

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS IMPLICAÇÕES DA NOVA LEI Nº 12.015, DE 07 DE AGOSTO DE
2009, NAS ESFERAS PENAL E FAMILIAR DO INDIVÍDUO**

Bruno Marques da Silva

Presidente Prudente/SP
2010

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS IMPLICAÇÕES DA NOVA LEI Nº 12.015, DE 07 DE AGOSTO DE
2009, NAS ESFERAS PENAL E FAMILIAR DO INDIVÍDUO**

Bruno Marques da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2010

**AS IMPLICAÇÕES DA NOVA LEI Nº 12.015, DE 07 DE AGOSTO DE
2009, NAS ESFERAS PENAL E FAMILIAR DO INDIVÍDUO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

RODRIGO LEMOS ARTEIRO
Orientador

CLÁUDIO JOSÉ PALMA SANCHEZ
Examinador

LUÍS ROBERTO GOMES
Examinador

Presidente Prudente/SP, 25 de outubro de 2010

“Não tenha medo do que você está prestes a sofrer... Seja fiel até a morte e eu lhe darei a coroa da vida”.

Apocalipse 2:10

Este trabalho é dedicado a Deus.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, Senhor Onipotente que demonstrou o maior gesto de amor à minha vida quando entregou em sacrifício seu Filho Jesus, o Salvador, para que hoje eu tenha vida e viva eternamente.

Agradeço aos meus pais Jonas e Teresa, por me ensinarem que um homem é digno pelo que traz em seu coração e não em seus bens materiais, por sacrificarem o sono para que eu pudesse sonhar, por sorrir com meu sorriso e por tantos outros motivos que se fossem escritos não haveria lugar no mundo onde guardar tantos livros.

Agradeço especialmente a Senhora Doutora Vera Guiomar Morais, Membro do Ministério Público do Estado do Paraná, a minha querida Dona Vera, porque sem sua presença em minha vida este trabalho jamais seria iniciado. Por ser a extensão da mão de Deus em minha vida e ter mudado a minha história. Por ter me dado dois maravilhosos presentes, primeiro a oportunidade de cursar uma faculdade e por ter me dado a minha Biannca, minha namorada, que com seu sorriso é capaz de transformar qualquer dia chuvoso em um dia de férias com sol, que me ama e que tanto me faz feliz por me dar a oportunidade de amá-la.

Agradeço aos meus irmãos e amigos Maykel e Adriana, por tanto me ajudarem, pelo companheirismo, pelas risadas, pelos conselhos e pelo amor.

Agradeço ao Tenente da Polícia Militar do Estado de São Paulo, o senhor Paulo César Ramos da Silva, por ter me apresentado a ciência do Direito, pela qual sou apaixonado.

Agradeço aos professores das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP, por todo conhecimento que hoje possuo, por despertarem em mim o senso crítico e a vontade de mudar.

Sou grato aos professores Doutor Luís Roberto Gomes e Cláudio José Palma Sanchez, por terem aceitado de pronto meu convite para serem examinadores deste trabalho.

Agradeço ao Professor Rodrigo Lemos Arteiro, por ter aceitado o desafio de comigo desenvolver este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo apontar as modificações implementadas pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, que alterou de modo considerável o título dos crimes contra os costumes, agora sob a denominação de crimes contra dignidade sexual. Far-se-á cotejamento entre as redações anteriores a nova Lei, abordando inclusive a controvérsia arguida com relação à natureza da ação penal, que antes da alteração possuía natureza privada e, com a alteração, possui, agora, natureza pública condicionada à representação da vítima. Faremos breve análise de como a ação penal nos crimes dessa natureza era tratada antes do advento da nova Lei. Após, trabalharemos o princípio da proibição da proteção deficiente, e a possibilidade de se aceitar a ação pública incondicionada nos casos qualificados por lesão corporal grave ou morte. Sobre a análise de breves conceitos do direito de família é estudado a figura do homem como sujeito passivo do delito de estupro e a possibilidade de, sobrevivendo gravidez pelo ato criminoso praticado pela mulher, sua responsabilidade para com a criança que será concebida, no tocante ao pagamento de indenização gerada pelo direito ao estado de filiação e as demais consequências com relação ao direito sucessório. Destarte, concluímos abordando os pontos mais destacados de sua nova feição, buscando-se ainda explicitar as consequências práticas dos reflexos tanto na esfera penal como familiar do indivíduo.

Palavras-chave: Dignidade sexual – Estupro – Princípio da proibição da proteção deficiente – Lei nº. 12.015/09.

ABSTRACT

The scope of this work is to point out the modifications implemented by Law 12015 of 07 August 2009, which changed considerably the title of crimes against morals, now under the name of sexual crimes against dignity. Far will the examination between newsrooms before the new law, including addressing the controversy raised about the nature of the prosecution, which before the amendment had a private nature, and with the change, has now conditioned the public nature of representation victim. We will brief analysis of how the prosecution in such crimes was treated before the advent of the new law after, the work principle of the prohibition of poor protection, and the ability to accept unconditional public action in cases classified by severe bodily injury or death . On the brief analysis of concepts of family law is studied the figure of man as a passive subject of the crime of rape and the possibility of pregnancy befallen the criminal act committed by the woman, her responsibility for the child to be conceived, on the payment compensation generated by the right state of membership and other consequences with respect to inheritance law. Thus, we conclude by addressing the most important points of his new feature, aiming to further clarify the practical implications of the reflexes in both the criminal court as the individual family.

Key-Words: Dignity sex – Rape – Principle of prohibition of poor protection – Law nº. 12.015/09.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A FACE DO CRIME DE ESTUPRO	13
2.1 Parte Histórica	13
2.2 Sanções Penais Aplicadas	17
2.3 Consequências da Violência Sexual, Reflexos Físicos e Psíquicos e os Transtornos da Sexualidade	21
2.3.1 Hipóteses de violência real	22
2.3.1.1 Da violência física	24
2.3.1.2 Da ameaça.....	24
2.3.2 Consequências físicas.....	25
2.3.3 Consequências psíquicas	28
3 DO CRIME DE ESTUPRO ANTES DA ALTERAÇÃO, E O REVOGADO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR	32
3.1 Conceitos	32
3.2 Objetividade jurídica	34
3.3 Sujeitos do crime	35
3.3.1 Sujeito ativo	35
3.3.2 Sujeito passivo	39
3.4 Elementos Objetivo e Subjetivo do Tipo	40
3.5 Consumação e Tentativa	45
3.6 Concurso de Pessoas	47
3.7 Causas de Aumento de Pena e Formas Qualificadas	47
3.8 Concurso Material com o Revogado Crime de Atentado Violento ao Pudor	49
3.9 Crime Continuado	49
3.10 Pena e Ação Penal.....	50
4 ALTERAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº. 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009, NO CRIME DE ESTUPRO	52
4.1 Novo Conceito	53
4.2 Objetividade Jurídica	56
4.3 Sujeitos do Crime.....	57
4.3.1 Sujeito ativo	57

4.3.1.1 O homem como delinquente sexual	58
4.3.1.2 A mulher como delinquente sexual	61
4.3.2 Sujeito Passivo	64
4.4 Elementos Objetivo e Subjetivo do Tipo	65
4.5 Consumação e Tentativa	67
4.6 Qualificados do Crime	68
4.6.1 Resultado lesão corporal grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze(anos)	68
4.6.2 Resultado morte	70
4.7 Causas de Aumento de Pena	71
4.7.1 Crime cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas	71
4.7.2 Condição de o agente ser ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela	72
4.7.3 Resultado gravidez.....	73
4.7.4 Transmissão à vítima, de doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador	74
4.8 Comentários às alterações inseridas na Lei nº. 8.072/90	74
4.9 Problemáticas Trazidas pelas Alterações	76
4.9.1 “ <i>Abolítio Criminis</i> ”	76
4.9.2 Retroatividade da lei penal mais benéfica no concurso material entre o crime de estupro e o revogado crime de atentado violento ao pudor, praticados até o advento da Lei nº. 12.015/09.....	77
4.9.3 Ação penal	80
4.9.3.1 Ação penal para os crimes praticados até o adevtno da Lei nº. 12.015/09	80
4.9.3.2 A ação penal nos crimes contra dignidade sexual.....	82
4.9.3.3 Os problemas que envolvem a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual e o princípio da proibição de proteção deficiente por parte do Estado	83
4.9.3.4 A questão da aplicação da Lei nº. 12.015/09, no tempo	88
5 REFLEXOS NA ESFERA FAMILIAR	91
5.1 DA Filiação	91
5.1.1 Prova da filiação	92

5.2 Do Reconhecimento da Paternidade	93
5.2.1 Presunções da paternidade.....	94
5.2.2 Reconhecimento de filho não matrimonial	95
5.3 Da Investigação de Paternidade	96
5.3.1 Provas da paternidade	97
5.4 Impugnação da Paternidade.....	98
5.5 Dos Alimentos	100
5.5.1 Das causas originadoras da obrigação alimentar	101
5.5.2 Características do direito à prestação alimentícia	102
5.6 Estupradora que Engravidou Com o Ato Criminoso e a Possibilidade de Exigência de Prestação Alimentícia contra o Homem Vítima do Crime e o Aborto Sentimental	104
6 CONCLUSÃO	110
7 BIBLIOGRAFIA	112

1 INTRODUÇÃO

No primeiro capítulo analisaremos a face do delito de estupro de maneira histórica. De um modo geral, mostrar-se-á a reprovabilidade dos povos antigos ao delito, os conceitos ultrapassados como o conceito de “mulher honesta”, por exemplo, e, inclusive o tratamento dado pela religião a ele.

Elencamos o delito nos ordenamentos jurídicos repressivos anteriores e como esses diplomas legais puniam-no, isto é, quais penas eram aplicadas.

Após, faremos análise das consequências da violência sexual, os reflexos físicos e psíquicos da causados pela conduta criminosa, e os transtornos da sexualidade que podem acometer os autores dos crimes desta natureza.

No segundo capítulo observaremos o delito de estupro antes das alterações implementadas pela Lei nº. 12.015/09. Os sujeitos e conceitos do crime, penas e a natureza da ação penal, concurso de pessoal e continuação delitiva. Trazemos, inclusive o tratamento que o ordenamento jurídico repressivo dava ao revogado crime de atentado violento ao pudor, já que agora tanto a conduta do crime de estupro quanto do revogado atentado violento ao pudor compõem delito único. A revisitação aos conceitos antigos é importante para oportunizar o cotejamento com o novo tipo penal incriminador que, hoje, abarca as duas condutas.

Este estudo é importante para cotejarmos o entendimento anterior com o atual, o que foi mantido ou alterado.

Em seguida, abordaremos a nova nomenclatura dada pela Lei nº. 12.015/09, que trouxe a expressão “crimes contra dignidade sexual” e não mais “dos crimes contra os costumes”.

Daremos destaque para o estudo da mulher como sujeito ativo do delito e a possibilidade de aplicação de causa de aumento de pena se o ato resultar em gravidez.

Será abordada a problemática em torno da ação penal frente ao princípio da proibição da proteção deficiente, que é arguido pela Procuradoria Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4301, que tenta declarar a

inconstitucionalidade parcial do artigo 225 do Decreto Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, e a possibilidade da previsão de ação pública incondicionada nos casos qualificados por lesão corporal grave ou morte.

Em seguida, dá-se atenção à aplicação da nova Lei no tempo, para os casos anteriores à sua vigência, onde a persecução penal foi iniciada por meio de denúncia pelo membro do Ministério Público e a análise para aplicação do artigo 91 da Lei nº. 9.099, de 29 de setembro de 1995, que trata do prazo para vítima se manifestar no processo, como causa de prosseguibilidade ao processo já em curso.

Por derradeiro, estudaremos os reflexos do crime de estupro na esfera familiar do indivíduo. Não iremos pormenorizar conceitos, mas apenas abordá-los suficientemente para direcionar nosso pensamento na questão da responsabilidade do homem vítima do crime de estupro, para com a criança gerada pela conduta criminosa da mulher.

Como não há pacificação na jurisprudência no que tange ao tema tratado no presente trabalho, toda tese coerente e sustentável levantada, merece apreciação, até mesmo porque, às vezes, o que é tratado com razoabilidade no hoje pode ter sido um tema considerado absurdo no ontem.

2 A FACE DO CRIME DE ESTUPRO

O estudo histórico é sempre importante como principal forma de visualizar a evolução social, tendo em vista que, antigamente as regras eram ditadas em sua maioria por costumes da sociedade. Ao passo em que os conceitos sociais foram evoluindo, a regra acompanhou seu passo, já que isso é o que se espera do direito, sob pena da norma cair em desuso.

Abaixo traremos a evolução do delito abordando seus conceitos e punições nos ordenamentos jurídicos repressivos anteriores.

Desde logo percebemos que o tratamento dado ao delito, no período dissoluto era de acordo com cada sociedade antiga, já que cada uma individualmente possuía suas próprias tendências. Todavia, percebe-se que as punições aplicadas ao criminoso sexual guardavam semelhança entre os povos, pela sua característica rígida.

O estudo histórico é sempre importante porque nos dá parâmetros para cotejarmos a visão dissoluta com a ótica vislumbrada atualmente.

2.1 Parte Histórica

Antigamente a prática sexual tinha como principal finalidade a reprodutiva já que o que se buscava com o ato era deixar fixa sua história, ou seja, buscava-se a perpetuação familiar.

Como é de conhecimento e característico de um Estado não laico, a religião era quem disciplinava as regras sobre a relação sexual. Atendendo os preceitos bíblicos, era imposto que o ato sexual seria realizado de maneira mais acertada e ao encontro dos ensinamentos bíblicos se o ato fosse praticado após o

casamento, já que após esta comunhão os laços afetivos do casal estariam mais sólidos e poderiam constituir a instituição familiar conforme os ditames religiosos.

Como o ato sexual, para religião sempre foi visto como ato de amor, ato precursor para constituição da unidade familiar, o delito de estupro sempre foi abominado. Na Bíblia, onde se encontra a legislação mosaica, é fácil se achar esta afirmação.

No antigo testamento a Bíblia traz o estupro como forma de punição, isto é, naquele tempo Deus instituíra leis, mas Israel passou a não observá-las. Com isso, o Senhor advertiu aquele povo para as sanções que tomaria caso suas leis não fossem respeitadas, e dentro destas punições era previsto que o homem que desrespeitasse sua lei e que fosse noivo de uma mulher, outro homem a violentaria.

Uma questão interessante, ainda na lei mosaica, como ensina Claude Detiene (2009), era que se a mulher vítima da violência sexual fosse casada e o ato de violência ocorresse na cidade, a prova da inocência desta mulher, isto é, para que ela provasse que não concorreu para conduta do violentador, ela teria que gritar por socorro, porque se assim não procedesse ela e o violentador seriam apedrejados até a morte. O homem por ter violentado a mulher de seu próximo, e a mulher punida porque, de forma tácita, teria cedido aos anseios do indivíduo.

Caso a violência ocorresse no campo, a mulher não sofreria pena alguma, porque se presumia que ela pediu ajuda, mas pelo lugar ser afastado da cidade e quase inabitado ninguém escutou seus apelos de socorro. Este tratamento foi acolhido inclusive na Antiga Roma.

No caso em que a mulher fosse virgem e não casada, “o homem daria ao pai da jovem cinquenta siclos de prata, e ela seria sua esposa, e não poderia repudiá-la, tendo que conviver com ela para o resto de sua vida” (Deuterômio 22:22-29).

Portanto, concluímos esta passagem com o pensamento de que, mesmo com a visão antiga e tendenciosa às punições cruéis, a visão antiga tratada pela Bíblia foi a base para o entendimento atual, claro que guardadas as proporções legais e humanas quando da aplicação das penas. Nas palavras de Vitorino Prata

Castelo Branco (1966, p. 15) “o pecado foi o predecessor ao crime e a punição divina à punição estatal”¹.

Continuando o estudo, os mandamentos entregues por Deus, a Moises, eram mais temidos que as leis instituídas pelo homem. Mas com a evolução social e a banalização dos atos considerados pecaminosos pela Igreja, o homem foi deixando de temer a Deus, gradativamente, passando a não temer ninguém, já que com as forças divinas em declínio, na consciência humana abria-se oportunidade para que outras forças e a força humana pudessem ser salientadas em seu interior.

Na Roma dissoluta além do entendimento de que a mulher deveria gritar para se escusar das punições juntamente com o agressor sexual, havia naquela sociedade a figura da mulher honesta. Esta imagem era considerada praticamente uma elementar do delito, já que se a conduta violenta fosse contra mulher que fosse conhecida na sociedade por praticar condutas e ter comportamentos imorais, ela não recebia o amparo legal, havendo até mesmo possibilidade de não se punir o homem, já que o entendimento era que ela arcasse com as consequências da violência sexual, pois com seu comportamento teria concorrido à prática da conduta do homem (PORTINHO, 2005).

Sobre o termo “mulher honesta”, ainda na Roma antiga, a mulher não era sujeito de direitos como o homem, porque a mulher era qualificada aproximando-se sua utilidade com a de um objeto, isto é, a mulher quando não era destinada ao trabalho era servida como escrava sexual.

Com a luta cristã, este conceito isento de isonomia foi gradativamente perdendo espaço para o tratamento mais digno à mulher, passando a ser considerada criatura digna de respeito e amor. A santificação de Maria, Mãe de Jesus corroborou significativamente para esta elevação da imagem da mulher.

Então a mulher passou a ter a imagem de companheira do homem, e “mulher honesta” era considerada toda aquela mulher que não usava o seu corpo para obter dinheiro, a mulher que não se declinava à prostituição. Eugenio Mesonero Romanos (1982, p. 29) conceitua prostituta como “um estado de virtude no qual a mulher comercia seu corpo publicamente, sem escolha de pessoas, em troca de

¹ O autor faz uma análise sobre a religião e o crime, tomando por base os mandamentos entregues a Moisés.

dinheiro ou de objetos de valor e sem permanecer fiel durante algum tempo a um mesmo homem”.

Nas Ordenações Filipinas o estupro era elencado no Livro V, Título XVIII: *Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade*. Portanto o estupro era configurado sendo a mulher honesta ou não². (1603, p. 1168):

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. Porém, quando for com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até nol-o fazerem saber, e per nosso mandado.

Decaindo-se os costumes, modificaram-se as noções de pudor e a mulher passou a ter sua liberdade sexual tutelada pelo direito.

Damásio (2008, p. 91) diz que “A lei penal protege a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais. É o direito de dispor do próprio corpo, e selecionar os parceiros e de praticar livremente os atos do sexo”. Ou seja, o bem jurídico tutelado, em regra, é disponível, portanto, toda pessoa possui a liberdade para praticar os atos sexuais e caso sua liberdade sexual é violada o Estado deve reprimir a conduta do agente, punindo-o.

Até aqui, podemos observar que mesmo sendo maioria no Brasil, em todo período histórico fazia-se referência à mulher como único possível sujeito passivo do crime de estupro. Todavia, com a visão isonômica trazida pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o apelo pela igualdade entre homens e mulheres era cada vez mais frequente.

Então, o legislador, rompeu a figura secular e passou a prever igualmente o homem como vítima do delito, quando abarcou em um único tipo penal as condutas até então tratadas no crime de atentado violento ao pudor³.

² Nas Ordenações Filipinas, tanto a mulher honesta quanto a mulher prostituída poderiam ser sujeito passivo do crime de estupro. Todavia via o tratamento não era tão isonômico quanto parece, pois havia diferença na cominação da pena, o que veremos a seguir em “Sanções penais aplicadas”.

³ Era o revogado crime do artigo 214 do Código Penal. Crime decorrente da conduta *constranger* (tolher a liberdade, forçar ou coagir) alguém a praticar ou permitir que com ele fosse praticado ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, mediante o emprego da violência ou da grave ameaça.

Há quem entenda que a visão anterior era uma afronta grave a diversos preceitos fundamentais e a manutenção desta visão não fazia mais sentido nos dias de atuais, porque a figura frágil da mulher já está superada. Visou-se, assim, contemplar ambos os sexos, evitando com isso a produção de normas de caráter manifestamente discriminatório (ARAUJO, 2009).

Desta forma o legislador visou a realização dos princípios constitucionais de igualdade e defesa da dignidade da pessoa humana, afastando posicionamentos discriminatórios que ainda assombravam a legislação.

2.2 Sanções Penais Aplicadas

As penas aplicadas aos autores dos crimes sexuais eram diversas e das formas mais cruéis possíveis. Cada sociedade possuía uma forma de punir o indivíduo, mas todas guardavam a violência e a crueldade como características obrigatórias na hora de aplicar suas sanções.

De modo geral no Egito as penas guardavam as características do sadismo, e por ser assim, a pena do estupro para aquela sociedade era a amputação do membro sexual⁴.

Na cultura Grega, num primeiro momento, a punição ao criminoso sexual era extremamente diferente, já que se aplicava a multa. Todavia, essa pena foi alterada e aquela sociedade passou a apenar o crime com a morte do indivíduo. Isto de um modo geral já que se permitia, em todas as polis, punições de acordo com os costumes locais.

Como o direito romano foi basilar para o estudo do direito penal mundial, seu estudo merece maior atenção, pois a civilização romana foi quem iniciou o processo de secularização do direito, influenciada pela Filosofia e Democracia.

⁴ A título de curiosidade, O Egito era tão severo na aplicação das penas, que se fosse praticado sexo anal, o homem era mutilado e a mulher lhe era arrancado o nariz.

Ensina César Roberto Bitencourt (2002, p. 214), o direito romano é tido como um elo entre o mundo antigo e o atual.

O direito Romano oferece o ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Roma é tida como a síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o mundo moderno.

Naquela sociedade havia a distinção entre os crimes considerados públicos e os considerados de natureza privada. Aqueles eram os cometidos contra o Estado e como punição condenava-se o indivíduo a morte. Geralmente se tratavam de crimes contra o governo.

Nos crimes de natureza privada, sendo conceituados de maneira exclusiva, já que eram considerados crimes privados todos aqueles crimes que não fossem considerados públicos. Portanto, excluindo-se os crimes públicos era que se obtinham os crimes privados.

No que tange legislação da época, destaca-se a Lei das XII Tábuas e o *Corpus Iuris Civilis*⁵.

Quem julgava o crime era o próprio particular e a figura do Estado aparecia somente para garantir o exercício da punição que também era realizada pelo particular.

O primeiro código romano escrito foi a Lei das XII Tábuas. Neste livro ainda se encontravam as regras da Lei de Talião que punia tão severamente os delinquentes sexuais.

Aqui a pena era aplicada mais em razão da violência empregada pelo agente do que propriamente o fim desejado por ele.

No Direito Germânico mesmo com a exigência de a mulher possuir a qualidade de mulher virgem, a severidade na hora da aplicação da sanção não era diferente, já que igualmente recebia punição de alto rigor.

⁵ Com a invasão dos bárbaros e a destruição do Império Romano do ocidente, o Império Bizantino foi formado pelos romanos do oriente, tendo como imperador Justiniano. O *Corpus Iuris Civilis* era composto pelo Código Antigo e Novo, Digesto, Institutas e as Novelas; que foi um agrupamento das mais importantes legislações.

No Brasil, nas Ordenações Afonsinas, para que o agressor sexual fosse punido era obrigatório que a mulher estuprada fosse imediatamente ao local denominado “Casa da Justiça”, para que relatasse o acontecido, sob pena de não ver seu agressor punido.

Após, houve alteração no entendimento e não mais se previa possibilidade do homem isentar-se de pena, nem mesmo na hipótese de se casar com a vítima, pois sendo mulher virgem ou não, ele era punido com a morte.

Ainda nas Ordenações, já se vislumbrava a figura do que hoje temos no nosso direito como o partícipe ou o coautor, porque no diploma era previsto a mesma punição para qualquer pessoa que ajudasse no emprego da violência, prestasse ajuda, favor ou conselho ao agressor sexual⁶.

Nas Ordenações Manuelinas, aplicadas ao Brasil no período das capitanias hereditárias, dizia-se que se o homem violentasse uma mulher, tão pouco importando ser ela honesta ou prostituída, o agente era punido com a morte, e a sua condenação só era realizada após o conhecido dele sobre o motivo pelo qual sua morte foi decretada (DETIENE, 2009).

Nas Ordenações Filipinas as penas foram igualmente repetidas às aplicadas nas pelas Ordenações anteriores, mas com uma característica interessante, o crime só era punido se houvesse a vontade das partes em vê-lo punido, ou seja, o crime só era punido mediante requerimento das partes, e não mais *ex officio*⁷.

Sobre os Códigos penais do Brasil, o primeiro a prever a tipificação da conduta foi o Código Criminal do Império, em 1830, que elencava o crime no Capítulo II, tratando *Dos Crimes Contra a Segurança da Honra*.

Nele, o artigo 222 passou a trazer o meio “emprego da ameaça”, também para tipificação do delito, além do emprego da violência. O Código previa a pena de três a doze anos de prisão, além de o agente ser obrigado a pagar certa

⁶ Em nosso Código Penal, o mesmo entendimento é elencado pela teoria monista, na primeira parte do artigo 29, quando diz: “*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”.

⁷ As Leis de 19 de outubro de 1775, e de 06 de outubro de 1784, alteraram a Legislação das Ordenações, em matéria de estupro. O Dec. De 31 de julho de 1784, declarou que as devassas de estupro só eram admitidas através de requerimento das partes, não devendo mais ser executadas de ofício.

quantia a título de indenização à ofendida, que fosse mulher honesta (PIERANGELI, 2001, P. 261).

Se a mulher vítima do crime fosse prostituta, a pena do autor do delito era de prisão de um mês a dois anos. Com isso, nota-se clara ausência de tratamento isonômico entre as ofendidas do delito.

Num segundo momento, O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, trazia a figura típica do delito de estupro sob o “*nomen júris*” “*Da violência carnal*”, no Título VIII tratando *Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade da família e do ultraje público ao pudor*, no artigo 268, prevendo pena de prisão de um a seis anos, para quem estuprasse mulher honesta, virgem ou não. A pena era reduzida, conforme redação do §1º do mesmo artigo, prevendo-se prisão de seis meses a dois anos, se a mulher estuprada fosse pública ou prostituta (PIERANGELI, 2001, P. 303).

Pela leitura que se faz do artigo 269⁸ do Código de 1890 verifica-se que a denominação “estupro” foi consagrada neste momento histórico. No Código do Império o delito era trazido de forma genérica, coadunado aos crimes do defloramento e sedução da mulher.

Finalmente o Código Penal de 1940, trouxe o crime no Título VI, “*Dos crimes contra os costumes*”, no Capítulo I, que tratava “*Dos crimes contra a liberdade sexual*”.

Previa-se no artigo 213 que todo aquele que constrangesse mulher à conjunção carnal usando como meio o emprego de violência ou da grave ameaça, receberia a pena de quatro a dez anos de reclusão. Em 1990 essa pena passou a ser cominada em três a oito anos, e no mesmo ano, a pena foi alterada novamente, prevendo seis a dez anos de reclusão.

Atualmente a pena cominada ao delito permanece sendo reclusão de seis a dez anos, para modalidade simples, alterando-se significativamente a redação do tipo penal incriminador, passando a prever a possibilidade do homem como sujeito passivo do crime, a mulher como sujeito ativo, e elencando não somente a

⁸ 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 física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral os anestésicos e narcóticos.

conjunção carnal mediante o emprego de violência ou grave ameaça, bem como qualquer ato libidinoso, para caracterização do crime. Isto é, houve migração da conduta do revogado artigo 214 do Código Penal, que previa o atentado violento ao pudor.

Em conclusão, é claro o repúdio ao estupro nas civilizações antigas do mundo, e, não obstante é o tratamento do crime nos dias atuais, sendo reunido aos delitos previstos no rol do art. 1º da Lei nº. 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, porque além da violência sexual deixar marcas físicas, a prática também é legítima para causar perturbações psíquicas muitas vezes irreversíveis na vítima.

2.3 Consequências da Violência Sexual, Reflexos Físicos e Psíquicos, e os Transtornos da Sexualidade

Na maioria dos casos o meio qual se utiliza para prática dos crimes sexuais é a violência, que deixa marcas visíveis na vítima, tais como escoriações, equimoses e hematomas.

Se da conduta criminosa, quando não resulta a morte da vítima, são deixadas nela além das marcas físicas, sequelas psíquicas muitas vezes irreversíveis. A dor de ter seu corpo violentado provoca danos psicológicos graves, chegando a atitudes extremas da vítima, por exemplo, levando-a a cometer o suicídio.

Neste tópico trataremos não só das consequências físicas e psíquicas, que produzem resultados catastróficos na vítima, mas também faremos breve análise sobre os transtornos da sexualidade, que, podem levar as pessoas à prática do delito de natureza sexual.

2.3.1 Hipóteses de violência real

De todas as modalidades de crimes sexuais o estupro é o que atinge o ápice das estatísticas, e a violência real na maioria dos casos é o meio utilizado pelas pessoas que o cometem.

HERCULES (2008, p. 550) conceitua a violência real como aquela violência efetiva, ou seja, caracteriza-se pela coação exercida na vítima, para vencer uma possível resistência de sua parte.

Genival Veloso de França (1998, p. 187) trás as hipóteses de violência real ou efetiva, conceituado violência efetiva quando existe o concurso do emprego da energia humana ou o emprego de meios que possam privar ou turbar a capacidade volitiva da vítima, causando situação capaz de impedir sua reação à violência dispensada, ou de defender-se.

O emprego da violência real no crime de estupro foi o motivo para que o Supremo Tribunal Federal redigisse a Súmula nº. 608, que prevê a mudança da natureza da ação penal, pois antes a ação penal que processava o crime de estupro, salvo os casos legais, possuía natureza privada, e o enunciado passou a prever que nos casos em que houvesse o emprego da violência real, a natureza da ação penal passaria a ser pública incondicionada. Hoje é discutida a revogação ou não desta Súmula, todavia essa matéria será amadurecida ao decorrer deste trabalho.

Em nosso Código Repressivo existia a modalidade da violência presumida ou ficta. A antiga redação do revogado artigo 224, previa a possibilidade de se presumir a ocorrência da violência, levando em consideração as características da vítima. Não ser maior de catorze anos, ser alienada ou débil mental, e o agente conhecer essa qualidade, não poder, por qualquer outra causa, oferecer resistência, eram as circunstância para seu reconhecimento.

FRANÇA (1998, p. 187) tratava a violência efetiva psíquica como sendo algo diferente da presunção de violência. No entendimento do autor a violência efetiva psíquica é aquela em que o agente não emprega a força física, mas aplica meios capazes de convencer a vítima e conduzi-la, tendo em vista sua capacidade mental reduzida. A embriaguez completa, efeito de drogas e substâncias

alucinógenas, anestesia, são exemplos do que seria capaz de enfraquecer ou anular a oposição da vítima.

Num primeiro momento a visão do doutrinador parece equivocada, pois pela leitura da alínea “c” do revogado artigo 224 do Código Penal, as causas elencadas por ele, como sendo as de violência efetiva psíquica, se enquadrariam na violência presumida, como sendo a “qualquer outra causa” que seja capaz de reduzir a resistência da vítima, de que tratava o dispositivo.

Todavia, a violência presumida era configurada pelas qualidades da vítima, pois como trata Francisco Silveira Benfica (2008, p. 80) na violência presumida entende-se por “qualquer outra causa”, levando-se em consideração a qualidade da vítima do crime, seria qualquer outra causa que impossibilite a vítima de resistir, como por exemplo, a paralisia dos membros, enfermidades imobilizante. Conclui-se, assim, que era necessário que a circunstância não fosse passageira, mas permanente.

2.3.1.1 Da violência física

O conceito legal de violência física nós encontramos no artigo 7º, I, da Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006⁹ (Lei Maria da Penha), como sendo qualquer conduta que ofenda a integridade física ou a saúde.

HERCULES (2008, p. 550) conceitua violência física como sendo aquilo em que o agente vale-se da força ou da agressão de natureza variada, para submeter a vítima a suas vontades.

⁹ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

Portanto quando o agente se valer de sua força para com seu corpo ou utilizando de objetos, violar a integridade física ou a saúde da vítima, causando-lhe lesões, estaremos diante da violência física.

Lembrando que se o *animus* do agente era além de estuprar a vítima era lesioná-la, ele poderá responder pelo concurso material de crimes, entre o crime de estupro e o de lesões corporais.

2.3.1.2 Da ameaça

A ameaça deve ter caráter de gravidade (*vis compulsiva*), ou seja, deve ser idônea a produzir sentimento intimidador na vítima. A elementar do tipo deve intimidar a vítima a ponto de tirá-la a possibilidade de resistência, porque se ela tinha condições de oferecer resistência, mas não o fez, retira-se a elementar do tipo penal incriminador, e ele não se restará configurado.

Luiz Regis Prado (2008, p. 640) conceitua a grave ameaça como aquela causa capaz de exercer grande temor na vítima, fazendo com que ela ceda às pretensões do autor, por receio de que lhe aconteça certo mal prometido. Em suma, ela se sujeita à conjunção carnal ou ao ato libidinoso, por medo de algum mal sério e grave, que o autor possa cometer. Isso é o que torna impossível a oposição e a resistência da vítima. Nas palavras de PRADO, *apud* GUSMÃO (2008, p. 641):

O poder de ação inibitória da vontade, ou seja, de uma faculdade psíquica, produzindo-lhe o pavor, o temor angustiante, uma ação mental compressora e absorvente, que lhe tolhe a faculdade psíquica da volição, destruída esta ou pelo menos fundamentalmente perturbada, como, outrossim, inibindo-lhe a capacidade moral de resistência e, pois, a possibilidade de se defender.

Por fim, a ameaça pode recair inclusive sobre pessoa estimada pela vítima, em que esta cede às pretensões do autor, por medo de que algo sério e grave aconteça com terceira pessoa.

Ressalta-se que quando o meio empregado para prática do estupro é a grave ameaça, o trabalho pericial é dificultado, pois este meio empregado não deixa marcas visíveis no corpo da vítima.

2.3.2 Consequências físicas

As consequências físicas são aquelas que podem ser vislumbradas num primeiro momento ou através de perícia médica, dependendo do tipo de consequência gerada na vítima. Conforme o tipo de violência que o agente empregar, maiores ou menores serão os danos físicos.

Cumprе salientar que o estupro não é uma modalidade de diagnóstico médico, mas sim uma matéria de caráter jurídico, onde a contribuição pericial limita-se em comprovar a materialidade do delito, isto é, a existência ou não da violência sexual. Todavia, não só se busca comprovar a violência sexual, mas também qualquer marca de violência empregada pelo agente, até mesmo porque não necessita-se que haja qualquer tipo de penetração sexual para que o crime esteja configurado.

Conforme dispõe HERCULES (2008, p. 554):

A Perícia Médico-legal tem por finalidade levantar a prova material de uma ilicitude cuja demonstração dependa de procedimentos médicos. Para efeitos práticos, essa finalidade consiste em recolher elementos que possibilitem responder aos quesitos formulados por quem requisitou e procedimento pericial, e com isso fornecer os subsídios necessários à elucidação de um fato que esteja sendo apurado.

Sendo assim, a comprovação da materialidade do crime é imprescindível para configuração do delito que deixa vestígios, conforme entendimento postulado no artigo 158 do Código de Processo Penal¹⁰.

Sem a demonstração pericial é impossível comprovar que houve crime sexual, e saber quais foram as consequências físicas advindas da conduta, torna-se impossível. Por isso a indispensabilidade da perícia, que deverá ser realizada de forma minuciosa, e de preferência, sem que vítima tenha feito qualquer tipo de limpeza, seja corporal ou nas roupas que usava no momento do crime, porque, como diz HERCULES (2008, p. 555), tais atitudes podem ser bastante prejudiciais para a perícia, já que evidências podem ser suprimidas do corpo ou das vestes, prejudicando a elucidação de um fato importante.

Portanto, nas consequências físicas as provas da violência que poderão ser constatadas pela perícia são as possíveis equimoses, estigmas, escoriações e hematomas encontrados no corpo da vítima, bem como a gravidez indesejada, doenças sexualmente transmissíveis, dentre outras, dependendo da gravidade da lesão causada.

Como elenca GESSE (2008, p. 40/41):

(...) dependendo do grau de violência utilizada pelo agressor, as consequências podem ser mais graves, como por exemplo, a reconstituição da vagina e do hímen, do ânus, lesões permanentes, problemas crônicos, como por exemplo, dores de cabeça, dores abdominais, infecções vaginais e também doenças cardíacas, hipertensão e artrite, além do que, as vítimas de estupro, têm mais chances de ter um aborto natural.

Como se pode verificar, muitas são as consequências físicas advindas do crime de estupro. E uma análise que se deve fazer, também, é sobre a transmissão do vírus HIV¹¹, pela relação sexual.

Sobre a AIDS, hoje ainda não existe um tratamento eficaz contra o vírus capaz de removê-lo por completo do corpo humano infectado. Todavia, existe o

¹⁰ Art. 158 Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

¹¹ Vírus da Imunodeficiência Humana, conhecido como HIV, do inglês *Human Immunodeficiency Virus*. É um vírus causador da AIDS.

tratamento através de coquetéis ou através da monoterapia¹², que são capazes de neutralizar a ação do vírus no organismo humano, mesmo com sua presença nele, diminuindo, significativamente, os casos de morte pela doença que ainda é letal.

Há discussão doutrinária sobre a responsabilidade do agente que, sabendo ser portador da doença, transmitir através do ato sexual a AIDS para outra pessoa, com “*animus necandi*”. Há quem entenda que o agente deve responder pelo crime descrito no artigo 131 do Código Penal, que trata do perigo de contágio de moléstia grave. Outros entendem haver concurso formal imperfeito entre o crime de estupro e o de homicídio na modalidade tentada.

Nesse sentido CABETTE (2009), justificando diz que:

(...) a melhor solução será o concurso formal impróprio entre o estupro e a tentativa de homicídio. Em primeiro lugar porque haverá nessas situações a lesão de bens jurídicos diversos (dignidade sexual no estupro e vida no homicídio). Além disso, é fato que se o agente quisesse somente atingir o bem jurídico “vida” com sua conduta, poderia ter optado por transmitir a AIDS de outras formas à vítima, que não a via sexual. Como já se disse alhures, a AIDS não é doença venérea, é apenas sexualmente transmissível, mas pode haver contaminação por outras vias que não apenas o contato sexual (v.g. injeção de sangue contaminado etc.). Portanto, o agente, deliberadamente e com autonomia de desígnios, atinge bens jurídicos diversos, devendo responder pelos crimes respectivos em concurso formal impróprio e sendo apenado pela regra do cúmulo material.

Ainda na discussão, LEAL (2009), no mesmo sentido, dispõe que se o agente não tendo “*animus necandi*”, estuprar alguém sabendo ser portador do vírus HIV, esta conduta se enquadra tipicamente como majorante da pena do crime de estupro, disposta no artigo 234-A, IV. Todavia, se a vontade do agente é cometer o estupro mais também provocar a morte da pessoa, infectando-a com o vírus, entende haver possibilidade de concurso formal imperfeito entre o estupro e o homicídio na modalidade tentada ou o crime de lesão corporal seguida de morte.

Hoje o Ministério da Saúde não elenca mais a AIDS como uma doença letal, mas como uma doença crônica, pois com os tratamentos hoje disponíveis, a

¹² Monoterapia é um tipo de tratamento do vírus HIV, utilizando-se uma droga por vez. Hoje somente é utilizada em mulheres gestante infectadas pelo vírus HIV, em esquema de quimioterapia, para que o vírus não seja transmitido ao filho (fonte: www.sespa.pa.gov.br).

pessoa pode conviver com o vírus em seu organismo, por um longo período, sem apresentar sinais.

Em conclusão, as consequências físicas geradas na vítima do crime podem variar de acordo com a intensidade da violência. Porém seja o emprego da violência de intensidade alta ou baixa, a conduta criminosa atinge o psicológico da pessoa, causando traumas às vezes irreversíveis.

2.3.3 Consequências psíquicas

As consequências psíquicas são aquelas que nós não podemos vislumbrar num primeiro momento, isto é, são as lesões psicológicas que macularam o interior na vítima, sua moral, seu comportamento, seu modo de se relacionar com as outras pessoas, entre muitas outras.

A dor de ter seu corpo violado não é só a dor física, mas também a dor íntima, que pode gerar transtornos de natureza psíquica.

O Dr. Cristiano Fernando Rosas (2006) Diz que as consequências psicológicas são bastante variáveis, tendo em vista que, dependendo da estrutura psicológica da pessoa, ela poderá responder de forma diferente à violência sexual.

Sobre os tipos de transtornos, o Médico continua:

Diversos transtornos psicológicos são descritos nestas mulheres, incluindo depressão, fobias, ansiedade, uso de drogas ilícitas, tentativa de suicídio e as chamadas síndrome de estresse pós-traumático ou síndrome do trauma do estupro. Apesar de que a síndrome de estresse pós-traumático e a síndrome do trauma do estupro são relativamente pouco frequentes, outras seqüelas psicológicas se observam com muita frequência e podem expressar-se de muitas formas: cefaléia crônica, fadiga, transtornos do sono, pesadelos e transtornos da apetite. Vários estudos têm mostrado, ainda, que mulheres com história de violência sexual têm maior incidência de alterações menstruais, dor pélvica crônica, dispareunia e disfunções sexuais que aquelas que nunca sofreram esse tipo de violência.

A vítima também poderá desenvolver disfunções sexuais, como por exemplo, na mulher: o vaginismo. No homem: transtorno erétil, e tanto no homem quanto na mulher poderão ser desenvolvidos os transtornos da aversão sexual, dispaureunia, transtorno orgástico, dentro outros (HERCULES, 2008, p. 542)¹³.

Além das de disfunções sexuais elencadas acima, a vítima da violência sexual poderá desenvolver algum tipo de parafilia, que são chamadas de transtornos da sexualidade.

Por parafilia, HERCULES (2001, p. 542), entende que:

Consoante o Manual, as parafilias são caracterizadas por anseios, fantasias ou comportamentos sexuais, manifestados de modo intenso e recorrente, que envolvem objetos, atividade ou situações incomuns e causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo.

Exemplos de parafilias é o masoquismo, exibicionismo, homossexualismo e lesbismo, pedofilia, sadismo, travestismo dentre outras.

De modo geral, dependendo da parafilia ela por si só pode não ser considerada como ato criminoso, mas sim apenas um meio através do qual a pessoa obtém maior sua satisfação sexual. Porém, porém dependendo do grau da parafilia ela pode chegar ao ponto de levar a pessoa à prática de crimes de natureza sexual. Algumas modalidades de parafilias são consideradas práticas criminosas, como é o caso da pedofilia e necrofilia. Estas modalidades são caracterizadas como perversão sexual, tanto pelo ato praticado, no caso da necrofilia, quanto com relação à vítima, no exemplo da pedofilia.

Por isso é necessário fazer uma distinção entre transtornos da preferência sexual, transtornos da identidade sexual e perversão sexual.

FRANÇA (1998, p. 198) diz que nos transtornos da sexualidade, a pessoa faz opção por formas não convencionais para prática do ato sexual, como

¹³ Conceitos das Disfunções Sexuais de acordo com Hygino de Carvalho Hercules: Vaginismo – contração involuntária dos músculos da vagina, quando é tentada qualquer penetração; Transtorno erétil – dificuldade em ter ou manter a ereção adequada para realização do ato sexual; Transtornos da aversão sexual – aversão e esquiva aos contatos genitais com o parceiro; Dispaureunia – dor genital obtida no momento, antes ou depois da relação sexual; Transtorno orgástico – atraso ou ausência da excitação sexual.

por exemplo, mixoscopia, que é o prazer que a pessoa sente em ver terceiros realizando o ato sexual.

No caso dos transtornos da identidade sexual a pessoa passa a praticamente imitar o sexo oposto, seja em comportamentos ou vestindo as roupas que são próprias do outro sexo, como é o caso do homossexualismo e o travestismo. Já a perversão sexual é considerada uma aberração, devendo as condutas serem reprimidas de forma severa. No caso da pedofilia a legislação brasileira evoluiu de forma satisfatória, em que, com a vinda da Lei nº. 11.829, de 25 de novembro de 2008¹⁴, passou-se a prever punição para os casos de pedofilia através da internet.

Para que a parafilia seja considerada de um grau elevado, isto é, sua forma grave, é necessária a consideração de alguns requisitos, sendo eles: O caráter opressor, ou seja, o parafilico não consegue deixar de realizar a conduta. É necessário também o caráter rígido, que significa que o parafilico não consegue obter prazer sexual mediante outra modalidade de ato, senão aquele. E o caráter impulsivo, que é a necessidade daquela modalidade de ato de forma repetitiva (BALLONE, 2005).

As estatísticas apresentam que 30% são as pessoas que cometem algum crime sexual, mas que não apresentam nenhum desvio sexual. Dos 100% do geral, 90% das pessoas não possuem problemas mentais a ponto de serem enquadradas no artigo 26 do Código Penal¹⁵, ou seja, são imputáveis.

Por imputabilidade, PRADO apud BRUNO (2008, p. 90):

É a capacidade de culpabilidade entendida como capacidade de entender e de querer: 'conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento'.

¹⁴ A Lei nº. 11.829/08 altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.

¹⁵ Art. 26 É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, no tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Os outros 70% são as pessoas que possuem alguma modalidade de parafilia. Todavia as pessoas com desvios psicopatológicos graves variam de 10 a 20% desses 70% que possuem algum desvio sexual, sendo que estes poderiam ser considerados inimputáveis.

Por inimputável, Luiz Flávio Gomes (2007, p. 573), conceitua:

Inimputável, por seu turno, é quem, ao tempo da conduta (ação ou omissão), revela-se inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (CP, art. 26, caput). O inimputável não tem capacidade de reprovação, isto é, não pode ser jurídico-penalmente censurado (porque não sabe o que faz, não tem condições de se motivar de acordo com o Direito, não tem condições, bem sequer, em tese, de entender o caráter ilícito do fato).

Portanto, quebra-se a mística de que indivíduos com grande desvio sexual patológico seria a maioria dos transgressores sexuais. Então a tradição social de se considerar criminoso sexual como doente mental, deve ser abolida.

Em conclusão, a simples alegação e comprovação de que o criminoso possui algum tipo de parafilia, por si só, não deve ser considerada apta para que ele seja isento de pena.

3 DO CRIME DE ESTUPRO ANTES DA ALTERAÇÃO E O REVOGADO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Neste Capítulo trataremos do crime de estupro antes da alteração trazida pela Lei Ordinária nº. 12.015 de 07 de agosto de 2009, reunindo os elementos caracterizadores do delito naquela época, para o entendimento da redação anterior.

Traremos, também, os elementos do revogado crime de atentado violento ao pudor, que, em que pese sua revogação, a conduta não foi descriminalizada, sendo punida agora sob o “*nomem júris*” “estupro”¹⁶, na nova redação.

É importante que se faça essa revisitação dos conceitos, para se estabelecer a possibilidade de cotejamento com o novo tipo penal incriminador que, hoje, abarca as duas condutas.

3.1 Conceitos

O crime de estupro e o revogado crime de atentado violento ao pudor, ambos eram elencados no Título VI, *Dos crimes contra o costume*, e no Capítulo I, *Dos crimes contra a liberdade sexual*, do Código Penal.

O crime sexual com *nomem júris* “estupro” já era tipificado no artigo 213 do Código Penal, porém com a seguinte redação:

Artigo 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

¹⁶ O “*nomem júris*” deriva de “*stuprum*”, do direito romano, termo que abrangia todas as relações carnis.

O verbo é o *Constranger*, que significa compelir, forçar, obrigar a mulher, sendo esta honesta, virgem, casada ou prostituída, pois o tipo não especificava qualquer adjetivo a ela.

Então, o crime se configurava quando um homem, empregando a violência ou a grave ameaça, constrangia uma mulher a manter com ele conjunção carnal. Exigia-se necessariamente que o sujeito ativo fosse homem, e que o sujeito passivo fosse mulher, para caracterização do delito. Lembrando que, há época, se uma mulher cometesse tal conduta com um homem, empregando a violência ou a grave ameaça, o delito configurado era o de constrangimento ilegal, disposto no artigo 146 do Código Penal¹⁷.

Deste modo, o sujeito ativo do crime de estupro deveria ser necessariamente o indivíduo do sexo masculino, só admitindo-se a participação da mulher como coautora, quando, por exemplo, a mulher segurasse a outra parte, para que o homem mantivesse conjunção carnal com esta. E de autoria mediata, materializando através do exemplo, quando a mulher convencesse o homem a manter conjunção carnal com a outra parte, mediante violência ou grave ameaça. E, ainda, a ocorrência da participação da mulher como partícipe do delito, ao instigar um homem a estuprar a vítima (NUCCI, p. 862, 2008).

No revogado crime de atentado violento ao pudor, que tinha sua redação disposta no artigo 214, dizia que:

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Por ato libidinoso DAMASIO (2008, p. 100) dispõe que “é todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual”, sendo diverso da conjunção carnal.

¹⁷ Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.

Sendo assim, aqui a pessoa constrangida não era somente a mulher, mas também poderia ser o homem. O mesmo entendimento é para o caso do sujeito ativo do crime.

A violência de que tratava os textos legais era tanto a violência ficta ou presumida como a violência física ou real, como veremos mais adiante.

No caso da ameaça, ela deveria ter a natureza grave e ter o condão de fazer com que a vítima cedesse ao intento do autor.

Os dois crimes, antes da alteração, já eram previstos como modalidades de crimes hediondos e eram elencados nos incisos V e VI, do artigo 1º da Lei nº. 8.072/90.

3.2 Objetividade Jurídica

Os crimes eram trazidos no Título VI, *Dos crimes contra os costumes*, e no Capítulo I, *Dos crimes contra a liberdade sexual*. Nesse sentido, a tutela penal era direcionada à proteção da liberdade sexual das pessoas em sentido amplo, inclusive a integridade e autonomia sexual delas, pois se preservava o arbítrio da pessoa escolher quem deveria ser seu parceiro para manutenção da relação sexual, não podendo ninguém, de forma violenta, impor vontade a sua opção.

Com relação ao crime de estupro, o bem jurídico tutelado era a liberdade sexual da mulher.

Por liberdade sexual PRADO (2008, p. 637) entende que “é a capacidade do sujeito de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual conforme seus próprios desejos”. Portanto buscava-se proteger a mulher, garantindo-lhe o exercício de liberdade de escolha de seus parceiros sexuais.

No caso do revogado crime de atentado violento ao pudor, o bem jurídico tutelado pela norma penal era também a liberdade sexual, mas de toda e qualquer pessoa, sendo do sexo masculino ou feminino.

O direito à liberdade sexual, portanto, é a tutela do Direito para garantir que ninguém seja forçado a satisfazer os anseios sexuais de outrem, contra sua vontade.

3.3 Sujeitos dos Crimes

Este sub-tópico possui grande importância, tendo em vista que os sujeitos passivo e ativo do crime de estupro foram alvos da alteração da Lei nº. 12.015/09.

A análise do entendimento dissoluto possui o condão de expor ao leitor a possibilidade de cotejamento com o entendimento atual, mesmo o entendimento antigo sendo agora apenas objeto de estudo histórico.

3.3.1 Sujeito Ativo

Com relação ao sujeito ativo no crime de estupro, a priori, só poderia ser o homem, pois somente ele poderia manter conjunção carnal com a mulher, já que se entende como conjunção carnal a introdução, completa ou incompleta, do pênis na cavidade vaginal (DAMASIO, 2008, p. 95).

O estuproador só poderia ser o homem, ou seja, *estuproador solo puede ser un varón. Sobre esto, a diferencia de lo que sucede respecto de la violación (supra, pág. 205), existe acuerdo.*¹⁸ (NUÑES, 1965, p. 289).

Mas a mulher também poderia responder pelo crime de estupro, conforme a antiga redação, no caso de concurso de agentes com outro homem, por causa da teoria monista do Direito Penal, aplicada ao concurso de pessoas, onde diz que todo aquele que concorre para prática do crime, responde por ele na medida de sua culpabilidade (redação do artigo 29 do Código Penal).

Portanto, a mulher poderia responder pelo crime, no caso de, por exemplo, ter instigado, induzido ou auxiliado o homem para que ele praticasse a conjunção carnal com outra mulher, mediante o emprego da violência ou da grave ameaça. Neste caso a mulher responderia sob a figura de partícipe do delito. E caso, por exemplo, empregando força física ajudasse a segurar uma mulher, para que um homem praticasse a conjunção carnal, ela responderia sob a figura de coautora do delito sexual.

É o que dispõe o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, quando entendia que:

Em sendo o crime de estupro catalogado como sendo crime próprio, pois presume no autor uma particular condição ou qualidade pessoal, nada impede a mulher seja partícipe desse delito contra a liberdade sexual (RT 704/369).

Ainda era discutido na doutrina o caso do marido que forçasse a mulher à conjunção carnal, se ele poderia ser responsabilizado pelo crime.

Autores como Noronha, Bento de Faria, Hungria, acompanhando o pensamento do alemão Perron, entendiam que se o homem compelisse sua esposa à conjunção carnal, ele estaria amparado por uma excludente de ilicitude, senão o exercício regular de um direito. Bento de Faria elencava, inclusive, só ser possível o marido responder pelo crime caso ele estivesse infectado por uma doença venérea, ou se houvesse se desquitado da mulher.

¹⁸ Estuproador só pode ser um macho. Por isso, ao contrário do que acontece sobre a violação (supra, pp. 205), não há acordo.

Todavia, a doutrina penal moderna não aceita tal posicionamento, pois não se deve aceitar que a esposa não possa se recusar a manter a relação sexual com o marido, isto é, não se pode obrigá-la ceder ao intento do marido pelo simples fato de estarem casados.

É o que também entende DAMASIO (2008, p. 94):

Entendemos que o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa. Embora com o casamento surja o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual, empregando contra ela a violência física ou moral que caracteriza o delito de estupro. Não fica a mulher, com o casamento, sujeito aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações sexuais quando e onde este quiser.

Todavia o doutrinador entende ser necessário justa causa para recusa quando dispõe que a mulher “não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de negar ao ato sexual, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho”. Ou quando diz que a mulher pode se negar a praticar o ato sexual com o marido, porém deverá levantar justo motivo para tanto.

Discordamos, com a máxima vênia, do posicionamento em epígrafe, uma vez que o instituto do casamento não pode servir como justificativa e amparo para exclusão de responsabilidade penal de quem quer que seja. Portanto, aceitamos o posicionamento que dispõe não existir qualquer excludente da responsabilidade penal do agente, pelo simples fato da recusa da esposa ser baseada em motivo mesquinho.

Ora, o motivo mesquinho a que se refere o doutrinador é absolutamente de ordem subjetiva, ou seja, um motivo para recusa da mulher para ela pode ser considerado relevante, porém para o homem não. Então como ponderar a relevância? Não há como. Por isso, entendemos que, seja o motivo mesquinho ou justo, significa recusa, e recusa é resistência, oposição à conduta do agente, bastando tais elementos para configuração do delito.

Corroboramos ao entendimento BITENCOUT (2004, p. 2):

O marido, á evidência, pode, também, ser sujeito ativo do estupro contra a própria mulher (parceira). O chamado “débito conjugal” não assegura ao marido o direito de “estuprar sua mulher”; garante-lhe, tão-somente, o direito de postular o término da sociedade conjugal. Os direitos e as obrigações de homens e mulheres são, constitucionalmente, iguais (art.5º, I, da CF).

Neste mesmo sentido, é o que diz PRADO (2008, p. 639):

(...), é inadmissível que a esposa não tenha o direito de se recusar a manter relação sexual com o marido pelo simples fato de estarem ambos ligados pelo matrimônio Admitir a excludente, em tal caso, significa um retorno à sociedade primitiva.

O mesmo doutrinador entendia ser possível a extensão do entendimento aos companheiros, ou seja, em relação ao companheiro contra a companheira na constância na união estável, por força do artigo 1.724 do Código Civil¹⁹.

Além do que se o marido cometesse o crime contra a esposa, havia previsão de aumento de metade da pena, como previa o inciso II, artigo 226 do Código Penal, com a mesma redação:

Artigo 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. (grifo nosso)

Naquela época Luis Regis Prado já questionava o porquê o legislador impor a restrição ao homem, não o elencado como possível sujeito passivo do crime de estupro, pois o coito anal e o sexo oral atingem grau de ofensa maior ao pudor, e possuem tão quanto a conjunção carnal, o condão de degradar a vítima. E que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor deveriam ser fundidos num só delito, como já acontecia no Direito Italiano e Português (2008, p. 640) e o que acontece hoje do Direito Penal Brasileiro.

¹⁹ Art. 1.724. As relações pessoais entre companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

No caso do revogado crime de atentado violento ao pudor, o sujeito ativo poderia ser qualquer pessoa, sendo homem ou mulher, pois o ato praticado para configuração do delito era qualquer outro ato libidinoso que fosse diverso da conjunção carnal.

3.3.2 Sujeito Passivo

Apenas pela leitura da antiga redação do crime de estupro, podia, desde logo, perceber que o sujeito passivo era somente a mulher, seja ela honesta, casada, virgem ou prostituída.

Nesse mesmo sentido, dispõe MIRABETE (2008, p. 408):

Só a mulher pode ser vítima do delito em estudo. (...). Pode a mulher ser virgem ou deflorada, honesta ou prostituta, solteira, casada ou viúva, velha ou moça.

No revogado atentado violento ao pudor, o sujeito passivo poderia ser qualquer pessoa, tendo em vista que o próprio dispositivo previa a expressão “*Constranger alguém*”. Portanto, tanto o homem quanto a mulher poderiam ser vítimas.

3.4 Elementos Objetivo e Subjetivo do Tipo

A violência ou a grave ameaça eram o “*modus operandi*”, o meio utilizado pelo indivíduo para fazer com que a vítima cedesse ao seu intento, nos dois crimes.

A violência de que tratava os textos legais era tanto a violência ficta como a violência física, a *vis corporalis*, não sendo necessariamente aquela violência em que o agente utiliza seu corpo, ou seja, a energia corporal para vencer a resistência da vítima, mas também a energia que ele dispensava em objetos, por exemplo, objetos para causar queimaduras, asfixia, objetos cortantes ou contundentes, dentre outros.

Esta violência como ensina BITENCOUT (2004, P. 3), poderia ser empregada de forma imediata ou mediata. Na forma imediata o agente direcionava a violência contra a própria pessoa da vítima, e na forma mediata quando utilizava a violência a terceira pessoa ou coisa de estima da vítima, para que ele cedesse à sua vontade.

Não se exigia que a força empregada tivesse o caráter irresistível, que é aquela em que a vítima não tem outra opção a não ser cessar sua resistência, mas sim, bastando que a violência fosse apta a coagir a vítima a permitir o ato do agente (BITENCOURT, 2004, p. 3).

Sobre a violência ficta, tratava-se da presunção de violência pura e simplesmente em razão da qualidade da vítima, em que o revogado artigo 224 trazia a seguinte redação:

Artigo 224 Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Portanto, em razão da maior fragilidade da vítima havia a presunção de violência. A presunção de violência era relativa, isto é, *juris tantum*, cabia prova em contrário. Alguns anos atrás a maioria da doutrina dizia que era presunção absoluta, e não cabia prova em contrário. Sendo relativa, se conseguir comprovar a ausência de violência, tem-se a atipicidade da conduta.

Com relação à vítima menor de 14 (catorze) anos MIRABETE (2007, p. 444):

Embora seja certo que alguns menores, com essa idade, já tenham maturidade sexual, na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico. Assim, o fundamento do dispositivo é a circunstância de que o menor de 14 anos não pode validamente consentir pelo desconhecimento dos atos sexuais e de suas conseqüências (*innocentia consilii*). O consentimento em casos que tais é absolutamente nulo.

Acordamos no sentido de que a consideração da idade mínima elencada pelo legislador já atendia os apelos constitucionais da proteção integral da criança e do adolescente, justificando-se, assim, o maior desvalor da conduta. Praticar relação sexual com as pessoas descritas no revogado tipo penal seria, no mínimo, repugnante. Hoje as hipóteses continuam sendo previstas no Código Penal, todavia, em redação dada a tipo penal novo recebendo a qualidade de pessoas “vulneráveis”, pelo legislador, sendo as hipóteses não mais modalidades de presunção de violência, mas ocupando, agora, redação do tipo penal sob o *nomem jûris* “estupro de vulnerável, que será tratado no próximo Capítulo.

Já a outra causa levava em consideração a alienação ou a debilidade mental da vítima. Para que a vítima recebesse a tutela da lei penal havia a necessidade dela apresentar as características elencadas no artigo 26 do Código Penal, que trata da isenção de pena para a pessoa inteiramente incapaz no tempo da ação ou omissão. A tutela era estendida, também, para as pessoas com debilidade mental mais branda do que as dispostas no artigo 26 do Código Penal.

Conforme dispõe PRADO (2008, p. 677) a pessoa alienada não é somente aquela que apresenta a loucura, ou seja, quadro patológico ativo, mas também os quadros patológicos transitórios ou crônicos.

Por outro lado parte da doutrina entendia que somente no caso da pessoa se enquadrar no artigo 26 do Código Penal sua debilidade mental seria enquadrada na hipótese da alínea “b” do revogado artigo 224 do Código Penal. Nesse sentido DAMASIO (2008, p. 137) diz que “é necessário que a vítima, em virtude da doença mental, seja inteiramente incapaz de entender a natureza de seu gesto ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Era elencado como elementar do tipo o conhecimento prévio do criminoso sobre a circunstância da vítima possuir alguma anomalia mental. Nesse sentido MIRABETE (2007, p. 446) “*Exigindo a lei o conhecimento do sujeito ativo a*

respeito das condições da vítima, não é possível a caracterização do ilícito quando há mero dolo eventual”.

Um importante detalhe nessa alínea é que aqui também havia a presença da presunção de violência relativa (*juris tantum*), e, se o agente não conhecesse a situação da vítima, ele não respondia pelo crime, pois nem mesmo o dolo eventual era punido, exigindo-se, portanto, o dolo direto.

No caso da alínea “c” do revogado artigo 224 do Código Penal, quando o legislador dizia sobre “não pode, por qualquer causa, oferecer resistência” queria dizer que há casos em que, mesmo a pessoa sendo menor ou débil mental, ela estaria, mesmo que por causas permanentes ou transitórias, impossibilitada de oferecer resistência ao agressor sexual. MIRABETE *apud* HUNGRIA (2008, p. 446), como causas permanentes ou transitórias os seguintes exemplos: “enfermidade, paralisia de membros, idade avançada, excepcional esgotamento, sério defeitos teratológicos, síncope, desmaios, estado de embriaguez alcoólica”, dentre outras.

Como discorre PRADO (2008, p. 678), não se exigia, para configuração, que o agente tivesse provocado o estado da vítima, nem se quer que tenha se aproveitado do estado prévio de impossibilidade de oferecer resistência, do sujeito passivo.

Exigia-se a prova do estado de impossibilidade da vítima, pois se comprovasse que no momento da conduta ela tinha condições de manifestar resistência ao ato do sujeito ativo, mas não o fez, o crime não se restaria configurado.

Em conclusão, essas causas em razão da qualidade da vítima dos crimes tratados anteriormente, eram consideradas causas para tipificação dos delitos. Isto é, a presunção de violência era considerada para tipificação do delito de estupro ou o de atentado violento ao pudor.

Discutia-se, ainda, se a causa que foi usada para tipificação do crime de estupro ou atentado violento ao pudor, com base no revogado artigo 224 do Código Penal, também poderia ser usada para incidência do aumento de ½ da pena qual era previsto no artigo 9º da Lei nº. 8.072/90.

Para tanto, observamos, a título de exemplo, dois casos concretos:

1º caso: Conjunção carnal com menina de 12 (doze) anos, ou outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menino de 12 (doze) anos. O sujeito ativo respondia pelo crime de estupro combinado com artigo 224 (estupro com violência presumida), ou atentado violento ao pudor combinado com o artigo 224 (atentado violento ao pudor com violência presumida)

2º caso: Conjunção carnal com menina de 12 (doze) anos, ou outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menino de 12 (doze) anos, com emprego de violência real. O sujeito ativo respondia pelo crime de estupro (artigo 213 caput) ou atentado violento ao pudor (artigo 214 caput), com o aumento de ½ a pena, conforme previsão na Lei nº. 8.072/90.

A doutrina entendia que o aumento de pena incidiria somente na segunda situação. Isso porque na primeira situação a violência presumida serviu para a tipificação, já que foi considerada elementar do crime, e utilizar o mesmo critério para aumentar a pena seria incorrer em manifesto *bis in idem*. Já no segundo caso não houve a utilização do artigo 224 para tipificação, e, portanto, poderia ser aplicado o aumento de pena.

A forma simples como a forma qualificada, tanto do estupro quanto do atentado violento ao pudor, com violência real (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*), incidiria o aumento de pena previsto no artigo 9º da lei 8.072/90.

O que não se aceitava como crime hediondo era se a violência fosse presumida. Assim, para que o crime pudesse ser considerado hediondo, o sujeito ativo tinha que se utilizar de violência real ou grave ameaça. Porque se uma das causas presentes no revogado artigo 224 fosse utilizada tanto para configurar um dos crimes como para incidência do aumento de pena previsto na Lei dos Crimes Hediondos, incorrer-se-ia em *bis in idem*.

O segundo meio empregado pelo sujeito ativo era a ameaça, como foi tratada anteriormente, ela precisa ser de natureza grave, inibindo ou anulando a possibilidade de resistência da vítima, podendo ser direcionada tanto a ela, como a terceira pessoa de sua estima. A ameaça é grave a ponto de impedir a possibilidade de resistência da vítima.

A conjunção carnal era o ato que deveria ser praticado para configuração do delito de estupro, que seria basicamente, a introdução completa ou

incompleta do pênis na cavidade vaginal. Já no caso do atentado violento ao pudor, o ato era todo e qualquer ato que fosse diverso da conjunção carnal, assim, por exemplo, o coito anal e o oral, a contemplação lasciva, os contatos voluptuosos, dentre outros.

No que tange aos elementos subjetivos dos tipos penais, no delito de estupro, exigia-se a presença do dolo genérico de constranger a mulher, ainda com a presença do elemento subjetivo do tipo específico representado pelo especial fim de constranger à conjunção carnal. Não se vislumbrava modalidade culposa do crime, tampouco era necessária a satisfação da lascívia do homem, para caracterização do delito (BITENCOURT, 2004, p. 5).

No mesmo sentido MIRABETE (2008, p. 410) dizia que “a vontade de constranger, obrigar, forçar a mulher é o dolo do delito de estupro. Exige-se, porém, o elemento subjetivo do injusto (dolo específico), que é o intuito de manter conjunção carnal”.

No revogado delito de atentado violento ao pudor o elemento subjetivo do tipo era caracterizado pelo dolo, “consistente na consciência e vontade de constranger a vítima à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” (PRADO, 2008, p. 646).

Em que pese haver posicionamentos contrários na doutrina, não era necessário que o fim específico do agente fosse para satisfazer sua lascívia, pois o crime era de resultado e instantâneo, porque o crime era consumado quando, em sua conduta, o agente reunia todos os elementos do tipo.

Até mesmo porque a finalidade pela qual o agente poderia cometer o delito poderia ser, por exemplo, de expor a pessoa ao ridículo. É o que entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

O elemento psíquico do artigo 214 do CP está em querer o delinqüente praticar um ato libidinoso que atenta contra o pudor da vítima. O motivo em mira pode ser outro, como o desprezo, o ridículo da vítima, mas a intenção é sempre a mesma: praticar um ato que lesa o pudor. A disponibilidade carnal ou a liberdade sexual do ofendido não é menos agravada porque o fim do agente não era lascívia (RT 500/310).

Ainda sobre o mesmo delito, Luiz Regis Prado trazia, ainda, uma problemática arguida há época, questionando ser correto ou não a classificação do beijo lascivo ou com o fim erótico como ato libidinoso, porque se caso fosse considerado a pena, em princípio, que seria aplicada seriam no mínimo 6 (seis) anos de reclusão. Ele diz que isso atingiria o princípio da proporcionalidade das penas, sugerindo, para tanto, a inclusão de todas as modalidades de cópula para configuração do delito de estupro, e qualificando o atentado violento ao pudor como um delito menos grave (2008, p. 645).

3.5 Consumação e Tentativa

Com relação à consumação do crime de estupro, segundo Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 865/867) era necessário que o sujeito ativo praticasse conjunção carnal com a vítima, pouco importando se a introdução do pênis na vagina era completa ou incompleta.

Não se exigia, também, o rompimento da mucosa himenal, nem a ejaculação. Nesse sentido MIRABETE (2008, p. 410):

Consuma-se o delito com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher (*RT 657/280; RJTJERGS 151/164-5*), não sendo necessário o orgasmo ou ejaculação. Caracteriza-se o crime independentemente da ocorrência de *immíssio seminis* e do rompimento da membrana himenal (...).

Havia possibilidade da tentativa no delito, até porque se tratava de crime em que a fase executória, em todos os casos, poderia ser fracionada, sendo, portanto, crime plurissubsistente.

DAMASIO (2008, p. 96) diz que “havendo simples contato entre os órgãos sexuais do homem e da mulher, sem introdução do órgão viril”, fala-se em tentativa.

Ou simplesmente, quando por qualquer outro motivo alheio à vontade do agente, ele não consegue completar o ato, restando configurada a tentativa, conforme redação do artigo 14, II do Código Penal²⁰.

Para consumação do atentado violento ao pudor bastava a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, “o momento consumativo do atentado violento ao pudor coincide com a prática do ato libidinoso (BITENCOURT, 2004, p. 13). Portanto, “a consumação ocorre no momento da concreção do ato objetivado pelo agente (delito de resultado e instantâneo) (PRADO, p. 646).

Quanto à tentativa a doutrina, na época divergia a respeito. Nelson Hungria e Crisólito de Gusmão, não aceitavam sua ocorrência. Mas Magalhães Noronha (2002, p. 102) dizia ser “difícil traçar a linha divisória entre a tentativa e o crime consumado”. Corrobora no mesmo sentido PRADO (2008, p. 646) quando diz que “apesar de ter o a gente que praticar vários atos para atingir seu escopo libidinoso, o delito se consuma com a prática da ação inicial”.

3.6 Concurso de Pessoas

Além se ser possível o concurso de pessoas nos dois delitos, isso era uma causa de aumento de pena previsto no artigo 226 do Código Penal.

Portanto, quando, por exemplo, dois homens constrangessem uma mulher à conjunção carnal, além de responderem pelo delito de estupro, havia previsão de um aumento de pena de ¼.

Essa maior repressão dada à circunstância levasse em conta que uma pessoa empregando a violência ou a grave ameaça já seria capaz de diminuir a resistência da vítima, então, que dirá mais de uma pessoa. Assim, a capacidade de resistência ficaria praticamente anulada.

²⁰ Art. 14 Diz-se o crime: II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Conforme tratado anteriormente, também havia a possibilidade da mulher participar do crime como partícipe ou coautora, quando no caso de instigar, induzir ou auxiliar um homem, para que ele, mediante violência ou grave ameaça, constrangesse outra mulher à conjunção carnal. Neste caso respondendo como partícipe do crime. No caso dela, por exemplo, segurar a mulher para que um homem mantenha com ela a conjunção carnal, ela responde como coautora do delito. Ou quando convencer um homem doente mental a manter mediante violência ou grave ameaça conjunção carnal com uma mulher, neste caso estaremos diante da figura da autoria mediata (NUCCI, 2007, p. 820).

3.7 Causas de Aumento de Pena e Formas Qualificadas

As causas de aumento de pena eram previstas no artigo 226 do Código Penal, no caso do concurso de agentes e pela qualidade do sujeito ativo. Pois destes, por ocuparem as posições que ocupavam, exigia-se, no mínimo a proteção da pessoa que foi vítima, por isso uma repressão maior.

A Lei nº. 8.072/90 também previa aumento de pena de $\frac{1}{2}$, por considerar que se tratava de crimes hediondos, tanto na forma simples como qualificada pelo resultado (preterdolo).

No que concerne às formas qualificadas, dizia o revogado artigo 223 do Código Penal:

Artigo 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

Parágrafo único: Se do fato resulta a morte:

Pena – reclusão de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

Portanto, o legislador usou duas expressões diferentes para qualificar os crimes, tais como, na primeira hipótese, se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, e na segunda, se do fato resulta morte.

Contudo, MONTEIRO apud NORONHA (2008, p. 53/54) entende que também no caso da morte há que haver o emprego de violência.

Outra não foi a intenção do legislador senão esta, bastando realizar a leitura do item 74 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, onde ele diz:

74. O projeto reserva um capítulo especial às disposições comuns aos crimes sexuais até aqui mencionados. A primeira dela de refere às formas qualificadas de tais crimes, isto é, aos casos em que, tendo havido emprego de violência, resulta lesão corporal grave ou morte da vítima: (...).

Lembrando que em um ou noutro caso, o resultado sempre será preterdoloso, pois se o agente tivesse além da intenção de praticar o crime sexual, o escopo de ceifar a vida da vítima, estaríamos diante de hipótese de concurso material de crimes.

3.8 Concurso Material com o Revogado Crime de Atentado Violento ao Pudor

O crime de estupro tem um fim específico com que o agente pratica o crime: o sujeito ativo constrange para obter a conjunção carnal. Isso porque se fosse outro fim poderia configurar outro crime, como, por exemplo, na extorsão, constrange-se para obter o dinheiro.

Se, além do estupro, o agente pratica atos libidinosos que não se dirijam à conjunção carnal, constringendo a vítima, havia a possibilidade de concurso material de infrações entre o estupro e o delito de atentado violento ao pudor. Até mesmo porque os delitos eram considerados delitos de espécies

diferentes, ou seja, eram considerados crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie (NUCCI, 2007, 416).

3.9 Crime Continuado

Como eram considerados crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie, a continuidade delitiva não era possível entre os dois crimes. Uma vez que um delito tutelava a inviolabilidade carnal e o outro a liberdade sexual em sentido estrito.

Senão vejamos o entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sobre a questão:

Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta nos classificados de *praeludia coiti*, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da mesma espécie e homogeneidade de execução (HC 35.220-RS).

Todavia, nada impedia a continuidade delitiva de um dos dois crimes. NORONHA (2002, p. 85) trás um exemplo dessa possibilidade:

Um indivíduo nutre avassaladora paixão por senhora que, sabedora de seu desejo, o repele. Certo dia, por qualquer circunstância, torna-se senhor de segredo seu, o qual, revelado, lhe causara grande dano. Ameaça-a, então, de divulgá-lo. Aterrada e pondo esse bem ameaçado acima da própria honra, ela acede aos seus desejos. Dispondo da vítima, a seu talante, o réu possui inúmeras vezes. Há estupro continuado: A resolução do agente é una, dominando todos os atos e expedientes por ele empregados – possuir a vítima; a pluralidade de violações jurídicas é patente – reiteradas conjunções sexuais, por meio de ameaça; a identidade da natureza dessas infrações prova-se por si.

No mesmo sentido DAMASIO (2008, p. 98) entende ser possível o reconhecimento a continuidade delitiva quando se tratar da mesma vítima, qual é submetida a diversas conjunções carnis.

3.10 Pena e Ação Penal

A pena cominada a um e o outro delito era de reclusão de seis a dez anos, conforme o caput dos antigos dispositivos, cumpridos inicialmente em regime fechado.

As formas qualificadas previam a pena de reclusão de oito a doze anos, se o resultado fosse lesão corporal de natureza grave, e reclusão de doze a vinte e cinco anos, se o resultado fosse a morte da vítima.

A natureza da ação penal, como antiga redação do artigo 225, era, em regra, ação penal de natureza privada, procedendo-se somente mediante queixa.

A ação penal era pública condicionada à representação da vítima, ou dos seus representantes legais, se o sujeito passivo não pudesse prover as despesas do processo. Neste caso havia a possibilidade da retratação, pois uma vez oferecida a representação, a vítima, ou seu representante legal, podem se retratar, desde que ainda não tenha oferecida a denuncia.

Tinha-se a ação penal incondicionada em três situações:

a) Quando o delito fosse praticado com abuso do poder familiar, ou por quem faça as vezes dos pais, como o padrasto, tutor ou curador.

b) Quando, em decorrência da prática dos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor, a vítima sofre lesão corporal de natureza grave ou morte. Se a vítima fosse pobre e resulta lesão corporal grave a ação é penal pública incondicionada

c) No caso da Súmula 608 do STF, que possui a redação: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Portanto, sempre que tivesse violência real, seja lesão leve, grave ou morte, a ação penal seria pública incondicionada. No mesmo sentido BITENCOURT (2007, p. 19) diz que se houvesse ocorrência de lesão corporal grave ou a morte da vítima, a ação seria pública, pois o crime seria complexo²¹.

Foi esse posicionamento que o STF adotou em sua Sumula 608. Assim, havendo violência presumida ou grave ameaça, a ação penal era de iniciativa privada.

Uma segunda corrente dizia que em havendo conflito aparente entre os artigos 101 e 225 do Código Penal, a solução seria dada pelo princípio da especialidade, prevalecendo, portanto, o último.

A terceira corrente dizia que o estupro não era um crime complexo no sentido conferido pelo artigo 101 (fusão de duas figuras penais), já que o tipo descrito no artigo 213 do Código Penal nada mais é do que a figura do constrangimento ilegal acrescida da conjunção carnal.

4 ALTERAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº. 12.015 de 07 de AGOSTO DE 2009, NO CRIME DE ESTUPRO

Promovendo a relatividade quanto à tradição secular de nosso Direito Penal, a Lei Ordinária Federal n. 12.015, de 07 de Agosto de 2009, publicada no Diário Oficial da União do dia 10 do mesmo mês e ano, promoveu alteração substancial e inédita no Art. 213 do Código Penal, e, inclusive, revogando o Art. 214 do mesmo Diploma. Criou tipo penal novo, como é perceptível pela inclusão do art. 217-A, no renomeado capítulo II, “dos crimes sexuais contra vulnerável”, anteriormente chamado “da sedução e da corrupção de menores”. Instituído-se, destarte, o crime de “estupro de vulnerável”.

²¹ 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.

O Poder Legislativo, inúmeras vezes ausenta-se do exercício de sua função legiferante, com dilação, considerável, inclusive não atendendo o clamor popular, quando das incessantes solicitações de “justiça”, seja alterando preceito primário ou secundário de lei penal, seja saneando textos ultrapassados. O que gera inconvenientes para os aplicadores do direito, bem como seus estudiosos, não se obtendo respaldo, pelo fato de remanescerem incorporados ao texto legal, ensejando, culminando em seu desuso.

Depois da entrada em vigor da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, a qual procedeu a reformulação de algumas condutas no Capítulo IV, do Título VI, do Código Penal Brasileiro, suprimindo textos, proporcionando, como se sabe, relevantes modificações, atualizando diversas condutas, representando importante progresso à época, entra em vigor a Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, a qual introduziu alteração substancial nos dispositivos elencados no rol do Capítulo I, do Título VI, do Código Penal Brasileiro. A Lei proporcionou alteração inclusive nos tipos penais que não foram alterados pela Lei 11.106/05.

Com relação às recentes alterações, uma que desperta maior atenção é a reformulação do crime de estupro (art. 213), onde o rol de pessoa que podem ser sujeito passivo foi reformulado, estabelecendo nova perspectiva ao introduzir a pessoa do sexo masculino como possível vítima do referido delito, proporcionando novas hipóteses de incidência.

4.1 Novo Conceito

A redação do artigo 213, que precede a alteração trazida pela Lei n. 12.015/09, trazia a seguinte redação, *in verbis*: “*Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*”, punido com pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Agora, o novo texto do *caput* do mesmo artigo passou a ter a seguinte redação, *in verbis*: “*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”.

O verbo continua sendo o mesmo da redação anterior, isto é, constranger, compelir, forçar, qualquer pessoa, homem ou mulher.

Assim o delito é considerado configurado quando o homem ou a mulher, utilizando-se da violência ou da grave ameaça como meio, seja capaz de compelir à vítima, também homem ou mulher, a manter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique qualquer outro ato libidinoso.

É de fácil percepção, através de simples leitura, perceber que a alteração na estrutura típica do crime foi significativamente relevante.

É notável, também, que o bem jurídico tutelado pela norma penal continua sendo a liberdade sexual, ou seja, garantir que a pessoa tenha direito à opção de escolher com quem deseja praticar o ato de tal natureza. Porém, o tipo penal sob o *nomem júris* “estupro” que antes protegia a liberdade sexual exclusiva da mulher, agora, também, resguarda a do homem, que antes era tutelada pelo delito de atentado violento ao pudor.

Essa possibilidade é ensejada pela introdução da elementar “alguém” na redação do tipo penal, abarcando a possibilidade do homem ser vítima de crime.

O novo conceito, portanto, deriva da fusão entre as antigas redações dos artigos 213 e 214, em que, neste último, se punia a prática de qualquer outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, contra o homem ou a mulher.

Com relação à expressão “conjunção carnal”, que seria, basicamente, a introdução, completa ou incompleta, do órgão sexual masculino na cópula vagínica da mulher, a provável discussão a cerca do termo, é trazida pelo pensamento de Carlos Eduardo Rios do Amaral (p. 2, 2009), ao tratar que a grande dúvida será a definição do que agora signifique “conjunção carnal”. A expressão “outro ato libidinoso” prevista na parte final do novo artigo 213 do Código Penal, não facilitará, conforme denota o estudioso, solução para o impasse criado pela Lei n. 12.015/09:

Se a expressão “conjunção carnal” fosse unicamente reveladora da cópula vaginal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher, não

seria necessária a outrora presença da elementar “mulher” na redação original do Art. 213 do Código Penal. É regra principiante em Direito que a Lei não contém expressões inúteis. Se a tão-só introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher, mediante violência ou grave ameaça, traduzisse a definição de conjunção carnal para a configuração do Estupro, bastaria que o tipo do Art. 213 enunciasse “constranger à conjunção carnal”, como, *mutatis mutandi*, faz o vigente Art. 123 do Código Penal, que tipifica o crime de Infanticídio (Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após), sem fazer menção ao sexo de seu sujeito ativo (agente), uma vez que só a mulher pode estar sob a influência do estado puerperal.

Sobre esta questão, como ficariam os casos envolvendo transexuais? Seria possível considerar que o ato sexual entre um homem que possui membro sexual masculino e outro homem que com a ajuda da medicina, possui “vagina”, como conjunção carnal? Esqueceu-se o legislador desses casos?

Parece-nos que não, porque enquanto no ordenamento jurídico brasileiro não for reconhecida de forma expressa, as práticas homossexuais, principalmente no que concerne ao reconhecimento e regulamentação desta espécie de união, deverá, temporariamente, ser desprezada pela jurisprudência e doutrina a concepção de coito anal como conjunção carnal. Sendo que tal prática deverá ser tutelada pela elementar do tipo “outro ato libidinoso”, quando do emprego de violência ou grave ameaça.

Este entendimento, pelo menos até a chegada, se aprovada, de legislação pertinente, quando, assim, a prática de coito anal mediante violência e grave ameaça deverá ser deslocada para a elementar da conjunção carnal. Contudo, remeter-se-ia a todo tipo de penetração íntima profunda entre amantes o significado de conjunção carnal. Reservando, neste sentido, os outros atos libidinosos tais como a masturbação, o coito *inter femora*, o sexo oral, dentre outros, à elementar “outro ato libidinoso”.

Sobre a elementar “outro ato libidinoso”, ensina Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 823) como sendo “o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual”.

Antes quem estupra obtinha o mesmo rigor na aplicação da pena do indivíduo que, por exemplo, direcionasse sua mão ao órgão sexual de outrem, mediante violência ou grave ameaça. Agora não será diferente, pois a pena continua a mesma para as duas condutas, mas há quem diga que haverá incoerência dizer

que aquele que direcionou sua mão ao órgão sexual de outrem, acariciando-a, mediante violência ou grave ameaça, também será chamado de estuproador.

Essa discussão, para nós, é irrelevante, pois o que caracteriza a repressividade do direito punitivo é a pena que o ordenamento comina a quem o pratica, e não o simples nome que o delito traz, porque antes mesmo da alteração a pena tanto do estupro como do atentado violento ao pudor eram equiparadas, só sendo reprimidas em delitos diferentes.

A Lei nº. 8.072/90 continua incluindo o estupro, na modalidade tentada ou consumada, nas formas simples ou qualificada, no rol dos considerados crimes hediondos²². Encerrando a discussão sobre a hediondes do crime na modalidade simples, como será tratado mais adiante.

4.2 Objetividade Jurídica

O delito é elencado no Título VI “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Sobre o vocábulo “dignidade”, “no contexto normativo em que foi utilizado, deve ser compreendido em conformidade com o sentimento que lhe empresta a Constituição Federal” (MIRABETE E FABBRINI, 2010, p. 384).

Portanto, a tutela que se presta à dignidade sexual da pessoa, deriva propriamente de um sobre-princípio senão o da dignidade da pessoa humana, como estado ideal de coisa a ser promovido pelo Estado Democrático de Direito. Tal disposição é constada do artigo 1º, III da “Lei Maior”²³, e assim sendo, como estado

²² Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (...) V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º). (...).

²³ Art. 1º, da CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. (...).

ideal de coisa a ser promovido, a norma princípio que apresenta a dignidade da pessoa humana, não descreve uma conduta, mas aponta um estado ideal a ser alcançado pela norma regra editada pelo Legislador.

Neste sentido, a nosso sentir, quis o legislador observar, primeiramente, o sobre-princípio do Estado da dignidade da pessoa humana, que não é mais ideal, mas tão apenas mais abrangente, do que o da dignidade sexual da pessoa.

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa humana, ou seja, a liberdade de a pessoa poder dispor de seu corpo, de tal forma que sua escolha à manutenção da relação de natureza sexual seja desprovida de qualquer vício capaz que impedir sua real vontade.

4.3 Sujeitos do Crime

Com nova redação trazida pela Lei nº. 12.015/09, deu-se nova visão no tocante aos sujeitos do crime de estupro, face à fusão da antiga redação do artigo 213 com a do revogado artigo 214, do Código Penal, abarcando, assim, a possibilidade tanto da mulher ser vítima do delito como o homem.

Trataremos do homem como delinquente sexual e também a mulher como delinquente, e nesta análise estuda-se a imagem preconceituosa dada pela história durante sua evolução.

4.3.1 Sujeito ativo

A mera interpretação literária do tipo incriminador já norteia o estudioso do direito à possibilidade de o sujeito ativo poder ser tanto a pessoa do sexo masculino, como do sexo feminino.

Todavia, é de boa técnica observar que no caso da conjunção carnal, por óbvio, esse ato só poderá ser praticado entre homem e mulher, até mesmo pelo conceito do que vem a ser conjunção carnal.

Então, tanto o homem ou a mulher que constranger alguém do sexo oposto à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, responderá pelo delito de estupro. No caso em que o(a) constrangedor(a) e o(a) constrangido(a) forem do mesmo sexo, onde o coito normal não poderá ocorrer, restarão à configuração do delito a elementar “outro ato libidinoso”, ressalvadas as hipóteses de coautoria ou participação.

Neste sentido, leciona MIRABETE E FABBRINI (2010, p. 387):

Diante na norma em vigor, que incrimina o constrangimento de alguém, a mulher que força o homem a manter conjunção carnal comete o crime de estupro. O que não é possível, tratando-se do constrangimento à conjunção carnal e ressalvadas as hipóteses de coautoria e participação, é que os sujeitos ativo e passivo sejam pessoas do mesmo sexo, porque, nesse caso, o coito normal não pode ocorrer.

Com a entrada em vigor da Lei, não paira dúvidas no sentido de se reconhecer como sujeito ativo do crime de estupro, tanto o homem quanto a mulher.

A quem diga que a visão anterior era uma afronta grave a diversos preceitos fundamentais, e que a manutenção daquela visão não faz mais sentido nos dias de hoje, tendo em vista que a figura frágil da mulher, já está superada, visando-se contemplar, dessa forma, ambos os sexos, evitando, com isso, a produção de normas de caráter manifestamente discriminatório (ARAUJO, p. 3, 2009).

4.3.1.1 O homem como delinquente sexual

Quem tentou estabelecer parâmetros e relacionar certas características físicas ao homem delinquente foi Cesare Lombroso.

Partindo de características, como tamanho de mandíbula e deformidade nas orelhas, irregularidades dentais, dentre outras, como perfil para descrever a psicopatia criminal, ou a tendência do homem de se enveredar pelas linhas da prática delituosa.

Essa abordagem de Lombroso, que descende da frenologia²⁴ criada no início do Século XIX, por Franz Joseph Gall, estreitamente relacionada com o campo da fisiognomia²⁵, foi muito importante para o direito criminal. Mas hoje, o crime não escolhe características físicas ou sociais para se manifestar.

Cada vez mais o crime mostra sua face onde jamais esperamos, bastando realizar breve análise nos veículos de comunicação.

É fato de que o homem possui maior tendência a se embrenhar no cometimento de crimes de ordem sexual, do que as mulheres. Inclusive por possuir maior força conseguiria dominar uma mulher e manter com ela prática sexual de forma criminosa.

Como vislumbramos, as penas aplicadas aos homens que praticassem o estupro eram rígidas, tais como a antiga capaço aplicada aqui no Brasil em período dissoluto.

Arquimedes Marques (2010)²⁶ explica que a capaço era feita através de esmagamento dos testículos. Para tanto, usava-se um pedaço de madeira, no formato roliço, tipo bastão, cassetete, ou marreta, e, colocando os testículos do acusado em local rígido, desferiam um golpe com movimento de cima para baixo, esmagando-os.

É claro que essa sanção vinha de resquícios da antiga “Lei de Talião”, o que hoje no Brasil ela seria manifestamente desumana e proibida, indo de encontro aos preceitos humanitários, garantidos na forma de leis supra legais e em nível constitucional.

²⁴ Frenologia: Teoria que acredita ser possível determinar o grau de criminalidade de um indivíduo, pelo formato da cabeça, por exemplo, presenças de carouços em determinadas áreas do crânio.

²⁵ Fisiognomia: Estudo das propriedades mentais a partir da fisionomia do indivíduo.

²⁶ MARQUES, Archimedes Jose Melo. **Crimes sexuais: da antiga capaço para a moderna .castraço**. Internet. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3874. 08.04.2010.

Todavia, em que pese nosso ordenamento jurídico ter banido as penas cruéis, O Senador Gerson Camata, propôs no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 552/07, que versa sobre a possibilidade de modificação do Código Penal, para impor ao homem autor de crime de ordem sexual, a sanção de castração química.

A castração química consistiria na aplicação de hormônios nos testículos, que seriam capazes de inibir o apetite sexual do indivíduo culminando-o à impotência sexual de forma irreversível.

Dessa forma, ele não voltaria a delinquir já que, se não mais possui lascívia para ser saciada, não há que se esperar conduta criminosa neste sentido.

Este tipo de sanção é aplicada em alguns estados dos Estados Unidos da América, tais como, Flórida, Montana, Califórnia, Texas, dentre outros, e inclusive na Argentina e alguns países da Europa.

Ora, como um Projeto de Lei manifestamente inconstitucional, incabível em nosso ordenamento jurídico ainda tramita no Congresso Nacional, aguardando audiência pública?

Aos defensores de tal sanção, preveem até mesmo a alteração da Constituição Federal, para adaptação de tal reprimenda. Ora, será que esqueceram da previsão do artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal, onde não será admitida como objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais?

Aceitar tal alteração além de ser um retrocesso à “Lei de Talião” seria afrontar o disposto no Artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal onde o Estado Democrático não admite a aplicação de penas cruéis. Portanto, trata-se de Projeto de Lei que afronta cláusula pétrea de forma manifesta.

Todavia, é de clareza solar que se trata de um Projeto de Lei eleitoreiro, que visa apenas “agradar” os olhos da população, que a cada acontecimento de repercussão nacional, clama por “justiça”, sem conhecimento algum da ordem constitucional nacional.

Por fim, sem maiores problemas, é plenamente possível que o marido seja considerado sujeito ativo do crime de estupro, caso venha constranger mediante violência ou grave ameaça sua esposa à conjunção carnal, não havendo

qualquer excludente de ilicitude na conduta, consistente em exercício regular de direito, já que o direito a ser respeitado é o da mulher de poder escolher quando praticar o ato com seu marido.

Por serem casados, esta situação, por si só, não dá ao homem prerrogativa de violar o corpo de sua mulher, quando ela não o permita, sendo esta violação inclusive causa de aumento de pena prevista no artigo 226, II, do Código Penal. Trata-se de realização do princípio da dignidade da pessoa humana, sem falar na previsão da Lei nº. 11.340/06, que criou mecanismos de assistência e proteção à mulher que sofre violência doméstica.

É claro que na esfera civil, se a recusa fosse contínua o homem poderia separar-se judicialmente da esposa, já que a reiteração da negativa ao ato sexual seria grave violação de deveres do casamento, já que tornaria insuportável a relação conjugal (artigo 1573 do CC).

4.3.1.2 A mulher como delinquente sexual

A história nos mostra que a imagem da mulher sempre esteve ligada ou a visão de “santa” ou mulher “mal-falada”. Portanto, a representação do feminino esteve pautada em figuras dicotômicas.

Ou a mulher vivia sobre um espaço bem marcado nos limites do lar ou pelas vias da difamação, personificada como prostituta.

Esta visão dissoluta possui bases sociais e religiosas, porque a mulher sempre teve como imagem de cotejamento, Maria a mãe de Jesus, o Filho de Deus, ou Eva, a pecadora que com seu ato pecador foi expulsa e fez com que Deus expulsasse, também, o homem do paraíso.

Nesta última situação tem-se a primeira visão da mulher como delinquente geral, pois, teríamos uma lei estabelecida por Deus consistente na proibição de não se fazer algo que seria considerado proibido. Mas, a mulher

rompendo com a proibição e desrespeitando a barreira de impedimento, pratica a conduta considerada ilícita, proibida, e como sanção recebe a expulsão do paraíso, por Deus.

Mesmo sendo uma visão religiosa, essa análise possui um contexto interessante, porque, basicamente descrevemos aqui a prática de uma conduta criminosa, proibida, ilícita, porque antes lhe foi imposta um ônus de não se fazer algo, mas que contrariamente ao obrigado, foi realizado.

Então temos a prática de um crime, o resultado obtido pelo agente e a sanção imposta por quem estabeleceu a proibição da conduta. Neste contexto obtemos a primeira visão da mulher como delinquente.

É claro que, aqui, apenas observamos uma visão de “diabolização” da mulher muito abordada pelos teólogos medievais (DELUMEAU, 1990, p. 316):

(...) Tu deverias usar sempre o luto, estar coberta de andrajos e mergulhada na penitência, a fim de compensar a culpa de ter trazido a perdição ao gênero humano (...) Mulher, tu és a porta do diabo. Foste tu que tocaste a árvore de Satã e que, em primeiro lugar, violaste a lei divina.

Relacionava-se a mulher como uma figura de perdição da humanidade, responsabilizando-a por todos os males, e a submetiam aos deleites masculinos porque o homem sempre acreditou que a mulher seria inferior a ele porque Deus a retirou de um fragmento de seu corpo (DELUMEAU, 1990, p. 319):

A mulher (...) é um verdadeiro diabo, uma inimiga da paz, uma fonte de impaciência, uma ocasião de disputas das quais o homem deve manter-se afastado se quer gozar a tranquilidade (...) Que se casem, aqueles que encontram atrativo na companhia de uma esposa, nos abraços noturnos, nos ganidos das crianças e nos tormentos da insônia (...). Por nós, se está em nosso poder, perpetuamos nosso nome pelo talento e não pelo casamento, por livros e não por filhos, com o concurso da virtude e não com o de uma mulher.

O que os antigos não ponderavam é que Deus quando criou a mulher a partir de um fragmento do corpo do homem quis representar a união monogâmica indissolúvel dos gêneros, provando que um não é mais ou maior que o outro, mas que um complementa o outro, porque são iguais e derivam de um mesmo Criador.

Agora, vislumbrar a mulher como delinquente sexual, à primeira análise, parece-nos até raríssimo de acontecer. Todavia, para quem não acredita que mulheres possam cometer abusos sexuais, é porque nunca procurou saber sobre.

A revista britânica *National Society for the Prevention of Cruelty to Children* (NSPCC) revelou grande crescimento no número de casos envolvendo abuso sexual cometido por mulheres, já que assim como o homem a mulher também pode desenvolver perversão sexual na personalidade.

As vítimas, em sua maioria, são crianças confiadas a estas mulheres que exercem função como babás em creches do País.

O aumento no número de casos é grande, mostrando crescimento de 132% com relação aos índices do ano de 2004. E comparando com os números de abusos cometidos por homens, o crescimento foi de 27%, no mesmo período.

Estes números são registros da *Childline*²⁷, que diz não haver muita vontade das vítimas e dos profissionais da área em admitir a possibilidade de mulheres cometerem abusos sexuais, mas admitir ter havido grande crescimento nos números de ligações de crianças fazendo denúncias.

Em entrevista à revista *National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, a diretora da *Childline*, Sue Minto, diz que é chocante a idéia que uma mulher, e até mesmo na posição de mãe, possa abusar sexualmente de uma criança, mas elas o fazem.

A pesquisadora Lisa Bunting, da revista mesma revista britânica, concluiu há grande estigma no que tange ao abuso sexual cometido por mulheres, porque a sociedade custa acreditar que isso seja possível.

Isso dificulta a atividade policial e judicial, porque as crianças e adolescentes vítimas dessas mulheres tendem a “internalizar” o abuso, não falando sobre o assunto com ninguém, porque muitos custariam acreditar no ocorrido²⁸.

²⁷ A Missão da *ChildLine* é aceitar chamadas a partir de fontes públicas e profissional 24 horas por dia, sete dias por semana. A *ChildLine* irá fornecer informação, aconselhamento e serviços de referência para as famílias e crianças para garantir a segurança e seu o bem-estar.

²⁸ RICHARDSON, Hannah. **Cresce denúncia de abuso sexual de crianças feito por mulheres.** Internet, disponível em: <http://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=cresce-denuncia-abuso-sexual-criancas-feito-mulheres&id=4693>. 09.11.2009.

No Brasil, o Serviço de Advocacia da Criança (SAC), entidade ligada à Ordem dos Advogados do Brasil, realizou pesquisa partindo de processos registrados em 1988 a 1992 e chegou ao número de que a cada 20.400 denúncias de maus tratos a crianças e adolescentes, 13% eram de cunho sexual, o que resulta num crescimento de 2.700 casos a cada ano²⁹.

Atualmente, não existem números estatísticos que registram a quantidade de estupros praticados do País.

Todavia, se utilizarmos como parâmetro os dados dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, e lançarmos à população do Brasil, e, ainda, levando em conta a margem de aproximadamente 10% dos casos que não são registrados, o número chegaria aproximadamente aos 100 (cem) mil casos, por ano. São os dados do Ministério da Saúde.

4.3.2 Sujeito passivo

Atualmente, com o novo texto dado ao caput do artigo 213 do Código Penal, tanto o homem como a mulher podem ser vítima dos crimes de estupro.

Isso se dá pela colocação da elementar “alguém” no tipo penal incriminador, fazendo com que não haja nenhuma distinção entre homem e mulher, sendo esta honesta ou não.

A doutrina elencava que o homem, na hipótese de o mesmo ser constrangido por mulher a manter com ela conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, seria vítima do crime de constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal).

O crime de constrangimento ilegal, notando-se pela leitura do dispositivo, a pena cominada é de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, sendo

²⁹ SEABRA, André Salame. **Abuso sexual na infância**. Internet, disponível em: <http://www.existencialismo.org.br/jornalexistencial/andreseabraabusosexual.htm>.

crime de menor potencial ofensivo. Agora com a abrangência do homem no tipo penal do crime de estupro, a mulher pode ser sujeito ativo, onde anteriormente à Lei, só poderia ser o homem, por ser somente através dele que se poderia proporcionar a manutenção de conjunção carnal, sendo, destarte, crime de mão própria, cominando a pena de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Com a entrada em vigor da Lei, não paira dúvidas no sentido de se reconhecer como sujeito ativo do crime de estupro, tanto o homem quanto a mulher.

A quem diga que a visão anterior era uma afronta grave a diversos preceitos fundamentais, e que a manutenção desta visão não faz mais sentido nos dias de hoje, tendo em vista que a figura frágil da mulher, já está superada, visando-se contemplar, dessa forma, ambos os sexos, evitando, com isso, a produção de normas de caráter manifestamente discriminatório (ARAUJO, p. 3, 2009).

Portanto, o sujeito passivo do crime de estupro é qualquer pessoa, homem ou mulher, não menores de 14 (catorze) anos, porque para vítimas nessa faixa etária, o legislador criou tipo penal novo denominado “estupro de vulnerável”, disposto no artigo 217-A do Código Penal, para sua proteção específica.

4.4 Elementos Objetivos e Subjetivos do Tipo

A intimidação séria e grave é ocasionada pelo emprego da violência (coação física), ou a grave ameaça (violência moral) (NUCCI, 2010, p. 876).

Tanto a violência física como moral, poderá ser exercida contra a própria vítima ou terceira pessoa, a depender do caso concreto.

Assim leciona NUCCI *apud* MESTIERI (2010, 876):

(...) essa espécie de violência, exercida sobre terceira pessoa com o fim de obrigar a vítima à conjunção carnal, seja válida e eficaz, e assim deva ser considerada como elemento do estupro. É inegável constituir a ameaça de dano, físico ou moral, a pessoas especialmente caras, terrível arma de constrangimento.

Outra questão arguida pelo autor é sobre a violência, ou ameaça de dano, empregadas sobre coisa, como meio capaz de intimidar a vítima e constrangê-la à conjunção carnal ou outro ato libidinoso (NUCCI apud MESTIERI, 2010, 876):

Em tese é possível que a situação possa configurar-se como grave ameaça. Imagine-se que o agente do estupro intimide a vítima, para que ceda à relação sexual, ameaçando destruir coisa que lhe é extremamente cara e relevante. Naturalmente, dependendo da análise particularizada da situação, pode-se chegar à conclusão de ter havido violência moral, logo, constrangimento ilegal (...).

Lembrando que não se trata de tutela direcionada à coisa, mas sim elemento capaz de causar constrangimento à pessoa.

Sobre o elemento subjetivo do tipo, no crime de estupro, exige-se a presença do dolo genérico, consistente na vontade de constranger alguém, ainda com a presença elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico) representado pelo especial fim de constranger à conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Sobre a questão da especificidade do dolo, encontramos posicionamentos divergentes:

Fernando Capez (2010, p. 36) diz que:

Não há necessidade da finalidade especial consubstanciada na vontade de saciar a paixão lasciva, pois o tipo penal não faz menção a ela. O agente deve ter consciência de que pratica ato libidinoso, mas não se exige a intenção de desafogar a luxúria. O motivo pode ser outro que não o de satisfazer a lascívia, como o desprezo, o ridículo da vítima, embora a intenção seja sempre a mesma: praticar ato que lese o pudor.³⁰

Por outro lado, HUNGRIA (1981, p. 1):

Não basta que o ato seja atentatório ao pudor: é preciso que haja o fim da lascívia. Assim, “colidiria com o próprio sentido das palavras o dizer que comete ato libidinoso o indivíduo que, por exemplo, travando luta com a sua

³⁰ No mesmo sentido: E. Magalhães Noronha. *Direito Penal*, v.3, p. 134, 1988. e MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*; parte especial, 13 ed. v. 2, p. 4. São Paulo, Atlas, 2001.

implicante vizinha de habitação coletiva, lhe empunhasse os seis para subjugá-la, ou lhe segasse as vestes para dar-lhe palmadas no traseiro, expondo-a ao escárnio dos circunstantes”.³¹

Entendemos que não se exige a satisfação da lascívia, tendo em vista que o crime é de resultado e instantâneo, ou seja, é considerado consumado quando o agente, em sua conduta, reúne todos os elementos do delito.

A realização do ato libidinoso ampara-se em o agente querer praticar o ato atentatório ao pudor da vítima, não importando o motivo para tanto. Isto é, o agente pode ser motivado por outra finalidade que não a lasciva, e isto não tornará menos grave a sua conduta.

4.5 Consumação e Tentativa

No que concerne à consumação no caso da conjunção carnal, por se tratar de crime material, consuma-se com a introdução completa ou incompleta do membro sexual masculino na cavidade vaginal da mulher, com emprego de violência ou grave ameaça, por parte do sujeito ativo.

Sobre o termo “outro ato libidinoso”, verifica-se a consumação do crime quando alguém, mediante violência ou grave ameaça constrange outrem a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, que consiste em, por exemplo, coito anal, sexo oral, masturbação, dentre outros.

Lembrando que, se a pessoa praticar ato libidinoso com a vítima e a conjunção carnal, num mesmo ato, responderá por crime único, tendo em vista que não há mais que se falar em concurso material de crimes, como veremos mais adiante.

³¹ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortês de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. 5 ed. V. 9. Rio de Janeiro. Forense, 1981.

A tentativa é possível, quando , por exemplo, não haja o contato, desde que as circunstância deixem manifesto, por parte do agente, o intuito de conjunção carnal (CAPEZ *apud* HUNGRIA, 2010, p. 37). Portanto, o indivíduo direciona seu órgão sexual, procurando aproxima-lo da vítima, não obtendo êxito em seu intento, por circunstâncias alheias à sua vontade.

4.6 Qualificadoras do Crime

As qualificadoras são todas aquelas modalidades previstas pelo legislador onde a pena mínima e máxima atribuída a determinado crime é aumentada em um tipo derivado, o qual recebe o nome de qualificado. Este tipo traz uma circunstância a mais, ou seja, elenca algum mais gravoso do que a redação do tipo original. E é justamente esta gravidade que faz com que a pena para o crime seja aumentada.

As qualificadoras são caracterizadas pelo estabelecimento de novos limites abstratos à pena prevista para o crime, e assim, não entram nas fases da dosimetria da pena já que servem para estabelecer mínimo e máximo da pena que o juiz partirá para início da dosimetria.

4.6.1 Resultado lesão corporal grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos

À primeira modalidade que qualifica o crime, foram empregadas modificações no sentido de que agora, conforme costa do §1º, do artigo 213 do CP, *in verbis*: “*Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é*

menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos”.

A pena cominada foi mantida, como se pode perceber pela redação, mantendo o resultado lesão corporal de natureza grave, sendo que a alteração trazida pela lei está pautada na inclusão da circunstância de a pessoa ser menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos.

No caso em que a pessoa seja menor de 14 (catorze anos), a conduta praticada contra ela será a descrita pelo novo artigo 217-A, (“Estupro de vulnerável”). Ressalte-se que não há consensualidade, encontradas nas relações sexuais entre maiores, partindo do menor, tendo em vista que o legislador vislumbra que as vítimas nesta qualidade não devem praticar relações sexuais, a não ser que superadas as circunstâncias descritas no tipo (AMARAL, p. 5, 2009).

Este posicionamento do legislador é combatido por alguns doutrinadores que entendem que a liberdade sexual só seria atingida de maneira grave nos casos de violência ou grave ameaça. Nesse sentido Silva (p. 73, 2006) *apud* Alberto Silva Franco: “Toda lesão à liberdade sexual encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração da área penal”.

Concordamos com a consideração de que a idade mínima elencada pelo legislador, atende os apelos constitucionais da proteção integral da criança e do adolescente, justificando-se, assim, o maior desvalor da conduta, já que o tipo do artigo 217-A não elenca a presença de consensualidade ou não, reunindo apenas critério objetivo, consistente na idade da vítima, e tão somente.

Mesmo entendimento é extensível às hipóteses do §1º do art. 217-A, do CP, tendo em vista que praticar relação sexual com as pessoas descritas no tipo penal seria, no mínimo, repugnante. A Lei ainda extinguiu a figura da vítima de estupro com violência presumida (revogado art. 244), tendo em vista a implementação do referido tipo penal.

Ainda com relação ao menor de 14 (catorze) anos, nota-se que a lacuna apresentada anteriormente quanto ao sujeito passivo presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, está suprida pela redação do artigo 218-A, do CP (“Satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente”).

Sob última análise, veremos o artigo 218-B (“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”). Neste tipo penal, não se exige o emprego de violência ou a grave ameaça para sua configuração. Isso é ponto importante para que o intérprete da lei não confunda a qualificadora do §1º do artigo 213, com a forma equiparada trazida pelo artigo 218-B, §2º, I, ambos do CP.

4.6.2 Resultado morte

Já a segunda qualificadora, do § 2º do artigo 213, traz basicamente a mesma da redação anterior, com a alteração no preceito secundário, ou seja, se da conduta resultar morte do sujeito passivo, ao sujeito ativo será cominada a pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, e não mais 25 (vinte e cinco).

Ressalta-se a adequada terminologia utilizada pelo legislador quando disse “se da conduta” obtêm-se o resultado morte, não deixando pairar dúvidas, aplicando a qualificadora tanto no emprego da violência como da grave ameaça.

Lembrando que o delito qualificado pelo resultado segue sua sorte conforme previsão do artigo 19 do CP³².

4.7 Causas de Aumento de Pena

³² Art. 19. Agravação pelo resultado: Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

Verificadas na terceira fase da dosimetria da pena, as causas de aumento são encontradas tanto na parte geral do Código Penal como na parte especial.

As causas de aumento previstas na parte geral do Código são de aplicação obrigatória. E no cálculo da pena, verifica-se em primeiro a causa constante na parte especial, por sua especificidade, e, após a causa constante da parte geral do Código.

4.7.1 Crime cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas

O artigo 226, I do Código Penal prevê aumento de quarta parte, se o crime é cometido mediante concurso de pessoas.

O aumento de pena é explicável tendo em vista que duas ou mais pessoas restringem ainda mais a possibilidade de reação da vítima, quando da realização do ato. E ressalta-se que não se exige que as pessoas autoras do delito estejam reunidas no momento do crime, porque o crime aceita a figura do partícipe, na medida em que esta pessoa auxilie, induza ou instigue alguém a estupro outrem. Assim leciona NUCCI (p. 898, 2010), “não se exige sejam todos coautores, podendo-se incluir nesse contexto, para a configuração de causa de aumento, os partícipes”.

Destarte, quando duas ou mais pessoas tomarem iniciativa para prática do crime, antes ou durante a execução, isso é suficiente para aplicação da causa de aumento de pena.

4.7.2 Condição de o agente ser ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela

Outra causa de aumento de pena está prevista no artigo 226, II do Código Penal, sendo que esta consiste basicamente na qualidade ou condição do sujeito ativo.

O dispositivo apresenta rol disciplinando o aumento de metade da pena caso o sujeito ativo for padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

Conforme disciplina CAPEZ (p. 119, 2010) a Constituição Federal, (artigo 226, §3º)³³ com a equiparação da união estável ao casamento, não se justificava tratamento diferenciado com relação ao companheiro. Portanto, aplica-se igualmente o aumento de pena.

O legislador, também, preferiu utilizar o termo “ascendente” para abranger a causa de aumento para a vítima que seja filho adotivo ou consaguíneos, já que nem a Constituição Federal nem o Código Civil, estabelecem qualquer distinção.

Ressalta-se a opção do legislador em empregar o termo “cônjuge” em vez de “marido”, optando por termo mais abrangente, para alcançar o verdadeiro sentido da norma (CAPEZ, p. 119, 2010).

Em conclusão, como o rol de pessoas apresentadas para fins de aumento de pena, é de boa técnica lembrar que houve “reformatio in pejus”, com relações às pessoas anteriormente não reunidas no rol, não podendo a previsão legal retroagir para prejudicar o réu.

4.7.3 Resultado gravidez

³³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

De acordo com a previsão do artigo 234-A, III do Código Penal, que trata das causas de aumento de pena dispostas nas disposições gerais do Capítulo VII, haverá aumento de metade se do estupro resultar a gravidez.

São de grande dimensão as consequências que uma gravidez indesejada pode causar na mulher, tais como, alterações no corpo, as complicações de todo período de gestação, etc. Por isso, parece razoável que o legislador tenha previsto aumento de pena para o agente que a tenha provocado mediante o estupro, podendo esta gravidez ser interrompida pela realização do aborto humanitário, conforme previsão do artigo 128, II do CP³⁴ (MIRABETE e FABBRINI, p. 464, 2010).

No caso de a vítima ser do sexo masculino, igualmente se aplica a majorante, tendo em vista que o tipo incriminador não fez qualquer reserva.

O homem, enquanto vítima, também pode sofrer as consequências geradas pela gravidez, sendo essas consistentes em graves prejuízos patrimoniais relacionados ao pagamento de pensão alimentícia, à sucessão hereditária, dentre outras; É o que trataremos no Capítulo seguinte.

Em suma, toda vez que do crime resultar gravidez, haverá aumento de pena, seja a conduta do agente dolosa ou culposa.

4.7.4 Transmissão à vítima, de doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador

Mais uma causa de aumento de pena prevista nas disposições gerais do Capítulo VII, consiste na transmissão à vítima, doença sexualmente transmissível, em que o autor do delito sabe que é portador, ou deveria saber.

³⁴ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

As doenças que podem ser transmitidas não são apenas as doenças venéreas, mas qualquer doença passível de transmissão também pelas vias sexuais, como por exemplo, hepatite B, HIV, dentre outras (MIRABETE e FABBRINI, p. 464, 2010).

Somente após a perícia técnica é que restará confirmada a contaminação. Caso a vítima não contraia a doença portada pelo autor do delito, este responderá pelo crime sexual, em concurso formal com o crime de perigo de contágio venéreo (artigo 130 do CP)³⁵ ou perigo de contágio de moléstia grave (artigo 131 do CP)³⁶.

4.8 Comentários às Alterações Inseridas à Lei n. 8.072/90

A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que trata dos crimes hediondos, também foi alterada pela Lei n. 12.015/09, colocando fim à discussão no que concerne à hediondez do estupro simples, porque mesmo apesar do Supremo Tribunal Federal já ter entendido que o estupro simples tratava-se de crime hediondo, restavam ainda posicionamentos diversos na doutrina.

A redação do artigo 1º, V, da Lei n. 8.072/90 é clara empregando a conjunção aditiva “e” (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º), classificando como crime hediondo o estupro tanto em sua modalidade simples como qualificada. Incluiu-se, inclusive, o estupro de vulnerável (VI – estupro de vulnerável – art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º), como delito hediondo. Assim explica JUNQUEIRA e FULLER (2010, p. 383) quando diz que “conjunção “e” adiciona entes autônomos (estupro simples = estupro qualificado), indicando a existência de categoriais distintas e independentes umas das outras (e não uma categoria uma “estupro qualificado”)”.

³⁵ Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

³⁶ Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Por fim, observamos o lapso do legislador ao fazer permanecer a redação do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não o adaptando as alterações trazidas pela Lei n. 12.015/09, tendo em vista que a referida lei, em seu artigo 7º, revogou os artigos 214, 223 e 224 do Código Penal Brasileiro.

O que poderia ensejar problemas futuros é o fato de que a Lei n. 12.015/09 trouxe a previsão de um novo tipo penal, abrangendo a disposição do revogado artigo 224 do Código Penal, o que não poderia haver incidência de causa de aumento de pena diretamente sobre essa nova figura típica, cometida de modo simples (*caput*) ou qualificado (§§ 3º e 4º), sob pena de “bis in idem”.

Temos o respaldo para nortearmos nosso pensamento nesse sentido pelo fato de que a redação do revogado artigo 224, existente da *alínea a*, agora integra a disposição do *caput* do artigo 217-A, e as redações das *alíneas b e c*, do revogado artigo 224, agora integram a redação do §1º do artigo 217-A.

É nesse sentido que o Ministro Relator Felix Fisher, do Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial 1.102.005:³⁷

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009.

(...)

II - Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009 restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP). III - Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, ex vi do art. 2º, parágrafo único, do CP. Recurso parcialmente provido. (STJ – Min. Felix Fisher – Recurso Especial 1.102.005).

Portanto, se tais circunstâncias são levadas em conta para tipificar o crime, as mesmas circunstâncias não poderiam ser consideradas como causa para o aumento da pena.

³⁷ Brasil, STJ – Recurso Especial 1.102.005. Relator: Felix Fisher. Julgamento em: 29.09.2009. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/stj_resp1102005.pdf.

4.9 Problemáticas Trazidas pelas Alterações

Aqui verificaremos as matérias que causam discussão entre os estudiosos do direito.

Diversas críticas são direcionadas à Lei principalmente a questão da ação penal, que, aqui estudamos de forma mais aprofundada.

4.9.1 “*Abolitio criminis*”

Com a absorção, do artigo 214 (do atentado violento ao pudor), pelo artigo 213, é importante salientar que não houve “*abolitio criminis*” da conduta consistente em praticar ou permitir que com a pessoa seja praticado, ato libidinoso diverso da conjunção carnal, pois esta mesma conduta foi incorporada ao artigo 213. A este fenômeno Luiz Flávio Gomes dá o nome de *continuidade-típica*, sendo que “o que era proibido antes continua sendo proibido na nova lei” (GOMES, p. 9, 2007).

Agora a mesma conduta descrita no revogado artigo 214, possui o *nomem júris* “estupro” para todos os efeitos (AMARAL, p. 1, 2009).

Encerra-se, com isso, a discussão sobre a incidência de concurso material de crimes entre as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, e agora sendo possível a continuidade delitiva entre as condutas, por fazerem parte da mesma espécie, conforme veremos a seguir.

4.9.2 Retroatividade da lei penal mais benéfica no concurso material entre o crime de estupro e o revogado crime de atentado violento ao pudor, praticados até o advento da Lei nº. 12.015/09

Essa discussão envolve o tipo objetivo, já que o delito passou de tipo simples para tipo misto, com pluralidade de ações, de conteúdo variado. Assim sendo, o crime de estupro seria considerado tipo penal misto alternativo, ou tipo penal misto cumulativo?

Sobre a questão MIRABETE E FABBRINI (2010, p. 388) entendem se tratar de tipo penal misto de conteúdo cumulativo, ou seja, pune-se com a mesma pena duas condutas diversas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a outro ato libidinoso³⁸.

Esse entendimento gera causas importantes no que tange ao concurso de crimes e continuidade delitiva, porque, a realização de ambas as condutas, ou seja, a prática da conjunção carnal e do outro ato libidinoso ensejaria concurso de crimes, já que, embora de mesma espécie, trata-se de crimes distintos punidos num único dispositivo.

Porém, não compartilhamos desse posicionamento porque com a unificação dos delitos (artigo 213 e revogado artigo 214 do CP), passou-se a ter tipo misto alternativo. Isto é, como explica NUCCI (2010, p. 880) seria como roubar vários objetos de um só ofendido. E completa (2010, p. 878/880):

(...) pouco importa que o agente tenha conjunção carnal com a vítima e, na sequência, pratique outro ato libidinoso. Não são dois delitos, mas um único, somente poderemos falar em concurso de crimes (material ou crime continuado) se o cenário de um delito for completamente diverso do outro. (...) Jamais se pode considerar concurso material atos libidinosos seguidos, no mesmo lugar, contra a mesma vítima (...).

³⁸ Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. ***Uma interpretação de duvidosa dignidade***. Internet. Disponível em: www.grecofilho.com.br/artigos.

Isso nos faz concluir que a Lei nº. 12.015/10 é mais benéfica, e, portanto, deve retroagir e ser aplicada aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor.

Nesse sentido, decidiu a 1ª Câmara do Tribunal de Goiás³⁹:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL E OUTRO ATO LIBIDINOSO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. CONJUNTO DE PROVAS CONGRUENTE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM DEMAIS PROVAS. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA NOVA LEI Nº 12.015/09. CONDENAÇÃO TIPO ÚNICO. APLICAÇÃO DA PENA. 1 - Sendo o conjunto probatório coerente e harmonioso a indicar condenação, não procede a pretensão absolutória. 2 - A palavra da vítima, nos crimes sexuais, especialmente quando corroborada por outros elementos de convicção, tem grande validade como prova, porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. 3 - Considerando as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/09 aos crimes sexuais, e tendo em conta que a conduta de prática de ato libidinosos e conjunção carnal se subsumiram no estupro, constituindo crime de conteúdo múltiplo, bem assim a aplicação do princípio da retroatividade da lei para beneficiar o réu, deve ser alterada, de ofício, a sentença para aplicar condenação em tipo único. 4 - Alterando-se a condenação, via de consequência, altera-se também a aplicação da sanção penal, a qual fica fixada, definitivamente, in casu, em 9 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado. apelação conhecida e provida. sentença reformada de ofício para alterar a condenação em aplicação da lei 12.015/09 (novatio legis in melius), via de consequência, modificando a pena. (TJGO – Des. Rozana Fernandes Camapum – Apelação Criminal 32559-1/213). (Grifo nosso).

Reforça o entendimento o Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁴⁰:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - ESTUPRO CONTRA SOBRINHA (CP, ART. 213 C/C ART. 226, II) - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – AUSÊNCIA DO EXAME ATESTANDO A PRESENÇA DE ESPERMA - CRIME CONSUMADO - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA OU ARREPENDIMENTO EFICAZ NÃO

³⁹ Brasil, TJGO – Apelação Criminal 32559-1/213. Relatora: Rozana Fernandes Camapum. Julgamento em: 08.10.2009. Disponível em: http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_325591213_20091008_20091027_130217.PDF.

⁴⁰ Brasil, TJSC - Apelação Criminal: APR 809945 SC 2008.080994-5. Relatora: Salete Silva Sommariva. Julgamento em: 22.10.2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6733396/apelacao-criminal-reu-presos-apr-809945-sc-2008080994-5-tjsc>.

CONFIGURADOS - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (CP ART. 214) - SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009 - MIGRAÇÃO DA CONDUTA TÍPICA ("OUTRO ATO LIBIDINOSO") PARA A PREVISÃO LEGAL DO DELITO DE ESTUPRO (CP, ART. 213) - FENÔMENO DA "CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA" - PROIBIÇÃO DA CONDUTA SUBSISTIDA - NOVA REDAÇÃO QUE CONFIGURA TIPO PENAL MISTO ALTERNATIVO - INVIABILIDADE DE CONDENAÇÃO EM CONCURSO DE CRIMES - RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA - NOVATIO LEGIS IN MELLIUS (CF, ART. 5º, INC. XL E CP, ART. 2º, PAR. UN.) (...)assim, a Lei n. 12.015/2009, ao conferir nova redação ao artigo 213 do Código Penal, instituiu a tipicidade mista alternativa, cuja aplicação repele a possibilidade de concurso de crimes entre o estupro e o atentado violento ao pudor em suas redações pretéritas, de ordem a inviabilizar a dupla punição (...). (TJSC – Des. Salete Silva Sommariva – Apelação Criminal 2008.080994-5). (Grifo nosso)

Portanto, com a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ampliou-se o conceito para abarcar os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, agora num só tipo penal, afastando-se, a rigor, a possibilidade de concurso material de crimes, tendo em vista a ocorrência da “novatio legis in mellius”.

4.9.3 Ação penal

Talvez uma das maiores polêmicas que envolvem a Lei nº. 12.015/09 seja a questão da ação penal, já que, salvo os casos específicos, a natureza da ação penal era privada, e a própria vítima quem tinha a iniciativa para processar o autor, e o membro do Ministério Público possuía função fiscalizadora. Agora, salvo os casos específicos, a natureza da ação penal é ação condicionada à representação da vítima, em que ela manifestará o interesse de ver o autor do delito processado, e o Promotor quem moverá a ação penal, não podendo desistir da ação já que aqui vige o princípio da indisponibilidade.

Com essa mudança o legislador tentou limitar a possibilidade de a vítima desistir da ação penal o que de maneira reflexa causa a extinção da punibilidade do autor do fato criminoso. Todavia, esse entendimento gera algumas situações que não foram pensadas pelo legislador, para tanto vejamos abaixo.

4.9.3.1 Ação penal para os crimes praticados até o advento da Lei nº. 12.015/09

A natureza da ação penal, como regra na antiga redação do artigo 225⁴¹, era privada, procedendo-se somente mediante queixa-crime.

A ação penal era pública condicionada à representação da vítima, ou dos seus representantes legais, se o sujeito passivo não pudesse prover as despesas do processo, sem privarem-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família. Neste caso havia a possibilidade da retratação, pois uma vez oferecida a representação, a vítima ou seu representante legal, poderiam se retratar desde que o membro do Parquet ainda não tivesse oferecido a denúncia.

Tinha-se a ação penal incondicionada em três situações:

a) Quando o delito fosse praticado com abuso do poder familiar, ou por quem faça as vezes dos pais, como o padrasto, tutor ou curador.

b) Quando, em decorrência da prática dos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor, a vítima sofre lesão corporal de natureza grave ou morte. Se a vítima fosse pobre e resulta lesão corporal grave a ação é penal pública incondicionada

c) No caso da Súmula 608 do STF, que possui a redação: “*No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*”.

Portanto, sempre que tivesse violência real, seja lesão leve, grave ou morte, a ação penal seria pública incondicionada. No mesmo sentido BITENCOURT (2007, p. 19) diz que se houvesse ocorrência de lesão corporal grave ou a morte da vítima, a ação seria pública, pois o crime seria complexo⁴².

⁴¹ Art. 225, do CP. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

⁴² Art. 101, do CP. 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.

Foi esse posicionamento que o STF adotou em sua Sumula 608. Assim, havendo violência presumida ou grave ameaça, a ação penal era de iniciativa privada.

Uma segunda corrente dizia que em havendo conflito aparente entre os artigos 101 e 225 do Código Penal, a solução seria dada pelo princípio da especialidade, prevalecendo, portanto, o último.

A terceira corrente dizia que o estupro não era um crime complexo no sentido conferido pelo artigo 101 (fusão de duas figuras penais), já que o tipo descrito no artigo 213 do Código Penal nada mais é do que a figura do constrangimento ilegal acrescida da conjunção carnal.

4.9.3.2 A ação penal nos crimes contra dignidade sexual

Com o advento da Lei nº. 12.015/09 em regra a ação apta a processar os crimes contra dignidade sexual é a ação penal de natureza pública condicionada à representação da vítima.

Buscando essa previsão, o que o legislador tentou foi afastar a possibilidade do abandono da ação durante o curso, por parte da vítima do delito, impossibilitando que o agente pudesse ser punido.

Destarte, em maior apelo social, o legislador preferiu destacar a repulsa da sociedade e seu interesse precípua em ver a resposta do Estado aplicada de forma concreta, e deixando de lado as questões de foro íntimo e familiar que envolvia a tutela do artigo antes da reforma.

Portanto, em regra a ação penal possui natureza pública condicionada à representação da vítima, mas terá natureza pública incondicionada se a vítima do delito for pessoa menor de 18 anos; se a vítima for vulnerável, isto é, pessoa menor de 14 anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui

capacidade para prática do ato sexual, ou que, por qualquer causa não possa oferecer resistência a fim de repelir o intento do agente.

E a ação igualmente será pública incondicionada na aplicação da Súmula 608 do STF e as regras previstas ao crime complexo dispostas no artigo 101 do Código Penal, para aqueles que acreditam na sua eficácia.

4.9.3.3 Os problemas que envolvem a ação penal nos crimes contra dignidade sexual e o princípio da proibição de proteção deficiente por parte do Estado

Ainda se discute sobre a eficácia da Súmula 608 do STF onde o pretório excelso diz que “*no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*”. Como o artigo 225 do Código Penal não elucidou a matéria essa discussão se estende pela doutrina, principalmente nas questões que envolvem os resultados lesão corporal e morte, porque o legislador apenas qualificou o crime nos parágrafos do artigo 213 do Código Penal, mas não especificou a natureza da ação penal para esses casos em específico, ofendendo o princípio da dignidade humana e o da proibição da proteção deficiente.

Fazendo uma abordagem do direito a partir da teoria da norma, o delito tipificado sob o “*nomem júris*” “estupro” é elencado no Título VI “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Sobre o vocábulo “dignidade”, “*no contexto normativo em que foi utilizado, deve ser compreendido em conformidade com o sentimento que lhe empresta a Constituição Federal*” (MIRABETE E FABBRINI, 2010, p. 384).

Portanto, a tutela que se presta à dignidade sexual da pessoa, deriva propriamente de um sobre-princípio senão o da dignidade da pessoa humana, como estado ideal de coisa a ser promovido pelo Estado Democrático de Direito. Tal disposição é constada do artigo 1º, III da “Lei Maior”⁴³, e assim sendo, como estado

⁴³ Art. 1º, da CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. (...).

ideal de coisa a ser promovido, a norma princípio que apresenta a dignidade da pessoa humana, não descreve uma conduta, mas aponta um estado ideal a ser alcançado pela norma regra editada pelo Legislador. Neste diapasão, a nosso sentir, quis o legislador observar, primeiramente, o sobre-princípio da dignidade da pessoa humana, que não é mais ideal, mas tão apenas mais abrangente do que o da dignidade sexual da pessoa.

No entanto, a proteção prestada pelo Legislador foi deficiente, insuficiente, pois como arguiu o Procurador Geral da República na ADI nº. 4301. Como os artigos 213 e 225 do Código Penal foram inovados, a persecução penal, tanto na forma simples quanto nas modalidades qualificadas, passou a ser viabilizada através de ação penal pública condicionada à representação, admitindo o caráter de incondicionada nos casos anteriormente expostos.

Acontece que, quando o delito de estupro é qualificado tanto pela lesão corporal grave ou pela morte, ele passa a possuir as características do crime complexo disposto no artigo 101 do Código Penal, porque há fusão de duas figuras típicas, quais sejam os crimes de lesão corporal e homicídio, respectivamente.

No caso da lesão corporal grave ou do crime de homicídio, a natureza da ação penal que viabiliza a persecução penal é pública incondicionada, conforme regra do artigo 100 do Código Penal. Portanto, trata-se de crime complexo, de acordo com a regra do artigo 101 do Diploma repressivo.

Nesse sentido, sobre a eficácia da Súmula 608 do STF e a aplicação do artigo 101 do Código Penal, LOPES JÚNIOR *apud* QUEIROZ diz que:

Incide, pois, o art. 101 do Código Penal, porque tanto a lesão grave quanto a morte são condutas que 'a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes'. Exatamente por isso, não fosse a previsão legal expressa das circunstâncias qualificadoras nos §§1º e 2º do art. 213 do Código Penal, o agente responderia, em concurso (formal ou material), por estupro e lesão corporal grave ou estupro e homicídio, por serem infrações autônomas.

Portanto, nesse diapasão, como o delito de estupro é processado mediante ação penal pública condicionada, como regra, mas apresenta elementos típicos de um delito que é processado por ação penal pública incondicionada,

operar-se-ia uma extensão de iniciativa pública para que o delito que inicialmente é processado por ação pública condicionada, diante do fato de crime complexo, seja processado por ação penal pública incondicionada.

Essa iniciativa possui o condão de suprir a tutela deficiente oportunizada pelo legislador, que veio de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e a proibição da proteção deficiente, vertente do postulado da proporcionalidade⁴⁴.

A violação ao postulado da proporcionalidade ocorre tanto quando há excesso por força da ação estatal, quanto quando ocorre omissão por parte do ente público, tutelando um bem jurídico de forma deficiente ou insuficiente, inclusive quando há ofensa a direitos fundamentais.

Nesse sentido, ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2005)⁴⁵:

O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação.

Continua o Professor Ingo Sarlet:

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

⁴⁴ Art. 5º, LIV da CF. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁴⁵ Artigo publicado no site www.mundojuridico.adv.br, em 12.07.2005.

É o que se pode extrair do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no RE 418.376:⁴⁶

Quanto à proibição de proteção deficiente, 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 deficiente 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.

Explica MARMELSTEIN *apud* SARLET (2008, p. 380) dizendo que a proibição ou vedação da proteção deficiente decorre do dever de proteção de promoção dos direitos fundamentais, de tal sorte que o Estado deve adotar ações capazes de impedir ou reprimir violação ou a possibilidade de sua existência aos direitos fundamentais.

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção.

Assim, ainda que a omissão estatal seja parcial, no tocante a tutela dos direitos fundamentais, há violação da proibição de proteção deficiente e da dignidade da pessoa humana, vistos sob a ótica do postulado da proporcionalidade, porque há impedimento à persecução penal nos casos do delito de estupro qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte.

⁴⁶ O voto aqui transcrito, do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no RE: 418.376, foi retirado do artigo: **O princípio da proporcionalidade proibindo a omissão estatal. Por uma hermenêutica comprometida com a integridade dos direitos fundamentais**. Do professor: João Marcelo Torres Chinelato. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1414, 16 maio 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9889>. Acesso em: 05 mai. 2010.

Para reforçar nossa tese, analisamos, então, os pressupostos para reconhecimento e aplicação do postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade ou vedação de excesso ou insuficiência e proporcionalidade em sentido estrito).

Como ensina MARMELSTEIN (2008, 374) esses critérios devem ser analisados para que a limitação proporcionada a um direito fundamental possa ser aceita.

No que tange à adequação, a pergunta que deve ser realizada é se o meio escolhido é adequado para que a finalidade buscada possa ser atingida? Aqui vemos que a ação penal condicionada, no caso em análise, não se presta a atingir os objetivos pretendidos, porque nos resultados lesão corporal grave ou morte (crimes de lesão corporal ou homicídio) a ação penal é pública incondicionada e o tratamento diferenciado dado pelo legislador, não se presta a atingir o interesse público em ver os crimes processados e seus agentes punidos, materializado pelo empecilho à persecução penal.

No tocante à análise da necessidade, a pergunta a ser feita é se o meio escolhido é considerado mais brando, suave e ao mesmo tempo capaz de proteger a norma constitucional, isto é, o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado por outro meio menos oneroso e adequado? Aqui podemos notar que o outro meio também adequado é a ação penal pública incondicionada, pois igualmente se presta ao mesmo fim da ação penal pública condicionada, que é movimentar a persecução penal.

Por fim, pela ótica da proporcionalidade em sentido estrito, ainda pelo pensamento de Marmelstein, onde a pergunta feita é se, numa relação de “peso e importância”, a medida trará mais benefícios do que prejuízos? Sob essa análise, o artigo 225 do Código Penal, que traz como regra a ação penal pública condicionada à representação, procura tutelar a dignidade sexual das pessoas, mas fere o sobre-princípio da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente, conforme explicado a cima.

Assim, como dito anteriormente, o legislador quis observar primeiramente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas observou de maneira deficiente. E a dignidade sexual é abarcada pelo sobre-princípio da

dignidade da pessoa humana, que não é mais ideal, mas tão apenas mais abrangente que aquele.

Seguindo, ainda, questão pertinente a ser arguida é que, com a introdução da ação penal pública condicionada à representação, como regra disposta no artigo 225, abrangendo, conforme redação do referido dispositivo legal, os tipos penais reunidos no Capítulo I e II do Título VI, dos quais o estupro (art. 213) se faz presente.

A controvérsia que merece nossa atenção é o fato de que como o §2º do artigo 213 traz a forma qualificada pelo resultado morte (preterdolo), o legislador ao suprimir a ação penal privada no artigo 225, e implantar a ação penal pública condicionada, como regra, proporcionaria a problemática na hipótese em que a vítima seja sozinha, não tendo ascendente, descendentes, ou qualquer pessoa que possa zelar por seus interesses, e essa vítima morre em decorrência da conduta praticada pelo sujeito ativo.

Vê-se aqui, que a medida do legislador em que, querendo proteger as vítimas do crime de estupro, implementa a ação penal pública condicionada, mas acaba criando ponto controverso, tendo em vista que na oportunidade o Estado nada poderia fazer para propor a resposta à sociedade pelo fato criminoso praticado pelo agente, porque sua única legitimada para desatar as amarras do Ministério Público para que este processe o crime, encontra-se falecida.

Claro que o juiz poderá, através de ativismo judicial, nomear um curador especial, para que a figura da injustiça não pairasse perante a sociedade.

Mas, analisando pelo critério da proporcionalidade em sentido estrito, numa relação de “peso e importância”, essa medida traria mais benefícios do que prejuízos? A nosso sentir a resposta é não, porque menos prejuízo trará se aceitarmos que o membro do parquet proceda de ofício (ação penal pública incondicionada), até mesmo para que uma problemática como essa não ocorra. Ter que movimentar e provocar o Poder Judiciário para que através de ativismo judicial supra uma omissão legislativa, não nos parece uma medida mais benéfica do que prejudicial.

Portanto, com essa análise, vemos que o postulado da proporcionalidade não foi observado, pois em todas as análises aos critérios a questão da ação penal foi reprovada.

4.9.3.4 A questão da aplicação da Lei nº. 12.015/09, no tempo

Sobre a análise da Lei no tempo, o crime sexual praticado antes do advento da nova Lei (07.08/2009), ainda que o processo inicie após essa data, aplica-se o regime legal anterior, até mesmo em respeito da não retroação da “*novatio legis in pejus*”.

Os crimes sexuais praticado após o advento da Lei, por obvio, serão processados conforme estabelecido na nova redação do artigo 225 do Código Penal (ação penal pública condicionada à representação).

Mas a pergunta que se faz é, nos casos em que a persecução penal foi iniciada através de denúncia, como ficariam as ações agora com a exigibilidade da representação da vítima?

Salvo se já houver trânsito em julgado, estamos diante de caso em que se aplicará a retroatividade da lei processual “*in mellius*”.

Neste caso o processo será suspenso, para que a vítima do delito ou seu representante legal venha ao processo manifestar a intenção de que o Ministério Público continue com a ação, como forma de prosseguibilidade, sob pena de extinção da punibilidade do agente, pela decadência.

Com isso outro problema surge envolvendo o prazo para que a vítima ou seu representante legal venha ao processo manifestar-se para que a ação prossiga.

O artigo 38 do Código de Processo Penal dispõe, *in verbis*:

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.

Como regra geral o Código de Processo Penal coloca o prazo de 6 (seis) meses.

Contudo, assegura a “Lei Maior”, em seu artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal⁴⁷, a razoável duração do processo, e, a nosso sentir, o prazo de 6 (seis) meses não parece um prazo razoável para o réu se levarmos em conta que a vítima ou seu representante legal vindo ao processo manifestar-se na intenção de que o Ministério Público continue com a ação, é somente causa de prosseguibilidade de uma ação que já está em curso e é suspensa somente para realização desse único ato.

Portanto, mais razoável seria a aplicação, por analogia, já que é permitida pelo artigo 3º, do Código de Processo Penal⁴⁸, do artigo 91, da Lei nº. 9.099 de 29 de setembro de 1995, que diz:

Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

A Lei nº. 9.099/95 traz o prazo de 30 (trinta) dias, sendo mais razoável do que suspender o processo pelo prazo de 6 (seis) meses, apenas para aguardar a manifestação da vítima ou de seu representante legal.

⁴⁷ Art. 5º, LXXVIII, da CF. a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴⁸ Art. 3º, do CPP. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

5 REFLEXOS NA ESFERA FAMILIAR

Neste Capítulo trataremos das implicações da Lei nº. 12.015/09 na esfera familiar da pessoa, trazendo breves noções sobre filiação e aspectos do Direito familiar.

Nossa vontade aqui não é pormenorizar conceitos e posicionamentos sobre as diversas interpretações encontradas na doutrina de um modo geral sobre o assunto, mas sim dar tratamento suficiente para estabelecermos uma discussão, qual seja a responsabilidade do homem vítima do crime de estupro, com a criança gerada pela conduta criminosa da mulher.

5.1 Da Filiação

Disciplinada no Código Civil nos artigos art. 1596 e seguintes, filiação é o vínculo, consangüíneo ou civil, existente entre pais e filhos. É a relação de parentesco na linha reta, de 1º Grau, entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.

Venosa (2005, p. 239-240) nos ensina:

Na linha reta ascendente, a pessoa possui duas linhas de parentesco, linha paterna e materna. Na linha reta descendente, surgem subgrupos denominados estirpes, que abrangem as pessoas provenientes de um mesmo descendente. Assim, dois netos de filhos diferentes são parentes em segundo grau, provenientes de duas estirpes diversas. Essa diferenciação tem importância no direito hereditário porque pode a herança ser atribuída por estirpe ou por cabeça, quando ocorre o direito de representação (arts. 1.851 ss; antigo, arts. 1620 ss) quando houver igualdade de grau e diversidade de linhas quanto aos ascendentes (art. 1.836, § 2º; antigo, art. 1.608).

A constituição Federal de 1988 inovou quando passou a tratar de forma isonômica tanto os filhos havidos do casamento ou não, como os filhos adotados, proibindo qualquer ato discriminatório quanto à filiação.

No que tange à filiação civil, ou seja, aquela originária da adoção, deu-se a este tipo de filiação o mesmo status, inclusive para efeitos sucessórios, dado ao filho consaguíneo.

Portanto a filiação será civil quando for decorrente da adoção. A filiação poderá ser matrimonial, sendo aquela originada na constância do casamento dos pais, ainda que o casamento seja nulo ou anulável; não matrimonial quando decorrer de relações extramatrimoniais, sejam naturais ou espúrias.

A filiação natural se dá na hipótese em que os pais não estavam impedidos de se casarem entre si. Já a espúria é aquela decorrente da união de homem e mulher que, por ocasião da concepção do filho, estavam impedidas de se casar.

Ainda tem-se a filiação incestuosa, quando os filhos são originados de homem e mulher impedidos de se casarem em razão do parentesco; e a filiação adúltera.

5.1.1 Prova da filiação

A prova da filiação poderá ser feita através de certidão do registro de nascimento, conforme artigo 1603 do CC. Na ausência ou defeito no termo de nascimento a prova da filiação poderá ser feita por qualquer meio de prova admitido em direito (art. 1605 do CC), desde que:

a) haja início de prova escrita, por exemplo, matrícula na escola, cartas familiares, dentre outras;

b) posse do estado de filho, que tem sido admitida mediante os seguintes requisitos:

I – “nomen”: a pessoa tem que trazer o nome de família;

II – “tractatua”: a pessoa deve ser tratada como filho;

III – “fama”: pessoa deve ser reconhecida pelos presumidos pais, pela família e pela sociedade, como filho.

5.2 Do Reconhecimento da Paternidade

Para o estabelecimento do vínculo parental, três critérios são elencados, quais sejam o critério jurídico (artigo 1.597 do CC), que estabelece a presunção da paternidade; o critério biológico, o mais conhecido, por causa do exame de DNA; e o critério socioafetivo, que leva em conta o interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana, já que, mesmo não havendo vínculo de sangue, o pai é quem exerce tal função (BARBOZA, p. 381).

5.2.1 Presunções da paternidade

Dispõe o artigo 1.597 do Código Civil, *verbis*:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Portanto, fazendo uma interpretação do que dispõe o Código Civil, reputam-se concebidos na constância do casamento, os filhos nascidos:

a) 180 (cento e oitenta) dias depois de configurada a convivência conjugal. Isso não se confunde com a data do casamento;

b) nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução do casamento ou da sociedade conjugal;

c) frutos de fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido tenha falecido, desde que tenha previamente anuído para a utilização do material fertilizante;

d) aqueles oriundos de concepção artificial homóloga, desde que tenha anuência expressa do casal;

e) nascidos de inseminação artificial heteróloga, desde que o marido haja autorizado expressamente. Lembrando que aqui há uma equiparação à adoção antenatal.

A presunção de paternidade assenta-se na noção de estabilidade e segurança da família. Ela (a presunção) impõe a paternidade jurídica, pouco importando se o marido é o responsável pela gestação.

Entretanto, trata-se de presunção “*juris tantum*”, porque pode ser contestada pelo marido, ou por seus descendentes, se ele morreu após iniciar a ação, poderá ser contestada pelo filho (o qual sempre poderá buscar seu parentesco biológico, ou seja, constitui-se direito fundamental à ascendência genética – artigo 27 do ECA) e, em caso de incapacidade, o marido poderá ser representado por curador, ascendente ou irmão.

5.2.2 Reconhecimento de filho não matrimonial

Tão somente os filhos gerados na constância do casamento não necessitam ser reconhecidos, porque possuem presunção legal de serem filhos do casal. Embora a união estável possua reconhecimento como entidade familiar, os filhos concebidos durante esta união de fato necessitam ser reconhecidos.

Todavia, “havendo prova pré-constituída da união, como decisão judicial declarando sua vigência no período coincidente com a época da concepção, é de se admitir dita presunção (DIAS, 2009, p. 343)”.

O reconhecimento do filho havido fora do casamento poderá ser realizado de forma voluntária pelos pais no próprio termo do nascimento (artigo 1.607 do CC).

Ainda por ato voluntário, o reconhecimento poderá ser feito por escritura pública ou particular, com firma dos signatários reconhecida (artigo 1.609, II do CC); através de testamento; e por manifestação direta e expressa mediante termo nos autos (artigo 1º, IV da Lei 8560/92).

Além do reconhecimento voluntário há o reconhecimento judicial de filho, que resulta de sentença proferida para esse fim, atingindo tanto o reconhecimento da paternidade quanto o da maternidade.

5.3 Da Investigação de Paternidade

Já pudemos vislumbrar que a paternidade poderá ser declarada de maneira voluntária ou judicial. A ação de investigação de paternidade é cabível justamente para o reconhecimento da filiação.

Disciplina o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, verbis:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

A prova de paternidade é bastante ampla, e o artigo 1.607 do Código Civil corrobora quando prevê que “o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”. “A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento” (artigo 1.616 do CC).

No que tange aos legitimados para propositura da ação investigante encontra-se as figuras do filho; os herdeiros, quando já iniciada e sobrevém a morte do autor; os herdeiros do filho, quando este falecer sem adquirir a capacidade (art. 1606, Parágrafo único do CC); o Ministério Público, nas hipóteses em que for infrutífera a investigação oficiosa (artigo 127 da CF/88). Todavia, há uma crítica consistente na arguição de que a ação possui a característica de ser personalíssima, e, em princípio, só cabe ao filho.

Quanto á legitimidade passiva poderá figurar no pólo passivo da ação o suposto pai e os herdeiros ou legatários do suposto pai, quando este já houver falecido.

5.3.1 Provas da paternidade

Dentre as provas que poderão ser realizadas para certificação da paternidade, seja prova documental, o sistema ABO e HLA, que possui 99% de probabilidade de acerto, que também utiliza aspectos físicos, como, por exemplo, lóbulos da orelha, cor da pele, exame prosopográfico e comprovação fotográfica; a mais conhecida é a realização do exame DNA (ácido desoxirribonucléico) que é uma molécula presente no núcleo das células dos seres vivos. O DNA comporta as informações genéticas, onde se encontram escritas as características de cada indivíduo, plantas ou animais⁴⁹. Embora seja um exame simples quando da sua

⁴⁹ In internet: Disponível em: <http://boasaude.uol.com.br/lib/showdoc.cfm?LibCatID=-1&Search=DNA&LibDocID=3831>.

realização, ele é eficaz e seu resultado 99,999% é considerado uma certeza científica.

A recusa do réu quanto à realização do exame hematológico para comprovação faz presumir relativamente a paternidade. Este é o texto da Súmula 301 do STJ⁵⁰.

No sistema inglês a recusa a recusa equivale a obstrução da prova-presunção absoluta contra aquele que se recusa a se submeter a prova. No sistema alemão é imposta a obrigatoriedade da submissão desde que a medida seja necessária ao exame de filiação de uma criança. Nos sistemas francês, italiano e espanhol, a presunção é relativa, cabendo ao juiz a análise do conjunto probatório.

Em nosso sistema brasileiro a recusa na cessão de material é um direito garantido Constitucionalmente no artigo 1º, III, da “Lei Maior” (princípio da dignidade humana). E corrobora o entendimento a previsão supra-legal constante nas garantias trazidas pelo Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 8º garante que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo⁵¹. Todavia, a recusa imotivada conduz à presunção de paternidade, a qual, somada a qualquer outra prova em direito admitida, conduz à procedência da ação.

5.4 Impugnação da Paternidade

Estatui o artigo 1601 do Código Civil, *verbis*:

⁵⁰ Súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

⁵¹ "Art. 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada".

Art. 1601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

O Código Civil trouxe como novidade a imprescritibilidade dessa ação que era matéria tormentosa, havendo posicionamentos fortes e diametralmente opostos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria. Todavia, manteve o caráter privativo e quase personalíssimo dessa espécie de ação.

Utilizando-se das lições de Maria Berenice Dias (2009, p. 371/372), elencamos as hipóteses em que a presunção de paternidade pode ser impugnada:

a) A primeira hipótese é a “*exceptio plurium concubentium*”. Esta é um escape machista consistente em culpa a mulher utilizando como meio de defesa o argumento de que ela coabitava com outros homens ao tempo que se utilizado como presunção da paternidade;

b) Quando o marido provar que não coabitou com a mulher por lapso temporal superior a 300 dias antes do nascimento do filho;

c) Quando o marido provar absoluta impotência “*coeundi*” ou “*generandi*” na época da concepção do filho;

d) Quando o marido demonstrar que não havia possibilidade de inseminação artificial homóloga nem de fertilização “*in vitro*”, uma vez que não doou sêmen;

e) Quando o marido provar que não anuiu para a inseminação artificial heteróloga nem para a fertilização “*in vitro*” com sêmen de terceiro ou que essa autorização foi alcançada mediante erro e/ou coação;

f) Quando o marido provar que a mulher praticou adultério. O adultério, por si só, não se constitui em elemento apto para ilidir a presunção de paternidade. É apenas uma, dentre as inúmeras provas que devem ser produzidas. É que, não obstante o adultério, o filho pode ter sido engendrado pelo marido (artigo 1.600 do CC).

A presunção não será afastada ainda que a mulher confesse que o filho não foi engendrado por seu consorte.

Tem-se admitido a negatória de paternidade, se houver exame de DNA excluindo os vínculos biológicos.

5.5 Dos Alimentos

Os alimentos recebem tratamento no Código Civil entre os artigos 1.674 ao 1710, todavia, o legislador não definiu o que são os alimentos. Assim, através do conteúdo disposto no artigo 1.920 pode-se verificar o conteúdo que os alimentos abrangem, referindo-se a um legado: “*O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além educação, se ele for menor*”.

Portanto, o encargo conceitual ficou para doutrina e, nas palavras de Paulo Lobo (2009, p. 347):

Alimentos, em direito de família, tem o significado de valores. Bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relação de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. Também são considerados alimentos os que decorrem dos deveres de assistência, em razão de ruptura de relações matrimoniais ou de união estável, ou dos deveres de amparo para os idosos (direito assistencial).

Mais sucintamente, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 588), que “*é possível entender-se por alimentos o conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas, sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual*”.

Em suma, alimentos são prestações destinadas à satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si só, compreendendo tudo aquilo que for imprescindível à vida.

A obrigação alimentar tem como fundamento o Princípio da Dignidade Humana, disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal e no Princípio da Solidariedade Familiar, que, para Flávio Tartuce (2008, p. 40-41):

a solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

Assim, um parente fornece ao outro aquilo que é necessário para uma vivência digna do outro, fornecendo-lhe meios de subsistências, salvo se este tiver meios para fazê-lo de per si. Essa regra é estendida aos cônjuges e conviventes durante ou depois do término da união.

5.5.1 Das causas originadoras da obrigação alimentar

Diversas são as causas originadoras da obrigação alimentar, sendo elas o casamento, a união estável, o ato ilícito, e o parentesco, sendo os alimentos neste último, no poder parental, dever dos pais de prestar alimentos sem reciprocidade, e em regra, se extinguindo quando o alimentado atinge a maioridade.

Como espécies, os alimentos podem ser classificados quanto à natureza em alimentos provenientes da lei, da vontade e em decorrência de prática delituosa. Isto é, a obrigação alimentar pode decorrer tanto da lei quanto de uma atividade humana.

Os alimentos decorridos de uma obrigação legal são aqueles devidos pelo chamado direito de sangue, em decorrência do matrimônio, em razão de parentesco, sendo esses inseridos no Direito de Família.

Há também os alimentos prestados em razão de atos jurídicos ou atos voluntários. Estes são gerados por um ato de vontade, ou seja, prestam-se em razão

de “causa mortis” como gesto de última vontade, ou são prometidos ou deixados, ou são contratados; disciplinados no Direito das Obrigações e no Direito Sucessório.

Quanto ao alimento proveniente da prática delituosa, aquele é representado pela indenização do dano na esfera cível. Isto é, o crime praticado gera danos à vítima ou seu patrimônio, o que poderá desencadear ação de indenização contra o autor para recomposição dos danos causados.

Toda prestação alimentar deve observar o binômio necessidade, possibilidade econômica do alimentante e proporcionalidade quanto à fixação.

5.5.2 Características do direito à prestação alimentícia

O direito à prestação alimentícia possui características que devem ser respeitadas para que a prestação seja considerada desta natureza.

Primeiramente, trata-se de um direito personalíssimo, tendo como fim tutelar a integridade física do alimentado. O direito não passa da pessoa do beneficiário direto, bem por isso, a morte deste põe fim ao direito e à obrigação de alimentar.

Todavia, a obrigação é transmissível. Trata-se da previsão do artigo 1.700 do Código Civil, dispondo que a obrigação de prestar alimentos pode ser transmitida aos herdeiros do devedor.

A obrigação de alimentar é, ainda, incessível, ou seja, não comporta a possibilidade de cessão; é irrenunciável, o obrigado não pode renunciar à obrigação; a obrigação é imprescritível, o que apenas prescreve são as prestações vencidas que possuem prazo prescricional de 2 (dois) anos.

Outra característica é o crédito alimentar não ser suscetível de penhora. Isto significa que o crédito não responde pelas dívidas do alimentado.

Também não se admite compensação, porque o alimentado seria privado dos meios para sua sobrevivência. Igualmente não se admite transação das prestações, salvo aquelas vencidas e as vincendas.

Em regra, os alimentos são também irrepetíveis, porque, presume-se, serem utilizados para a sobrevivência do alimentado.

Para Maria Helena Diniz: (2007, p. 565)

“Os alimentos, uma vez pagos, não mais serão restituídos, qualquer que tenha sido o motivo da cessação do dever de prestá-los. Quem satisfaz obrigação alimentar não desembolsa suscetível de reembolso, mesmo que tenha havido extinção da necessidade aos alimentos”.

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 464):

Mesmo vindo a ser desconstituído o vínculo da paternidade, pela procedência da ação **negatória de paternidade**, descabe a restituição dos alimentos que são devidos até o trânsito em julgado da sentença. Admite-se a devolução exclusiva quando comprovado que houve **má-fé** ou postura maliciosa do credor. Em nome da irrepetibilidade, não se pode dar ensejo ao enriquecimento injustificado. É o que se vem chamando de **relatividade** da não restituição. Conforme Rolf Madaleno, soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos, em notória infração ao princípio do não enriquecimento sem causa.

Por fim, o direito de pleitear alimentos é imprescritível e se funda em dois pilares, qual seja a de quem reclama e possibilidade daquele contra o qual é deduzida a pretensão alimentar. A falta do aforamento da ação é a maior prova da ausência de necessidade. Ora, se a pessoa viveu até o ajuizamento da lide sem o concurso da parte requerida é de se presumir que não necessitou dos alimentos, de modo que não pode querer que a obrigação alimentar retroaja até seu nascimento ou até sua concepção. Os alimentos têm por finalidade principal assegurar o direito à vida e não possuem caráter indenizatório.

5.6 Estupradora que Engravida Com o Ato Criminoso e a Possibilidade de Exigência de Prestação Alimentícia ao Homem Vítima do Crime e a Aborto Sentimental

Uma situação muito interessante a ser pensada é a possibilidade de a mulher estuprar um homem capaz ou não, e além de responder pelo crime de estupro e estupro de vulnerável, respectivamente, poderia ela exigir em nome do filho prestação alimentícia ao homem vítima do crime? Poderia a mulher optar pelo aborto sentimental já que a gravidez foi resultante de um estupro, mas cometido por ela? E se a mulher não concordar com o aborto, poderia o homem exigir sua realização?

Respondendo as questões da mais simples para mais complexa, é visto sob clareza solar que o homem não poderia exigir a realização do aborto à gestante, mesmo a gravidez proveniente de uma conduta delituosa, até mesmo porque a previsão do aborto sentimental previsto no artigo 128, II do Código Penal, exige o consentimento da gestante.

Aceitar tal possibilidade seria afrontar os princípios da legalidade ou da reserva legal e da anterioridade que diz não haver crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Ora, no nosso direito repressivo não se encontra a pena de aborto, isto é, não se realiza um aborto como forma de punição à prática criminosa alguma.

Sem mencionar, inclusive, a violação de outro princípio, senão o da intranscendência da pena, o que assegura a não possibilidade da pena passar da pessoa do infrator. Em suma, estar-se-ia punindo terceiro inocente com “pena de morte” por uma conduta praticada por outrem, já que a vida humana em gestação seria extirpada.

Agora, sobre outro questionamento, se a mulher poderia optar pelo aborto sentimental já que a gravidez foi resultante de um estupro, mas cometido por ela?

Pela simples leitura do artigo 128, II do CP nota-se que o legislador não faz qualquer distinção entre os casos, mas apenas menciona a possibilidade de aborto sentimental se a gravidez resulta de estupro. Mas poderia um velho texto ser adaptado e interpretado extensivamente para abranger essa possibilidade e “beneficiar” a mulher autora do delito?

Parece-nos mais razoável que não, porque além de ser uma possibilidade eticamente insensata, na época em que se concebeu o diploma repressivo no Brasil, além de não haver a possibilidade de se reconhecer a mulher como sujeito ativo do delito de estupro, o legislado da época não teve a intenção de prever o aborto para casos em que houvesse o consenso da mulher, pois com a vontade da mulher em praticar o ato sexual, não há que se falar sequer em crime.

E não se pode falar em interpretação extensiva para possibilitar o aborto, já que os requisitos da analogia não são preenchidos. Para tanto, vejamos.

Para que a analogia seja aplicada é exigida a presença de dois requisitos:

- a) que para determinado caso não haja norma reguladora;
- b) que exista norma reguladora de caso semelhante, capaz de ser analogicamente interpretada para alcançar a lacuna.

Não há que se falar em lacuna legal já que o artigo 128, II do CP prevê a possibilidade do aborto legal “sentimental”, quando a mulher for vítima do delito e tão somente, já que o legislador não reformulou a redação do dispositivo para abranger outra hipótese, na Lei n. 12.015/09. E o legislador já previu tratamento para mulher que estupra e engravida, quando editou o artigo 234-A, III do CP, aumentando a pena da autora, como visto no capítulo anterior.

Por fim, no caso do “aborto necessário ou terapêutico”, previsto no artigo 128, I do CP, aquele que se permite a prática quando a vida da gestante está em risco, a origem da gravidez não será relevante. Isto é, Tenha a gravidez havido de conduta criminosa ou de forma normal, esta modalidade de aborto será considerada lícita, sob pena de praticamente condenar a gestante à morte. (CABETTE, 2009):

Tenha sido ela resultante de crime, de relações normais, seja a mulher vítima, infratora ou alguém que engravidou normalmente, sempre será possível o aborto legal. Seria impensável vedar a prática do aborto necessário à gestante que praticou estupro, pois que tal medida equivaleria a condená-la à morte. E a pena de morte é vedada, em regra, no ordenamento jurídico brasileiro por disposição constitucional (artigo 5º, XLVII, "a", CF), não admitindo aplicação direta ou mesmo reflexa.

Por derradeiro, poderia a mulher que, após estuprar um homem, capaz ou incapaz, exigir em nome do filho prestação alimentícia ao homem vítima do crime? Talvez esta questão seja a mais complexa, para tanto invocamos a análise do direito a partir da teoria da norma, para analisarmos as normas princípio e ponderação como meio de resolução.

Neste caso o que se põe em xeque são os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, I da CF/88), no caso do homem vítima do crime; e o direito ao vínculo de filiação (artigo 226 da CF/88).

Ora, a dignidade da pessoa humana não é mais ideal do que o estado de coisa promovido pelo direito ao vínculo de filiação, mas é mais abrangente do que este, já que o abarca, sendo sobre-princípio.

É claro que a análise do caso concreto terá importância incomensurável na resolução da questão, mas mesmo com a quase nulidade de material doutrinário, iremos nos aventurar no assunto, abordando-o.

Vamos imaginar que uma mulher, com interesses exclusivos em atingir o patrimônio de um homem capaz, por saber que este possui aspecto financeiro privilegiado, estupra-o com o auxílio de outras pessoas, engravida e exige a prestação de alimentos.

Ou ainda, um homem incapaz é vítima, e a mulher se valendo da condição de debilidade mental desse indivíduo, pratica o crime visando alcançar seu patrimônio, por saber ser este muito vasto.

Ora, seria possível praticamente “condenar” duas vezes este homem vitimado, uma primeira por ele ser vítima de um ato criminoso, o na segunda por a mulher se locupletar de seu patrimônio, exigindo o pagamento de prestação alimentícia ao filho em gestação?

Analisando a questão sobre o prisma constitucional e ponderando valores desta natureza, quais sejam a dignidade da pessoa humana e o direito ao estado de filiação parece-nos razoável que tal hipótese não seja possível. Senão vejamos:

A constituição brasileira, quando prevê princípios, consagra estados ideais contraditórios entre si. E exatamente por estes estados ideais serem contraditórios entre si é que os princípios que os representam entram em conflito.

É por isso também que os princípios não funcionam na base do “tudo ou nada”, já que não se pode afirmar, categoricamente, que um princípio deve sempre prevalecer sobre outro. Neste caso, somente a ponderação no caso concreto nos permitirá saber qual princípio deve prevalecer sobre o outro.

É claro que a criança é hipossuficiente e necessitará de alimentos para uma vida digna. Todavia, também é óbvio que o homem não pode ser “culpado” pelo nascimento de uma criança gerada de um constrangimento ao qual ele foi vítima. Ora, há o interesse da criança em ver suas necessidades supridas, mas esse interesse é reflexo à vontade da mãe em locupletar-se com o patrimônio do homem vitimado.

O direito não pode tutelar de forma deficiente os direitos e garantir o detrimento de quem sofreu a maior conduta prejudicial, pois garantir a possibilidade de exigência de prestação alimentícia do homem vítima do delito, alcançando seu patrimônio e satisfazendo o intento da mulher, seria eticamente duvidoso. CABETTE (2009):

(...) não se deve olvidar que a conduta ilícita da mulher também virá a atingir os interesses da futura criança, a qual certamente sofrerá danos psicológicos e afetivos pelo fato de saber-se originada de um ato criminoso e não de um relacionamento normal. Todos esses fatores não podem deixar de ser contabilizados no incremento do “desvalor do resultado” a indicar a justiça de uma exasperação punitiva dirigida à mulher infratora.

É importante que o caso concreto seja analisado, mas em tal hipótese, entendemos que, a criança sendo concebida é dever do Estado garantir a realização de seus direitos, assim como toda e qualquer pessoa humana (artigo 5º, caput, da CF/88), seja através de instituições sociais, ou prestação de quantias

assistencialistas instituídas pelo Governo. O que não se pode é aceitar a exclusão dessa criança, que pelo por ser fruto de um ato criminoso, por si só, poderá gerar problemas de ordem social e psicológica.

Quanto ao homem vítima, provado o constrangimento sofrido, já que seria aviltante e ilegal exigir o aborto, poder-se-ia aceitar a possibilidade de negatória de paternidade, o que reflexamente eliminaria as questões de direito sucessório e alimentar.

Ora, assim como se possibilita o aborto para mulher vítima do delito, já que ela não é obrigada a conceber a criança contra sua vontade, então qual a justificativa de se obrigar o homem a ser pai contra sua vontade?

É basicamente o mesmo entendimento na questão da mulher que descobrindo a origem do sêmen que utilizou em inseminação artificial, promove ação em nome de seu filho em desfavor do homem doador, para que este reconheça a paternidade e posteriormente arque com todos os compromissos gerados por ela. (LEVY, 2008):

(...) o direito à investigação de paternidade nos casos de reprodução humana medicamente assistidas não deve, de forma alguma, ampliar seus horizontes no campo patrimonial. Uma vez que, se perderia o controle na esfera jurídica e, também, cairia por terra a finalidade dos bancos de sêmen. Acabaria-se com os métodos assistidos com intervenção de um terceiro doador, uma vez que o filho gerado com o sêmen doado teria direito ao acesso sobre o seu patrimônio. Sendo, dessa forma, totalmente descabida a interferência das reproduções assistidas na esfera econômica do doador.

O ordenamento jurídico não é criado para garantir que uma pessoa possa locupletar-se por meio de ação que não possui essa finalidade.

Portanto, concluímos que é descabida a ação de alimentos contra o indivíduo vítima do crime, para satisfazer as necessidades do filho gerado através da conduta criminosa da mãe.

Como tratado, não há pena de aborto, isto é, não há pena no ordenamento repressivo que obrigue uma mulher a abortar seu filho. Portanto, já que caso a mulher na figura de vítima há previsão de aborto legal, o homem poderia negar-se à paternidade, perecendo-nos a tese mais próxima do que se exige de justiça.

6 CONCLUSÃO

Iniciamos o presente trabalho trazendo um contexto histórico pela sua importância na análise da evolução social já que antigamente as regras eram ditadas, em sua maioria, por costumes da sociedade. Conforme se muda o costume, muda-se a regra. É acompanhando esse ciclo evolutivo que a norma não cai em desuso.

Pudemos verificar o tratamento dado ao agente praticante do estupro e o a reprovação social que esse crime sempre trouxe à sociedade. Cada sociedade antiga tratava a conduta de acordo com suas próprias tendências, mas todas com alto grau de reprovabilidade à conduta.

O estudo histórico nos dá parâmetros para cotejarmos a visão dissoluta com a ótica vislumbrada atualmente.

Após, tratamos do crime de estupro antes da alteração trazida pela Lei Ordinária nº. 11.215 de 07 de agosto de 2009, reunindo os elementos caracterizadores do delito naquela época, para o entendimento da redação anterior.

Destacamos que os elementos do revogado crime de atentado violento ao pudor, que, em que pese sua revogação, a conduta não foi descriminalizada, sendo punida agora sob o *nomem júris* “estupro”, na redação trazida pela referida Lei, não sendo acertada a conclusão sobre *abolitio criminis*.

Em seguida, abordou-se as modificações nos crimes contra dignidade sexual, nomenclatura esta dada pela Lei nº. 12.015/09, com destaque para a mulher como sujeito ativo do delito e para ação penal e todas as interferências causadas por suas incongruências.

Foi abordada a problemática em torno da ação penal frente ao princípio da proibição da proteção deficiente, e a possibilidade de previsão de ação pública incondicionada nos casos qualificados por lesão corporal grave ou morte.

Na sequência foi abordada a aplicação da nova Lei no tempo, para os casos anteriores à sua vigência, onde a persecução penal foi iniciada por meio de denúncia pelo membro do Ministério Público. E por fim, foi oferecido e provado a

possibilidade de analogia para aplicação do artigo 91 da Lei nº. 9.099, de 29 de setembro de 1995, para estabelecer o prazo para que a vítima se manifeste com a intenção de dar prosseguibilidade ao processo já em curso, e não causa de procedibilidade.

Estudamos, depois, os reflexos do crime de estupro na esfera familiar da pessoa, trazendo, primeiramente, breves noções sobre filiação e aspectos do Direito familiar, para.

Nossa vontade não foi esmiuçar cada conceito e os diversos posicionamentos sobre as variadas interpretações encontradas na doutrina de um modo geral sobre o assunto, mas sim dar tratamento suficiente para estabelecermos uma discussão, qual foi a responsabilidade do homem vítima do crime de estupro, para com a criança gerada pela conduta criminosa da mulher.

Como a evolução do pensamento social é célere, muitas vezes a legislação não o acompanha, e a lei acaba caindo no desuso ou não se prestando à finalidade pela qual foi criada.

Com as inovações trazidas pela Lei nº. 12.015/09, o legislador além de promover a igualdade, visou, inclusive, preservar a dignidade sexual da pessoa e sua liberdade no que tange à prerrogativa de poder escolher com quem deseja praticar atos dessa natureza, não cedendo ao intento de outrem contra sua vontade.

Mas quando essa tutela estatal, ao legislar, é deficiente ou insuficiente a questão deve ser enfrentada pela jurisprudência até que o legislador reveja e reforme a disposição legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **O(s) novo(s) crime(s) de estupro. Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei nº 12.015/2009.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2232, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13307>>. Acesso em: 11 ago. 2009;

Ballone GJ. **Delitos Sexuais (Parafilias).** In Internet: PsiquWeb. Disponível em: www.psiqweb.med.br. Acesso em: 10 ago. 2010;

BARBOSA, Heloisa Helena. **Direito à identidade genética.** In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

Brasil, STJ – Recurso Especial 1.102.005. Relator: Felix Fisher. Julgamento em: 29.09.2009. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/stj_resp1102005.pdf.

Brasil, TJGO – Apelação Criminal 32559-1/213. Relatora: Rozana Fernandes Camapum. Julgamento em: 08.10.2009. Disponível em: http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_325591213_20091008_20091027_130217.PDF.

Brasil, TJSC - Apelação Criminal: APR 809945 SC 2008.080994-5. Relatora: Salete Silva Sommariva. Julgamento em: 22.10.2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6733396/apelacao-criminal-reu-presos-apr-809945-sc-2008080994-5-tjsc>.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências do resultado da gravidez.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2264, 12 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13501>>. Acesso em: 11 set. 2010;

_____, Eduardo Luiz Santos. **Estupro e transmissão do vírus da aids de acordo com a Lei 12.015/09.** In Internet. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/42580>. Acesso em: 06 mar. 2010;

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. **O advogado diante dos crimes sexuais**. 1 ed. Editora Sugestões Literárias. São Paulo, 1966;

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. parte especial: dos crimes contra dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 8 ed. v. 3. São Paulo. Saraiva, 2010;

Costanze, Bueno Advogados. **A Vítima de Estupro**. In Internet: Bueno e Costanze Advogados, Guarulhos. Disponível em : <http://www.buenoecostanze.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2010;

DELUMEAU, Jean, **Os agentes de Satã III: a mulher In DELUMEAU, História do Medo no Ocidente: 1300-1800**. São Paulo: Cia. das Letras, 1990;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007;

DIAS, Maria Benerice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007;

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen júris, 2008;

FAÚNDES, Aníbal; ROSAS, Cristiano Fernando; BEDONE, Aloísio José; OROZCO, Luis Távora. **Violência sexual: procedimentos Indicados e seus resultados no atendimento de urgência de mulheres vítimas de estupro**. In Internet: Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-72032006000200009&script=sci_arttext. Acesso em: 11 ago. 2010;

FRANÇA, Genival Alves. **Medicina legal aplicada**. 5 ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 1998;

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral, volume 2. Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina; coordenação Luiz Flávio Gomes. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

HERCULES, Hygino de Carvalho. **Medicina Legal** – Texto e Atlas. – São Paulo: Editora Atheneu, 2008;

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortês de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. V. 9. Rio de Janeiro. Forense, 1981;

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade material e dos crimes contra a paz pública. 17. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008;

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz/FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial**. 6 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010;

LEAL, João José; Rodrigo José. **Novo tipo penal de estupro unificado. Considerações sobre as causas de aumento de pena e a ação penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13481>>. Acesso em: 06 mar. 2010;

LEVY, Laura Affonso Costa. **A Investigação da Paternidade no Direito Moderno: Direito, Limites e Possibilidades**. In Internet. Disponível em: <http://www.webartigos.com>. Acesso em: 20 set. 2010;

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. As inovações trazidas pela Lei nº 12.015/2009**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2273, 21 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=13534>>. Acesso em: 10 abr. 2010;

MARQUES, Archimedes Jose Melo. **Crimes sexuais: da antiga capação para a moderna castração**. In Internet. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3874. Acesso em: 15 set. 2010;

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte especial**, arts. 121 a 234-B do CP. 27 ed. v. 2; São Paulo: Atlas, 2010;

_____. **Manual de direito penal**, volume 2. Parte Especial, arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Atlas, 2007;

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 8 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2008;

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

_____. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

NUÑEZ, Ricardo C. **Tratado de derecho penal**. Tomo tercero, volumen II (Parte Especial), Córdoba-Buenos Aires, Ed. Lerner, 1965;

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Felipe I. – Ed. Fac-similar da 14ª ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona de Coimbra, de 1821/por Cândido Mendes de Almeida. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004;

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal**: parte geral. – 2. ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

_____, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 2: parte especial: arts. 121 a 249. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

RICHARDSON, Hannah. **Cresce denúncia de abuso sexual de crianças feito por mulheres**. In internet. Disponível em: <http://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=cresce-denuncia-abuso-sexual-criancas-feito-mulheres&id=4693>. 11 ago. 2010;

ROMANOS, Eugenio Mesonero. **A prostituição**. In: HAYS, Arthur Garfield et al. Enciclopédia de educação sexual. São Paulo: Iracema, 1982;

SEABRA, André Salame. **Abuso sexual na infância**. In Internet, disponível em: <http://www.existencialismo.org.br/jornalexistencial/andreseabraabusosexual.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010;

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.).

Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte:
Del/Rey/Mandamentos, 2008;

VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de
Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia
Céspedes. 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2010;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 5 ed. v. 6. São Paulo:
Atlas, 2005.