

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
- ASCES
CURSO DE DIREITO**

GABRIELA FLORENCIO DE AMORIM

**ESTRUTURA TÍPICA ATUAL DO DELITO DE ESTUPRO: QUESTÕES
CONTROVERTIDAS SOB À ÓTICA DAS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS**

CARUARU

2016

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
- ASCES
CURSO DE DIREITO**

GABRIELA FLORENCIO DE AMORIM

**ESTRUTURA TÍPICA ATUAL DO DELITO DE ESTUPRO: QUESTÕES
CONTROVERTIDAS SOB À ÓTICA DAS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade ASCES, como requisito parcial, para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Arquimedes Melo.

**CARUARU
2016**

BANCA EXAMINADORA

GABRIELA FLORENCIO DE AMORIM

ESTRUTURA TÍPICA ATUAL DO DELITO DE ESTUPRO: QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOB À ÓTICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Trabalho acadêmico: Monografia de Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Data de Aprovação:

Caruaru, ____ de _____ de ____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Arquimedes Melo

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de conclusão de curso ao meu Deus, pois toda graça alcançada devo a Ele, aos meus pais, Cícero de Amorim Soares e Marleide Gomes Florencio de Amorim, aos quais eu devo tudo em minha vida, pois me dedicaram amor a cada dia e sempre me incentivaram a nunca desistir dos meus objetivos, e ao meu noivo por todo incentivo a buscar meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante toda a minha caminhada até aqui. Suas bênçãos poderosas sobre mim sempre foram o meu sustento, e o que me mostrou um mundo de possibilidades, demonstrou em cada etapa da minha vida que Ele é o Senhor do tempo, me dando sempre a certeza de que sou filha daquele que é Santo e que nEle posso todas as coisas.

Aos meus pais, Cícero de Amorim Soares e Marleide Gomes Florencio de Amorim e a todos os meus familiares, em especial as minhas tias Marli e Miriam Gomes Florencio que estiveram presentes em cada etapa de minha vida, pela paciência de todos nos momentos em que não estive presente para me dedicar a este trabalho.

Ao meu noivo, Marçal Lucas da Silva, pelo amor demonstrado a cada instante, sempre ao meu lado buscando minha felicidade e me apoiando em todas as horas e também pela paciência durante toda elaboração deste trabalho.

Ao meu brilhante orientador, Arquimedes Melo, pelo apoio, dedicação e força dada na realização deste importante trabalho para a minha conclusão.

A todos os professores, de forma geral, que fizeram parte da minha história acadêmica, contribuindo com seus ensinamentos para o meu conhecimento.

As minhas amigas de faculdade e de vida, Gabrielly Andrade dos Santos, Karla Daniela de Almeida Tabosa, Laise Marina Barbosa e Williane Raquel N. de Oliveira que me deram a força necessária para chegar até aqui.

E, por fim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a realização de mais uma etapa da minha vida.

Ele dá ânimo ao cansado e recupera as forças do enfraquecido. Até os jovens se fatigam e cansam, e os moços tropeçam e caem, mas os que nEle esperam renovam suas forças, criam asas, como águias, correm e não se fatigam, podem andar que não se cansam.

Is 40- 29, 31

RESUMO

O presente trabalho monográfico, tem por finalidade analisar juridicamente a figura do crime de estupro atualmente, após este ter sofrido alterações em sua estrutura típica, bem como as consequências e repercussões jurídicas que estas modificações trouxeram. Essa alteração se deu com o advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, que fez com que deixasse de existir o crime de atentado violento ao pudor, inserindo sua tipificação no dispositivo que trata do estupro. Neste trabalho, além de confrontar essa modificação legislativa com princípios que estão previstos na Constituição Federal de 1988, iremos analisar principalmente o termo “Ato libidinoso diverso da conjunção carnal” e entender se essas alterações foram benéficas ou prejudiciais a sociedade como um todo, ou seja, se cumpriu sua função de resguardar os direitos da sociedade ou não.

Palavras-chave: Estupro. Atentado Violento ao Pudor. Lei 12.015/2009. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Consequências Jurídicas.

ABSTRACT

This monograph , is to legally analyze the crime of rape figure now , after it has undergone changes in its typical structure , and the consequences and legal repercussions that these changes have brought . This change occurred with the enactment of Law 12,015 of August 7, 2009 , which meant that ceased to exist the crime of indecent assault , entering your typing on the device that deals with rape. In this work , in addition to confront this legislative amendment to the principles that are embodied in the Federal Constitution of 1988 , we will mainly analyze the term " libidinous act of carnal knowledge " and understand if these changes were beneficial or harmful to society as a whole , ie if fulfilled its function of protecting rights or not.

Key words: Rape. Violent attack to Modesty . Law 12,015 / 2009 . Libidinous act of sexual intercourse . Legal Consequences .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO.....	07
1.1. A Evolução Histórica do crime no mundo.....	07
1.1.1. Código de Nesilim.....	08
1.1.2. Código de Ur - Nammu.....	09
1.1.3. Direito Grego e Romano.....	09
1.1.4. Direito Hebraico.....	11
1.1.5. Direito Mesopotâmico.....	12
1.1.6. Direito Germânico.....	13
1.1.7. Direito Canônico.....	13
1.1.8. Idade Moderna.....	14
1.1.9. Outros Países.....	15
1.2. A Evolução Histórica do crime no Brasil.....	15
1.2.1. Período Colonial.....	15
1.2.1.1. Ordenações Afonsinas.....	15
1.2.1.2. Ordenações Manuelinas.....	17
1.2.1.3. Ordenações Filipinas.....	17
1.2.2. Brasil Império – Código de 1830.....	19
1.2.3. Direito Republicano– Código de 1890.....	20
1.2.4. Código Penal atual – Código de 1940	21
1.2.5. Lei 12.015/2009	22
2. PARELHA CRIMINAL	24
2.1. Vitimodogmática.....	25
2.2. A vítima no Direito Penal Brasileiro atual.....	26
2.2.1. O comportamento da vítima no Direito Penal Brasileiro.....	26
2.2.2. Casos de legítima defesa.....	26
2.2.3. Causas extintivas de punibilidade.....	27
2.3. O consentimento da vítima.....	28
2.4. Parelha Criminal.....	29

3. ALTERAÇÕES QUE A LEI 12.015/09 TROUXE AO CRIME DE ESTUPRO.....	32
3.1. Bem Jurídico Tutelado.....	37
3.2. Ação Nuclear.....	38
3.3. Sujeito Ativo e Passivo.....	38
3.4. O marido como sujeito ativo.....	39
3.5. Tipos objetivo e subjetivo.....	41
3.6. Nível de resistência da mulher.....	42
3.7. Consumação e tentativa.....	43
3.8. Classificação doutrinária.....	44
3.9. Ação Penal e Segredo de justiça.....	44
3.10. Os pontos mais relevantes.....	45
3.11. Aspectos positivos e negativos.....	46
4. CONSEQUENCIAS QUE ESSAS ALTERAÇÕES TROUXERAM ...	51
4.1. A Lei penal no tempo.....	52
4.2. Concurso material e continuidade delitiva.....	55
4.3. A inconstitucionalidade da Ação Penal no estupro qualificado.....	58
4.3.1. Considerações gerais acerca da ação penal.....	60
4.3.2. Ação direta de inconstitucionalidade Nº 4301.....	61
4.4. A violação do princípio da proporcionalidade, sob o prisma da proteção deficiente do Estado e da Dignidade da pessoa humana.....	64
CONCLUSÃO	67

INTRODUÇÃO

De acordo com a evolução histórica dos povos e levando em consideração os costumes, a cultura e à formação da sociedade, os crimes, de caráter sexual, vêm sendo repudiados e condenados severamente desde a antiguidade. A punição para esse tipo de crime vem sofrendo alterações conforme a sociedade vem avançando, é por isso que sempre houve um maior destaque aos abusos sexuais cometidos contra as mulheres e crianças, porém, assim como a sociedade contemporânea, o delito mudou seus conceitos e finalidades, e uma maior atenção passou a ser dada conforme o processo evolutivo dos conceitos de igualdade e liberdade.

A dispositivo anterior, do Código Penal Brasileiro, agora alterado pela Lei 12.1015/09, especificamente em seu art.213, definia que o crime de estupro, caracterizava-se sempre que uma mulher era constrangida, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal, e determinava pena de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos. No artigo seguinte, agora revogado pela citada lei, estava previsto o crime de atentado violento ao pudor, que previa a redação: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

Em 2009, no dia 7 de agosto, foi promulgada a Lei 12.015, que promoveu alterações na legislação penal brasileira, mais especificamente no Título IV, da Parte Especial do citado código, com relação aos anteriormente chamados "Crimes contra os Costumes", que passaram a ser denominados "Crimes contra a Dignidade Sexual". Com isso, diversos tipos penais sofreram modificações.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2010), a palavra Estupro vem do latim *Stuprum*, que em seu sentido próprio, significa desonra, vergonha.

Já o termo “conjunção carnal”, previsto como elementar do tipo, é definido pelo autor Nelson Hungria (1947, p. 107):

Por conjunção carnal, em face do código, entende-se a conjunção sexual, isto é, a copula *secudum naturam* o ajuntamento do órgão do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal.

A liberdade sexual consiste na capacidade do sujeito de dispor do seu corpo livremente, como destaca Luiz Regis Prado (2010, p. 599):

De dispor livremente de seu próprio à prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante à relação em si, como no concernente à escolha de seu parceiro (...) na capacidade de se negar a executar ou a tolerar a realização por parte de outro de atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo-se, pois, ao constrangimento de que é objeto exercido pelo agente.

O trabalho em questão vai versar sobre as alterações feitas no crime de Estupro com o advento da Lei 12.015/09, que incluiu em sua redação os elementos que antes estavam previstos no Crime de Atentado Violento ao Pudor, extinguindo este último da legislação penal em vigor.

O crime em estudo permanece previsto no Título IV, da parte Especial do Código Penal, especificamente no art. 213. Ocorre que, além da conjunção carnal, que já estava prevista no citado dispositivo, os atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, encontram – se, agora, também elencados como elementares do tipo.

Algo que sempre foi matéria de discussão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, era a possibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva entre estes tipos penais. Muito embora a corrente que prevalecia fosse pela não possibilidade de continuação, havia ponderável corrente jurisprudencial no sentido de se admitir a continuidade, haja vista que embora fossem definidos em artigos diferentes, estupro e atentado violento ao pudor eram crimes da mesma espécie, pois não passavam de condutas homogêneas em que o agente, por meio de violência ou grave ameaça, procura satisfação de seu instinto sexual, violando a liberdade sexual da vítima.

De uma forma ou de outra, seguindo uma ou outra corrente, é certo que a prática de ambos os crimes num mesmo contexto sempre foi apenada de forma mais grave, quer pelo cúmulo do concurso material de crimes, quer pela exasperação da continuidade delitiva. Ocorre que, com a alteração trazida pela Lei nº 12.015/09, com a junção de ambas as condutas em um só tipo penal, o de Estupro, tal crime passou a ser caracterizado como um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ou seja, aquele que contém várias modalidades de conduta, qualquer uma delas

suficiente per si para a caracterização da prática do crime. Portanto, o estupro e o atentado violento ao pudor, que eram dois crimes autônomos com penas somadas, devem resultar na aplicação de uma única pena.

Com todo o exposto, percebe-se que as brechas deixadas pela nova legislação para análises subjetivas exigirão maior prudência dos operadores do direito penal na avaliação dos casos. A lei é taxativa, mas a interpretação terá que ser razoável e seguir o bom-senso na sua aplicação. Infelizmente essa nova lei perdeu a oportunidade de solucionar antigas controvérsias jurisprudenciais.

O tema é bastante discutido e de grande relevância, já que uma Lei, só é promulgada para garantir os interesses e a segurança da coletividade, quando ela não garante esses interesses, e traz mais controvérsias do que benefícios ela precisa ser revista.

O presente estudo pretende mensurar o grau de eficácia da nova tipificação do crime de Estupro, após o advento da Lei nº 12.015/09, identificando as consequências que as alterações atribuídas a este delito acarretaram a sociedade, as vítimas e aos autores destes delitos, através de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, e uma análise quantitativa de dados.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO

Analisando a evolução histórica dos povos e levando em consideração os costumes, a cultura e à formação da sociedade, percebe-se que o crime de estupro vem sendo repudiado e condenado severamente desde a antiguidade. A punição para tal crime sempre esteve inteiramente relacionada a tal evolução, sendo de fundamental importância estudar a história jurídica deste delito.

É importante frisar, que sempre houve um maior destaque aos abusos sexuais cometidos contra as mulheres e crianças, entretanto, assim como a sociedade contemporânea, o delito mudou seus conceitos e finalidades, e uma maior atenção passou a ser dada conforme o processo evolutivo dos conceitos de igualdade e liberdade.

Uma das formas de compreender uma sociedade é analisar sua legislação. O pouco que sabemos dos códigos das antigas civilizações trazem informações relevantes para entendermos algumas características da nossa sociedade contemporânea.

1.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO NO MUNDO

Sabe-se que desde os primórdios da humanidade há uma divisão entre macho e fêmea, homens e mulheres, algo que sempre foi objeto de discussões à cerca da sexualidade. A época mais conhecida pelos relatos de maior verossimilhança traçados sobre as relações entre os sexos e as próprias questões sexuais é a chamada Idade Antiga.

No decorrer desse período histórico havia a distinção entre várias sociedades, mas apesar disto, algumas características lhes eram comuns, como é o caso da composição das comunidades, divididas entre clãs familiares, patriarcais. No tocante à justiça cada uma dessas sociedades era regida por leis próprias, possuindo a semelhança de serem aplicadas pelos

indivíduos mais velhos e do sexo masculino, os patriarcas. Dentre essas sociedades algumas tiveram mais importância que outras na história do Direito Penal Brasileiro, é sobre elas que trataremos a seguir.

1.1.1. O Código de Nesilim

Nesilim era o nome que os hititas deram a si mesmos. No auge do seu poder, o seu território incluía grande parte do que hoje é a Turquia e se estendia até a Mesopotâmia. Há relatos de que esse povo era avançado, comparado a outros povos dessa época, e um dos motivos para se chegar a essa conclusão era um código com a previsão de vários crimes, que permanecem até os dias de hoje em nossa legislação.

Esse código recebeu o nome de Código de Nesilim, devido ao nome que se deram os hititas e foi datado entre 1650 a 1500 a.C. Exemplos de crimes que esse conjunto de leis já previa e que até hoje existem, são: lesão corporal grave, que resulta em um aborto e o estupro.

O código implicava que se um estupro ocorresse fora de casa o homem era considerado culpado e era condenado a morte, porém se o ato ocorresse dentro de casa, a mulher, ou seja, a vítima, era considerada culpada e ela deveria ser penalizada com a morte. À cerca disso pode-se perceber que há uma cultura machista que prevaleceu em toda a sociedade, e que ainda hoje, (quantos anos ou séculos depois?) presenciamos pessoas na sociedade alegando que é obrigação da mulher manter relações sexuais com o marido, e caso não queira e seja forçada a fazer isso, será um absurdo que o marido seja denunciado por estupro, afinal “é” um dever da mulher.

Este Código previa ainda, modalidade “bizarra” para esse crime, havia a previsão para este delito contra animais, e havia distinções entre eles, alguns possuindo mais valor do que a mulher que sofria esse mal dentro de casa, pois se o animal fosse um porco ou um cão, o criminoso era punido com pena de morte, já que esses animais eram sagrados em sua cultura, porém, se o delito ocorresse contra um cavalo ou uma mula, a pena seria a proibição da presença desses animais na frente do rei. Se fosse ainda contra uma vaca, ao rei caberia a decisão entre vida ou morte para o criminoso.

1.1.2. O Código de Ur-Nammu

Mais velho que o Código de Hamurabi, o código sumeriano datado entre 2.112 a 2.095 a.C., existe apenas em fragmentos recuperados pela Universidade da Pensilvânia (EUA) e o Museu Britânico. Alguns conteúdos são muito semelhantes aos do Código de Hamurabi, como a pena de morte para um assassino, no entanto, certas punições são bastante questionáveis, é o que acontece no crime de estupro.

No geral, o delito era punido com a morte, porém, se a vítima fosse um escravo o criminoso tinha apenas que pagar uma multa de 1,66 onças, cerca de 47g, de prata ao “dono” do escravo.

O Código Sumeriano seguinte, que data cerca de 1800 a.C., também abordava o delito, ele previa que se o homem estuprasse uma mulher e se compromettesse a casar com ela o crime era esquecido, e ainda, se o estuprador afirmasse que a mulher estava fora de casa sozinha, e ele não tinha conhecimento de que ela pertencia a uma família, o crime era perdoado da mesma forma. Fazendo uma analogia direta com o que ocorre atualmente na sociedade brasileira, podemos perceber que se uma mulher for estuprada na rua, onde estava sozinha e com certo tipo de roupa, infelizmente para maioria da população isso será um “motivo” para que a mesma sofra tal agressão, isso decorre de uma cultura totalmente atrasada e que não deveria persistir trinta e seis séculos depois.

1.1.3. Direito Grego e Romano

Estas foram as principais influências daquela época no atual Direito brasileiro. No que tange às questões sexuais, em ambas as civilizações era característica a diversidade em suas práticas.

Com surgimento das chamadas pólis, as antigas cidades gregas, algumas legislações específicas foram criadas para atender a necessidade de cada uma

delas, o que marca as divergências dentro da própria legislação Grega, visível exemplo de tal contraste está na comparação entre Atenas e Esparta, mas, apesar disso, a maior parte das pólis respeitava a legislação geral grega. A princípio, a violência sexual era punida apenas com multa. Posteriormente, a lei fora modificada, agravando a pena a pena de morte (PORTINHO, 2005).

Roma foi a responsável pelo surgimento do termo “stuprum”. A palavra “estupro” vem de stuprum, que se refere a qualquer ato sexual indevido, abrangendo inclusive as relações incestuosas e homossexuais, e o adultério, porém a palavra ‘stuprum’ na referida lei designava como crime a conjunção carnal ilícita com mulher virgem ou viúva honesta, mas tal conjunção não poderia ter violência” Isso porque, em Roma os estudos do Direito eram o foco da comunidade. Nas relações entre os gêneros, notório o poderio que o homem exercia sobre a mulher. O “pater famílias” exercia espécie de direito de propriedade sobre os membros de seu clã. O marido tinha o mesmo domínio sobre sua esposa. (PORTINHO, 2005). Segundo Capez, após o passar dos anos passou-se a punir, em Roma, os crimes contra a moral, cabendo ao pater famílias a repressão. (2011, p. 19).

A Legislação Romana tratava sempre qualquer fato degradante social com forte dose de rigidez. O Direito Penal Romano, assim como nos primórdios de qualquer povo primitivo, teve sua base sacra. A partir da Lei das XII Tábuas (século V a.C.), é que o Direito Penal estava estabelecido, fazendo distinção entre o Direito Público e Privado. Por ser considerada a maior fonte originária de vários institutos jurídicos, o Direito Romano tornou-se base para um estudo amplo e de poucas variantes na esfera penal, conforme respalda Bittencourt.

Em relação a variação entre as penas que eram aplicadas nessa época entende-se que esse crime sempre foi um delito antagônico, ou seja, sempre mostrou divergências em suas características, um exemplo claríssimo disso seria essa sociedade, que de uma pena de multa pulou para a pena de morte. Como já foi dito, essas foram as principais sociedades influenciadoras do Direito Penal Brasileiro, e um dos motivos da nossa legislação atual não ser clara suficiente é esse.

Sobre o crime cometido nessa época fala-se em uma lenda antiga, que foi retratada em um dos poemas de William Shakespeare, um caso de estupro bastante comovente:

“Sexto Tarquínio, filho do Rei Tarquínio, assediou Lucrecia. Durante a noite, na cama, mostrou-lhe um punhal e mandou que ela se deixasse possuir, mas Lucrecia não se intimidou e ele então ameaçou assassiná-la com desonra, colocando junto a ela o corpo nu de um escravo, para que todos pensassem que ela tinha sido morta pelo marido enquanto praticava o adultério. Através dessa chantagem, Sexto Tarquínio tentou submeter, pelo terror à desgraça, o pudor obstinado de Lucrecia. Ele espalhava ainda, que tinha obtido a honra de uma mulher. Lucrecia tão logo se refez confessou o que ocorrera ao marido, e pedindo que a justiça fosse feita, suicidou-se com um golpe de faca no coração. O corpo de Lucrecia foi levado em comoção até o povo, provocando uma rebelião que depôs a família real do trono e proclamou a República Romana em 509. (PLUTARCO)

1.1.4. Direito Hebraico

A Bíblia, observando-a como um livro que relata acontecimentos históricos, e deixando de lado o aspecto religioso, traz diversos regramentos estipulados pelos integrantes da sociedade hebraica. É perceptível através de sua leitura a posição inferior com que a mulher era considerada, devendo submissão ao homem. Ademais, pode ser observado também, a rigidez com que era tratada a sexualidade, tanto que para que uma mulher pudesse se casar, o requisito essencial é que nunca tivesse tido relações sexuais, do contrário, improvável que contraísse matrimônio, isto se dava porque a virgindade era dada como um presente ao esposo, e ainda era símbolo de que a mulher era pura e respeitável.

Tendo em vista tais considerações, semelhantemente ao Código de Hamurabi, o que se percebe nessa civilização é que a proteção que recaía sobre a sexualidade tutelava a honra do patriarca a quem a mulher pertencia, sua palavra e promessa a outro patriarca, de que entregaria a moça virgem “própria” para o matrimônio, ressaltando, que isso ocorria pelo fato de que o casamento era uma espécie de negócio feito entre os genitores dos cônjuges.

Conhecido como o Direito Penal Mosaico, já que se originou na Lei de Moisés, o Direito Hebraico tem como sua principal fonte os Dez mandamentos. Além disso tinha como uma de suas principais características, que possuía um

sentido puramente metafórico, o Talião, que indicava a proporcionalidade da pena, uma regra que ficou conhecida como “olho por olho, dente por dente”.

Uma passagem bíblica traz, especificamente, a punição para aquele que violasse a liberdade sexual da mulher, ela se encontra no Livro de Deuteronômio capítulo 22, versículos 22 à 29:

Quando houver moça virgem, desposada, e um homem a achar na cidade, e se deitar com ela, Então trareis ambos à porta daquela cidade, e os apedrejareis, até que morram; a moça, porquanto não gritou na cidade, e o homem, porquanto humilhou a mulher do seu próximo; assim tirarás o mal do meio de ti. E se algum homem no campo achar uma moça desposada, e o homem a forçar, e se deitar com ela, então morrerá só o homem que se deitou com ela; Porém à moça não farás nada. A moça não tem culpa de morte; porque, como o homem que se levanta contra o seu próximo, e lhe tira a vida, assim é este caso. Pois a achou no campo; a moça desposada gritou, e não houve quem a livrasse. Quando um homem achar uma moça virgem, que não for desposada, e pegar nela, e se deitar com ela, e forem apanhados, 5 Então o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinquenta siclos de prata; e porquanto a humilhou, lhe será por mulher; não a poderá despedir em todos os seus dias (BÍBLIA).

Cabe demonstrar a relevância do consentimento ou não da vítima, visto que, caso a mulher gritasse na cidade, local onde haviam pessoas que poderiam escutá-la, apenas o homem infrator seria punido. Do contrário, se permanecesse silente, dar-se-ia seu consentimento, ocasião em que a punição recairia sobre ambos. Quando, porém, o fato ocorria no campo, que se tratava de local onde, ainda que a moça chamasse por socorro, dificilmente seria ouvida, a punição apenas recairia sobre o sujeito ativo, presumindo-se, desta forma, que a mulher não consentira com a prática sexual, é o que chamamos no direito atual de *violência presumida*.

1.1.5. Direito Mesopotâmico – O Código de Hamurabi

Diz-se que o Código de Hamurabi foi a primeira junção de normas escritas de toda a humanidade. Esta lei trazia previsões acerca da violação sexual. Segundo a lei 130º da compilação, “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre” (CÓDIGO DE HAMURABI).

Notória é a forma pela qual a mulher era tratada, como propriedade do indivíduo masculino, tal situação é percebida da leitura dos termos “que vive na casa paterna”; havia a posse do patriarca sobre as pessoas do sexo feminino que

tutelava. Ademais, ainda da leitura daquele trecho, é possível visualizar o que, de fato, a norma em questão buscava proteger: a moral do patriarca frente à sociedade, pouco importando a situação da ofendida.

Por fim, como incansavelmente será visto, apenas poderia ser sujeito ativo do crime em comento o homem; em contrapartida, apenas a mulher virgem, que vivia na casa do pai e, desta forma, era pura aos olhos da comunidade, ocuparia o polo passivo do delito. Excluídas estavam todas as pessoas que possuíssem características diferentes destas.

1.1.6. Direito Germânico

A característica mais importante do Direito Penal Germânico consiste na prevalência da autoridade estatal contra os direitos e excessos da vingança privada. A pena mais grave prevista nessa legislação era conhecida como a “perda da paz”, que consistia em retirar-se a tutela social ao apenado, fazendo com que qualquer pessoa pudesse feri-lo ou mata-lo impunemente.

Para o Direito Germânico, no que diz respeito ao delito em estudo, era imprescindível que a mulher ofendida fosse virgem. Exigia-se também o uso da violência para com a ofendida. Além do que, definitivamente o crime de estupro não era consumado se a violência empregada fosse contra mulher “deflorada”. (OLIVEIRA, 2008).

1.1.7. Direito Canônico – Idade Média

Esta época foi marcada pelo predomínio do pensamento religioso, a mentalidade da época era governada pela Igreja, que também tratava das questões legislativas. Ademais, o fim das cidades e a criação de “feudos” fazia com que cada um desses núcleos tivesse seu próprio regimento, criado pelo senhor feudal.

Capez afirma que, nessa época, “o direito canônico atingiu a repressões nunca dantes cogitadas, punindo até o mero pensamento e o desejo” (2011, p. 19). A mulher ainda era vista como inferior, acrescentando-se a elas o rótulo de causadoras dos males da humanidade. Dela provinha todo o comportamento animalesco, vil, devendo ser subjugada por ser naturalmente perversa (BUENO;

SOUZA, 2012). Diz-se que, nesse período, apenas os delitos de cunho sexual praticados contra crianças eram efetivamente punidos; quanto às mulheres, por vergonha, devido ao *status* social do agressor ou por medo de sofrer represálias e penalidades, acabavam por manter em segredo tais acontecimentos.

Dentre inúmeras características do Direito Penal Canônico, a sua mais importante e relevante, foi a humanização das penas e a afirmação do princípio de igualdade entre todos os homens perante Deus, o que fortaleceu o caráter público do Direito Penal.

Entretanto, houveram inúmeras penas cruéis, ainda nessa época, sendo a maioria executada em praça pública com a presença da maioria da população, como uma vingança e um castigo pelo delito cometido.

Figurava como sujeito passivo do estupro tão somente a mulher virgem. Elemento subjetivo para a consumação do delito era o efetivo emprego de violência física. “Portanto, a mulher já casada ou que já tivesse praticado ato sexual com homem caracterizando a conjunção carnal, estava proibida de ser sujeito passivo deste delito” (HUNGRIA *apud* PORTINHO, 2005).

1.1.8. Idade Moderna

Após o fracasso total da forma de governo utilizada no período feudal, o que houve foi a ascensão da burguesia nas sociedades, e junto a isso também à desvalorização do pensamento religioso. A valorização do pensamento racional é a grande característica da Idade Moderna, em que o conhecimento era a base para todo e qualquer assunto, inclusive o Direito.

Neste período histórico surgiram as primeiras formas de defesa dos direitos humanos. Conhecidos pela doutrina atual como Direitos Humanos de Primeira Geração, porém apesar de começarem a se apresentar, estes direitos eram restringidos apenas aos homens.

Sob esta perspectiva, quanto ao crime de estupro, apesar da evolução no direito, percebe-se que o preconceito contra as mulheres continuou existindo. Alguns autores levantam apontamentos, de acordo com a doutrina de Nelson Hungria, especificando as ideias de Voltaire sobre a dificuldade na ocorrência de conjunção carnal quando “apenas” um homem constrangia a mulher ao ato. Segundo tal

pensamento, a vítima conseguiria livrar-se da agressão com apenas alguns movimentos da bacia, de um lado para outro.

1.1.9. Outros Países

Embora se tenha consignado penas severas para o delito ao longo da história, o crime nem sempre foi apenado de forma severa, um exemplo disto é o Código Penal Russo que previa uma pena branda para este crime. Ele era tipificado no artigo 153 deste código, e era atribuído a ele uma pena de prisão de no máximo 5 anos.

Com relação aos outros países de grande influência, há um conjunto de legislações que praticamente não divergem entre si, são elas a Suíça, a Polônia, Uruguai, Argentina, Peru, Espanha, China, Itália e Alemanha. A única distinção entre elas é que os códigos Argentino, Uruguaio e Polonês não fazem distinção sobre o sujeito passivo do crime, podendo ser homem, e os demais códigos fazem essa distinção, somente permitindo que a mulher seja vítima do crime.

Com tudo que já foi exposto até aqui, pode-se perceber que a pena para tal crime era quase unânime em todas essas épocas e regiões, ou seja, era e continua sendo até os dias de hoje em alguns lugares do mundo, aplicada a pena de morte para aquele que cometesse o crime de estupro.

Pode-se observar também, que em alguns lugares, e dependendo de contra quem fosse cometido o crime ele nem era relevante, como é o caso do crime cometido contra escravas ou prostitutas, já que a primeira era considerada um objeto, e a segunda não possuía “moral” para que ela fosse atingida. Dessa forma o que conclui-se é que de acordo com as mudanças que ocorreram na sociedade a punição para esse tipo de crime foi mudando também, e embora, em alguns lugares permaneça a pena de morte, ocorreram mudanças significativas com relação à igualdade entre todos que serão considerados vítimas e todos que serão julgados.

1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME NO BRASIL

1.2.1. Período Colonial

1.2.1.1. Ordenações Afonsinas

O Brasil, enquanto colônia, não possuía liberalidade para criar sua própria legislação, sendo regido pelas leis vigentes em Portugal. Nesse período, o país tinha por legislação as Ordenações, respectivamente, as Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

Publicada entre os anos de 1446 e 1447, e intitulada de “Ordenações” em nome de D. Afonso V, esta obra foi iniciada no reino de D. João I, atendendo a pedidos feitos em cortes para elaboração do Direito que estivesse vigente naquela época, evitando desse modo, confusões normativas que prejudicavam o andamento e a administração da justiça.

Como a figura do Direito Penal foi baseada no Direito Canônico confundia-se muito o crime com o pecado, desta forma estas Ordenações ficaram caracterizadas pela severidade com que punia-se os crimes.

O Delito em estudo era previsto no Livro V das Ordenações Afonsinas, sob o Título VI, denominado “*Da mulher forçada, e como te deve a provar a força*”, esse nome provém da necessidade que tinha, a mulher que pretendesse se queixar de um estupro de seguir alguns rituais, para que ela pudesse provar a violência que foi empregada contra ela. Essa prova deveria se dar tanto para a justiça como para a sociedade.

Para certifica-se de que não ficaria difamada a mulher que sofresse esta violência deveria ser retirada da casa de seu pai e levada para a casa de um homem bom, ou ainda para a casa de um dos juízes da região. Caso uma mulher fosse estuprada, em povoado, deveria gritar e dizer: “vedes que me fazem”, que quer dizer, “vejam o que me fizeram”, indo por três ruas. A queixa só era válida se assim o fizesse. Se a mulher fosse estuprada em local deserto, na hora que o homem a estuprasse, ela deveria gritando, dizer: “vedes que me fez Foam”, que significa, “veja o que me fez Fulano”, declarando o nome do agente. Era necessário também que ela estivesse chorando e que pelo caminho ela fosse se queixando às pessoas que encontrasse. Por fim, ela deveria ir à Vila o mais rápido que pudesse; não entrar em nenhuma casa, exceto a casa da justiça, onde ali ela descreveria o fato de forma a se fazer à queixa. Se a mulher descumprisse qualquer uma dessas obrigações, a queixa não era válida e não poderia se quer ser recebida e o preso era logo solto.

Ao longo da evolução dessa legislação, ficou definido que todo homem, não importando seu estado ou condição, que forçosamente dormisse com mulher casada, religiosa, moça virgem ou viúva, que vivesse honestamente, seria morto por isso, e não poderia ser absolvido da pena em hipóteses alguma, nem mesmo se cassasse com a vítima ou gozasse de privilégio pessoal, salvo se o rei quisesse absolvê-lo por graça especial. Aquele que ajudasse ou desse conselho a outrem para estuprar, era punido de igual forma. (BUENO, 2008)

1.2.1.2 Ordenações Manuelinas

Conforme consta em Dicionário numismático tais ordenações começaram a ser elaboradas em 1505, porém Dom Manuel só as promulgou em substituição as Ordenações Afonsinas, em 1521, permanecendo em vigor até 1603, teve oficialmente quatro edições.

Embora seguisse o mesmo sistema de sua antecessora, apresentou uma técnica legislativa mais aperfeiçoada, com toda legislação escrita em forma de decretos, mesmo para reproduzir normas que já existiam.

Analisando a punição para o delito em estudo a pena para o criminoso era uma só, não importando seu estado ou condição. Aquele que dormisse de maneira forçada com qualquer mulher, mesmo que ela fosse escrava, ele deveria pagar com sua vida, isso independentemente de se casarem, ainda que haja mutuo consentimento. (PIERANGELI, 2001).

1.2.1.3. Ordenações Filipinas

O direito penal antigo antes da promulgação do Código Criminal do Império, de 1830, isto é, durante o período colonial brasileiro, consubstanciava-se na aplicação efetiva da legislação estrangeira, imperante no território nacional até então. Tratavam-se dos 143 Títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, também denominadas de Código Filipino. O Código Filipino foi promulgado em 1603, por Filipe I, rei de Portugal, e ficou em vigência por um tempo maior que os anteriores, até 1830. Era constituído de cinco livros, sendo o último deles dedicado inteiramente ao Direito Penal.

Na sua abrangência e no seu detalhamento, este código foi um poderoso instrumento para a ação política do monarca, tanto em Portugal como nas terras colonizadas pelos portugueses. O Título VIII, do quinto livro das Ordenações, tratava especificamente dos crimes sexuais.

Greco relata sobre o Código Filipino, como sendo primeiro Código Penal Brasileiro:

O Nosso primeiro Código Penal surgiu no período do Brasil colonial, em 1603, chamado Código Filipino. Nas Ordenações Filipinas ordenava-se no sentido de generalizada criminalização e de severas punições, predominando a pena de morte, dentre outras, as penas vis (açoite, corte de membro, mutilações, etc); degredo, multa; e a pena -crime arbitrária, que ficava a critério do julgador já que inexistia o princípio da legalidade. A preocupação de conter os maus pelo terror, vinculava-se ao delito, que era confundido com pecado ou vício. Consagravam-se amplamente nas Ordenações a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena segundo a gravidade do fato e a qualidade da pessoa, por isso em regra, os nobres eram punidos com multa e os peões eram reservados os castigos mais severos e humilhantes.

Embora nas Ordenações Filipinas não tivesse sido utilizada a rubrica “estupro”, já havia previsão legal para a conduta delitiva de praticar conjunção carnal “per força”, a qual era punida com a pena de morte, ainda que o autor se casasse com a vítima. A propósito, assim descrevia o Título XVIII, do Livro V, do Código Filipino:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. (...) 1. E postoque o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e aindaque o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado. (Apud PIERANGELLI, 1980, p. 29).

Observa-se que nessa época o fato de a mulher ser escrava não importava-lhe o título de desonesta, por isso, ela poderia ser uma vítima desse crime. A pena de morte nesse período foi empregada de maneira diversa dos demais, era chamada de pena de morte natural, isso porque era declarado que não se fizesse a execução até que se comunicasse ao rei sobre a sentença.

Além dessa previsão de forma geral, o estupro foi previsto ainda de forma voluntária contra mulher virgem, que acarretava para o autor do crime a obrigação de casar-se com a donzela, caso isso fosse inviável, ele deveria pagar

um dote para a vítima, e se ainda isto fosse impossível o criminoso deveria ser flagelado e humilhado. Ressalta-se porém, que como nessa época e em muitas outras o poder político influenciava muito nas decisões, os rapazes fidalgos que cometessem o crime receberiam apenas a pena de degredo. (GUSMÃO,2001)

Na punição do crime de conjunção carnal violenta, que posteriormente veio a ser conhecido pela denominação de estupro, existia grande rigor, o qual se refletia na sua pena, que era a capital, subsistindo mesmo no caso de casamento entre autor e vítima. No entanto, tamanha severidade com o crime de estupro não era estranha para a época; na verdade, esse era o tratamento punitivo normal para quase todos os *delicta carnis*, o qual se estendia, na verdade, a vários outros crimes.

1.2.2. Brasil Império - O Código Criminal de 1830

Vigente a partir de 1830, o Código Criminal do Império do Brasil foi o primeiro diploma a utilizar o termo “estupro” para denominar o crime, muito embora a mesma não representasse tão somente esse crime em si, ou seja, conjunção carnal forçada, mas sim, outros vários delitos de conotação sexual, o que fez a doutrina da época repudiar a redação utilizada.

A legislação penal que teve origem na época imperial, é marcada pelas mudanças legislativas. Conforme dispõe Bueno, alguns autores a consideram a melhor lei penal já criada no Brasil. Atribui-se também ao período o banimento da pena de morte de nosso ordenamento jurídico, salvo exceções, sendo substituída pela pena de galés (2008, p. 147-150)

O Título II, Capítulo II, Seção I, do Código Criminal brasileiro de 1830 previa, sob a mesma rubrica de “estupro”, os seguintes delitos:

- a) defloramento de mulher virgem e menor de 16 anos (artigo 219);
- b) defloramento de mulher virgem e menor de 16 anos por quem a tem sob seu poder ou guarda (artigo 220);

c) defloramento de mulher virgem e menor de 16 anos por pessoa a ela relacionada por grau de parentesco que não admita dispensa para casamento (artigo 221);

d) cópula carnal por meio de violência ou ameaça com mulher honesta (artigo 222);

e) ofensa pessoa a mulher para fim libidinoso, causando-lhe dor ou mal corpóreo, sem que se verifique a cópula carnal (artigo 223);

f) sedução de mulher honesta e menor de 17 anos, praticando com ela conjunção carnal (artigo 224).

Todavia, a tipificação do estupro propriamente dito, dentre esses crimes, era a seguinte:

Art. 222. Ter cópula carnal por meio de violencia ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas – de prisão por um mez a dous annos. (Apud PIERANGELLI, 1980, p. 243)

Interessante também notar, que além de ter abrandado a pena de forma considerada em relação às Ordenações Filipinas, o Código Criminal do Império previu ainda a possibilidade de extinção da pena do estupro caso a ofendida se casasse com o ofensor, conforme o artigo 225.

1.2.3. Direito Penal Republicano –O Código de 1890

Com o fim do império, nova legislação penal fez-se necessária a fim de exterminar determinados crimes que tinham por tutela o poder imperial, além da necessidade da população sobre a certeza de não serem mais regidos por algo que remetesse ao período monárquico.

Neste período histórico, impulsionado pela Revolução Industrial, o mundo vivenciou a preocupação com a tutela dos “Direitos Humanos de Segunda Geração”, que “privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade” (LENZA, 2010, p. 740). Ilusório é, no entanto, imaginar que essa igualdade era aplicável a todo e qualquer ser humano.

Surge aqui o movimento de abrandamento das penas, buscando-se a ressocialização do condenado, conforme tendência mundial (BUENO, 2008, p. 151).

Com relação à violência sexual, adotava-se o título “Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e Ultraje Público ao Pudor”. As penas estipuladas para esses delitos eram de prisão celular, de um a seis anos e dote, sendo reduzidas para seis meses a dois anos caso a ofendida fosse meretriz (MOLINA, 2008).

O codex em questão dispunha sobre o crime de estupro no Título VIII, Capítulo I, da seguinte forma:

Da violência carnal. (...)

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena – de prisão celular por um a seis anos. § 1.º Se a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena – de prisão celular por seis meses a dois anos. § 2.º Se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades physicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anesthesicos e narcoticos. (Apud PIERANGELLI, 1980, p. 299). *In Verbis*.

Esse código, no entanto, é carregado de falhas, sendo utilizada legislação extravagante para corrigi-lo. Em virtude disto, no ano de 1932, o Desembargador Vicente Piragibe condensou tais leis, transformando-a em Consolidação das Leis Penais. Quanto ao estupro, sua penalidade não foi modificada (BUENO, 2008, p. 150-153)

1.2.4. O Código Penal atual - Código de 1940

Atualmente vigente, o Código Penal de 1940 é o que se prolongou por maior tempo no Brasil. É o momento da história em que surgem os “Direitos Humanos de Terceira Geração”, em que “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade” (LENZA, 2010).

Cabe lembrar que, em todas as legislações até agora expostas, inclusive no Código “atual” de 1940, o crime de estupro era visto como ofensa à moral da sociedade e das famílias, deixando a dignidade sexual da vítima em segundo plano, pois a proteção da norma versava apenas sobre a moral e reputação da família perante a sociedade.

Sob o Título de “Dos Crimes contra os Costumes”, o Título VI do Código Penal previa, em sua redação original, no art. 214, *in verbis*: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Inexistente, então, a necessidade de a vítima ostentar a condição de virgem ou “honesta”. O constrangimento de qualquer mulher à cópula vagínica contra sua vontade configurava o crime em comento. A pena era de reclusão, de três a oito anos (CÓDIGO PENAL, 1940). Era inadmissível a figura do homem como sujeito passivo, bem como da mulher como sujeito ativo. Em se tratando de conjunção carnal, a possibilidade da ocorrência do delito restringia-se ao homem como autor e à mulher ofendida, já as práticas sexuais diversas da conjunção carnal faziam parte do extinto crime de “Atentado Violento ao Pudor”.

1.2.5. Lei 12.015/2009

Diante dos avanços da sociedade, foi necessária a promulgação de uma nova lei, que atendesse os anseios da sociedade contemporânea, visto que o Código Penal vigente foi promulgado em 1940, e a sociedade já sofreu várias mudanças durante esse longo período. Desta forma foi promulgada a Lei nº 12.015/2009, que alterou aquelas que eram consideradas normas obsoletas e revogou aquelas conhecidas por “letras mortas”. O Código Penal inovou o Título VI, nomeando-o de “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual” e, em seu primeiro Capítulo, trouxe a nomenclatura “Dos Crimes contra a Liberdade Sexual”. Resta cristalino o deslocamento do âmbito da proteção à honra, família, moral e bons costumes para a proteção da dignidade sexual da vítima, trazendo-a como centro protetor da norma.

Além disso houveram outras significantes alterações com o advento da nova lei. A maior alteração, e a mais importante é que o estupro, antigamente abrangendo apenas a prática de conjunção carnal, agora engloba qualquer ato sexual diferente da cópula vagínica, de acordo com a redação atual do art. 213,

que prevê: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (CÓDIGO PENAL, 1940).

Após uma leitura preliminar e comparativa desses tipos penais com o novo texto legal, ter-se-ia impressão de que o propósito do legislador brasileiro, ao editar essa norma penal, seria conferir maior rigor à punição prevista em abstrato para os delitos dessa espécie, principalmente pela análise das qualificadoras que agora integram os parágrafos 1º e 2º do artigo 213 do Código Penal, com a redação que lhes foi dada pela Lei nº 12.015/09. Contudo, pode não ter ocorrido realmente isso.

Do mesmo modo que as mudanças ocorreram no mundo, elas ocorreram no Brasil, ao passar do tempo, e de acordo com os anseios da sociedade. A mudança de forma mais significativa foi com relação aos sujeitos ativo e passivo do crime, que agora em ambos os lados podem estar qualquer pessoa. Além dessa, houve uma mudança de grande valor com relação as penas aplicadas, protegendo um direito do criminoso, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto em nossa Constituição/88 em seu artigo 5º.

De acordo com Segato (1999, pág.:395) as mudanças mais significativas, neste crime, começaram a ocorrer na transição entre as sociedades pré-modernas e modernas:

O grande divisor de águas dá-se, contudo, entre sociedades pré-modernas e modernas. Nas primeiras, o estupro tende a ser uma questão de Estado, uma extensão da questão da soberania territorial, já que, como o território, a mulher e, mais exatamente, o acesso sexual à mesma, é mais um patrimônio, um bem, pelo qual os homens competem entre si...com o advento da modernidade e do individualismo, essa situação pouco a pouco se transforma, estendendo a cidadania à mulher, transformando-a em sujeito de Direito a par do homem. Com isso, ela deixa de ser uma extensão do Direito de outro homem e, portanto, o estupro deixa de ser uma agressão que, transitivamente, atinge um outro por intermédio de seu corpo, e passa a ser entendido como crime contra sua pessoa.

Percebe-se com tudo isso, que várias foram às mudanças que ocorreram na sociedade ao longo do tempo, tanto em âmbito nacional como fora do Brasil, com isso o legislador buscou ir aperfeiçoando conforme os anseios da sociedade, a definição e as características dos crimes, assim como suas punições, e isto ocorreu no delito em questão, entretanto alguns traços da sociedade machista que existiam

na época em que, por exemplo, o Código de Nesilim foi criado, permanecem atualmente e as consequências disto é o reflexo de uma lei totalmente antagônica, no que concerne ao estupro, e desta forma a não reparação às vítimas deste crime.

A cerca disso Segato (1999) define as consequências:

As consequências são tanto as brechas de descontrole social abertas por esse processo de implantação de uma modernidade pouco reflexiva, 6 como também o desregulamento do sistema de status tradicional, deixando exposto seu lado perverso, pelo qual reemerge o direito natural de apropriação do corpo feminino quando percebido em condições de desproteção, ou seja, o afloramento de um estado de natureza.

Todavia, insta frisar que esta não se trata de uma crítica pura e simples, já que em um Estado Social e Democrático de Direito, o antagonismo de ideias e pensamentos é natural, especialmente no universo jurídico. Trata-se, pois, de uma constatação realizada para fundamentar a necessidade do estudo histórico e da evolução dos tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que se possa chegar a um resultado possível de ser considerado satisfatório.

2. PARELHA CRIMINAL – A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A figura da vítima absolveu diversas conceituações com o passar dos tempos, sendo uma tarefa complexa e problemática fazer definição, haja vista os diversos ramos doutrinários que estudam sua existência. Na visão mitológica, a vítima era um ser vivo não necessariamente um ser humano, que se submetia ao sacrifício para evitar as desgraças ou a ira dos deuses. Passados alguns anos estudiosos, como Exner, Kimberg e Wolfgang, rebateram a conceituação mitológica afirmando que a vítima que definitivamente interessava à vitimologia era o ser humano, pois somente eles sofrem danos aos seus bens juridicamente protegidos.

Na conceituação da doutrina majoritária atual, a vítima pode ser uma pessoa física ou jurídica, desde que sofra a lesão ou ameaça de lesão a um bem que lhe pertença, e é sinônimo de ofendido, lesado ou sujeito passivo. Essa lesão pode ocorrer de forma mediata, que é no caso da figura do Estado, que é sempre uma vítima da ação delituosa, ou de forma imediata, que seria o detentor real do bem lesado.

Alessandra Grego (2003, pg. 19) discorrendo sobre esse tema, classifica a vítima como “aquele que sofre as conseqüências de determinada conduta típica, de modo relevante, que propicia a atuação do Estado para atingir os fins do direito penal, no Estado Democrático de Direito”.Deixado claras as noções gerais sobre o conceito de vítima, passemos a analisar a VITIMOLOGIA.

Existe um dilema com relação à classificação científica da vitimologia, pois alguns estudiosos defendem que ela é uma ciência autônoma enquanto outros entendem que ela é parte da Criminologia, mais precisamente na Infortunistica Criminal.

Entendimentos recentes classificam a vitimologia como uma ciência voltada para os direitos humanos, pois o resultado da análise da vítima proporciona a aplicação de políticas públicas com intuito de reparar os danos causados pelo crime.

Nesse sentido, conforme assevera Eduardo Mayr, vitimologia constitui **o estudo da vítima no que se refere à sua personalidade, quer do ponto de vista biológico, psicológico e social, quer o de sua proteção social e jurídica, bem como dos meios de vitimização, sua inter-relação com o vitimizador e aspectos interdisciplinares e comparativos.** (*apud* RIBEIRO, 2001, p. 30).

Analisados todos esses aspectos, passaremos à análise da Vitimodogmática, o ramo da vitimologia que interessa ao nosso estudo.

2.1. Vitimodogmática

É o ramo da Vitimologia que estuda a participação da vítima no crime, analisando a real contribuição desta no fato. Por meio desses estudos se percebeu que a vítima não pode mais ser tratada como um ser inerte face ao crime, pois ela interage com o seu agressor, e, em alguns casos, cria situações de risco para si próprio, influenciado no resultado danoso.

Na prática penal, esse enfoque vitimodgmático tem grande relevância, pois é dele que se originam institutos como o consentimento do ofendido, a

concorrência de culpas e a provocação da vítima. Esses estudos podem levar a uma falsa ideia de existência de uma co-culpabilização do lesado diante de um fato criminoso, mas o que Realmente se visa é uma punição mais justa ao autor do fato quando se for comprovado um comportamento inadequado e instigador por parte da vítima.

2.2. A vítima no Direito Penal Brasileiro atual

2.2.1. O comportamento da vítima como uma das circunstâncias para a aplicação da pena

A Dosimetria da Pena é a nomenclatura dada ao ato de se calcular a pena que será aplicada ao réu da ação, normatizada no art. 68 do Código Penal, sendo utilizada pelo magistrado no momento da prolação da sentença. Esse cálculo se divide em três fases bem distintas, mas a abordagem que será feita nesse trabalho se restringe a primeira dessas fases, mais precisamente no que diz respeito a análise do comportamento da vítima como uma das circunstâncias judiciais.

O juiz, ao analisar os critérios de individualização da pena, que estão elencados no art. 59 do Código Penal, deverá estabelecer uma pena-base, observando as margens mínimas e máximas existentes em cada tipo penal, sobre a qual incidirão os demais cálculos. Esses critérios de individualização, denominados circunstâncias judiciais, são elementos que não se relacionam de forma direta com o delito, mais a análise desses para uma correta aplicação da pena do agressor é de suma importância.

Quando nos reportamos à circunstância judicial referente ao comportamento da vítima, verificamos que há necessidade de utilização de estudos vitimológicos, mais precisamente da vitimodogmática, pois devemos entender que a lei, quando utiliza o termo *contribuição*, não está colocando a vítima na condição de partícipe ou co-autora, mais, sim, pedindo que seja perquirida a exata influência que teve o ofendido na ação delituosa.

2.2.2. Casos de legítima defesa

Esse instituto está normatizado no art. 25 do Código Penal, e tem como requisitos a ocorrência de uma injusta agressão, que pode ser atual ou iminente, que deve ser rebatida de forma moderada, somente até que se possa findar a ação da outra pessoa, e o direito lesado pode ser tanto de quem se defende quanto de outrem.

De acordo com Lélío Braga Calhau (apud, 2002),

“a ordem jurídica visa a proteção dos bens juridicamente tutelados. E não só punir a agressão, mas preveni-la. Quem defende, seja embora violentamente, o bem próprio ou alheio injustificadamente atacado, não só atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa dessa mesma ordem. Atua segundo a vontade do Direito. O seu ato é perfeitamente legítimo e exclui, portanto, a hipótese de crime.”

Quando o autor de uma ação criminosa alega que agiu em legítima defesa, é necessária uma análise bem detalhada do caso, para que se possa comprovar todos os requisitos já supracitados, pois não será válida as alegações quando comprovadamente a vítima se pôs na situação de agredida, para utilizando a lei, alcançar seu objetivo de consumir a agressão ao pretense ofensor.

Não será aceita a alegação de legítima defesa quando a pessoa que a invoca deu causa a agressão, ou quando se quer incluir como tal um ato que antecede ao momento da agressão ou é posterior a ele.

2.2.3. Causas extintivas de punibilidade – art. 107 do Código Penal

Esse artigo descreve situações onde, embora tenha ocorrido o fato, e contenha todos os elementos caracterizadores do crime, como a tipicidade, a antijuridicidade, e a culpabilidade, o agente não terá uma pena a ser cumprida. Desse rol, podemos separar algumas que exigem uma participação maior da vítima, tais como a decadência, que se encontra no inciso IV, e a renúncia ao direito de queixa e o perdão do ofendido, inciso V.

Afirma Rogério Greco (2008, p. 708) sobre esse assunto que “mesmo que, em tese, tenha ocorrido a infração penal, por questão de política criminal, o Estado pode, em algumas situações por ele previstas

expressamente, entender por bem em não fazer valer o seu *ius puniendi*, razão pela qual haverá aquilo que o Código Penal denominou de *extinção de punibilidade*.”

A renúncia ao direito a queixa pode ser externada de duas formas, a primeira é a forma expressa, onde a vítima formaliza sua desistência por meio de declaração assinada perante autoridade policial, e a segunda seria a maneira tácita, que pode ser externada pela prática de atos incompatíveis com a vontade de ver o delito solucionado ou pela ocorrência da decadência. É importante ressaltar que a renúncia do direito de queixa, em relação a um dos autores, se estenderá à todos os outros.

A figura da decadência se torna importante nessa pesquisa quando percebemos que, muitas vezes, essa se configura por causa da inércia da vítima ante o lapso temporal de que a mesma dispõe para oferecer a queixa no caso de uma ação penal privada. Esse prazo é de seis meses, contados a partir do conhecimento da autoria do fato, e, se a vítima se mantiver inerte até o final desse prazo, ele perderá o direito de ação contra o ofensor.

2.3. O consentimento da vítima

Estudando o crime de estupro, percebemos que é preciso para a sua consumação a ocorrência de uma espécie de constrangimento, por meio de violência ou grave ameaça, entendendo a jurisprudência que o consentimento posterior ao início da consumação é inválido, pois, na maioria das vezes, a mulher permite o ato por temor e medo do agressor.

Outro ponto de vasta importância a essa matéria seria a as situações de presunção de violência nos crimes cometidos contra pessoas vulneráveis, que se encontra positivada no art. 217-A, do Código Penal vigente.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça entendem que a violência, no tipo de crimes sexuais, é presumida, pois, embora possam existir menores que adquiram consciência sexual mais cedo, a grande maioria, antes de completos os quatorze anos, não tem desenvolvimento

psicológico suficiente para compreender as consequências de seus atos. Atualmente a essa tese, foi entendido pelo legislador que a idade da vítima faz parte do próprio tipo penal, havendo uma verdadeira norma de extensão, tal qual nas hipóteses de tentativa.

No que tange à Jurisprudência, existem várias ementas que servem como fundamento ao que foi alegado no parágrafo anterior:

“EMENTA - PETIÇÃO CONHECIDA COMO HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. **AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PACIENTE [...]** 2. Afigura-se inviável a apreciação da alegada ausência de provas seguras e convincentes da responsabilidade do Paciente no ilícito penal descrito na denúncia, em razão dele não ter conhecimento de que a vítima poderia ser menor de quatorze anos. 3. A presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o consentimento da menor para a formação do tipo penal do estupro.” (crifo nosso) [...] (Relator: Ministra Laurita Vaz – Petição 2007/0096227-0 – Superior Tribunal de Justiça – 11.12.2007)

“EMENTA - HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE MENOR DE QUATORZE ANOS SERIA RELATIVA EM RAZÃO DO CONSENTIMENTO DA OFENDIDA: IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO QUANDO A VÍTIMA É MENOR DE QUATORZE ANOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro. Precedentes. 2. Habeas Corpus indeferido.” (grifo nosso) (Relator: Ministra Cármen Lúcia - HC 93263 – Supremo Tribunal Federal – 19/02/2008)

2.4. Parelha criminal

De acordo com Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina “há anos vem a Vitimologia (...) estudando a vítima e suas relações, seja com o infrator, seja com o sistema” (2010, p. 479). A relação existente entre a vítima e o infrator, especificamente, passou a ser chamada pela doutrina de dupla penal. Importante ressaltar que, na maioria dos casos, a dupla penal é caracterizada pela contraposição delinquente x vítima, ou seja, as circunstâncias relacionadas ao crime deixam bastante claro que a vítima impôs resistência, não colaborando com o resultado delituoso.

Em outras hipóteses, entretanto, o que se verifica é que a dupla penal não é tão contraposta assim, isto é, a vítima desempenha um papel coadjuvante (às vezes até inconsciente) no desfecho do delito. Nesses casos a dupla penal não é caracterizada pela contraposição, mas sim pela harmonia, uma vez que tanto a vontade do agente ofensor quanto a vontade da vítima, de uma forma ou de outra, são convergentes.

A análise do papel desempenhado pela vítima no contexto criminoso é de fundamental importância uma vez que, verificando-se sua participação inconsciente no delito ou sua culpa, o crime poderia se tornar irrelevante ou, até mesmo, deixar de existir.

Além dessa análise acerca da colaboração da vítima com o resultado danoso é imprescindível, também, que sejam verificados os aspectos relacionados à sua personalidade, antecedentes e condições pessoais, pois se tratam de elementos que podem influenciar na classificação do crime e na aplicação da pena.

Edgard de Moura Bittencourt, invocando o ensinamento de Walter Raul Sempertegui, assevera que

“essa brilhante concepção traz como consequência que a vítima adquire relevante preponderância no estudo do delito e que se elimine o critério que a reduzia à condição de passiva receptora da ação delituosa. E assim igualmente se destrói a insuficiente afirmação de que só o delinquente pode decifrar o problema do crime, sem considerar que sua existência como tal só é possível com a correlata existência da vítima e que toda ação dirigida única e exclusivamente ao delinquente fundar-se-á sobre bases falsas” (1971, p. 21).

Em outras palavras isso significa que os operadores do direito (em especial o magistrado), ao analisarem um determinado fato criminoso, devem levar em conta, também, as circunstâncias do crime e o comportamento da própria vítima, uma vez que esta, em alguns casos, é a principal responsável pela concretização de um crime e, dessa forma, não deve ser vista como lesada.

Conforme lição de Edgar de Moura Bittencourt o propósito é “contribuir para que o legislador e o juiz criminal sejam advertidos do problema, hoje bem

focalizado pela Vitimologia (...), tentando mostrar que na terapêutica e na profilaxia do crime, o estudo da vítima conduz a resultados satisfatórios para decisões justas e humanas e para prevenções de crimes” (1971, p. 88).

Trata-se da análise racional da dupla penal delinquente-vítima, “em vista dos antecedentes do fato, da personalidade de cada um dos sujeitos do crime e de sua conduta nas cenas que culminaram na infração penal. A vítima será então estudada não como efeito nascido ou originado na realização de uma conduta delituosa, senão, ao contrário, como uma das causas, às vezes principalíssima, que representa na produção dos crimes. Ou, em outras palavras, a consideração e a importância que se deve dar à vítima, na etiologia do delito”(BITTENCOURT, 1971, p. 84).

Entretanto, para a validade desta teoria, é imprescindível que cada caso concreto seja analisado de forma aprofundada e, mesmo assim, é importante ressaltar que sua aplicação deve ser feita de maneira extremamente cuidadosa. Com essas reservas, a mencionada teoria tem sido acolhida, sem embargo de sua contestação por vários autores, e sua aplicação tem sido aceita em casos de delitos que, de alguma forma, contaram com a participação da vítima.

Além da análise do comportamento da vítima (em especial antes e durante o evento criminoso), outro aspecto que merece atenção é aquele relacionado à palavra da vítima como prova judiciária. Com efeito. O juiz deve averiguar se a palavra da vítima é convincente e, também, verificar seu fator biológico (personalidade), no que concerne ao modo pelo qual a vítima narra o fato ocorrido. Somente agindo dessa forma o magistrado tem reais condições de proferir uma decisão justa. Elemento importante para o crédito da palavra da vítima é o modo firme com que presta as suas declarações. Geralmente se aceita a palavra da vítima, quando as suas declarações “são de impressionante firmeza, acusando sempre o réu e de forma inabalável” (RT 269-136).

Porém, tal assertiva também não pode deixar de ser aceita com alguma reserva, tendo em vista a personalidade da vítima. Isso porque há pessoas que mentem com mais firmeza do que os tímidos dizem a verdade. A convicção do depoimento aumenta a sua credibilidade, mas não exclui o confronto com as

demais circunstâncias, para encontrar-se algum apoio, ao menos conjectural, de certa expressão. É claro que em alguns crimes, como, por exemplo, os de cunho sexual que deixam vestígios (equimoses, rotura do hímen, gravidez, esperma na cavidade vaginal, etc.), o perito deverá considerar todos esses elementos, além da palavra da vítima. O problema, entretanto, é que em boa parte dos casos, devido à ausência de tais vestígios, há uma grande dificuldade para o esclarecimento do delito e são justamente nesses casos que a palavra da vítima assume relevante papel, por servir, muitas vezes, como único meio de prova.

Todavia, conforme observa Edgard de Moura Bittencourt, “é bem de ver que, tanto apontando o autor do crime como afirmando sua materialidade não revelada por outros meios probatórios, a palavra da vítima pode ser fruto de uma ideia preconcebida, ou criada pela imaginação traumatizada” (1971, pp. 104/105). Daí a necessidade de o perito realizar o trabalho observando em cada caso concreto a mente da vítima, a fim de constatar a credibilidade de sua versão dos fatos e verificar se houve, ou não, participação sua, ainda que mínima, no desfecho do delito.

Dessa forma, estando o magistrado amparado por um laudo pericial desse, as decisões proferidas nos processos criminais tendem a se aproximar, cada vez mais, do valor conhecido como Justiça.

3. ALTERAÇÕES NA ESTRUTURA TÍPICA DO CRIME DE ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/09

A Lei 12.015/09 promoveu importantes alterações no Código Penal brasileiro, datado de 1940, naquilo que diz respeito aos delitos sexuais, a começar pela própria nomenclatura desses delitos. A partir de então, as condutas tipificadas no Título VI do citado Código não configuram mais “crimes contra os costumes”; constituem, outrossim, “crimes contra a dignidade sexual”, espécies do gênero “dignidade da pessoa humana”, compreendida esta, por sua vez, como um conjunto de garantias positivas e negativas.

Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 37) registra que o antigo título era impróprio, na medida em que não correspondia aos bens jurídicos que o mesmo

pretendia tutelar, ao passo que Julio Fabbrini Mirabete (2011, p. 384) frisa que o legislador de 2009 eliminou anacronismos existentes até então, oriundos de preconceitos e moralismos arraigados na sociedade à época da elaboração do Código Penal ora vigente. Rogério Greco (2011, p. 449) arremata, enfim, que com a modificação legislativa, percebeu-se que o foco de proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

Por outro lado, ao fazer seus comentários acerca do título referente aos “crimes contra os costumes”, Alberto Silva Franco (1997, p. 1.018-1.019) demonstra sua contrariedade à (atual) expressão “crimes contra a dignidade sexual”. Assevera o seguinte:

Em matéria de sexualidade enquanto componente inafastável do ser humano, não se cuida de sexo digno ou indigno, mas tão-somente de sexo realizado com liberdade ou sexo posto em prática mediante violência ou coação, ou seja, com um nível maior ou menor de ofensa à autodeterminação sexual do parceiro. Destarte, toda lesão à liberdade sexual da pessoa humana encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração na área penal.

No direito positivo brasileiro a dignidade ocupa posição de destaque. A Constituição de 1988 aponta a dignidade do ser humano como sendo fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), que se proclama “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”. Logo, o constituinte pátrio considera a dignidade humana como valor dos valores, em torno do qual gravitam todos os demais, que devem operar em função do mesmo.

Se, por um lado, a alteração do Título VI do Código Penal brasileiro vem ao encontro do referido fundamento estatal, de outro, identifica de forma ampla a tutela jurídico-penal pretendida, ou seja, o desenvolvimento da personalidade sob o aspecto sexual, respeitando-se a autodisciplina e a autodeterminação humanas. Muito embora determinadas violações sexuais tipificadas em seus dispositivos representem, ainda, uma afronta aos costumes, na medida em que se

consubstanciam em hábitos socialmente inaceitáveis,¹ a alteração é positiva, pois com a opção terminológica de conteúdo semântico abrangente (crimes contra a dignidade sexual) é possível se extrair do mesmo o significado de outros bens jurídicos, como, por exemplo, a liberdade sexual, a intimidade sexual e o desenvolvimento sexual do indivíduo².

Inserido no Título VI e classificado como “crime contra a dignidade sexual”, o delito de estupro permaneceu tipificado no artigo 213, no Capítulo I, sob a mesma nomenclatura anterior, isto é, considerado um “crime contra a liberdade sexual”.

Inobstante essa observação, a Lei nº 12.015/09 revogou o artigo 214 do Código Penal, que tipificava a conduta do atentado violento ao pudor, o qual, embora fosse considerado do mesmo gênero que o crime de estupro, diferenciava-se na espécie, na medida em que implicava na prática ativa ou omissiva de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em virtude de esta última já ter sido descrita anteriormente no artigo 213.

Embora a pena privativa de liberdade da modalidade básica do delito tenha sido mantida a mesma, ou seja, de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, houve fusão daquelas duas condutas até então previstas em dispositivos penais distintos – estupro e atentado violento ao pudor – em uma única, contida no artigo 213, com a nomenclatura de estupro, ao mesmo tempo em que o sujeito ativo passou a ser comum também para o caso de conjunção carnal forçada.

Quanto à idade da vítima do crime contra a liberdade sexual em testilha, o parágrafo 1º do artigo 213, in fine, previu uma modalidade circunstancial qualificada, com pena privativa de liberdade de 8 (oito) a 12 (doze) anos, se ela for maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ao passo que, com a referida alteração legislativa, criou-se um tipo penal autônomo, contido no artigo 217-A, com pena privativa de liberdade de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, na hipótese de a vítima não ser maior de 14 (catorze) na data da prática do ato libidinoso.

¹ Cf. nesse sentido: Marcão; Gentil, 2011, p. 35

² Cf. nesse sentido: Greco, 2010, p.63

Nessa toada, o estudo passa a ter sua origem na redação vigente do delito de estupro, nas formas comum e especial, respectivamente. Nos termos do Código Penal, antes das alterações tem-se o seguinte:

Estupro

Art. 213: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena: - reclusão de seis a dez anos.

Atentado Violento ao pudor

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena – reclusão, de seis a dez anos.

O delito de estupro anteriormente às alterações trazidas pela referida lei, tratava da conduta do agente dirigida contra uma mulher, no sentido de penetrar-lhe o pênis na vagina. Logo, tem-se por sujeitos ativo e passivo, respectiva e necessariamente, o homem e a mulher. Essa conjunção carnal ocorre mediante dissenso da vítima, constrangida por meio de violência ou grave ameaça.

Já, no crime de atentado violento ao pudor trata de uma conduta (ativa) de praticar ou (passiva) permitir que se pratique outro ato libidinoso contra a vítima, a qual, no caso em testilha, pode ser tanto o homem como a mulher, situação que alcança, igualmente, o sujeito ativo. Tal ato deve ser levado a efeito mediante dissenso do sujeito passivo ou com emprego de violência ou grave ameaça.

Ocorre que a partir da preocupação com a exploração sexual de crianças e adolescentes, bem como o desrespeito a pessoa humana, o Congresso Nacional foi levado a criar uma CPMI, cujo resultado foi o PL 253/04, a qual durante o processo legislativo sofreu algumas alterações culminando com a promulgação e publicação da Lei 12.015/09. A partir da promulgação de tal lei, os delitos citados passaram a ser tratados da seguinte forma:

Artigo 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Desde então várias questões foram levantadas sobre estudos do tema, discussões a cerca dos princípios constitucionais, bem como sobre as nomenclaturas utilizadas pelo legislador no crime de estupro em sua forma atual.

Praticamente todos os doutrinadores vislumbram na expressão “outro ato libidinoso”, os atos de natureza sexual que não a conjunção carnal, com o fim de satisfação da libido do agente. Todavia, a controvérsia séria que se instala é quanto à espécie de ato libidinoso que pode ou deve ser compreendida no âmbito de alcance do tipo penal em questão, na sua segunda parte. Isso se deve ao fato de a redação imposta pela Lei nº 12.015/09 ter alargado as condutas subsumíveis ao delito de estupro, de maneira a equiparar a reprovabilidade penal imputada à conjunção carnal a qualquer outro ato libidinoso, este, inclusive, por vezes, podendo ostentar reprovabilidade social sensivelmente inferior ao da conjunção carnal, irracionalidade legislativa que, além de ferir o princípio penal constitucional da legalidade (particularmente, na sua vertente da taxatividade ou determinação taxativa), ofende também o princípio da proporcionalidade.

Na verdade, o legislador reformador desperdiçou ótima oportunidade para resolver – ou ao menos amenizar – a questão problemática relativa à tipicidade do delito de estupro, já que esse nó górdio existia antes mesmo do advento da Lei de Reforma dos Crimes Sexuais em questão. Ou, ainda melhor (ou pior), persistia desde a entrada em vigor do próprio Código Penal de 1940.

Inadmissível, portanto, a manutenção do tipo de estupro da forma como está construído, já que estão contidos na sua tipicidade elementos normativos imprecisos que o tornam aberto³ e postulam uma valoração singularmente especial por parte do magistrado ao analisar a situação em particular, afastando, destarte, toda e qualquer segurança jurídica.

Da mesma maneira, inaceitável a previsão abstrata da mesma pena privativa de liberdade para fatos diversos que podem surgir no caso concreto, os quais, a despeito de serem direcionados à mesma tipicidade formal, substancialmente, apresentam valoração jurídica e reprovação sociais diametralmente opostas, relegando, pois, a segundo plano, a proporcionalidade. Tem-se, assim, que a (contínua) admissibilidade dessa espécie de crime sexual propicia julgamentos

³ A propósito, frisa Renato de Mello Jorge Silveira (2008, p. 308): “A aceitação de certo grau de indeterminação no conteúdo do tipo pode até ser imprescindível em certos casos, mas nunca no sexual”. (grifou-se).

contraditórios e, em grande parte, injustos, ao conspurcar contra os princípios penais constitucionais ora referidos, perceptíveis há bastante tempo no Direito estrangeiro⁴.

Tratando-se de Direito estrangeiro, seguindo trilha em sentido contrário à irracionalidade legislativa do direito penal brasileiro ora apontada, importa destacar a redação típica contida no Código Penal espanhol, que também visando à tutela da liberdade sexual da pessoa nos artigos 178⁵ e 179⁶, delinea a incidência da lei penal sobre a conduta delitiva de forma a respeitar ambos os princípios (taxatividade e proporcionalidade), dicotomizando a tutela penal diante das divergentes faces da violência sexual, que, para o legislador brasileiro, apresentam-se unificadas.

Infelizmente, a técnica legislativa adotada no Código Penal brasileiro para a construção do referido tipo penal, tal como já foi apontado, remete ao Judiciário o exercício de racionalidade concernente na definição daquilo que pode e deve ser entendido como "outro ato libidinoso". Diante do exposto, pergunta-se: Quais os reflexos que às modificações que ocorreram no crime de estupro após a entrada em vigor da Lei 12.015 2009 no Ordenamento Brasileiro trouxeram?

3.1. Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é tanto a liberdade quanto a dignidade sexual da pessoa humana, ou seja, da pessoa que sofreu o constrangimento, podendo esta ser homem ou mulher, haja vista, que para a configuração do atual crime de estupro não é obrigatória a figura da mulher como sujeito passivo, diferentemente do que ocorria no delito anterior. Desse modo, o crime de estupro além de atingir a liberdade sexual da vítima atinge também a sua dignidade, tendo em vista que esta se sente humilhada com a prática do ato sexual contrário a sua vontade.

⁴ Código Penal francês (Napoleônico) já previa, de forma autônoma, a existência do crime de "atentado violento ao pudor", distinto do "estupro", ocasião em que o mesmo se configurava desde os gestos "exercidos com violência contra uma pessoa com a intenção de ofender seu pudor", de maneira que "uma pluralidade de ofensas" podiam ser agrupadas nesse tipo penal. Já à época, notou-se o perigo: "os limites do atentado ao pudor não começam aqui com os toques (...) mas criam-se palavras, diferenciam-se limiares, autorizando a transformar em crime aquilo que não o era, abrindo para um novo território de penalidade". (VIGARELLO, 1998, p. 121-125).

⁵ "Art. 178. El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años".

⁶ "Art. 179. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años".

Sendo importante trazer o conceito de liberdade sexual que nada mais é do que a capacidade do sujeito dispor livremente de seu próprio corpo na prática do ato sexual, ou seja, a faculdade que todas as pessoas têm de se comportar sexualmente segundo seus próprios anseios.

Neste sentido dispõe GRECO apud JIMÉNEZ o qual traz o conceito de liberdade sexual:

“autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais”.

Desse modo, a liberdade sexual tutelada pelo direito penal, esta relacionada com a percepção do que representa a sexualidade na vida humana, preocupando-se em garantir que a atividade sexual das pessoas seja exercida em condições de plena liberdade.

3.2. Ação Nuclear

A ação nuclear consubstancia no verbo “constranger” alguém, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou a prática(forma comissiva) de outro ato libidinoso(qualquer ato destinado ao prazer sexual), bem como permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso(forma passiva).

Com a Lei 12.015 de 2009 os artigos 213 e 214 se transformaram em uma única figura (art.213), tornando-se um tipo misto, haja vista que o referido delito, com a nova redação, comporta as condutas descritivas dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Portanto, se o agente do crime de estupro constranger a mesma vítima à prática da conjunção carnal e/ou outro ato libidinoso qualquer, comete um crime único.

3.3. Sujeito ativo e passivo

Tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa, haja vista que com a nova legislação, o crime estupro pode ser cometido por agente homem contra vítima mulher, por agente homem contra vítima homem, bem como

por agente mulher contra vítima mulher, acabando de vez com as antigas discussões entre os antigos crimes dos artigos 213 e 214 do CP.

Desse modo, pode-se afirmar que o homem poderá ser sujeito ativo do crime de estupro quando sua conduta estiver relacionada com o coito vaginal, já que o artigo 213 da atual legislação refere-se ao verbo conjunção carnal, entendida como relação sexual normal, entre homem e mulher. No entanto no que diz respeito à prática de ato libidinoso, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo bem como sujeito passivo deste delito, pois nesse caso trata-se de um crime comum.

A mulher também poderá praticar o referido delito com a ajuda de terceiros, já que a situação desta constranger um homem a ter conjunção carnal com ela, dificilmente aconteceria, mesmo que ela estivesse com uma arma apontada para a vítima. Todavia ela poderá cometer o crime de estupro em concurso, usando da grave ameaça para forçar o homem a ter conjunção carnal com outra mulher.

Hipótese esta, que não poderia ocorrer antes da Lei 12.015 de 2009, pois esta conduta não se enquadrava nem no artigo 213 nem 214 do CP. Haja vista que não seria estupro porque o homem não podia ser sujeito passivo do delito, nem seria atentado violento ao pudor porque o constrangimento não era para a prática de atos libidinosos, ocorrendo portanto, uma lacuna jurídica.

Sendo importante ressaltar, que a hipótese de uma mulher forçar um homem a ter conjunção carnal com ela ou com outra mulher será menos provável de ocorrer, do que a hipótese deste ser vítima de estupro pelo fato de ter sido obrigado a praticar outro ato libidinoso com outro homem. No entanto a nova legislação preocupou-se em abarcar todas as situações relacionadas com a liberdade sexual do indivíduo, equiparando homens e mulheres no pólo ativo do delito.

3.4. O marido como sujeito ativo

Questão controvertida que dividiu a doutrina e a jurisprudência durante muitos anos, mas que com o advento da Lei 12.015 de 2009 vem perdendo muitos adeptos, pois com a nova lei o estupro passou a ter uma nova redação, equiparando homens

e mulheres no pólo passivo do delito, não especificando qualquer situação em que a pessoa sofrendo tal constrangimento não possa estar inclusa como vítima do crime.

Existiam varias correntes que tentavam solucionar tal conflito, a primeira destas, hoje já superada, entendia que, devido o chamado debito conjugal, o marido que obrigava sua esposa ao ato sexual agia acobertado pelo exercício regular de direito, posição esta nitidamente machista.

Nesse sentido afirma GRECO apud HUNGRIA:

“Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula *ilícita* (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. O próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o explicitamente [...]. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito*.”

Posição esta que não faz mais sentido, pois o marido só poderá se relacionar com sua esposa desde que haja o seu o consentimento, podendo apenas dar causa a separação judicial devido a quebra dos deveres conjugais, mas nunca poderá ser admitido práticas violentas ou ameaçadoras a liberdade sexual da mulher com o intuito de se praticar o ato sexual, se homens e mulheres são iguais perante a lei, portanto a constituição não permite o Código civil legislar de maneira contraria, tornando a mulher submissa nas relações conjugais.

Dessa forma, se a constituição estabelece que homens e mulheres são iguais perante a lei, não cabe o Código civil legislar de maneira contraria, tornando a mulher submissa nas relações conjugais, portanto não resta duvidas que existe o crime de estupro quando o agente deste delito for o marido da vítima.

A redação dada ao artigo 226, inciso II, do Código Penal, prevê as causas de aumento de pena para o crime de estupro e demais crimes contra a dignidade sexual, acabando com as antigas discussões quanto a possibilidade do marido praticar o crime de estupro:

“Art. 226 A pena é aumentada:

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.”

Sendo importante destacar que a nova lei, tutela tanto a conduta praticada pelo homem contra a mulher, quanto a conduta praticada pela mulher contra o homem, portanto a esposa que cometer o referido delito contra o seu marido também responderá pelo estupro com aumento de pena.

3.5. Tipos objetivo e subjetivo

A conduta típica consubstancia-se no verbo *constranger*, o qual significa forçar, compelir. Devendo esse constrangimento se dar mediante violência(coação física) ou grave ameaça(violência moral), para que a vítima seja forçada à prática da conjunção carnal, ou seja, a cópula vagínica, ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

Sendo necessário para a configuração desse delito o emprego da violência sexual com o intuito de satisfazer o libido, característica esta que o difere do constrangimento ilegal tipificado no artigo 146, deste Código.

A expressão conjunção carnal tem o mesmo significado, introdução do pênis na vagina, no entanto o novo tipo penal preferiu especificá-la e associar a prática de qualquer ato libidinoso. Nesse sentido , pode-se afirmar que o ato libidinoso é gênero, do qual envolve a conjunção carnal, devendo ser respeitada tal separação para a tipificação do referido delito.

O ato libidinoso descrito no artigo é aquele destinado ao prazer, conceito este muito abrangente, exigindo uma valoração por parte do magistrado, já que não há um conceito preciso, como ocorre no caso da conjunção carnal, gerando uma série de discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Nesse sentido, afirma DELGADO apud PRADO:

“Assim, se é correta a classificação do beijo lascivo ou com fim erótico como ato libidinoso, não é menos correto afirmar que a aplicação ao agente da

pena mínima de seis anos, nesses casos, ofende substancialmente o princípio da proporcionalidade das penas.”

Entretanto muitos casos podem ser resolvidos com uma simples análise do elemento subjetivo, como no caso do beijo, que mesmo contra a vontade da vítima, se o intuito não era a satisfação da lascívia e sim a manifestação de um sentimento, não constitui um ato libidinoso, devendo ser analisado cada caso, devido a amplitude dos atos libidinosos, que podem ir desde um beijo lascivo até um coito anal.

O elemento subjetivo do tipo é continua o mesmo do delito anterior, ou seja, é dolo, consistente na vontade livre de praticar a conduta descrita no tipo penal, não admitindo a forma a forma culposa. Há entendimentos que além do elemento subjetivo é necessário o dolo específico, ou seja, a vontade de obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, com o intuito de satisfazer a própria lascívia.

3.6. Nível de resistência da mulher

Como já foi dito no crime de estupro anterior a lei 12.015 de 2009, para que haja a configuração do referido delito é necessário que a vítima tenha sido constrangida mediante o emprego de violência ou grave ameaça à prática da conjunção carnal ou praticar ou permitir que se pratique, de forma não consentida outro ato libidinoso. Sendo necessário, portanto, que não tenha havido o consentimento da vítima para a prática do ato sexual, sob pena do ato ser considerado atípico, se a vítima não estiver inserido nas situações do art. 217-A do CP.

De acordo com DELGADO apud NUCCI o dissenso da vítima deveria resistir durante todo o ato: “Seria evidentemente paradoxal ouvir o depoimento da vítima, afirmando ao magistrado, por exemplo, que a relação sexual foi uma das melhores que já experimentou, embora se tenha iniciado a contragosto”.

Com o advento da Lei 12.015 de 2009 essa posição ficou enfraquecida, haja vista que de acordo com esta era necessário que o dissenso da vítima durante todo o ato sexual, o que seria insensato exigir quando a vítima fosse homem. Pois, em

regra, o homem chega muito mais fácil a ejaculação, inclusive, em situações em que não há qualquer romantismo.

Sendo importante ressaltar que a vítima pode modificar a sua vontade a qualquer tempo, antes da penetração, mesmo que em momentos anteriores tenha demonstrado a sua vontade de praticar o ato sexual, pois somente o consentimento que precede imediatamente ao ato deve ser considerado.

Porém os fatos antecedentes também devem ser analisados para efeitos de prova, uma vez que na maioria das vezes o estupro não é cometido na presença de testemunhas, dificultando a prova nos casos em que a vítima mantinha relações de intimidade com o agente, a exemplo do que ocorre com os namorados, noivos e até entre pessoas casadas.

Dessa forma, entende-se que não deve exigir da vítima uma conduta de quem em defesa de sua vida deve arriscar a sua vida, só consentido o ato após o esgotamento de suas forças, avaliando-se cada caso concreto a superioridade de forças do agente para a prática do ato. Pois com o advento da Lei 12.015 de 2009, a qual unificou o crime de estupro e atentado violento ao pudor, deve-se o grau de resistência de qualquer pessoa (homem ou mulher), guardadas a peculiaridade de cada um.

3.7. Consumação e tentativa

A consumação vai depender da conduta praticada pelo agente. Quando se tratar da conjunção carnal, a consumação ocorrerá com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da vítima, já no caso em que ocorre o ato libidinoso, segunda parte do art. 213 do Código Penal, a consumação é ampla, bastando um toque físico com o intuito de satisfazer a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima para que ocorra a consumação desse crime.

Colaborando com esse entendimento, NUCCI afirma: “Basta a introdução ainda que incompleta do pênis na vagina, independentemente da ejaculação ou satisfação efetiva do prazer sexual, sob um aspecto. Com a prática de qualquer ato

libidinoso, independentemente de ejaculação ou satisfação do prazer sexual, em outro prisma”.

Por se tratar de um crime plurissubsistente a tentativa é plenamente possível, apesar de difícil comprovação, ocorrendo nos casos em que o agente iniciando a execução não consegue alcançar o resultado pretendido por circunstâncias alheias a sua vontade.

3.8. Classificação doutrinária

O crime de estupro continuou a ser comum, mas agora ele pode ser cometido por qualquer pessoa (homem ou mulher) e de forma livre (porque pode ser cometido tanto pela conjunção carnal, quanto por qualquer ato libidinoso).

Continua material, haja vista que demanda resultado naturalístico, consubstanciado no tolhimento da liberdade sexual da vítima; comissivos, pois os verbos do tipo indicam uma ação; instantâneos, devido o resultado se dar definida no tempo; de dano, pois a consumação se dar através de uma lesão praticada contra o bem tutelado; unissubsistente, porque pode ser cometido apenas por um agente e plurissubsistente, pois esse delito é praticado em vários atos.

3.9. Ação penal e segredo de justiça

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe uma nova redação para o art.225 do código, a qual estabelece que a ação penal para os crimes definidos nos Capítulos I (Dos crimes contra a liberdade sexual) e II (Dos crimes sexuais contra vulnerável), do Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual) do Código Penal, será de iniciativa pública condicionada à representação. No entanto, o parágrafo único do referido artigo dispõe que a ação será pública incondicionada nos casos em que a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável.

Esse artigo sofreu uma importante alteração, haja vista que, qualquer que seja o crime contra a dignidade sexual a ação será pública, quer de forma condicionada, quer incondicionada à representação, em alguns casos, diferentemente do que ocorria no caso do estupro anterior a nova lei, o qual se procedia mediante ação penal privada propriamente dita.

De fato, já estava ultrapassada a ideia de se poder preservar a imagem da vítima dos crimes sexuais, deixando ao seu livre arbítrio processar ou não o autor do delito, haja vista que a gravidade desses delitos, impõe uma resposta severa, sendo de interesse público a apuração dos fatos, buscando aplicação *do jus puniendi* estatal.

3.10. Os pontos mais relevantes

Os atos sexuais violentos cometidos contra a mesma pessoa no mesmo contexto caracterizam crime único, haja vista que nesse caso, só um bem jurídico é lesado, a liberdade sexual da vítima. Surgindo o delito continuado nos casos em que se detecta a sucessividade das ações no tempo, podendo-se, também, detectar mais de uma lesão ao bem jurídico tutelado.

Sendo importante destacar, que o crime continuado, é um instituto criado em favor do réu, o qual busca uma justa aplicação da pena, quando for observada a prática de várias ações, separada no tempo, mas que possuem proximidade suficiente para ser continuação uma das outras. Desse modo, poderá ser aplicado o crime continuado, quando o agente praticar novamente o crime de estupro, em outro cenário, ainda que com a mesma vítima.

Já o crime único, demanda apenas um constrangimento, cujo seu objetivo pode ser tanto a prática da conjunção carnal quanto outro ato libidinoso ou ambos.

O concurso de crimes sofre uma alteração significativa, não existindo mais a possibilidade de existir concurso material entre o crime de estupro e atentado violento ao pudor, pois com a nova redação dada ao art.213 do Código Penal, se o agente constranger a vítima á pratica da conjunção carnal e da cópula anal, comete um único delito de estupro, já que o referido delito passou a ser um crime único de condutas alternativas.

No entanto, o concurso material poderá ser aplicado nos casos em que o delito de estupro tenha sido praticado reiteradamente e não estiverem presentes os requisitos do art. 71 do código penal, só fazendo sentido o concurso formal quando o agente constranger duas pessoas, ao mesmo tempo, para lhe satisfazer o libido.

Além disto, Com o advento da lei 12.015 de 2009 e a nova redação dada ao crime de estupro, surgiram inúmeras discussões nas cortes brasileiras a cerca da análise do disposto no art.213 do código Penal, haja vista, que o legislador ao unir numa só figura típica (estupro e atentado violento ao pudor), revogou o art.214 do mesmo diploma legal, acabando com o concurso material entre os referidos delitos.

Dessa forma, com a nova legislação, o núcleo do tipo penal passou a ser constranger alguém, voltando-se a apenas um objeto, fornecendo várias possibilidades de consumação, já que o agente pode mediante violência ou grave ameaça praticar a conjunção carnal, outro ato libidinoso, ou permitir que seja praticado outro ato libidinoso, não havendo nenhuma possibilidade de se romper a unicidade do tipo, pretendendo-se visualizar dois delitos, quando ocorrer no mesmo cenário contra a mesma vítima.

Embora O legislador ao criar a lei 12.015/2009 tenha buscado punir com mais rigor os crimes praticados contra a liberdade sexual, aplicando penalidades mais severas, ao unificar a redação do art.213 e 214 do Código penal, criando o atual crime de estupro, a nova redação acabou sendo mais favorável para o réu. Devendo retroagir atingindo todos os agentes que foram condenados em concurso material de infrações antes de sua vigência.

3.11. Aspectos positivos e negativos de tais alterações

Com o advento da lei 12.015 de 2009, não resta dúvidas que o marido da vítima pode ser agente ativo do crime de estupro, haja vista que não se admite mais a tese de que a conduta violenta praticada por este, constitui exercício regular do direito. Sendo importante destacar, que a constituição federal assegura igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, reforçando o entendimento do legislador, o qual equiparou homens e mulheres no pólo ativo do referido delito, sustentando a tese de que tanto a esposa como o marido da vitima pode ser sujeito ativo do referido delito.

Essa lei, ao unificar os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em uma única redação, a atual definição do crime de estupro, fez desaparecer qualquer referência a honestidade ou recato sexual da vitima, pois o foco da referida lei não é

mais a forma como as pessoas agem perante a sociedade, e sim a proteção da liberdade sexual do indivíduo.

A nova lei, alterou também o art. 1, V, da lei 8.072 de 90, ao incluir em seu rol o estupro na forma simples, acabando com a antiga discussão que existia sobre a hediondez desse delito, passando desde então, todas as suas modalidades a ser crime hediondo.

Revogou o art.223 do CP, que apresentava uma redação defeituosa, acabando com uma série de debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, já que o caput do referido artigo trazia uma nítida diferença ao tratar do resultado qualificador decorrente de lesões corporais, o qual mencionava: "se da violência resulta..." e o seu parágrafo único, que tratava do resultado qualificador em caso de morte da vítima trazia: "se do fato resultar...".

Resolvendo a polêmica na medida em que substituiu os termos violência e fato pela terminologia conduta, bastando a prática desta (constrangimento exercido com violência ou grave ameaça) resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte, para qualificar o resultado.

Sendo importante ressaltar, que a nova lei, revogou também o art. 224 do código penal, que tratava da presunção de violência e trouxe um artigo específico destinado a proteção do vulnerável (art.217-A), mostrando dessa forma, a preocupação do legislador com as condutas voltadas contra a criança ou adolescente e pessoas com deficiência. Acabando com a antiga discussão acerca da presunção de violência, quando a vítima era menor de 14 anos.

Outro ponto de grande importância é o fato de a tutela penal vir a ser aplicada com maior zelo, em relação às pessoas com vulnerabilidade, tendo em vista que estas são incapazes de externar seu consentimento de forma plena, podendo relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, diante do seu estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade desta prática, motivo pelo qual não se aplica a tipificação no modelo comum de estupro.

Sendo importante ressaltar, que o art.217-A, abrangeu tanto a conjunção carnal quanto o ato libidinoso, nos mesmos moldes do crime de estupro, recebendo pena autônoma e superior a deste. Resolvendo o problema da incidência do aumento de pena determinado pelo art.9 da lei dos crimes hediondos, quando era aplicado o art.224 do Código Penal, superando dessa forma, as discussões que existiam acerca do bis in idem.

Destacando-se que com a nova legislação e atual definição do crime de estupro, a gravidez resultante de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, passou a ser causa especial de exclusão de ilicitude do crime de aborto quando esta resultar de estupro, fato este que não podia ocorrer antes do advento da lei 12.015 de 2009, resolvendo dessa forma, mais um tema controvertido da legislação penal brasileira.

Dentre os aspectos negativos, dessa lei, pode-se destacar o fato de que as pessoas que cometeram crimes penais mais graves podem ter sua pena diminuída enquanto aqueles que cometeram crimes de menor potencial ofensivo tenham uma punição mais severa, havendo uma desproporção entre o delito praticado e sua respectiva sanção, contrariando o princípio da proporcionalidade aplicado no direito penal.

A lei 12.015 de 2009, além de revogar o crime de atentado violento ao pudor, ampliou a antiga redação do delito de estupro, de modo que as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor foram fundidas em um único tipo penal, passando a integrar a nova redação do atual crime de estupro. Com isso, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que eram crimes autônomos com penas somadas, devem resultar na aplicação de uma única pena não havendo mais a possibilidade de concurso material entre estes.

Colaborando com esse entendimento, afirma Nucci: “O concurso de crimes altera-se substancialmente. Não há mais a possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Alias, conforme o caso nem mesmo crime continuado”.

Também, Luiza Nagib Eluf:

“Realmente corremos o risco de as penas serem menores. Antigamente aplicávamos concurso material de delitos. Quem praticou [de forma forçada] sexo vaginal [que era estupro] e depois oral [que era atentado violento ao pudor] podia receber seis anos por causa de cada delito. Sempre pedi condenação pelos dois delitos com penas somadas. Agora eles passaram a ser a mesma coisa.”

A unificação dos tipos penais na figura típica do art.213, não pôs fim ao problema da apuração e punição do referido delito, a formação de provas robustas necessárias para gerar o convencimento do juiz, haja vista que este crime na maioria das vezes é praticado sem a presença de testemunhas, dificultando a sua comprovação.

Desse modo afirma Nucci: “Torna-se, então, um dilema a ser enfrentado: a palavra do acusado(negando) contra a palavra da vítima(afirmando). O juiz haverá de analisar o passado comportamental de ambos, buscando conferir maior credibilidade a quem lhe passar confiança e retidão”.

Sendo pertinente destacar, o conceito de *novatio legis in melius*, que nada mais é, do que uma terminologia empregada quando há a publicação de uma nova lei que revoga outra anteriormente em vigência, beneficiando de alguma forma o condenado.

Portanto, com a revogação do crime de estupro e a *notio legis in melius*, o legislador concedeu a vários apenados o direito a revisão criminal bem como a diminuição de suas sentenças, haja vista, que quando o agente do crime de estupro o praticava em concurso ou em continuidade delitiva com o atentado violento ao pudor, tinha sua pena aumentada substancialmente, o que não é mais possível com o advento da nova lei.

Outro ponto relevante, é que a nova lei, além transformar os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único delito, não corrigiu a amplitude do atentado violento ao pudor, o qual pode ser qualquer ato atrelado à libido, aplicando a mesma pena para ambos os crimes, causando uma verdadeira desproporção entre a conduta do agente e a sanção imposta, haja vista que o ato libidinoso não é tão grave ao ponto de aplicar a mesma pena imposta ao agente que praticou a conjunção carnal.

Desse modo afirma Luiza Nagib Eluf: “A lei tinha que ter detalhado melhor o que são esses atos libidinosos. Quando fala em outro ato libidinoso pode ser qualquer ato. O direito penal tem que ser muito preciso e claro. Relação oral ou anal forçada é sim comparável ao estupro, mas outros atos já não são.”

A nova legislação revogou o art. 224 do Código Penal, que tratava da presunção de violência e trouxe em seu art. 217-A, o estupro de vulnerável, o qual tem como objetivo punir toda relação sexual ou qualquer ato libidinoso praticado contra o menor de 14 anos ou qualquer pessoa que por enfermidade ou doença mental não possua discernimento necessário para a prática do ato.

Sendo importante destacar, que a nova lei, trouxe que toda relação sexual praticada com pessoa deficiente são consideradas violência, atribuindo-lhes a condição de vulnerável, declarando-as impedidas para a prática do ato por não possuírem discernimento necessário, partindo de um pressuposto errôneo, haja vista que nos dias atuais muitos deficientes possuem uma vida normal, possuindo uma certa limitação, mas não ao ponto de impedir que se relacione com outras pessoas e constituam uma família.

Com tudo isto percebe-se que, ao unificar as antigas redações dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal, incorporando-o no título Dos crimes contra a dignidade sexual, qualquer referência a honestidade ou recato social da vítima desapareceu, pouco importando como esta se comporta perante a sociedade, ficando em foco apenas a proteção da liberdade sexual do ofendido.

Com a entrada dessa lei no ordenamento brasileiro, o antigo crime de estupro ganha nova roupagem, anteriormente, conhecido como um crime praticado por homens contra mulheres, já que trazia como elementar a conjunção carnal, ato esse que só era possível com a cópula vaginal, apenas a mulher poderia figurar no pólo passivo desse delito, com a nova redação dada por esta lei, qualquer pessoa poderá ser vítima desse crime.

A lei 12.015 de 2009 além de revogar o crime de atentado violento ao pudor ampliou a antiga redação do delito de estupro, de modo que as figuras típicas do

estupro e do atentado violento ao pudor foram fundidas em um único tipo penal, passando a integrar a nova redação do atual crime de estupro. Com isso, o crime de estupro e de atentado violento ao pudor que eram dois crimes autônomos com penas somadas deve resultar na aplicação de uma única pena.

A nova lei trouxe também, para o nosso ordenamento, o delito de estupro de vulnerável (art.217-A), encerrando desse modo as antigas discussões que existiam em nossos tribunais, no que diz respeito à presunção de violência, quando o delito era praticado contra o menor de 14 anos.

Sendo importante destacar, que essa lei além alterar substancialmente o crime de estupro, trata-se de uma *Novatio legis in melius*, ou seja, uma lei nova que revoga outra anteriormente em vigência, beneficiando de alguma forma todos aqueles que cometeram o crime de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, concedendo-os o direito a revisão criminal bem como a diminuição de suas sentenças.

4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

As mudanças trazidas pela Lei n. 12.015/2009 iniciam-se, como já foi dito em capítulos anteriores com a alteração da denominação do Título VI do Código Penal brasileiro, abandonando-se a designação “Dos crimes contra os costumes” e adotando-se o título “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Percebe-se que não se trata de mero ajuste de nomenclatura destituído de relevância prática, pois a alteração traduz, antes de tudo, a preocupação do legislador com a dignidade sexual, como projeção da própria dignidade da pessoa humana, erigida a epicentro de todo o ordenamento jurídico, e por isso a expressa alusão a um dos aspectos da dignidade humana (dignidade sexual) na abertura do Título VI do Estatuto Repressivo brasileiro tem o condão de condicionar a interpretação das alterações trazidas pela novel lei à observância da dignidade humana como valor ético irreduzível, merecedor de adequada e efetiva tutela estatal.

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como base de todo o ordenamento jurídico e, sua projeção na seara da liberdade sexual (faculdade de

livre escolha do(a) parceiro(a) sexual), é utilizada como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema normativo penal.

A primeira indagação que se coloca é se houve *abolitio criminis*. Como é cediço, há *abolitio criminis* quando determinada conduta, então prevista no ordenamento jurídico como crime, deixa de sê-lo. Pertinente se revela a lição de Alberto Silva Franco:

Cuida-se da hipótese de supressão da figura criminosa, por ter o legislador considerado que a ação, antes prevista como delituosa, não é mais idônea a ferir o bem jurídico, que pretende tutelar. Com a descriminalização do fato, não teria sentido nem o prosseguimento da execução da pena, nem a manutenção das seqüelas penais da sentença condenatória.

Cláudio Brandão, por seu turno, registra:

É certo que o Direito Penal não escapa à Teoria Geral do Direito, já que suas normas também podem ser revogadas e o instituto da dogmática penal que trata da revogação da norma penal é chamado *abolitio criminis*. Cuida esse instituto da revogação de uma incriminação penal por uma lei posterior que não mais considere o fato como criminoso, o que traz como consequência a cessação de todos os efeitos penais decorrentes do fato revogado, extinguindo-se a punibilidade.

Diante do artigo 7º da Lei n. 12.015/2009 cabe indagar se a conduta então descrita no artigo 214 do Código Penal pátrio deixou de ser crime. A resposta é negativa, pois, apesar da revogação do mencionado artigo 214, vê-se que o ordenamento penal continua a prever a conduta nele descrita como conduta penalmente relevante, todavia, agora, no bojo do artigo 213 do Estatuto Repressivo, que sofreu alteração em sua redação para albergá-la.

Em outros termos, apenas poder-se-ia falar em *abolitio criminis* na hipótese de a lei deixar de prever como crime a conduta consistente em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir a prática com o agente de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o que efetivamente não ocorreu.

Vale dizer, não ocorreu qualquer solução de continuidade quanto à previsão da conduta prevista no derogado artigo 214 do Código Penal brasileiro como crime, apenas havendo sua incorporação ao novel artigo 213 do mesmo diploma legal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.015/2009. Portanto, a primeira conclusão é que não houve *abolitio criminis*.

4.1. A LEI PENAL NO TEMPO

A fim de analisar a retroatividade da Lei nº 12.015/2009, no que se refere ao estupro comum, bem como algumas consequências relevantes advindas da unificação do estupro e do atentado violento ao pudor, necessário se faz analisar a lei penal no tempo.

A Constituição Federal de 1988 preconiza em seu art. 5º, XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Significa que foi estabelecida a regra geral da irretroatividade da lei penal e a exceção da retroatividade somente para aqueles casos que trouxerem algum benefício ao acusado. Desse modo, evidencia-se que o legislador previu a impossibilidade de a lei penal retroagir para prejudicar o réu, adotando a retroatividade quando a nova lei penal vier a favorecê-lo. O art. 2º, do Código Penal, assim prevê:

Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença penal condenatória transitada em julgado.

Após breves considerações sobre a lei penal no tempo, resta avaliar a retroatividade da Lei nº 12.015/2009, sob o prisma da unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, por meio da síntese do entendimento de alguns doutrinadores.

Antes da alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009, no caso da prática de atentado violento ao pudor e estupro, existia entendimento que considerava os dois delitos da mesma espécie, o que permitia, em tese, a continuidade delitiva. Tratava-se do cometimento de duas infrações, porém, a jurisprudência avaliava cada situação pelo concurso de crimes. Diante de cada caso concreto, entendia-se pelo concurso material, concurso formal ou crime continuado. Na maioria dos casos, situava-se a jurisprudência entre o concurso material e o crime continuado.

Assim, era possível sustentar, no antigo sistema, uma condenação entre concurso material de crimes entre o estupro e o atentado violento ao pudor, vez que se tratava de duas ou mais condutas, ocasião em que o agente praticava dois ou mais crimes, como se segue na redação do art. 69 do Código Penal:

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.

Com o advento da reforma penal, a doutrina logo passou a discutir acerca das eventuais benesses que viriam a refletir na pena atribuída ao condenado pelas duas práticas (estupro e atentado violento ao pudor) cometidas em face da mesma vítima e levadas a efeito na mesma relação de contexto. A doutrina majoritária entende que os tipos penais mencionados foram fundidos em uma só figura típica que passou a ser “mista alternativa”. Para FRAGOSO (1985,p.162), os tipos penais são classificados em simples (ou de ação única) e mistos (de conteúdo variado ou ação múltipla). O tipo simples incrimina apenas uma conduta enquanto o tipo misto descreve mais de uma espécie punível. Observe-se:

Apresenta o tipo penal misto alternativo, realmente, um conteúdo variável, porque descreve não uma, mas várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso. O característico destes tipos é que as várias modalidades são fungíveis, e a realização de mais de uma não altera a unidade do delito.

Assim, o crime de estupro tornou-se um tipo penal de “conduta múltipla”, sendo este o entendimento consagrado por Guilherme de Souza Nucci, Rogério Greco, Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, dentre outros.

No entanto, parte minoritária dos operadores de direito, como Helena Rodrigues Duarte, Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que expôs entendimento em parecer exarado nos autos do Processo nº 2003.01.1.103540-9, em trâmite na Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, bem como o Juiz de Direito Substituto Dr. Fernando Brandini Barbagalo não compartilham dessa opinião, pois acreditam que o art. 213 do Código Penal se tornou “tipo misto cumulativo”.

Isso significa que, para os seguidores desta segunda corrente, existem dois entendimentos, os quais não admitem a exclusão da pena, a saber:

a) não há crime único e, portanto, não deve ser excluída a pena atinente à prática de atentado violento ao pudor, atribuída ao condenado como incurso nas penas dos artigos 213 e 214 do Código Penal, em concurso material, com sentença transitada em julgado antes da reforma penal (hipótese em que se considera que no tipo misto

cumulativo há várias disposições legais que contêm mais de uma figura típica, havendo concurso de delitos se houver a realização de mais de uma das condutas);
61 ou

b) deve ser aplicada a regra referente à continuidade delitiva, por ser mais benéfica em relação à condenação anterior (concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor).

Nesse sentido, o art. 71 do Código Penal assim dispõe:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplicando-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Além disso, Edison Miguel da Silva Júnior, Procurador de Justiça em Goiás, assevera que o novo crime de estupro deve ser classificado como crime de ação única e não de ação múltipla ou de conteúdo variado, porque só possui um verbo como núcleo do tipo (constranger).

Entende-se que prevalecerá o entendimento majoritário adepto do estupro como “tipo penal misto alternativo”, conforme será explicado a seguir. O agente que praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com a mesma vítima, sendo a prática levada a efeito num mesmo cenário, responderá por um delito único: estupro. Este é o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci, que preconiza:

[...] é pacífico o entendimento em relação aos tipos alternativos: a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, quando expostas as práticas num mesmo cenário, mormente contra idêntica vítima, resulta na concretização de uma só infração penal.

Como se vê, o entendimento de delito único foi adotado por Nucci, que sustenta que o novo tipo penal de estupro comum é “misto alternativo”, no qual a prática de qualquer das condutas ou de todas se subsume num só crime.

4.2. CONCURSO MATERIAL E CONTINUIDADE DELITIVA

Antes da edição da Lei nº 12.015/2009, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁷⁴ e a doutrina compreendiam, de forma geral, que o agente que viesse a praticar conjunção carnal e outro ato libidinoso (como o sexo anal e a felação) de forma autônoma, em face da mesma vítima, deveria responder pelas duas infrações penais, sob a forma do art. 69 do Código Penal. O mencionado preceito normativo assim dispõe:

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Do mesmo modo, a jurisprudência dos tribunais pátrios, adotando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal não admitia a continuidade delitiva entre o estupro e atentado violento ao pudor e sim a hipótese de concurso material:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL. CONDENAÇÃO MANTIDA Há concurso material entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, porque não há homogeneidade de condutas nesses delitos, **que são de espécies distintas**. Embargos Infringentes desprovidos. 76 (Grifou-se). PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO. RECURSO. PRELIMINAR DE NULIDADE. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS DA DEFESA EM REINTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REJEIÇÃO. MÉRITO. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. CONCURSO MATERIAL ENTRE CRIMES DE ESPÉCIE DIFERENTE E CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DE MESMA ESPÉCIE. JUSTIÇA E RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO [...]

3. O estupro e atentado violento ao pudor, mesmo que praticados contra a mesma vítima, **caracterizam hipótese de concurso material** de delitos e não de crime continuado.

4. Ocorrendo diversidade de ações e multiplicidade de resultados, afasta-se a tese de crime único [...] 77 (Grifo nosso).

Segundo Nucci (2010, p. 503) há duas posições a respeito do conceito de crimes de mesma espécie. Observe-se:

a) são delitos da mesma espécie os que estiverem previstos no mesmo tipo penal. Nesse prisma, tanto faz sejam figuras simples ou qualificadas,

dolosas ou culposas, tentadas ou consumadas. Assim estão as posições de Hungria, Frederico Marques – com a ressalva de que não precisam estar no mesmo artigo (ex.: furto e furto de coisa comum, arts. 155 e 156, CP), Damásio, Jair Leonardo Lopes – embora admitam, excepcionalmente, casos não previstos no mesmo tipo penal. É a posição predominante na jurisprudência;

b) são crimes da mesma espécie os que protegem o mesmo bem jurídico, embora previstos em tipos diferentes. É a lição de Basileu, Fragoso, Delmanto, Paulo José da Costa Jr. Assim, seriam delitos da mesma espécie o roubo e o furto, pois ambos protegem o patrimônio [...]

Conforme visto, a jurisprudência de nossos tribunais adotava a primeira posição, pois não considerava que o atentado violento ao pudor e o estupro fossem delitos da mesma espécie, afastando, dessa forma, a possibilidade de haver continuidade delitiva, pois o art. 71 do Código Penal estabelece que os crimes praticados devam ser da mesma espécie, in verbis:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Com a unificação do estupro e do atentado violento ao pudor, ocorre alteração na regra do concurso material, pois como já foi visto a nova lei beneficia o agente, já que aqueles que vierem a praticar as duas condutas, num mesmo cenário fático, em face da mesma vítima, responderá por crime único, sendo afastado o concurso de crimes, o que se observado pelo lado da vítima trará sensação de desproporcionalidade, visto que, antes desta lei trazer tais modificações o seu algoz seria punido por dois crimes, tal como o cometeu, entretanto agora não fará diferença se o criminoso decidir obter por meios forçosos conjunção carnal ou qualquer forma de ato libidinoso, ou ainda ambas as condutas, já que ele será punido por apenas um crime, ainda que a pena seja cominada de forma diferente conforme o caso.

Nessa mesma linha de entendimento são as lições de Evandro Fabiani Capano (2009, p. 46-47), segundo o qual:

No antigo sistema, era possível sustentar uma condenação em 'concurso material de crimes' entre o estupro e o atentado violento ao pudor, tendo em vista que se tratavam de duas ou mais condutas, praticando o agente dois ou mais crimes, sendo compatível com a dicção do art. 69 [...]. Porém

agora, ainda que se entenda como sendo duas ou mais as condutas previstas no art. 213, não há cometimento de dois ou mais crimes, **não sendo possível o concurso material de crimes nos termos do art. 69 do CP**. Em verdade, sequer haverá a possibilidade de concurso formal de crimes, nos termos do art. 70 do CP, pois esse instituto também prevê a prática de dois ou mais crimes, porém com uma única ação. (Grifo nosso).

Por outro lado, Edson Miguel da Silva Júnior (2009) argumenta que continuará existindo o concurso de crimes entre o estupro e o atentado violento ao pudor, nos seguintes termos:

Nesta linha de argumentação, são as seguintes soluções hipotéticas para a questão jurídica proposta: a) – beijo lascivo ou toques íntimos antes da conjunção carnal visando a sua realização: crime único de estupro (beijo lascivo e toques íntimos podem ser prelúdio da conjunção carnal, sendo por esta absorvidos); b) – sexo anal antes ou depois da conjunção carnal: dois crimes de estupro (sexo anal não é prelúdio ou meio necessário para a conjunção carnal, ocorrendo concurso de crimes); c) – sexo oral antes ou depois da conjunção carnal: dois crimes de estupro (sexo oral não é prelúdio ou meio necessário para a conjunção carnal, ocorrendo concurso de crimes); d) – beijo lascivo e toques íntimos depois da conjunção carnal: depende do caso concreto. [...] Nos casos de pluralidade de tipicidades, qual a espécie de concurso de crimes? Sempre será concurso material porque falta unidade de desígnios. Embora exista certa polêmica doutrinária sobre o requisito subjetivo na continuidade delitiva, a jurisprudência dos tribunais superiores indica a necessidade de unidade de desígnios para se configurar o crime continuado. [...] Na questão jurídica proposta, a pluralidade de tipicidades ocorre exatamente pela ausência de unidade de desígnios (o agente atua com dolos autônomos). Logo, não configura crime continuado, mas concurso material.

A partir dos entendimentos abordados entende-se que o julgador deverá avaliar cada caso concreto diante das circunstâncias de ordem subjetiva e objetiva, verificando se o dolo empreendido na prática das duas condutas (conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça e outro ato libidinoso qualquer) é autônomo ou não, pois o legislador ao editar este dispositivo do Código Penal deu margem para que inúmeras e distintas decisões fossem tomadas, tanto no momento do Inquérito Policial, quanto no momento do julgamento, ou seja, o que será considerado como estupro e o que não o será.

4.3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL NO ESTUPRO QUALIFICADO

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a dignidade da pessoa humana e a prevalência do respeito aos direitos e garantias constitucionais insculpidos na Carta Política de 1988. Desta forma, entende-se que qualquer ato que viole preceito fundamental, de caráter indisponível, contraria a ordem constitucional estabelecida.

Diferentemente de antes, não há mais nos crimes contra a dignidade sexual hipótese de ação penal privada. Isso porque se considerou ultrapassada a ideia de se preservar, precipuamente, a imagem da vítima de crimes sexuais, que muitas vezes optava por não se expor, por motivo de vergonha ou outra razão, decidindo não processar o agente delituoso. Entende-se que, nesse caso, há interesse de ordem pública em processar o agressor que comete delito sexual, razão pela qual o legislador modificou a regra da ação penal em delitos dessa natureza.

A partir da nova redação dada pela Lei nº 12.015/2009 ao art. 225, caput, do Código Penal, a *persecutio criminis* relativa ao crime de estupro, tanto na sua forma simples quanto nas modalidades qualificadas, passou a se viabilizar mediante ação penal pública condicionada à representação, ou seja, requer o cumprimento de alguma condição de procedibilidade para que seja viável. As condições de procedibilidade são: a **representação** da vítima, ou de seu **representante** legal, e a requisição do Ministro da Justiça. Admite-se, em caráter excepcional, a ação penal pública incondicionada estritamente aos casos em que a vítima seja menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável.

Antes da mencionada alteração legislativa, quando do estupro resultasse lesão corporal ou morte a situação era estabelecida no art. 223 do Código Penal, tratado separadamente do capítulo referente ao estupro. A anterior redação do art. 225 do Código Penal fazia menção aos Capítulos I a III, estabelecendo a ação penal privada como regra: “nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa”. O fato de o art. 223 do Código Penal ter sido estabelecido no Capítulo IV, indicava que o estupro qualificado pelo resultado lesão grave ou morte era de iniciativa pública incondicionada ou seja, não é preciso que a vítima ou outro envolvido queira ou autorize a propositura da ação.

Todavia, a Lei nº 12.015/2009 eliminou o art. 223 do Código Penal e transferiu seu conteúdo normativo para a redação do art. 213 (que prevê o delito de estupro). Ocorre que a opção do legislador em estabelecer a regra da ação penal pública condicionada à representação para todas as modalidades de estupro malferiu princípios constitucionais basilares.

Atualmente estão inseridas no art. 213 do Código Penal graves figuras concernentes à forma qualificada do delito (estupro de que resulta lesão corporal grave ou morte) tornando-se inaceitável a persecução penal por meio da ação penal pública condicionada. Partindo-se de tais alterações, será demonstrado a seguir que a referida condição de procedibilidade da ação penal, em casos de elevada gravidade e reprovabilidade da conduta, nos crimes de estupro qualificado, constitui manifesta violação à Constituição Federal de 1988.

O fato de se estabelecer a ação penal pública condicionada como regra para a persecução penal no caso de estupro qualificado traduz-se em transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana e ao princípio da proibição da proteção deficiente do Estado (importante vertente do princípio da proporcionalidade) previstos, respectivamente, nos artigos 1º, III, e 5º, LIV (sendo esta última disposição de caráter implícito), ambos da Constituição Federal.

4.3.1. Considerações gerais acerca da Ação Penal

Para melhor compreensão da repercussão jurídica acerca da inconstitucionalidade da ação penal no crime de estupro qualificado, mister se faz abordar a questão analisando-se alguns conceitos introdutórios e principiológicos do instituto da ação penal.

Para Guilherme de Souza Nucci (2009), a ação penal é o direito de exigir do Poder Judiciário que se aplique a lei ao caso concreto, por meio da utilização do poder punitivo do Estado, quando houver o cometimento de infração penal.

A ação penal poderá ser pública ou privada, com subdivisões. A ação penal pública desdobra-se em incondicionada e condicionada. A ação penal privada é classificada em principal ou exclusiva e subsidiária da pública. O art. 100, caput, do

Código Penal estabelece que a ação penal será pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.⁸⁷ No caso de ação penal pública incondicionada, a propositura não depende da anuência do ofendido, pois cabe exclusivamente ao Ministério Público promovê-la por meio de denúncia. O art. 27 do Código de Processo penal estabelece que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. A ação penal pública condicionada depende de prévia provocação do interessado que ocorre por meio da representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. A representação do ofendido, quando necessária, virá expressamente estabelecida na redação do artigo, o qual dispuser que o crime se procede mediante representação.

Cumprе salientar que o ofendido decai do direito de queixa (na ação penal privada) e de representação (na ação penal pública condicionada) se não o exercer dentro do prazo estipulado em lei, in verbis:

Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Art 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

4.3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301

Diante da revogação do art. 223 do Código Penal e do deslocamento da previsão das modalidades qualificadas de estupro, as quais foram inseridas no próprio tipo penal do art. 213, questiona-se se a ação penal pública condicionada à representação, adotada como regra na persecução penal do delito de estupro, atende aos preceitos constitucionais vigentes. Nas hipóteses de estupro seguido de lesão corporal grave ou morte, entende-se que a determinação de que seja

procedido mediante ação penal condicionada à representação é inconstitucional, ante a gravidade do delito.

Dessa forma, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4301, perante o Supremo Tribunal Federal, em 14 de setembro de 2009. O objetivo da referida ADI é impugnar parte do art. 225 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.015/2009, em virtude de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por parte do Estado. A irresignação refere-se à nova previsão de propositura de ação penal pública condicionada à representação na hipótese de crime de estupro, do qual resulte lesão corporal grave ou morte. Antes da alteração promovida pela novel legislação, aplicava-se a regra geral da ação penal estabelecida pelo Código Penal, bem como pelo Código de Processo Penal, assim prevista:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. 98 Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

O fundamento da petição inicial da ADI nº 4301 aduz acerca da polêmica que se originou a respeito da ação penal no crime de estupro, praticado mediante violência real, tendo em vista o enunciado da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, in verbis:

Intensa controvérsia se desenvolveu quanto à ação penal apropriada quando o crime sexual fosse praticado mediante violência real traduzida em vias de fato ou lesão corporal de natureza leve, não obstante a existência, há muito tempo, da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: ' no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada'.

Consoante jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal (confira-se: HC 86058/RJ, HC 82206/SP e HC 73411/MG), a existência de violência real na consumação do delito de estupro, incluída a tentativa, configura crime complexo, pois da violência resultam outros delitos autônomos, que atraem a incidência do art. 101 do Código Penal, nestes termos:

Art. 101. Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

A redação do referido dispositivo enfatiza que quando a conduta ofende mais de um bem jurídico tutelado, a legislação autoriza a ação pública em relação a qualquer um dos delitos integrantes do crime complexo. O crime complexo é aquele composto de dois ou mais tipos penais¹⁰⁵. O estupro, em suas formas qualificadas, é considerado crime complexo, pois resulta da fusão entre dois tipos penais autônomos: estupro + lesão grave ou homicídio. Veja-se que a lesão grave e o homicídio são crimes de ação penal pública incondicionada, portanto, seria desarrazoado permitir que a *persecutio criminis* do estupro seguido de lesão grave ou morte deva ser realizada mediante ação penal pública condicionada à representação.

Igualmente, a Procuradoria-Geral da República sustenta por meio da propositura da referida ADI, que se aplica o disposto no art. 101 do Código Penal, aos casos de estupro qualificado, fazendo-se referência ao crime complexo. O *parquet* federal almeja que o Supremo Tribunal Federal assente que, no estupro qualificado por lesão grave ou morte, a ação penal seja pública incondicionada, pois há interesse público na persecução penal, decorrente do resultado qualificador, o qual se sobrepõe ao particular. O entendimento exarado pelo Ministério Público Federal é no sentido de que embora a nova lei represente, de forma geral, um avanço, houve grande retrocesso no que se refere à persecução penal dos delitos de estupro, do qual resulte lesão corporal grave ou morte, pois o ajuizamento da ação penal nesses casos passou a depender de representação da vítima ou de seu representante legal.

A ADI em análise consigna que a condição de procedibilidade da ação penal em tais casos (representação do ofendido), de elevada gravidade e reprovabilidade, que de certo modo beneficia o agente, constitui violação ao postulado da dignidade da pessoa humana e ao princípio da proibição deficiente, o qual se insere no princípio da proporcionalidade. Segundo a Subprocuradora-geral da República, Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, a qual subscreve a petição inicial da ADI

nº 4301, os processos em tramitação, relativos a tais crimes, passaram a depender da anuência da vítima ou de seu representante legal. Isso significa que a representação deve ser efetuada sob pena de decadência que se dá no prazo de seis meses, contados a partir do dia em que a vítima ou seu representante legal veio a saber quem é o autor do crime.

4.3.3. A violação ao princípio da proporcionalidade, sob o prisma da proteção deficiente do Estado e da dignidade da pessoa humana

Para o doutrinador Rogério Greco (2010), a dignidade da pessoa humana é uma qualidade irrenunciável e inalienável, que integra a própria condição humana. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua natureza. Nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como um complexo de direitos e deveres que proteja o indivíduo de todo ato que possa violar sua condição de ser humano. A determinação da ação penal pública condicionada à representação na persecução criminal do delito de estupro qualificado pelo resultado não é condizente com alguns princípios norteadores insertos na Constituição Federal de 1988.

Conforme já assentado, o art. 225, caput, do Código Penal, deve ser declarado parcialmente inconstitucional por ofensa aos princípios da proporcionalidade (proibição de proteção insuficiente) e da dignidade da pessoa humana. Percebe-se que os benefícios trazidos ao agressor, advindos da modificação da persecução penal mediante ação penal pública condicionada à representação, não podem prevalecer em detrimento da diminuição da proteção do Estado, pois tal redução transgride direitos fundamentais concernentes à dignidade sexual dos indivíduos.

Verifica-se que tal modificação não é razoável, vez que agora se exige a anuência da vítima ou de seu representante legal para que o Ministério Público ofereça a denúncia nos casos de estupro qualificado. A propositura da ação penal no caso da prática deste crime grave e de consequências irreparáveis, tanto para a vítima quanto para a sociedade, não pode ficar ao alvedrio do ofendido ou de seu representante legal. É que, nesse caso, o interesse é notadamente público. Por isso, o Estado não pode se omitir na proteção aos bens jurídicos tutelados, os quais

transcendem a dignidade sexual, pois há violação da integridade física e do direito à vida. O Estado deve garantir aos cidadãos o gozo dos direitos fundamentais por meio do princípio da proibição da proteção deficiente. Caso contrário, a política integral de proteção de direitos, instituída pelo Estado Democrático de Direito, estará empregando uma forma de tratamento aos bens jurídicos incompatível com a sua finalidade.

Após o legislador infraconstitucional estabelecer a nova regra da ação penal pública condicionada à representação para o estupro qualificado, alguns bens jurídicos merecedores de tutela especial foram violados, eis que ficaram desprotegidos em face da insuficiência estatal.

Cumpramos rememorar um caso concreto ocorrido no Brasil, o qual promoveu a discussão sobre a proteção insuficiente por parte do Estado, julgado em 2006 pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se da história de uma criança que dos nove aos doze anos fora estuprada por seu tutor (marido de sua tia), ocasião em que engravidou e passou a constituir união estável com o agressor. À época dos fatos, era permitida a extinção de punibilidade por meio do casamento do agente com a vítima (art. 107, VII, do Código Penal). O acusado, então, requereu a absolvição perante o Supremo Tribunal Federal por equiparação da união estável ao casamento, nos termos do art. 226 da Constituição Federal. O voto-vista, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, rebateu o pedido do recorrente ao aduzir que a vítima fora submetida à coação psicológica e moral pelo agressor, discordando da tese da defesa nos seguintes termos:

Cuida-se, em verdade, de permanente coação psicológica e moral a uma criança, submetida pela sua condição de vida, a exploração, crueldade e violência por parte daquele que tinha o dever de protegê-la contra esses males. Não se pode olvidar o fato de tratar-se, no caso dos autos, de uma menina de 12 anos que engravidou, após manter relações sexuais com o marido de sua tia, seu tutor legal desde os 8 anos de idade. O fato de esta adolescente, depois de ter filho, vir a juízo afirmar que vive maritalmente com o seu opressor, não pode ser considerado como hipótese típica de perdão, extinguindo a punibilidade, nos termos do art. 107, VII, do Código Penal. A união estável, que se equipara ao casamento por força do art. 226, § 3º da Constituição Federal, é uma relação de convivência e afetividade em

que homem e mulher de idade adulta, de forma livre e consciente, mantém com o intuito de constituírem família. Não se pode equiparar a situação dos autos a uma união estável, nem muito menos, a partir dela, reconhecer, na hipótese, um casamento, para fins de incidência do art. 107, VII, do Código Penal. De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Percebe-se que o direito à liberdade e à dignidade sexual deveria prevalecer em detrimento ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, ainda mais quando se cogita da repercussão do referido caso, levado a Plenário, em que a condição da vítima foi comparada à escravidão sexual. No presente caso, a insuficiência poderia ocorrer caso o Plenário tivesse decidido pela extinção de punibilidade do agressor, lesionando o direito fundamental à preservação da dignidade sexual da vítima, à época, menor. Todavia, a Corte Suprema, em decisão por maioria de votos, manteve a condenação do agressor baseando-se na primazia do princípio da proporcionalidade no tocante à proibição de proteção deficiente do Estado, impedindo que a impunidade prevalecesse à míngua da proteção da própria formação moral da vítima.

Adotando-se como paradigma o julgado exposto, verifica-se que o caput do art. 225 do Código Penal, na nova redação dada pela Lei nº 12.015/2009, viola claramente a proibição de proteção deficiente do Estado ao estabelecer a regra da ação penal pública condicionada à representação para o estupro qualificado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do presente trabalho teve como principal objetivo analisar como era e como ficou o crime de estupro após o advento da Lei 12.015/2009, esclarecendo todos principais pontos de embates que surgiram pela entrada em vigor da nova lei.

Quanto à mudança de denominação, esta nos pareceu bastante positiva, tendo em vista que a nomenclatura anterior não estava adequada com o modelo comportamental da sociedade, que busca proteção à sua dignidade sexual e não a preservação de hábitos comuns das pessoas. No entanto, vimos que o aspecto mais importante da nova lei foi em razão da fusão do crime de estupro e atentado violento ao pudor, fazendo surgir debates com relação a possibilidade do concurso material entre as condutas descritas no tipo penal e da continuidade delitiva. Entendemos que pela unificação das condutas fez surgir um tipo penal alternativo, uma vez que só existe uma conduta definida no tipo penal e que está caracterizada pelo verbo “constranger”. Para que seja considerado um tipo penal cumulativo seria necessário haver vários verbos definindo várias condutas, como ocorre no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Assim, entendemos também que é perfeitamente possível o crime continuado quando, em momentos diferentes, o agente comete as duas condutas descritas no tipo penal do artigo 213, observados os requisitos do artigo 71 do Código Penal, uma vez que estamos tratando de crimes da mesma espécie, tendo inclusive sido unificados num só tipo penal, e reconhecendo que estas ações possuem a mesma maneira de execução. No que se refere às duas modalidades qualificadas, previstas nos parágrafos primeiro (quando a conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima for menor de 18 anos e maior de 14 anos) e segundo (quando da conduta resultar em morte) do artigo 213, firmamos entendimento que só poderá ocorrer a incidências destas formas qualificadas quando caracterizado o preterdolo, ou seja, quando resultar de uma consequência culposa do crime de estupro que, por óbvio, deverá ser praticado dolosamente.

De acordo com todo o assunto explanado nesta pesquisa sabe-se que há algum tempo atrás o Código Penal previa no art. 214 o crime de atentado violento ao

pudor, que punia a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, porém em 2009, foi promulgada a Lei 12 015 que excluiu esse e outros delitos, fazendo algumas adequações. O atentado violento ao pudor apesar de ter perdido autonomia legal, permaneceu tipificado no art. 213, que prevê o crime de estupro, e isso gerou alguns problemas.

Um dos maiores problemas é que a expressão acrescida no art. 213 nunca especificou limites para sua aplicação, e permaneceu assim após as alterações de 2009, onde o legislador teve a chance de acabar com essa lacuna e não o fez. Como a expressão é muito ampla, ela pode englobar diversos atos de cunho sexual, alguns autores usam como exemplo a cópula anal, enquanto outros já consideram um beijo roubado um ato libidinoso que precisa ser punido. Em falta de regulamentação legal adequada, deve-se analisar até onde vai a liberdade individual e começa a vulgarização do atos. Dessa forma, tornou-se muito difícil, ou em alguns casos, muito banal, a aplicação do crime de estupro, já que os magistrados não possuem amparo legal para fundamentar suas decisões.

Atualmente só existem duas formas de “sanar” esse problema ao se deparar com uma denúncia/queixa de estupro, na modalidade do ato libidinoso. Primeiro, caso o ato não seja lesivo a dignidade sexual da vítima, como o beijo roubado, desclassifica-se para o art.61 da Lei de Contravenções Penais, nesse caso, considerando-se o fato ocorrido como mera importunação ofensiva ao pudor, seria eficaz para repreensão do ato uma pena de multa, conforme prevê o citado artigo. Uma segunda alternativa para a hipótese seria, aquele que se sente prejudicado, perturbado com o fato preferir buscar sua reparação na esfera cível, sobretudo no que se refere à reparação por meio pecuniário, ou seja danos morais. Se o tipo penal fosse melhor especificado, ou tivesse seus limites previstos em letra de lei a doutrina e jurisprudência não teria tanta disparidade em seus comentários. E aplicação da pena para o crime nessa modalidade seria mais “justa”.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Português. Tradução Almeida Corrigida e Revisada fiel. Disponível em:<<http://www.bibliaonline.com.br/acf/dt/22>> Acesso em 30 de agosto de 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> . Acesso em 30 de agosto 2015.

BRASIL, **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Lei que altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 setembro de 2015.

BRASIL, **Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal.** Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil/leis/LIM-16-12-1830.htm>> Acesso em 01 de setembro de 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte especial** - vol. 1. 10ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

BUENO, Rodrigo Poreli Moura; SOUZA, Cesar Augusto Neves. **O Tema da Sexualidade na Longa Idade Média:** Concepções de Masculino e Feminino, 2012. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/matéria.cfm?tb=artigos&ID=210>>. Acesso em: 30 de agosto de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: Parte Especial.** 9ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011. 3v.

CÓDIGO DE HAMURÁBI [s.l.]. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>> . Acesso em: 28 de julho de 2015.

FRANCO, Alberto Silva et al. **O Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 5ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais.** 6. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** 3ª Ed. Vol III Rio de Janeiro: Forense, 1947.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado** . 7ª.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI,Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial – São Paulo, 2001.

OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávaro de. **A Mulher como Sujeito Ativo no Crime de Estupro**, 2008. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-mulher-como-sujeito-ativo-no-crime-de-estupro,24881.html>> . Acesso em: 25 de agosto de 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.2.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica**. 1. Ed. Bauru: Javoli, 1980.

PORTINHO, João Pedro de Carvalho. **História, Direito e violência: do estupro e atentado violento ao pudor - Aspectos gerais**, 2005. Disponível em:<<http://www.historiaehistoria.com.br/matéria.cfm?tb=alunos&ID=10>>. Acesso em: 30 de agosto 2015

PLUTARCO, **O APELO HISTÓRICO EM TITO ANDRÔNICO, DE SHAKESPEARE**. Disponível em: <<http://www.assis.unesp.br/Home/PosGraduacao/Letras/RevistaMiscelanea/artigo-13---o-apelo-historico-em-tito-andronico-de-shakespeare---sueli-meira.pdf>> Acesso em: 15 de agosto de 2015.

SEGATO, Rita Laura. **A estrutura de gênero e a injunção do estupro**. In: SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes et al (Org). Violência, gênero e crime no Distrito Federal, Brasília: UNB, 1999.