

## ESTUPRO COLETIVO: FATO TÍPICO OU ATÍPICO?

*Juliana Caramigo Gennarini*<sup>89</sup>  
*Caroline Rodrigues Domingos*<sup>90</sup>

Tem sido comum, infelizmente, o relato na mídia da prática de violência sexual por mais de um agente. Na notícia é comum a denominação da conduta como crime de Estupro Coletivo. Mas ele existe como crime?

Trazemos um exemplo da narrativa: Em notícia vinculada pelo portal G1 – Sorocaba e Jundiaí<sup>91</sup>, a violência sexual sofrida por uma mulher recebeu o título de estupro coletivo. Em síntese, na madrugada do dia 23 de outubro de 2020, uma mulher de 30 (trinta) anos foi socorrida pela guarda municipal da cidade de Itatiba – SP a qual teria sido obrigada a manter relação sexual, sem consentimento, com 12 homens. A vítima relatou que foi contratada por um dos rapazes para um trabalho de garota de programa, próximo ao local do ocorrido e,

por estar em uma situação precária e endividada, ela aceitou. Chegando no local, a esperavam o cliente e outros homens. A mulher apontou que foi drogada e violentada mediante força física, sem o uso de preservativos, pelos 12 homens inclusive por aquele que a contratou. Ela foi levada ao hospital Santa Casa, localizado no município de Itatiba-SP, onde narrou a violência sexual sofrida e que era portadora do vírus HIV.

O caso teve grande repercussão na mídia da região, bem como nas redes sociais, o que causou grande repulsa na sociedade.

Será, então, que estamos diante de um estupro coletivo? Tal figura tem correspondência na legislação penal como crime? A prostituta pode ser vítima de violência sexual?

### 1. Estupro

Inicialmente, antes de analisar se a conduta narrada se trata de um estupro coletivo e se ela tem correspondência na legislação penal como crime, é necessário abordar o crime de estupro e seus elementos configuradores.

<sup>89</sup> Advogada. Professora Universitária – Faculdade de Direito Unianchieta. Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito penal e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

<sup>90</sup> Acadêmica de Direito.

<sup>91</sup> GLOBO, G1, Sorocaba e Jundiaí. *Guardas socorrem mulher estuprada por 12 homens em Itatiba; ninguém foi preso*. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2020/10/24/guardas-socorrem-mulher-que-sofreu-estupro-coletivo-em-itatiba.ghtml>> Acesso em 28/10/2020 às 19:02.

O crime de estupro está previsto no Código Penal Brasileiro no título VI do capítulo I, na rubrica “Dos Crimes contra a Liberdade Sexual”, artigo 213, *in verbis*:

**“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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)*

**§ 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)”<sup>92</sup>*

A conduta delituosa acima transcrita, não é a original do Código Penal de 1940, mas sim a promovida pela lei 12.015/09.

O texto original de 1940 previa duas condutas distintas quanto a violência sexual:

a) o constrangimento sexual mediante conjunção carnal, entendida como cópula vagínica caracterizando, pois o crime previsto no art. 213 do CP. A

vítima desta conduta só poderia ser a mulher; e

b) a violência praticada por qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, conduta esta prevista no artigo 214 e denominada como atentado violento ao pudor. Nela não havia exigência de vítima específica, podendo ser praticada tanto contra o homem quanto contra a mulher.

A lei 12.015/09 promoveu não só a alteração na redação do artigo 213, como também revogou expressamente o artigo 214, ambos do Código Penal.

A nova lei não só alterou a redação das condutas, mas modificou o bem jurídico tutelado que, no texto original do CP, protegia os costumes e passou a amparar a Dignidade Sexual, esta considerada como a liberdade sexual, ou seja, escolha livre de parceiros sexuais. Aliás, a nova ordem legislativa conferiu a possibilidade na recusa de homens e mulheres a submeter-se à prática de atos sexuais ou eróticos que não queiram realizar, ou seja, evitando o constrangimento na realização pela força física ou coação moral. Assim ensina Bitencourt,

<sup>92</sup> BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-.lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-.lei/del2848compilado.htm)>

*“o presente tipo penal, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de autodeterminar-se sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e vontade consciente; pretende-se, em outros termos, assegurar que a atividade sexual humana seja realizada livremente por todos”<sup>93</sup>”.*

Portanto, com as mudanças promovidas pela Lei 12.015/09, as condutas que estavam individualmente previstas nos artigos 213 e 214 do CP foram unificadas em um único tipo penal, culminando com a atual redação do artigo 213 CP.

No novo crime de estupro temos, portanto, duas formas de cometimento da infração:

- a) constranger à conjunção carnal; e
- b) constranger a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Com a modificação legislativa, se promoveu uma readequação quanto ao autor do crime de estupro. Atualmente, tanto homem quanto mulher podem figurar como sujeitos ativos do crime, o que não era possível na redação original do Código Penal de 1940.

No que tange a vítima do estupro também não há distinção de gênero ou de orientação sexual, vale dizer, homens, mulheres, transexuais e transgêneros poderão ser sujeitos passivos do delito, inclusive a prostituta/prostituto.

Nesse ponto, importante ressaltar que, para o exercício pleno da liberdade sexual, não se exige idade, opção sexual, virgindade ou a honestidade da vítima anterior ou concomitante à conduta, mas sim, que o exercício da sexualidade seja realizado com consentimento dos envolvidos, vale dizer, sem ser a força. Logo, desde a reforma promovida pela Lei 12.015/2009, qualquer indivíduo pode ser considerado vítima do crime de estupro quando realizada uma conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso sem consentimento, não havendo mais definições de gêneros para o delito.

O estupro é um crime doloso, uma vez que, o sujeito ativo (autor da infração) age com vontade livre e consciente em constranger a vítima, contra a sua vontade, a manter conjunção carnal (cópula vagínica) ou a praticar ou com ele se pratique outro ato libidinoso. Frise-se que o dolo deve ser atual, ou seja, no momento da ação. A satisfação da lascívia, compreendida como luxúria,

---

<sup>93</sup> BITENCOURT, CESAR ROBERTO. Código Penal Comentado. São Paulo. Saraiva Jur. 2020.

concupiscência, comportamento desregrado com relação aos prazeres do sexo, não é exigida para fins de configuração do tipo.

E não e só. Trata-se de crime é eminentemente doloso, pois o legislador não previu a figura culposa de forma expressa, de acordo com a regra prevista no parágrafo único do artigo 18 do Código Penal.

## 2. Estupro coletivo

### 2.1 Conceito de crime

Após delinear os elementos principais do crime de estupro, necessário analisar a imputação do estupro coletivo.

É ele previsto na legislação brasileira ou trata-se de fato atípico? Para responder a essa pergunta é preciso relembrar o conceito de crime trazendo à baila, de forma sucinta, algumas considerações sobre a definição.

A Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei n. 3.914/41) faz a seguinte definição de crime:

*“Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa*

*ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”*

<sup>94</sup>.

Todavia, como se pode notar, a referida lei destacou apenas as características que distinguem as infrações penais, divididas em crimes e contravenções penais. O Código Penal vigente (1940, com a Reforma Penal de 1984) não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina. Esta, em contrapartida, não se refere apenas a um conceito, mas o divide em 3 acepções: a material, a formal e a analítica.

Na acepção material, crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses da sociedade, exigindo sua proibição com a ameaça de pena. Sob o foco formal, o crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena. E no aspecto analítico, seguindo a posição majoritária, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável.

Beling sistematizou a definição de crime como sendo: “a ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições de dita penalidade”<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> BRASIL. Decreto Lei 3.914/41. Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm)

<sup>95</sup> Jescheck, Tratado de Derecho Penal, trad. de Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. I. p. 273-4.

Utilizando o conceito analítico de crime tem-se que um dos elementos que compõem o fato típico é a tipicidade, sendo esta considerada como “a adequação de um ato praticado pelo agente com as características que o enquadram a norma descrita na lei penal como crime”<sup>96</sup>.

Destaca-se que um dos princípios norteadores do Direito Penal se manifesta pela locução “*nullum crimen nulla poena sine previa lege*”, prevista no artigo 1º do Código Penal brasileiro, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal*”<sup>97</sup>.

A legalidade é alçada também a princípio constitucional, pois, de acordo com o artigo 5, inciso II da Constituição Federal “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”<sup>98</sup>.

Então, se aplicada a legalidade sob o prisma constitucional e penal, bem como pelo conceito de tipicidade, tem-se que o tipo penal é uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em

tese, delitivas. É, portanto, o modelo abstrato que descreve um comportamento proibido exercendo uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes.

Com isso, após relembrar o conceito de tipo penal, frise-se, sucintamente, possível que seja averiguado se a conduta do estupro coletivo é ou não prevista como crime.

## 2.2 Estupro Coletivo

O denominado estupro coletivo foi introduzido no Código Penal Brasileiro pela Lei 13.718/2018, com redação prevista no artigo 226, inciso IV, alínea “a”, *in verbis*:

**“Art. 226. A pena é aumentada: IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado: a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes”**,<sup>99</sup>

Apesar do “*nome iuris*” (nome jurídico) dado pelo legislador à figura típica em comento (estupro coletivo), ela nada mais é do que um concurso eventual de agentes, com tratamento diferenciado

<sup>96</sup> BITENCOURT, CESAR ROBERTO. Código Penal Comentado. São Paulo. Saraiva Jur. 2020. P -769

<sup>97</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>

<sup>98</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

<sup>99</sup> Brasil. *Código Penal*. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> acesso em 28/10/2020.

da regra prevista no artigo 29 do estatuto penal.

A natureza jurídica do referido dispositivo é uma causa especial de aumento de pena à figura principal, qual seja, ao crime de estupro consistente na prática da violência sexual – conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso – exercida por duas ou mais pessoas.

Portanto, não se trata de um crime específico, mas sim de uma majorante aplicada ao crime de estupro.

A escolha do legislador pela causa de aumento de pena demonstra a maior gravidade da conduta, no qual imprime maior temor a vítima e eficiência na prática delituosa, uma vez que esta se vê ainda mais frágil em razão do número de agentes que praticam a ação.

Ressalte-se que o legislador utilizou a palavra “concurso” no texto da majorante, no qual abrange a autoria e a participação. Nesse passo, para a incidência da causa especial de aumento de pena o legislador não teria feito distinção entre os executores do delito, vale dizer, em autor e partícipe.

Ocorre que o artigo 29 do Código Penal, ao impor que “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime nas penas a este cominadas, na medida e sua culpabilidade*<sup>100</sup>” **não** faz perfeita

distinção entre autor e partícipe. Coube a doutrina, mais uma vez, a fazê-lo, levando em conta a atuação de cada um dos sujeitos na ação delituosa e na importância da sua contribuição para que sejam responsabilizados.

A verdade é que o art. 29 do Código Penal demonstra a possibilidade do concurso de pessoas aplicável nos crimes unissubjetivos, em que o tipo penal determina que pode ser cometido por uma ou mais pessoas. Quando o dispositivo estabelece o concurso de pessoas, não é determinado a relação de autor e partícipe, pois há a possibilidade de haver a relação de autor e partícipe, coautores e partícipes, como também somente coautores, o que obviamente é determinado pela culpabilidade e punibilidade de cada sujeito a partir de suas condutas no *intercriminis*.

Bitencourt descreve claramente quais são os requisitos para o concurso de pessoas, dos quais o imprescindível é a pluralidade de agentes e de condutas, vejamos:

*“Esse é o requisito básico do concurso eventual de pessoas: a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. Embora todos os participantes desejem contribuir com sua ação na realização de uma conduta punível, não o*

---

<sup>100</sup> Opcit

*fazem, necessariamente, da mesma forma e nas mesmas condições. Enquanto alguns, segundo Esther Ferraz, praticam o fato material típico, representado pelo verbo núcleo do tipo, outros limitam-se a instigar, induzir, auxiliar moral ou materialmente o executor ou executores praticando atos que, em si mesmos, seriam atípicos. A participação de cada um e de todos contribui para o desdobramento causal do evento e respondem todos pelo fato típico em razão da norma de extensão do concurso.”<sup>101</sup>*

Exige-se também a necessária relevância causal de cada conduta, pois “A conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Nem todo comportamento constitui “participação”, pois precisa ter “eficácia causal”, provocando, facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal.”<sup>102</sup>

Além destes, são também requisitos o vínculo subjetivo entre os participantes e a identidade da infração penal.

O conceito e a delimitação de autor e partícipe não são uníssonos entre a doutrina e, por isso, resultou em diversas teorias. São elas, sucintamente:

a) Teoria extensiva de autor

Não há distinção entre autor e partícipe.

*“O conceito extensivo tem como fundamento dogmático a ideia básica da teoria da equivalência das condições, de tal forma que sob o prisma naturalístico da causalidade não se distingue a autoria da participação. Todo aquele que contribui com alguma causa para o resultado é considerado autor. Com esse ponto de partida, inclusive instigador e cúmplice seriam considerados autores, já que não se distingue a importância da contribuição causal de uns e outros. Por isso, o conceito extensivo de autor vem unido à teoria subjetiva da participação, que seria um complemento necessário daquela. Segundo essa teoria, é autor quem realiza uma contribuição causal ao fato, seja qual for seu conteúdo, com “vontade de autor”, enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente “vontade de partícipe.”<sup>103</sup>*

b) Teoria subjetiva (ou unitária) de autor

Considera-se autor todo e qualquer causador do resultado típico, sem distinção.

c) Teoria restritiva de autor

Apresenta conceito de autor e partícipe, com duas vertentes:

- Teoria objetivo formal

<sup>101</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

<sup>102</sup> Opcit.

<sup>103</sup> Opcit.

- Aqui, o autor é quem realiza a ação nuclear típica e partícipe é quem concorre de qualquer forma<sup>104</sup>.
- Teoria Objetivo-material
- Quem contribui objetiva e efetivamente para a ocorrência do resultado é o autor, não necessariamente praticando a ação nuclear típica. E o partícipe é o concorrente menos relevante para o desdobramento causal, mesmo que sua conduta configure o núcleo do tipo<sup>105</sup>.
- Teoria do domínio do fato

Para esta teoria, o autor é quem decide a forma de execução, início, cessação e demais condições. O partícipe é aquele que colabora dolosamente para o alcance do resultado e que não exerce o domínio sobre a ação.

Portanto, em que pese o uso do gênero “concurso” na referida majorante (artigo 226, inciso IV, alínea “a”), exige-se que seja demonstrada expressamente a coautoria ou participação, para que seja aplicado o quantum respectivo, de 1/3 a 2/3, vale dizer, conforme colaboração dos agentes na fase executiva. Desta forma, aumento máximo, se coautor e, mínimo, se partícipe.

<sup>104</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

### 3. Do Caso narrado

Com a análise preliminar do crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, bem como a figura da majorante de estupro coletivo, prevista no artigo 226, inciso IV, alínea “a” também do referido Códex, pergunta-se:

- a) o caso narrado no início deste artigo pode ser enquadrado como crime de estupro praticado mediante o concurso de agentes ou temos uma figura específica denominada como estupro coletivo?
- b) pode ser a vítima da violência sexual uma prostituta?

#### 3.1 Concurso de agentes ou estupro coletivo?

Não se trata de uma nova figura típica e tampouco um simples concurso de agentes, aplicando-se a regra geral prevista no artigo 29 Código Penal com o crime de estupro previsto no artigo 213 do CP. Trata-se, pois, de figura especial, qual seja, aplicação do art. 226, IV, “a” do CP.

Conforme já analisado, o artigo 226, inciso IV, “a” do CP trata-se de uma majorante especial (causa especial de aumento de pena) aplicada ao crime de

<sup>105</sup> Opcit.

estupro quando este for praticado em concurso de mais de 2 pessoas.

Diante da narrativa do caso, a mulher fora constrangida a manter relação sexual com 12 homens, mais de 2 pessoas, portanto, ocasião em que preencheu o requisito previsto no referido dispositivo.

Muito embora não se aplique ao caso a regra geral do concurso de agentes, prevista no artigo 29 do CP, se faz necessária a aplicação das distinções trazidas pela doutrina ao dispositivo da parte geral à regra especial, posto que o concurso a que se refere o artigo 226, IV, “a” do CP, não faz a distinção de quem é o autor e partícipe no estupro coletivo.

Nesse sentido, entende-se que o que há é apenas uma regra específica de aumento de pena em caso de concurso de agentes (mais de 2 pessoas) para aqueles que cometem o crime de estupro. No entanto, sem diferenciar se autor ou partícipe.

É por isso que, para aplicação da majorante especial, deverá ser investigada a efetiva realização da conduta dos 12 homens para auferir se agiram em coautoria ou em participação. É aqui que se utilizarão das definições e distinções dadas pela doutrina à regra geral de concurso de agentes, prevista no art. 29 do CP. Isto deve ser feito para que a determinação do aumento, em 1/3 ou 2/3,

seja aplicado conforme a efetiva realização de cada um na conduta proibida.

No caso relatado, aquele que contratou a prostituta para o “programa” responde pela causa de aumento uma vez que, não só não impediu a ação delituosa como também agiu em conjunto com os demais e, portanto, s.m.j, deve ser aplicada a majorante em grau diferenciado.

### **3.2 A prostituta como sujeito ativo do crime de estupro**

Inicialmente, conforme já tratado na análise da figura do estupro, não há distinção de gênero, raça, orientação sexual, idade, virgindade ou honestidade da vítima que sofre o constrangimento.

Importante ressaltar que a prostituição não é alçada como infração penal, muito pelo contrário. Hoje, inclusive, é regulamentada como atividade profissional, cujo reconhecimento laboral e o recolhimento das verbas advindas desta condição.

Como a figura principal é a do crime de estupro, deve-se seguir com os elementos caracterizadores desta infração penal e à majorante cabe apenas a configuração da realização da violência sexual por mais de 2 pessoas.

Irrelevante, pois, tratar-se a vítima de prostituta. O que importa é imprimir o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, bem como a permitir que com ela se pratique as mesmas condutas.

## CONCLUSÃO

Conclui-se, pois, poderão os agentes ser denunciados pelo crime de estupro, com a causa de aumento de pena prevista no artigo 226, inciso IV, a do Código Penal, majorante esta que foi denominada pelo legislador como estupro coletivo.

Independente da repercussão pública referente ao ato, necessário que as condutas sejam denunciadas à autoridade policial competente para que sejam reprimidos com o rigor da lei penal.

## BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. Código Penal Comentado. São Paulo. Saraiva Jur. 2020. P-1614

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição Federal.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-1968/lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-1968/lei/del2848compilado.htm).

BRASIL. Decreto Lei 3.914/41. Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-1968/lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-1968/lei/del3914.htm).

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016

GLOBO, G1, Sorocaba e Jundiá. Guardas socorrem mulher estuprada por 12 homens em Itatiba; ninguém foi preso. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2020/10/24/guardas-socorrem-mulher-que-sofreu-estupro-coletivo-em-itatiba.ghtml>> Acesso em 28/10/2020 às 19:02

JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, trad. de Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. I.