher ser virgem e menor de 18 e maior de 14 no antigo crime de posse sexual e de ser menor de 18 e maior de 14 do *revogado* art. 216 (atentado). **Diferença com o delito do art. 217-A, § 1º.** A Lei nº 12.015/09 criou um tipo penal equiparado ao estupro de vulnerável no que concerne a vítima que, por outra causa, não puder oferecer resistência. Já o art. 215 fala em “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. Então, qual

será o parâmetro para diferenciar ambos os tipos? Seguimos a orientação de Nucci (*Crimes contra os costumes*, p. 29), para quem deve-se aferir o grau de afetação da vítima, ou, para utilizarmos a expressão atual do Código, o grau de vulnerabilidade. Exemplo: a vítima está parcialmente embriagada e mantém relação sexual com o agente: o crime seria do art. 215 (fraude). Se a vítima estiver totalmente impossibilitada de oferecer resistência, o crime será do art. 217-A, § 1º (estupro de vulnerável). Nesse sentido, havendo dúvida sobre o grau de embriaguez da vítima, isto é, se parcialmente ou completamente embriagada, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, deve-se desclassificar o delito do art. 217-A para o do art. 215 (TJRS, AC 70072502008, Rel. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, DJ 15.02.2017).

10.2-A IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP)

O tipo penal em destaque veio a substituir a anterior contravenção de importunação ofensiva ao pudor do art. 61 da LCP, que acabou sendo **revogada** pela Lei nº 13.718, de 24/09/2018. Nem precisava existir essa *revogação*, pois condutas como importunar através de palavras (chamar uma mulher de “gostosa”), poderiam continuar a ser punidas pela contravenção. **Bem jurídico.** O bem jurídico tutelado é a *liberdade sexual do homem e da mulher*. **Sujeitos do delito.** **Sujeito ativo:** é qualquer pessoa, abrangendo o homem e a mulher. **Sujeito passivo:** é qualquer pessoa, abrangendo o homem e a *mulher*, maior de 14 (quatorze) anos, porque se menor, há crime de estupro de vulnerável (Mirabete, *Código penal interpretado*, p. 1014-1015). *Sobre a impossibilidade de desclassificação do delito do art. 217-A para o do art. 215-A, vide item 16.4.4 abaixo.* Deve existir uma pessoa física que não consente com a conduta: ex. agente se masturba na frente da vítima. Se o agente se masturba na rua, trata-se de ato obsceno (Rogério Sanches Cunha, Lei 13.718/18 – INTRODUZ MODIFICAÇÕES NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE HUMANA, “in” <http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/09/140afc83-crimes-sexuais-lei-13718-18.pdf>). **Tipo objetivo.** O tipo fala em praticar ato libidinoso, ou seja, é eminentemente comissivo o ato do agente criminoso. Todavia, admite-se a forma omissiva, se o agente for garante (art. 13, § 2º, do CP). Ato libidinoso consiste em ato lascivo, devasso, ou seja, aquele que visa atender ao apetite sexual. Como o tipo penal formal fala em prática contra alguém, exige-se uma conduta direcionada a determinada pessoa, mas dispensa-se o **contato físico**, diferentemente do estupro, onde se prescinde do contato físico. Dessa forma, se o agente em um ônibus, sem anuência da ofendida secundária, masturba-se, haveria o delito do art. 215-a do CP. Pode ser praticado em local público ou privado. É um tipo residual. Se praticar com exercício da violência ou grave ameaça, há crime de estupro (art. 213). Se a vítima é menor de quatorze anos ou em outra situação de vulnerabilidade, há delito de estupro de vulnerável (art. 217-A). **Diferença com meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima do art. 215:** nessa hipótese, a vontade da vítima está afetada e existe uma situação de vulnerabilidade **média**. O exemplo seria a embriaguez parcial. Agora, com o novo tipo do art. 215-A, em razão do princípio da especialidade, no caso de falta de anuência, existira esse delito. Um exemplo é do sujeito que, em trem lotado, abre o zíper e ejacula nas coxas da mulher. Diante de um transporte lotado, não há chance da vítima se desvencilhar do assédio do agente. Ou então, o agente criminoso, que aproveita para tatear as nádegas da vítima. Em todos esses exemplos, não existe violência ou grave ameaça exercida contra a ofendida, mas evidente discordância desta. Havendo conduta com menor intensidade, como o simples encosto lascivo na vítima, sem constrangimento e em local público ou acessível ao público, há apenas o crime em testilha do art. 215-A. A jurisprudência não exige que a vítima esteja sem roupa (desnuda) para caracterizar o crime de estupro (RT 429/380). Todavia, na prática forense, o contato físico sobre as vestes (exemplo: em aglomeração no ônibus, no trem etc.) caracteriza a importunação. Assim, há apenas o crime do art. 215-A

(e não mais a contravenção) se: “ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave” (STJ, REsp 1598077/SE, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 28.06.2016). **Estupro e não importunação.** Por outro lado, o toque nos seios, nas nádegas, nas coxas, mesmo com as vestes de forma reiterada, caracteriza o crime de estupro, anteriormente denominado atentado violento ao pudor (STJ, REsp 1105360/SC, j. 23-6-2009). Também situações em que o agente criminoso utiliza a força, mesmo que de forma repentina, caracterizam também o estupro. P. ex., situação narrada no inquérito DIPO 0046065-44.2016.8.26.0050 – Fórum Central Criminal Barra Funda – Comarca da Capital de São Paulo, onde o agente agarra com força a vítima, segurando-a pelos braços, e apertando-a contra seu corpo, beijando a boca da ofendida e ainda tentando enfiar a língua. Nesse caso, existindo a elementar da “violência,” mesmo que repentina, afasta-se o delito de importunação e o fato típica o estupro. Em igual sentido, não existe desclassificação do delito do art. 213 para o do art. 215-A, se o agente criminoso utiliza força física, aplicando uma gravata, para apalpar as nádegas e tentar retirar a calcinha (TJDF, Ag. Em Execução Penal n. 0000056-03.2019.8.07.0000, 3ª T. Criminal, j. 21/0/2019, DJe 25/02/2019). **Falta de consentimento do sujeito passivo maior de 14 (quatorze) anos.** Vê-se, portanto, que quanto à tipificação do delito é necessária uma discordância da vítima quanto ao ato sexual e também uma conduta com menor intensidade, como um “beijo roubado” (selinho), através do ataque de inopino. Mas não é exigível que a vítima demonstre explícita resistência, até porque pode ocorrer temor desta, bastando a **ausência de consentimento** (Mirabete, *Código penal interpretado*, p. 1015). P. ex., no ato de ejacular em um ônibus, de inopino, não existe uma discordância da vítima de pronto, em razão até da dissimulação da conduta. Mas depois de flagrado o agente, afere-se a discordância desta vítima. **“Praticar, na presença de alguém.”** O tipo penal em comento exige a presença física do agente criminoso e da vítima. Se tencionasse incluir a “presença virtual”, o legislador faria nos moldes do inciso III do § 7º do art. 121, mencionando expressamente a “presença física ou virtual”. A prática virtual, envolvendo o envio de imagens via celular p. ex. de práticas libidinosas caracterizaria o delito do art. 281-C, parte final. Situações relacionados ao crime do art. 215-A: (1) Padrasto que passa as mãos nos seios e regiões íntimas de enteada de 17 anos. Foi amoldado pela autoridade policial no processo 0008309-21.2018.8.26.0635, Capital de São Paulo (SP) como conduta do art. 215-A. Não concordamos com tal classificação, pois existe verdadeiro temor reverencial ilustrando a grave ameaça, tratando-se de crime de estupro. (2) Agente que intercepta a vítima e passa as mãos no seio e na cintura. O STJ no AgRg no REsp 1.730.341, Rel. Min. Laurita Vaz, decisão monocrática de 19/09/2018 analisou caso sem violência ou grave ameaça, em que o réu interceptou a vítima e passou a mão em seu seio e cintura. O juiz de primeiro grau considerou como estupro (art. 213 do CP), mas o TJPR desclassificou para a contravenção do art. 65 da LCP (tecnicamente seria a do art. 61 da LCP). Analisando REsp do MPPR, desclassificou para o delito do art. 215-A do CP. (3) Agente que assedia duas vítimas, encoxando-as e ejaculando na última. Trata-se de situação elencada no art. 215-A, do CP em caso do processo nº 1501492-36.2019.8.26.0050, 4ª Vara Criminal da Capital de São Paulo. **Tipo subjetivo.** É o dolo *direto*, consistente na vontade de praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso. O dolo específico ou elemento subjetivo do tipo é o objetivo de satisfazer a lascívia própria ou a de terceiro. Essa hipótese é mais difícil de ocorrer, mas vamos supor que alguém seja pago para ficar tateando as nádegas da vítima no ônibus. O agente criminoso que pagou seria esse “terceiro”. **Consumação.** Consuma-se o delito com a prática de qualquer ato libidinoso (crime material). A tentativa é admitida quando o agente está iniciando a prática do ato libidinoso e é interrompido por circunstância alheia. Também já se admitiu a tentativa

na prática de ato libidinoso quando ocorre apenas toque superficial no corpo da vítima (TJSP, Apelação nº 0006858-45.2016.8.26.0565, Rel. Marcos Correa, j. 22.03.2018).

10.3 ASSÉDIO SEXUAL (ART. 216-A DO CP)

Bem jurídico. A liberdade sexual da pessoa (homem ou mulher), bem como a liberdade ao exercício do trabalho. **Sujeitos do delito. Sujeito ativo:** é crime próprio (Nucci, *Manual de direito penal*, p. 801): o agente superior hierárquico ou que tenha ascendência (como no art. 226), estando em posição de mando. Não se trata de crime de mão própria, pois existe possibilidade de se utilizar interposta pessoa para consumação do crime. O emprego, cargo ou função tanto pode ser público como particular. **Sujeito passivo:** o sujeito passivo deve estar em posição de inferioridade, tratando-se de relação de trabalho. É irrelevante o sexo dos sujeitos ativo e passivo. Trata-se, portanto, de um crime bipróprio, exigindo tanto uma situação especial do sujeito ativo como do sujeito passivo (Mirabete e Fabbrini, *Código penal interpretado*, p. 216). **Tipo objetivo. Constranger:** significa em sentido estrito, coagir, obrigar, visando obter a vantagem ou favorecimento sexual (a conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal). O CP errou ao falar em “constranger”, pois na expressão técnica do art. 226 implicaria em violência ou grave ameaça. Melhor teria sido falar em “abusar”, pois no constrangimento ilegal haverá estupro ou atentado violento ao pudor. No assédio, constranger significa apenas incomodar, importunar. Admite todos os meios de execução: gestos, palavras, escritos. Para Masson (ob. cit., v. 3, p. 47), citando a OIT, abrangeria convites impertinentes, abrangendo condição clara para manter o emprego, influir na promoção da carreira etc., devendo a intimidação ser séria, não se configurando o simples gracejo. Já se condenou dono de sorveteria que assedia funcionária de 17 anos, ameaçando de não a registrar se não se aceitasse a relação sexual (TJSP, AC nº 0003410-21.2012, j. 18-3-2014). **Médico militar.** Já se admitiu crime de assédio sexual sob a forma de continuidade delitiva, de médico militar aspirante que constrangia cadetes intendentess, aproveitando de sua ascendência para obter vantagem ou favorecimento sexual (TRF3, RSE 0001603-81.2017.4.03.6115/SP, Rel. Des. Fausto de Sanctis, j. 12/03/2019). **Professor.** Há discussão se o professor comete o crime de assédio em relação ao aluno. Para Nucci, não, porque aluno não exerce emprego, cargo ou função na escola e embora possa haver ascendência, não há relação de vínculo de trabalho entre professor e aluno (*Manual de direito penal*, p. 801), posição seguida por Bitencourt (*Tratado de direito penal*, parte geral, p. 41). Já Damásio (*Código penal anotado*, p. 742), entende possível o crime na relação discente e docente, desde que a conduta se relacione ao emprego, cargo ou função, mas é explícita a sua ascendência. Igualmente Prado (*Curso de direito penal*, v. 2, p. 615), para quem o tipo não exige uma carreira funcional, mas apenas uma relação de domínio. Não havendo tipicidade formal, o professor poderia responder por importunação ofensiva ao pudor (LCP, art. 61). O STJ, no REsp 1.759.135/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para o acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 13/08/2019, DJe 01/10/2019, entendeu que existe o delito, porquanto não se pode ignorar a ascendência do professor sobre o aluno e em razão disso, pode o professor despertar admiração, obediência e temor nos alunos, tendo condição de se impor para obter o benefício sexual. Portanto, admite-se uma **ascendência informal ou imprópria** e não apenas **formal ou própria**, que é inerente ao exercício de cargo de chefia. **Inerente ao exercício do emprego, cargo ou função.** Cargo e função são expressões da Administração Pública. Cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades de um servidor (art. 3º, Lei nº 8.112/90). Função é atribuição ou atividade específica do agente administrativo. Já emprego, embora aceito na Administração Pública, é conceito da atividade privada, incluindo a prestação de serviços de forma contínua, mediante salário e com subordinação ao empregador. Inclui, pois, o tipo o empregado doméstico, excluindo a diarista pelo caráter de autonomia (Prado, *Curso de direito penal*,