

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS REFLEXOS DA LEI 12.015/2.009 FRENTE AO
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Vanessa Santos Breyer

Presidente Prudente/SP

2013

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS REFLEXOS DA LEI 12.015/2.009 FRENTE AO
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO
DEFICIENTE**

Vanessa Santos Breyer

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Marcus Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2013

**OS REFLEXOS DA LEI 12.015/2.009 FRENTE AO
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO
DEFICIENTE**

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

MARCUS VINICIUS F. AQUOTTI
Orientador

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS
Examinador

SANDRO MARCOS GODOY
Examinador

Presidente Prudente/SP, 07 de Novembro de 2013.

“Haverá justiça no mundo somente quando aqueles que não forem injustiçados se sentirem tão indignados quanto aqueles que o forem”.

Sólon

Dedico esse trabalho a minha mãe, minha fonte permanente de força, por toda dedicação e empenho pelos meus estudos, e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ser meu refúgio, no qual deposito toda minha confiança, sempre capaz de inovar dentro de mim para que eu consiga alcançar meus objetivos.

Agradeço especialmente a minha mãe Rosângela, meu exemplo de vida, meu porto seguro. É a pessoa responsável por tudo o que sou e serei. Quem mais se esforçou pela minha educação e pelos meus estudos, e que me concedeu um dos maiores presentes desta vida: meu irmão, Vinícius.

Agradeço ainda a meu pai Artur e minha avó Aparecida, minhas bases de vida, que me transmitiram sabedoria e sempre foram exemplos de honestidade, humildade e fé.

Agradeço a todos familiares, principalmente minhas tias Adriana e Solange, e meus tios Anderson e Sebastião, que sempre depositaram confiança em minhas vitórias, meus maiores torcedores, ainda que nos momentos de dificuldade.

Ao meu namorado, Luiz Fernando, pelo companheirismo diário, além da motivação, paciência e interesse em minha pesquisa.

A todos meus amigos, que nunca deixaram de acreditar em minha capacidade, motivando-me dia-a-dia, mas especificamente em relação a esse trabalho, agradeço especialmente minhas amigas pra toda a vida: Luana Martins e Jéssica Spolador.

Ao meu orientador Marcus Vinícius, pelo privilégio de ser sua aluna e orientanda, que sempre repassou seus conhecimentos a mim generosamente. O brilhante profissional e exemplo ao qual sempre me espelharei.

Agradeço ainda ao meu examinador, Jurandir, que também tive o grande privilégio em ser sua aluna. Mestre em ensinamento, não se limitando em conhecimentos jurídicos, mas também lições para uma vida toda.

A meu examinador Sandro, que, apesar de pouco tempo de trabalho juntos, demonstrou ser um grande profissional e gigante em sabedoria, e que com muita generosidade aceitou meu pedido para compor a banca examinadora.

Por fim, a todos que, direta ou indiretamente, me forneceram subsídios morais e literários, indispensáveis para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar e estudar as leis penais que punem crimes sexuais, no mundo, e, precipuamente, no Brasil, dando ênfase às alterações ocorridas a partir da vigência da lei 12.015/2.009, relacionando as criações, revogações e modificações de alguns tipos penais. Para tanto, apresenta um levantamento atual comparativo, em um primeiro momento, apenas internacional. Após, analisa historicamente a evolução legislativa nacional do tema. Adiante, o trabalho enfatiza o Código Penal brasileiro, focando em seu capítulo VI, “Crimes contra a dignidade sexual”, atualmente alterado pela lei 12.015/2.009. Inicialmente, o estudo recai sobre cada tipo penal apresentado nos Títulos I e II do Capítulo VI do Código Penal, transcrevendo-os e interpretando-os. Demonstrada a vigente legislação, passa-se à exposição de princípios aplicáveis ao tema, para servir de base às análises e disposições. Posteriormente, há o estudo das polêmicas presentes em alguns tipos penais, apresentando as divergências jurisprudenciais e doutrinárias, expondo as críticas e apresentando possíveis soluções para obstáculos enfrentados na interpretação e aplicação de alguns artigos. A análise é feita com base no princípio da proibição da proteção deficiente, aplicando-o diante de alguns tipos penais já explanados, e demonstrando como o Ministério Público, em busca do favorecimento *pro societa*, o utiliza na argumentação para defesa da coletividade frente à omissão estatal.

Palavras-chave: Crimes Sexuais. Crimes Contra a Dignidade Sexual. Princípio da Proibição da Proteção Deficiente. Proporcionalidade. Lei 12.015/09.

ABSTRACT

This present work aims to analyze and study the criminal laws that punish sex crimes in the world and ones mostly in Brazil emphasizing the changes from the rule of law 12.015/2.009 relating creations modifications and revocations some criminal types. It presents a survey comparing current at first only international. After analyzes historically the development of national legislation on the subject. Subsequently the paper emphasizes the Brazilian Penal Code focusing on its chapter VI "Crimes against sexual dignity " currently amended by Law 12.015/2.009 . Initially , the study rests with each type criminal presented in Titles I and II of Chapter VI of the Penal Code , transcribing and interpreting them. Demonstrated the prevailing legislation passes to the exhibition of principles applicable to the subject to serve as the basis for analyzes and provisions. Subsequently there is the study of controversies present in some criminal types presenting the jurisprudential and doctrinal differences exposing the criticism and presenting possible solutions to obstacles faced in the interpretation and application of some articles. The analysis is based on the principle of prohibition of poor protection applying it before some criminal types already explained , and demonstrating how the prosecutor in favoring pro societa search uses the argument for the defense of the community against the omission state .

Keywords: Sex crimes. Crimes against Sexual Dignity. Principle prohibiting poor protection. Proportionality. Law 12.015/09.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVE ABORDAGEM DO TEMA “CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL” NO MUNDO	11
2.1 Estados Unidos Da América.....	11
2.2 Índia.....	13
2.3 Portugal.....	14
2.4 África do Sul.....	15
2.5 Coréia do Sul.....	16
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TEMA “CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL” NO BRASIL	18
3.1 Ordenações Portuguesas.....	18
3.1.1 Ordenações Afonsinas.....	19
3.1.2 Ordenações Manuelinas.....	20
3.1.3 Ordenações Filipinas.....	20
3.2 Código Criminal Do Império Do Brasil De 1830.....	22
3.3 Código Dos Estados Unidos do Brasil de 1890.....	23
3.4 Código Penal De 1940.....	25
4 CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL	27
4.1. Estupro.....	28
4.2 Violação Sexual Mediante Fraude.....	31
4.3 Assédio Sexual.....	33
4.4 Estupro De Vulnerável.....	34
4.5 Corrupção De Menores.....	37
4.6 Satisfação De Lascívia Mediante Presença De Criança Ou Adolescente.....	38
4.7 Favorecimento De Prostituição Ou Outra Forma De Exploração Sexual De Vulnerável.....	39
5 PRINCÍPIOS INFORMADORES	41
5.1 Princípio Da Proporcionalidade.....	43
5.1.1 Submáximas da proporcionalidade.....	46
5.1.1.1 Adequação.....	46
5.1.1.2 Necessidade.....	47
5.1.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	49
5.2 Princípio Da Proibição Do Excesso.....	50
5.3 Princípio Da Proibição Da Proteção Deficiente.....	51
5.4 Princípio Da Dignidade Humana Da Mulher.....	53
6 CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	56
6.1 Artigo 225: Ação Penal Pública Condicionada À Representação.....	56
6.2 Estupro: Tipo Misto Alternativo Ou Tipo Misto Cumulativo?.....	59
6.2.1 Continuidade delitiva?.....	65
6.3 Artigo 217-A: Violência Presumida?.....	67

7 CONCLUSÃO.....72

BIBLIOGRAFIA.....75

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a situação mundial atual com relação aos crimes sexuais, de acordo com cada cultura, e principalmente o contexto histórico do Brasil, com exposição da previsão de tais delitos na legislação brasileira, desde o período colonial, com as Ordenações Portuguesas, e principalmente na atualidade, após as modificações introduzidas pela Lei 12.015/2009.

Os delitos sexuais ocasionam diversas polêmicas, até porque a sexualidade é em si um tema universalmente debatido. Não são apenas questões legais, mas também religiosas, culturais e morais envolvidas.

A liberdade é um direito constitucionalmente garantido, e não poderia ser diferente o caso de uma de suas vertentes: a liberdade sexual, um dos direitos mais íntimos do ser humano.

Sendo o crime sexual mais conhecido, o estupro, tamanha sua reprovabilidade, está incluído no rol dos crimes hediondos. Não se trata apenas de um delito que possa deixar vestígios corporais, mas muitas vezes também psicológicos.

Nosso atual código penal possui um capítulo voltado à punição para tais delitos, o Título VI, intitulado “Dos crimes contra a dignidade sexual”, o qual está dividido em oito capítulos.

O presente trabalho será restrito a dois desses capítulos: aos crimes contra a liberdade sexual, e crimes sexuais contra vulneráveis, pois são os de maior ocorrência, e dotados de polêmicas e repugnância.

As mudanças ocasionadas pela Lei 12.015/2009 serão analisadas frente ao Princípio da proibição da proteção deficiente, este que cria uma obrigação ao Estado de aparelhar-se suficientemente para proteger toda a sociedade.

O Ministério Público, órgão legitimado a buscar a pretensão punitiva estatal, por vezes utiliza tal princípio como tese de acusação, objetivando a repreensão dos criminosos, em prol da proteção da coletividade.

A abordagem final será feita em torno das eventuais omissões do

legislador infraconstitucional na elaboração da lei em foco, com ofensas ao princípio da proibição deficiente e garantias constitucionais.

O método de pesquisa utilizado no presente trabalho é dedutivo, partindo de premissas gerais para conclusões particulares. O campo de pesquisa abrange doutrinas, jurisprudências e *internet*.

2 BREVE ABORDAGEM DO TEMA “CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL” NO MUNDO

Os crimes sexuais aterrorizam não só o Brasil, mas o resto do mundo inteiro. Apesar de muitos delitos dessa espécie não serem descobertos em nosso País, e, conseqüentemente, não sofrerem punições, em alguns países esse índice de impunidade é muito maior e alarmante.

A impunidade pode ser consequência de uma série de fatores. O medo da vítima em denunciar, a cultura do país em rebaixar a mulher em relação ao homem, legislações menos repressivas. É o caso da Índia, que está em fase de transição no que tange à legislação penal nesse aspecto.

Outros países são mais evoluídos em sede de legislação punitiva, que é o caso dos Estados Unidos da América. Os Estados pertencentes a este país possuem certa autonomia em termos de punição para infratores da lei, sendo então diversificada a punição em nível regional.

Em meados de junho do ano corrente, na cidade de Colquechaca, Bolívia, aproximadamente 300 quilômetros de La Paz, moradores de um vilarejo enterraram vivo um suspeito de estupro. Tal barbárie demonstra a revolta conseqüente de um delito dessa espécie, e que, apesar de serem diversas as punições aos criminosos sexuais, em nível mundial, a repugnância sentida é a mesma.

2.1 Estados Unidos da América

Os crimes sexuais são abominados nos Estados Unidos. A legislação nacional e regional vem punindo cada vez mais severamente o autor deste tipo de delito.

Na cidade de Orange, por exemplo, os já condenados por delitos sexuais têm sua liberdade de ir e vir restringida, mesmo após cumprir sua pena. São chamadas áreas de segurança, que incluem áreas de lazer, como parques. É a

restrição de um direito fundamental individual em prol da segurança de toda a sociedade.

Na Flórida, um condenado por delito sexual possui um limite de distância de parques escolares: o máximo que pode se aproximar do local são praticamente 90 quilômetros. Na cidade de Massachusetts, é vedado o acesso às bibliotecas locais.

Aparentemente, seria uma violação ao direito de ir e vir, uma vez em que o indivíduo já cumpriu sua pena, não possuindo “débitos” com o Estado. Entretanto, o que se preza é a proteção às crianças e adolescentes. Como essa pessoa já cometeu essa espécie de delito uma vez, nada garante que o mesmo não voltará a fazê-lo.

Havia inclusive uma lei aprovada no Estado de Indiana que impossibilitaria o acesso a redes sociais via internet a tais indivíduos, entretanto, foi declarada inconstitucional por uma Corte Federal. Percebe-se neste caso a evidente intenção de se proteger crianças e adolescentes que em muitos casos são atraídas por pedófilos e criminosos sexuais, o que ocorre mundialmente, com muita frequência.

Em Cleveland, um caso chocou a população mundial recentemente.

De acordo com o site da revista “Veja”, na notícia “FBI interroga hoje sequestradores de jovens resgatadas” (2013):

O FBI concluiu as entrevistas com as três jovens resgatadas em Cleveland, no estado americano de Ohio, após um sequestro que durou uma década e terminou na segunda-feira. A filha de seis anos que uma delas teve com um dos autores do crime também foi ouvida. Agora, a próxima etapa é interrogar os três irmãos sequestradores que mantiveram presas em casa Amanda Berry, Gina DeJesus e Michele Knight. O interrogatório ocorre nesta quarta-feira, segundo a polícia americana. (Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/fbi-interroga-hoje-sequestradores-de-jovens-resgatadas>).

Dois irmãos mantinham três mulheres em cárcere há mais de uma década, e terminou no mês de maio deste ano, quando um vizinho avistou o braço de uma das mulheres por um buraco na porta da residência. Ariel Castro as mantinha em um porão, e além delas, uma criança de seis anos, filha dele e de uma das sequestradas, fruto dos estupros por ela sofridos. Se considerado culpado no julgamento, Castro pode ser condenado à pena de morte.

2.2. Índia

Um problema sério e tormentoso em relação aos crimes sexuais está presente na Índia. Devido à cultura deste país, as mulheres são tratadas com inferioridade em relação aos homens, sendo submissas. Por muitas vezes, autores de crimes sexuais não são devidamente punidos, isso quando os delitos chegam ao conhecimento das autoridades responsáveis.

A legislação em relação aos crimes contra a dignidade sexual indiana tem sofrido mudanças recentemente, devido a um caso que gerou grandes discussões e causou forte impacto no cenário mundial.

No dia 16 de dezembro de 2012, uma jovem de 23 anos, que estava dentro de um ônibus na cidade de Nova Déli, foi estuprada por seis homens, e, posteriormente, foi atirada do veículo, vindo a óbito. O caso chocou a população local e mundial.

Conforme noticiado em “Começa julgamento de homens acusados de estupro coletivo na Índia” (2013):

O caso chocou o mundo inteiro e provocou fortes reações da população indiana, que pressionou o governo a agir. Nesta quinta-feira, uma comissão nomeada pelo governo apresentou propostas para combater os abusos e agressões sexuais, como criar leis mais duras e punir policiais que se recusem a registrar casos de estupro. (Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/01/comeca-julgamento-de-homens-acusados-de-estupro-coletivo-na-india.html>)

Os casos de crimes sexuais na Índia são em larga escala. Devido ao número alarmante de impunidade, os casos vêm crescendo assustadoramente.

O Governo instalou uma Comissão para revisão da atual legislação punitiva de delitos sexuais, a qual opinou por penas mais rígidas, entretanto sem possibilidade da pena de morte.

A nova lei, tentando inibir tais condutas, aumentou para 20 anos a pena máxima em abstrato da pena de estupro, e no caso de concurso de pessoas ou reincidência, a pena pode ser perpétua. Em casos de morte a vítima, a pena pode ser capital. Infelizmente, a lei ainda não aborda casos de estupro entre marido e mulher. Também com o intuito de frear as atividades desse tipo de criminosos, e impor penas rígidas, o Estado indiano Bengala ocidental criou uma regra para crimes

sexuais, os quais serão julgados apenas por juízas, algo coerente por se tratar de delito comumente cometido contra mulheres.

Além do mais, por muitas vezes, quando tentam procurar autoridade responsável para delatar o delito, não obtêm êxito, pois muitos se recusam a registrar queixa. A nova legislação também pune tal atitude, com pena que pode chegar a dois anos de prisão.

2.3 Portugal

Segundo o Código Penal português, a pena para o sujeito ativo de delito sexual, chamado de coação sexual, é de 1 a 8 anos de prisão, e o abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, no Brasil, estupro de vulnerável, a pena é de 6 a 8 anos de prisão.

Portanto, com relação à previsão de punição, Portugal não possui legislação omissa.

De acordo com a reportagem “Abuso sexual de crianças representa quase metade dos crimes sexuais em 2012” (2013):

O abuso sexual de crianças representa quase metade dos crimes sexuais em 2012, verificando-se uma estabilização do número de casos relativamente a 2011, refere o Relatório Anual de Segurança Interna (IASI), entregue hoje na Assembleia da República. (Disponível em: <http://www.ionline.pt/artigos/portugal/abuso-sexual-criancas-representa-quase-metade-dos-crimes-sexuais-2012>).

O grande foco nesse país é combater o abuso sexual precipuamente contra crianças, que são vítimas em quase 50% dos casos.

Conforme o IASI (Relatório Anual de Segurança Interna), a maioria dos casos ocorrem dentro do próprio quadro familiar da vítima e agressor.

2.4 África do Sul

Também está em momento de transições quanto às chamadas violações sexuais na África do Sul.

Recentemente, neste ano, uma notícia chocou a população: uma jovem de 17 anos foi friamente estuprada por um grupo de homens, e devido às agressões, veio a falecer.

Na província de Limpopo, a ordem é que todos os criminosos que cometam esse tipo de delito possam ser submetidos a teste de HIV, com solicitação pela polícia ao magistrado, pois caso o exame confirme a existência da doença, o mesmo, além do crime de estupro, responderá por tentativa de homicídio.

Essa questão ainda é alvo de fortes polêmicas, uma vez em que estaria se expondo o direito de intimidade do agressor. Os defensores de tal posicionamento afirmam que diante da intimidade do autor do delito, deve prevalecer a defesa das vítimas.

Segundo dados do Conselho de Pesquisa Médica da África do Sul, há mais de 60 mil casos de violência sexual denunciados por ano.

De acordo com CASTILHO (2013):

Segundo um estudo da Universidade da África do Sul (UNISA), um milhão de mulheres, meninas e meninos são violentados todos os anos no país. Uma parcela deste número refere-se ao chamado “estupro corretivo” de mulheres homossexualmente orientadas, modalidade de violência sexual que potencializa ainda mais a situação de vulnerabilidade da vítima. Sendo lésbica, a mulher não se sente segura de que possa ter acesso aos serviços oferecidos pelos estabelecimentos de saúde pública do governo. (Disponível em: <http://www.clam.org.br/noticias-clam/conteudo.asp?cod=10553>).

Outra questão que abriu polêmica foi a entrevista de Wilfrid Fox Napier, arcebispo de Durban, foi fortemente criticado quando manifestou sua ideia de que a pedofilia não seria um crime, mas sim uma doença, e teve que se desculpar publicamente.

Como consequência da inconformidade social, grupos de estudantes da Universidade da Cidade do Cabo têm feito marchas de protesto contra os delitos sexuais e pela criação de legislações mais rígidas.

Conforme notícia “Estupro se espalha em escolas Sul Africanas” (2013), “O governo sul-africano, segundo a Human Rights Watch, tem feito esforços significativos para melhorar a resposta do Estado à violência contra a mulher”, revelando a situação alarmante do país.

O Presidente do País, Jacob Zuma, deseja penas mais severas, demonstrando indignação pelos casos numerosos e alarmantes, inclusive, se manifestando favorável quanto a pena de morte para estupradores. Entretanto, o próprio Presidente já foi denunciado por estupro a uma mulher no ano de 2006, mas alegou que havia sido uma relação sexual consensual, e foi absolvido.

Uma ONG local, a Rape Crisis, desenvolveu um estudo e concluiu que uma a cada três mulheres é violentada na África do Sul.

De acordo com MANSUR (2013):

A África do Sul é a capital do estupro no mundo. Uma menina nascida no país tem mais chances de ser estuprada do que aprender a ler. Um quarto delas é abusada sexualmente antes de completar 16 anos. Este problema tem muitas raízes, segundo a Rape Crisis: machismo (62% dos meninos com mais de 11 anos acreditam que forçar alguém a fazer sexo não é um ato de violência), pobreza, desemprego, homens marginalizados, indiferença da comunidade, e mais do que tudo, a impunidade: os poucos casos que são denunciados às autoridades se perdem no descaso da polícia e acabam impunes. Nos últimos 10 anos, de 25 homens acusados de estupro no país, 24 saem livres de punição, segundo os levantamentos da entidade. (Disponível em: <http://ronaldmansur.blogspot.com.br/2013/05/capital-mundial-do-estupro-na-africa-do.html>)

A conclusão do estudo foi de que os crimes acontecem em massa principalmente como consequência da impunidade, pois poucos dos que são noticiados às autoridades, ainda assim são tratados com desídia e descaso.

2.5 Coréia do Sul

Uma legislação atual na Coréia do Norte gerou polêmica. A população passa a ter disponibilidade sobre dados de autores de delitos sexuais e pedófilos: onde moram, identificação de seus veículos, nomes e outros dados. É uma tentativa do Governo de prevenir a ocorrência desses tipos de delitos.

Conforme noticiado em “Coreia do Sul divulgará dados de criminosos em *smartphones*”:

A informação será acessível através destes telefones inteligentes a partir de 2014, explicaram porta-vozes do Ministério, que acrescentaram que também serão fornecidos dados como, por exemplo, se a pessoa é reincidente ou se usa tornozeleira eletrônica, que é aplicada em condenados por pedofilia ou que cometeram mais de um crime sexual. (Disponível em: <http://info.abril.com.br/noticias/tecnologia-pessoal/coreia-do-sul-divulgara-dados-de-criminosos-em-smartphones-08052013-8.shl>).

É mais um caso de conflitos entre direitos individuais contra direitos da coletividade.

A Coreia do Sul possui legislação que pune severamente os condenados por estes tipos de delitos, tendo inclusive aprovado em 2011 a castração química, que ocorreu pela primeira vez nesse país em 2013, para um condenado reincidente.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TEMA “CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL” NO BRASIL

Desde o período colonial, a legislação aplicada no Brasil já dispunha sobre punições para autores de delitos sexuais.

Conforme ESTEFAM (2013, p. 142):

Ao tempo das codificações, foram poucos os textos legais que não trataram do assunto, notando-se, em boa parte daqueles elaborados no século XIX, a influência (atualmente inadmissível, mas aceitável à época) de concepções morais e da tentativa de conformação da sexualidade segundo determinados padrões.

Veremos a seguir toda a evolução histórica da previsão típica dessas espécies de delitos e suas punições, desde as Ordenações de Portugal até o Código Penal vigente atualmente.

3.1 Ordenações Portuguesas

A partir do ano de 1385, Portugal buscava produzir legislações para coordenar as atitudes de seu povo. Foi então que começaram a surgir as Ordenações.

Apesar de ser colônia de Portugal, não foram todas as legislações nesse período elaboradas que tiveram aplicação no Brasil.

Conforme ESTEFAM (2013, p. 143):

As ordenações Filipinas, como já tivemos oportunidade de frisar em outra passagem desta obra, foram aquelas que tiveram efetiva aplicação em nossas terras, eis que vigoraram no início do século XVII até 1830 (relativamente às disposições de natureza criminal).

Portanto, efetivamente, apenas as Ordenações Filipinas foram aplicadas no Brasil.

Vejamos então cada Ordenação, e sua previsão legal sobre crimes sexuais.

3.1.1 Ordenações Afonsinas

À época, a fundamentação em punir os autores de delitos era baseada em preceitos religiosos. A ideia de crime se confundia com pecado, e as punições se faziam demasiadamente severas.

De acordo com AMÊNDOLA (1997, p.122):

O texto das Ordenações Afonsinas demonstra a diversidade característica do período feudal. Havia influências do direito canônico, que precedeu a Inquisição, mas o sistema penal adotado não encontrava ainda a exclusividade da atuação estatal na repressão criminal. Ou seja, não detinha ainda o Estado o monopólio da administração da justiça, nos moldes em que detinha a Igreja o monopólio da administração da sua justiça.

Portanto, a influência da Igreja e religião era predominante, não havendo ainda um controle estatal para reprimir delitos, estando a Igreja incluída nesse tipo de ação.

Conforme bem retrata ESTEFAM (2013, p. 143):

Ao tempo das Ordenações Afonsinas já se via a previsão do “estupro voluntário” e “violento”. Aquele era descrito no Título VIII (IX) do Livro V, sob a epígrafe: “Do que dorme com moça virgem, ou viúva por sua vontade”. Pretendia-se assim castigar os “pecados muito maus, contra a vontade de Deus”. A norma erigia como valores caros a virgindade e a honestidade das viúvas. O fato era “sancionado” com o casamento ou, caso assim não desejasse a vítima, com a concessão de um dote que lhe possibilitasse um casamento “convinhável”. O estupro violento encontrava previsão no Título VI do mesmo Livro, assim intitulado: “Da mulher forçada e como se deve provar a força”, apenando-se o comportamento com a pena capital, a qual não era revelada sequer mediante o casamento do agressor com a ofendida.

A preocupação com relação aos atos sexuais estava voltada à moralidade. Homens que mantinham relações sexuais com virgens ou viúvas “honestas”, ainda que com seu consentimento, seriam obrigados a contrair matrimônio com a mesma ou dota-la.

Mais especificamente, a punição para o indivíduo que forçasse uma mulher a manter relações sexuais era de alto rigor, pena capital, ou seja, morte.

Entretanto, cabe ressaltar que não eram todas as mulheres da sociedade abarcadas pela proteção legal. Apenas virgens, religiosas, casadas ou viúvas honestas é que poderiam ser vítimas do delito de estupro.

Por fim, não previu tal ordenação a causa extintiva de punibilidade pelo casamento com a vítima, estando mesmo assim sujeitos às penas da lei o autor do delito.

3.1.2 Ordenações Manuelinas

Surgem as Ordenações Manuelinas no ano de 1521, que também previam a pena de morte aos autores de estupro, e não previa como causa extintiva de punibilidade o casamento com a vítima, assim como as Ordenações Afonsinas.

Conforme bem relata ESTEFAM (2013, p.143):

Sob a vigência das Ordenações Manuelinas, semelhantes disposições eram notadas, valendo destacar os Títulos XIII (XIV) e XXIII do seu Livro V, respectivamente: “Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade” e “do que dorme com moça virgem, ou viúva honesta por sua vontade, ou entra em casa de outrem para com cada uma delas dormir, ou com escrava branca de guarda. E do que dorme com mulher, que anda no Paço”. No que pertine ao estupro violento (Título XIV), mantinha-se a pena capital, mas a definição legal era mais abrangente, posto que alcançava não só as “mulheres honestas”, senão também as escravas e as prostitutas.

Apesar de manter os traços gerais das Ordenações anteriores, como pena de morte ao autor do delito, as Ordenações Manuelinas inovaram no que tange ao rol de eventuais vítimas, estendendo a proteção penal à escravas e prostitutas.

3.1.3 Ordenações Filipinas

Por fim, em 1603, ainda no período colonial, surgem as Ordenações Filipinas, as quais foram aplicadas no Brasil a partir do início do século XVII até 1830.

Ainda estava presente a forte influência da igreja, e como dispõe SIRVINSKAS (2003, p. 39) “Tratava-se de um verdadeiro Código Penal, bastante rigoroso na época. Constata-se ainda uma rudimentar sistematização na distribuição dos crimes entre os títulos. Nota-se, logo nos primeiros, a influência da Igreja”.

As penas para o delito de estupro mantiveram-se severas, incluindo entre elas pena de morte, lesões corporais, prisão, degredo e multa. Como inovação, passou-se a ter a previsão legal para o que conhecemos como atentado violento ao pudor.

Bem elucidada NORONHA (2002, p. 67):

Começando pelas Ordenações do Livro V, vemos que grande era a severidade para com o estupro, como, aliás, para com quase todos os *delicta carnis*. No Título XVIII, sob a rubrica *Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva per sua vontade*, prescrevia: “Todo homem de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher, posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja escrava, morra por ello”.

Ainda bem retrata ESTEFAM (2013, p. 143):

O Código Filipino, na linha de seus antepassados, previa o estupro voluntário com mulher virgem ou viúva honesta (Título XXIII), cominando o casamento como pena e, na sua falta, o pagamento de quantia arbitrada pelo julgador apta à formação do dote ou, não tendo bens o réu, o degredo (se fidalgo) ou o açoite cumulado com degredo (caso contrário). O estupro violento era tratado no Título XVIII e sua definição era em quase tudo semelhante àquelas das Ordenações Manuelinas, inclusive no tratamento punitivo e na sujeição passiva. O crime era conhecido, à época, com o nome de *rauso*, *rouco* ou *forçamento*.

Portanto, a punição para o esturador era a pena de morte. Já nos casos de relações sexuais consentidas com mulheres virgens ou viúvas “honestas”, seguindo as Ordenações Afonsinas, o indivíduo deveria casar-se com a mulher ou dar-lhe um dote, com intuito de conseguir outro casamento.

Por fim, também ainda não se admitia como causa extintiva da punibilidade o casamento com a vítima.

3.2 Código Criminal Do Império Do Brasil De 1830

Sancionado por Dom Pedro I, o Código Criminal Do Império do Brasil fazia-se necessário, pois, com a proclamação da independência em 1822, já era momento de elaborar-se leis penais próprias do país.

No capítulo “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra” havia a previsão do delito de estupro, estando nitidamente exposta a preocupação mais focada à moral da mulher, em detrimento da violência corporal e liberdade de escolha.

Eis o texto legal existente à época:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.
Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.
Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.
Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento.
Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.
Se a violentada fôr prostituta.
Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.
Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.
Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

Havia também a previsão para punir atos libidinosos por meio de violência, ao qual o código denominou “Rapto”:

Art. 226. Tirar para fim libidinoso, por violencia, qualquer mulher da casa, ou lugar em que estiver.

Penas - de dois a dez annos de prisão com trabalho, e de dotar a offendida.

Art. 227. Tirar para fim libidinoso, por meio de affagos e promessas, alguma mulher virgem, ou reputada tal, que seja menor de dezasete annos, de casa de seu pai, tutor, curador, ou outra qualquer pessoa, em cujo poder, ou guarda estiver.

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

Art. 228. Seguindo-se o casamento em qualquer destes casos, não terão lugar as penas.

Caso a mulher estuprada fosse prostituta, a pena prevista em abstrato era diminuída de três a doze anos para um mês a dois anos, evidenciando-se ainda mais que a proteção penal era voltada à moral e costumes, tratando prostitutas como mulheres desonestas. Em outras palavras, um estupro a essas mulheres seria menos repreendido em relação ao estupro de uma mulher “honesta”, e punido com menos rigidez, portanto.

Bem elucidada ESTEFAM (2013, p. 143):

O Código Criminal do Império (1830) cuidou do estupro no capítulo II do Título II, referente aos crimes contra a “segurança da honra”. O art. 222 encontrava-se assim redigido: “Ter cópula carnal, por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta – penas: de prisão de três a doze annos, e de dotar a ofendida. Se a violentada for prostituta – penas: de prisão por um mês a dois annos”. As relações sexuais voluntárias entre homem e mulher somente eram lícitas se esta houvesse completado 17 annos; antes disso, a conjunção carnal sem violência com tais pessoas configurava delicto (arts. 219 e 224).

Além do mais, conforme o texto legal, caso o autor do delito casasse com a vítima, não haveria punição ao mesmo, extinguindo-se sua punibilidade.

3.3 Código Dos Estados Unidos do Brasil de 1890

O Decreto nº 847 de 1890 ficou conhecido como Código dos Estados Unidos do Brasil. Em seu Título VI, “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, previa o delicto de “Violência Carnal” e “Rapto”:

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena – de prisão cellular por um a seis annos.

Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude:

Pena – de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão cellular por um a seis annos.

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

Pena – de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

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

Art. 270. Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gosos genesicos:

Pena – de prisão cellular por um a quatro annos.

§ 1º Si a raptada for maior de 16 e menor de 21 annos, e prestar o seu consentimento:

Pena – de prisão cellular por um a tres annos.

§ 2º Si ao rapto seguir-se defloramento ou estupro, o rapto incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, que houver commettido, com augmento da sexta parte.

Art. 271. Si o rapto, sem ter attentado contra o pudor e honestidade da raptada, restituir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da familia, soffrerá a pena de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Paragrapho unico. Si não restituir-se a liberdade, ou recusar indicar o seu paradeiro:

Pena – de prisão cellular por dous a doze annos.

Art. 272. Presume-se commettido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.

Art. 273. As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte:

1º, si o criminoso for ministro de qualquer confissão religiosa;

2º, si for casado;

3º, si for criado, ou domestico da offendida, ou de pessoa de sua familia.

E com augmento da quarta parte:

4º, si for ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida;

5º, si for tutor, curador, encarregado da sua educação ou guarda, ou por qualquer outro titulo tiver autoridade sobre ella.

Parapho unico. Além da pena, e da interdicção em que incorrerá também, o ascendente perderá todos os direitos que a lei lhe confere sobre a pessoa e bens da offendida.

Art. 274. Nestes crimes haverá logar o procedimento official de justiça sómente nos seguintes casos:

1º, si a offendida for miseravel, ou asylada de algum estabelecimento de caridade;

2º, si da violencia carnal resultar morte, perigo de vida ou alteração grave da saude da offendida;

3º, si o crime for perpetrado com abuso do patrio poder, ou da autoridade de tutor, curador ou preceptor.

Art. 275. O direito de queixa privada prescreve, findos seis mezes, contados do dia em que o crime for commettido.

Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.

Parapho unico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior.

Como bem preleciona ESTEFAM (2013, p. 144):

O legislador penal da Primeira República foi duramente criticado por empregar o termo “abusar” na definição legal do crime. Alguns autores, em face disso, sustentam que a noção jurídica do estupro passara a contemplar não apenas a cópula natural forçada, mas também o coito anal e a feação obtidos contra a vontade da ofendida.

Portanto, o Código de 1890 abrangeu amplamente o termo estupro. Estabeleceu como violência não apenas força física, mas psicológica também.

O sujeito passivo do delito de estupro seria apenas a mulher, enquanto no caso de atentado violento ao pudor, artigo 266, poderia figurar como vítima tanto o homem quanto a mulher.

Por último, extinguiu a pena capital, focando como forma de punição a prisão do autor do delito.

3.4 Código Penal de 1940

Passando a vigorar a partir de 1º de Janeiro de 1942, é o Código Penal que vigora atualmente, com grandes reformas, principalmente em sua parte geral pela Lei n. 7.209 de 1984.

A previsão do delito de estupro se fazia presente no Título VI “Dos crimes contra os costumes”. Ainda havia uma visão voltada à moral da vítima, como a vítima do estupro seria vista perante a sociedade.

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão de três a oito anos.

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

Pena - reclusão, de dois a sete anos

Manteve-se a possibilidade de unicamente o sexo feminino figurar no polo passivo do delito de estupro, entretanto, sem exigir qualidades da vítima, como era a “honestidade” nos códigos anteriores.

Observa-se que na redação original, as penas eram diferentes para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sendo tratado com mais severidade pela lei o primeiro.

Posteriormente, a lei 8.072 de 1990 alterou as penas abstratas de ambos delitos, igualando-as de seis à dez anos de reclusão.

Foi então que, com o advento da lei 12.015/2009, unificou-se normativamente tais delitos, configurando-se com qualquer das condutas o delito de estupro, conforme será explorado no próximo capítulo.

4 CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

Veremos adiante a situação atual do Código Penal, alterado pela lei 12.015/2009, no que tange aos delitos contra a dignidade sexual, mais especificamente quanto aos crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável.

O bem protegido pela legislação penal, anteriormente, se baseava nos costumes. Assim era o próprio nome do capítulo do Código Penal que punia os autores de delitos sexuais.

Como expõe o saudoso ANDRÉ ESTEFAM (2010, p.16):

Em sua redação original, o Título VI intitulava-se “Dos Crimes contra os Costumes”. Com essa rubrica, o legislador propunha-se à tutela do comportamento médio da sociedade, no que dizia respeito à ética sexual (segundo a moral média dos homens). Cuidava-se de noção impregnada de moralismos, e, em sua redação original, transmitia a impressão de que se procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne a sua atividade sexual.

Portanto, o valor protegido anteriormente à legislação atual, era a moralidade. A preocupação era focada na imagem da pessoa, como a sociedade interpretaria o fato, e quais os rumores que o mesmo geraria.

O legislador de 2009, buscando a sintonia entre a Constituição Federal e o Código Penal, alterou o nome do capítulo VI para “Crimes contra a dignidade sexual”, colocando em segundo plano a moral, e protegendo bens jurídicos elencados constitucionalmente como cláusulas pétreas, que é o caso da dignidade humana e da liberdade individual, seguindo então os preceitos constitucionais.

A liberdade é garantida na nossa *Lex Maior*, direito fundamental, que apenas pode ser violado em hipóteses extremamente excepcionais, e, conseqüentemente, possui a vertente liberdade sexual. Ampliativamente, tal não pode ser afrontada por qualquer tipo de ato, seja violento, constrangedor ou de ameaça.

Em relação ao conceito de liberdade sexual, MASSON (2013, p. 4) explica que: “Liberdade sexual é o direito de dispor do próprio corpo. Cada pessoa

tem o direito de escolher seu parceiro sexual, e com ele praticar o ato desejado no momento que reputar adequado”.

Outra grande mudança foi no tocante à ação penal para os delitos nesses capítulos enquadrados, que anteriormente era ação penal privada e passou a ser pública, porém condicionada a representação.

Seguem as redações anterior e atual, respectivamente, para melhor elucidação:

Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Percebe-se o intuito do legislador em passar a legitimidade da propositura da ação penal ao Ministério Público, uma vez em que se busca cada vez mais efetividade ao Princípio da proteção integral à mulher, estas que muitas vezes, ao serem vítimas de delitos sexuais, seja por medo, vergonha e até falta de informação, calam-se.

Além do mais, o legislador também deu ênfase à proteção à criança e ao adolescente, estes que são as vítimas mais propícias e mais vulneráveis, alvos fáceis de delitos sexuais.

Passamos então a exposição dos delitos em tela.

4.1 Estupro

Um dos delitos sexuais mais conhecidos e cheio de polêmicas, o estupro inaugura o capítulo dos crimes contra a dignidade sexual.

A Constituição Federal garante a todos os brasileiros o direito a liberdade, incluída nesta a liberdade sexual, o direito mais íntimo que o ser humano possui.

O estupro é um dos crimes mais repugnantes de toda nossa legislação, e de tão asqueroso, costumeiramente atinge não só o corpo da vítima, afetando também seu psicológico, ocorrendo em muitos casos à situação de irreversibilidade. Por isso, está previsto no rol dos delitos hediondos da lei 8.072/90.

Conforme bem elucida José Henrique Pierangeli (2010, p. 16) “O bem juridicamente tutelado é a liberdade sexual do homem e da mulher, que têm o direito de dispor de seus corpos de acordo com sua eleição”.

Alterado pela lei 12.015/2009, a atual redação aglutinou os delitos anteriores previstos nos artigos 213 e 214, os anteriores estupro e atentado violento ao pudor, respectivamente.

Vejamos a antiga redação para melhor entendimento:

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos

Atentado Violento ao Pudor

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

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos

Art. 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.

Utilizando violência ou grave ameaça para a relação sexual, contra mulher, o homem era o único que tinha a possibilidade de ser autor do crime de estupro.

De outro modo, se alguém utilizasse esses meios, contra homem ou mulher, para qualquer outro ato libidinoso, configurar-se-ia o delito de atentado violento ao pudor.

Vislumbra-se que as condutas típicas anteriormente previstas foram unidas, formando um artigo apenas, com algumas alterações.

Segue a redação atual, após a lei 12.015/2009:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Fica nítida a mais extensa amplitude dada pelo artigo, considerando-se estupro qualquer ato atentatório à liberdade sexual de uma pessoa.

Na redação anterior, apenas a mulher poderia ser sujeito passivo do delito, algo não mais vigente em nossa legislação, sendo pacífica a possibilidade do homem figurar como vítima de estupro, assim como mulher figurar como sujeito ativo do crime.

Configura-se o crime quando o sujeito ativo usa de força ou grave ameaça para que o sujeito passivo, com ele ou com outrem, pratique conjunção carnal ou atos libidinosos.

Caso o sujeito ativo obrigue o sujeito passivo a praticar consigo mesmo atos libidinosos, poderia configurar também esta figura típica, por evidente afronta a liberdade sexual.

Em outra hipótese, o sujeito que não pratica nenhum ato sexual ou libidinoso com a vítima, mas a faz praticar com outrem, responde como coautor do delito em tela.

Também houve alteração quanto a pena máxima em abstrato da qualificadora do delito, que nos casos de morte da vítima, majorou-se de 25 para 30 anos.

A qualificadora para o caso de morte na redação anterior referia-se a violência, se a partir deste ato, a vítima falecesse, qualificaria sua pena. Entretanto, a atual legislação estendeu tal possibilidade, sendo prejudicial ao autor, uma vez em que se refere à conduta, não necessariamente a violência.

Vale lembrar que a redação do §1º do atual artigo 213 possui um equívoco ao tratar da vítima ser menor de 18 ou maior de 14 anos, uma vez em que a conjunção alternativa inclui todas as faixas etárias possíveis, pois menores de 18

anos ou maiores de 14 anos é expressão de amplo alcance, sendo correta para o caso a conjunção aditiva “e”.

Há polêmica quanto a situação da ação penal ser pública condicionada a representação. Caso a vítima morra, e não tenha quem a represente, poderia haver a impunidade do infrator? Poderíamos resolver o problema com o artigo 101 do Código penal, entendendo que o crime neste caso seria complexo (violência mais estupro), e, portanto, a ação penal cabível seria a pública incondicionada. Aliás, até mesmo antes dessa alteração, o Supremo Tribunal Federal já havia sumulado o assunto:

608. Nos crimes de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

Portanto, nesses casos onde haja violência, a ação penal será pública incondicionada, sendo seu legitimado ativo, o Ministério Público.

4.2 Violação Sexual Mediante Fraude

Este delito também surgiu da fusão de dois tipos penais. Trata-se dos delitos de Posse sexual mediante fraude (artigo 215) e Atentado ao pudor mediante fraude (artigo 216).

As redações anteriores, dadas pela lei 11.106/2005, eram as seguintes:

Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: Pena - reclusão, de um a três anos.

Art. 216 - Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único - Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Atualmente, a redação é a seguinte:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Para a configuração deste delito, não é necessário que haja violência nem ao menos ameaça. O sujeito ativo engana a vítima, utilizando-se de fraude ou outro meio que faça com que a vítima não esteja em plena consciência sobre quem é o sujeito ativo, fazendo-se ele passar por outrem ou fazendo a vítima acreditar em uma situação a qual não existe. Também não é necessário que o autor crie a situação enganosa, podendo este aproveitar-se de uma situação de engano que a própria vítima causou.

Percebe-se que no caso trata-se de nova lei mais prejudicial ao autor, uma vez em que a pena mínima anteriormente prevista para os dois delitos, separadamente, era de 1 ano, enquanto após a fusão, a pena mínima cominada em abstrato passou para 2 anos.

Cabe lembrar que, caso ocorram atos de violência ou grave ameaça durante o fato, estará configurado o delito previsto no artigo 213 do código penal, qual seja, estupro.

No delito de violação sexual mediante fraude, a vítima não está totalmente despida de sua capacidade de discernimento, apenas está afetada, reduzida.

Como bem preleciona o ilustríssimo doutrinador DAMÁSIO DE JESUS (2011, p. 138):

Como exemplos clássicos, podemos citar o daquele que, no escuro, se introduz no leito de mulher casada, simulando ser seu marido, com ela mantendo relações sexuais, e o da simulação de casamento com a vítima. Outro caso diz respeito a homem de grande prestígio, que, a pretexto de realizar curas milagrosas, ao "receber espíritos", mantém relações sexuais com suas vítimas.

Percebe-se que a consciência da vítima nestes casos está afetada, e diferente seria, caso o meio utilizado retirasse toda e qualquer capacidade de

discernimento da vítima, o que configuraria outra figura típica, o estupro de vulnerável.

4.3 Assédio Sexual

A figura típica do assédio sexual tem comumente como local de conduta o ambiente de trabalho. Ocorre que, o sujeito ativo, por ser superior hierárquico ou ascendente em emprego, cargo ou função, em relação ao sujeito passivo, utiliza de constrangimento para a prática da conjunção carnal ou ato libidinoso.

Por expressa previsão legal, apenas pode ser sujeito ativo deste delito o superior hierárquico, não estando prevista uma eventual de conduta de um colega de serviço. Apenas se este utilizasse violência ou grave ameaça, configuraria o crime de estupro.

Há situações em um ambiente de trabalho que também podem afetar o psicológico da vítima. Tendo que obedecer a ordens de um superior, este que a assedia, criando uma situação de temor de vergonha.

Vale lembrar que o indivíduo que comete o delito não pode valer-se de violência ou grave ameaça, pois deste modo, a conduta típica se deslocaria para o crime de estupro.

Ainda que não estejam presentes violência ou grave ameaça, há o constrangimento, e não poderia deixar a nossa legislação de punir os sujeitos ativos desse tipo de delito, que se beneficiam do *status* mais elevado em relação ao da vítima, e se aproveitam desse fator.

Há ainda a situação de o superior hierárquico, ao invés de solicitar favores sexuais da vítima, o constranger para que convença outrem.

O doutrinador ESTEFAM (2010, p. 54) nos traz o claro exemplo que “Entende-se assim qualquer comportamento de conotação libidinoso, referente à própria vítima ou terceiro (por exemplo, condicionar uma promoção no emprego à obtenção de favores sexuais com a irmã do funcionário).”

Portanto, poderia ainda configurar-se o delito caso o autor solicitasse a vítima, utilizando de constrangimento e seu cargo hierárquico, a incentivar outrem para que com o autor pratique atos sexuais.

4.4 Estupro De Vulnerável

Previsto no rol dos crimes hediondos (lei 8.072/90) a partir da vigência da lei 12.015/09, sem dúvidas, é um dos delitos que mais causam polêmicas no âmbito dos delitos sexuais. Consistente em prática de atos sexuais com menores de 14 anos, não poderia ser diferente. Exatamente por envolver crianças e adolescentes, o estupro de vulnerável deve sofrer a maior repressão possível, por se tratar de um delito extremamente asqueroso, cometido contra quem na maioria das vezes não tem possibilidade alguma de defesa.

Anteriormente, previsto no artigo 224, era o conhecido como “Presunção de violência”:

Art. 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.

Observam-se pequenas mudanças, como a idade, que anteriormente incluía o adolescente com 14 anos. Além do mais, o agente teria necessariamente de conhecer a circunstância presente na vítima, que a tornava vulnerável. Deste modo, sendo consentida ou não a relação sexual, o sujeito ativo seria punido, sendo a presunção de inocência absoluta.

Atualmente, o conceito trazido pelo tipo penal, “vulnerável”, inclui a pessoa menor de 14 anos, deixando de ser no dia em que completa tal idade, e também quem não tenha o necessário discernimento para a prática do ato por enfermidade ou deficiência mental.

As pessoas enfermas ou portadoras de deficiência mental que são consideradas incapazes devem ser aquelas que não possuem qualquer discernimento e são incapazes de reagir, até mesmo porque há casos em que essas

pessoas até mesmo se casam, tendo ao menos o mínimo do discernimento de atos sexuais, e neste caso o cônjuge não poderia ser punido.

Há grande discussão doutrinária e jurisprudencial quanto o absolutismo da presunção de violência quanto aos menores de 14 anos, até mesmo porque o tipo penal apenas cita o elemento “presunção”, não qualificando como absoluta ou relativa.

Se formos levar em conta a interpretação objetiva do artigo, qualquer pessoa que tenha relacionamento sexual com um adolescente de 13 anos, consentido ou não, estaria cometendo o delito em tela, ainda que esse ato se desse um dia antes do aniversário de 14 anos da suposta vítima.

Há divergência jurisprudencial, havendo posicionamentos diversos dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça, seja pela presunção relativa, interpretando que, nesses casos, o julgador deve analisar as circunstâncias do fato, e também pela presunção absoluta.

No início do ano passado, o STJ manifestou posicionamento pela presunção relativa, conforme o seguinte julgado:

ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR.1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (EResp-1.021.634/SP), firmou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, seria de natureza relativa.2. Código Penal. Agravamento. (1303083 MG 2012/0021954-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 19/04/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2012)

Posteriormente, houve julgamento com entendimento diverso:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, alínea a, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta.2. Código Penal. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que a aludida presunção é de caráter relativo.3. A alegada inocência do paciente, a ensejar a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação

probatória.DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE,PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA EIDÔNEA. PRESENÇA DE APENAS TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAISDESFAVORÁVEIS. AUMENTO DESPROPORCIONAL DA SANÇÃO BÁSICA.CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.1. No caso dos autos, constata-se que que a Corte Estadual declinou fundamentos concretos, não inerentes ao tipo penal infringido, ao considerar desfavoráveis ao paciente a sua culpabilidade,personalidade e consequências do crime.2. Contudo, a presença de três circunstâncias judiciais negativas não é suficiente para que se eleve a sanção básica do paciente em 2 (dois) anos, mostrando-se tal aumento desproporcional.3. Assim, o édito repressivo merece ser reformado nesse ponto,aplicando-se a sanção básica um pouco acima do mínimo legalmente previsto, qual seja, 7 (sete) anos de reclusão, mantendo-se a redução de 1 (um) ano procedido em razão da presença de duas circunstâncias atenuantes e, ante a ausência de causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, fica a reprimenda definitiva fixada em 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.4. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base do paciente, tornando a sua sanção definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, mantido, no mais, o acórdão objurgado.(224174 MA 2011/0266327-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 18/10/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/11/2012).

A questão é realmente polêmica. Não parece normal que um menor de 14 anos tenha relações sexuais ativamente. A amplitude que esse fato pode tomar é de um amplo conjunto de consequências, até mesmo porque nessa faixa etária a maturidade ainda não está completa, e possuindo vida sexual ativa, conseqüentemente o número de crianças e adolescentes grávidas solteiras e sem formação de uma família pode ser monstruoso.

Não pensando apenas nesse âmbito, mas também no lado psicológico dos filhos, pois é de grande peso a formação destes com base em uma família sólida e unida.

Além do mais, a não punição de indivíduos que mantenham relação sexual com menores de 14 anos, ainda que estes possuam vida sexual ativa, poderia ser uma forma de incentivar a prostituição infantil, algo que com toda a certeza deve ser abolida de nosso País.

4.5 Corrupção De Menores

Previsto no artigo 218, consiste em induzir alguém, menor de 14 anos, a satisfazer a lascívia de outrem. Anteriormente, o tipo penal era chamado de Corrupção de menores. Atualmente, o Código Penal não lhe atribuiu denominação.

Também é um delito bastante polêmico, até mesmo pela abrangência do termo lascívia.

Conforme De Plácido e Silva (2004, p. 817):

LASCÍVIA. Derivado do latim *lascívia*, de *lascivus*, quer originariamente significar divertimento, folgado.

Mas, no sentido penal, quer significar todo ato de libertinagem, de luxúria, de gozo carnal.

Nesta razão, lascívia não quer significar somente as naturais conjunções carnis, ou seja, as cópulas normais.

É todo ato de libertinagem, de devassidão entre pessoas de sexo diferente ou, mesmo, do mesmo sexo.

Assim, equivale, em sentido, a obscenidade e a luxúria.

Portanto, para que exista tal delito, não é necessário que exista o incentivo à conjunção carnal, mas a qualquer ato de obscenidade, como por exemplo, uma dança lasciva. Também não é necessário que ocorra o ato incentivado.

Com a vigência da lei 12.015 de 2009, houve alteração no texto do tipo penal.

Seguem os tipos penais antes da redação da lei e posterior, respectivamente:

Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Quanto à idade, o legislador procurou dar proteção aos menores de 14 anos, por presumir sua imaturidade sexual. Portanto, induzir alguém maior de 14

anos a satisfazer a lascívia de outrem não é mais crime, exceto se, pelas circunstâncias, configurar-se atos de prostituição, conforme artigo 218-B do código Penal.

Conforme DAMÁSIO (2011, p. 166):

O núcleo do tipo é o ver “induzir”, que significa incitar, incutir, mover, levar, persuadir. Para que haja induzimento é necessário que o agente tenha feito promessas, súplicas, sendo imprescindível que a conduta seja idônea a levar a vítima a satisfazer a lascívia de outrem.

Então, o sujeito ativo é quem induz o menor de 14 anos. E o terceiro, que tem sua lascívia satisfeita não poderia responder por este delito, entretanto, se houver conjunção carnal ou ato libidinoso, poderia responder por estupro de vulnerável.

Cabe lembrar que neste caso em que o terceiro mantém relação sexual ou pratica atos libidinosos com o menor de 14 anos, o sujeito ativo da corrupção poderia responder também como coautor do estupro de vulnerável.

4.6 Satisfação De Lascívia Mediante Presença De Criança Ou Adolescente

O artigo 218-A foi incluído pela lei 12.015/2009. O legislador atuou novamente com o intuito de proteger o desenvolvimento sexual natural do menor, conforme MIRABETE (2011, p. 416):

A objetividade jurídica do dispositivo é a tutela do sadio desenvolvimento sexual do menor de 14 anos, contra a influência ou ato de terceiro que possa prejudicar a formação de sua personalidade no que diz respeito às questões sexuais.

Pratica o delito quem pratica conjunção carnal ou atos libidinosos na presença de menor de 14 anos, ou o incentiva a presencia-los, com intuito de satisfazer lascívia própria ou de terceiro.

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Se um terceiro incentiva o menor a assistir o ato de outras pessoas, essas apenas responderão por este delito caso estejam cientes da presença do mesmo.

Caso o menor pratique também o ato, configura-se estupro de vulnerável.

4.7 Favorecimento Da Prostituição Ou Outra Forma De Exploração Sexual De Vulnerável

O tipo penal previsto no artigo 218-B, incluído pela lei 12.015 de 2009 teve como intuito a proteção ao menor de 18 anos e também aos doentes mentais.

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Pune-se, portanto, o indivíduo que contribui para que o menor de 18 anos, ou quem por enfermidade ou doença mental não possua o necessário discernimento para o ato, comece a atividade de prostituição, ou ainda impeça que o mesmo abandone tal prática.

Conforme ESTEFAM (2010, p. 88):

Concluí-se daí que a exploração sexual, do mesmo modo que a prostituição (mercancia sexual do corpo), dá-se quando uma pessoa tira proveito de outra, promovendo sua degradação, sob o aspecto da sexualidade, fazendo com que esta se comporte como objeto ou mercadoria.

A punição para o terceiro, que pratica os atos sexuais com a vítima deste delito podem ser as seguintes: Se a vítima é menor de 18 anos e maior de 14 anos, o terceiro responderá por este artigo, 218-B, §2º, inciso I. Caso a vítima seja menor de 14 anos, responderá por estupro de vulnerável. E por fim, caso a vítima seja doente mental, responderá pelo artigo 217-A, §1º.

5 PRINCÍPIOS INFORMADORES

De acordo com a Teoria do Direito, o ordenamento jurídico é composto por regras, princípios e postulados normativos, os quais, no mais das vezes, estão previstos em textos legais.

É muito comum a utilização no dia-a-dia do termo “norma” para definir o texto legal, porém, na realidade, norma é o resultado obtido a partir da interpretação de um texto, é aquilo que se extrai a partir da leitura do texto legal. Conforme Humberto Ávila (2012, p.33) “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.

As regras são espécies normativas imediatas, que descrevem condutas a serem seguidas pelos seus destinatários. Têm como objetivo coordenar as atitudes dos cidadãos. Como por exemplo, o prazo para oferecer denúncia, previsto em nosso Código de Processo Penal, é uma norma da espécie regra, uma vez em que descreve a conduta exatamente na medida a ser exercida, o Promotor de Justiça deve observá-la.

Caso haja conflito entre regras, a solução é “tudo ou nada”, uma vai invalidar a outra. Explica-nos bem ALEXANDRE (2008, p. 92) que “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”.

Com razão, explica ÁVILA (2012, p. 85) que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes (...).

Os princípios são finalísticos, e apontam para Estados ideais a serem perseguidos, que nada mais são do que os valores materializados na Constituição Federal, porém, sem descrever uma conduta específica para tanto, sem especificar o que o destinatário deve fazer.

Em nosso cenário jurídico atual, os princípios deixam de ser apenas um rol de boas intenções da legislação, tendo função normativa, vinculativa inclusive. Um dos mais citados e conhecidos é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual poderíamos dizer que está no ápice da pirâmide de princípios, guiando e orientando os demais.

No caso de conflito entre princípios, um vai ceder em favor do outro, não havendo aniquilação do mesmo.

Bem elucidou ALEXY (2008, p. 93):

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Novamente, observou ÁVILA (2012, p. 85):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da condita havida como necessária à sua promoção.

A importância dos princípios se elevou principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, uma vez em que, a grande parte dos direitos fundamentais está prevista nessas espécies normativas, garantias a serem providas pelo Estado à todos as pessoas.

Por fim, os postulados normativos, por muitas vezes confundidos com princípios, organizam e viabilizam a aplicação das demais normas, quais sejam, regras e princípios. Os postulados são utilizados para resolver conflitos entre as normas, determinando qual deve prevalecer diante da outra.

Analisaremos algumas normas, da espécie princípios e postulados normativos, para servir de base para o estudo do tema.

5.1 Princípio Da Proporcionalidade

A proporcionalidade ora é tratada como princípio, ora como postulado normativo, tendo então diferentes funções nesses casos.

No âmbito penal, pelo próprio fundamento de nosso Estado democrático de Direito, é necessário haver punição aos infratores da lei penal, de modo a satisfazer à inquietude de toda a sociedade, e buscar a tão debatida ressocialização.

Entretanto, tal modo de retribuição deve ser proporcional ao mal praticado, não podendo ser superior, para que não haja excesso, e também não seja superficial, para não prejudicar a segurança da sociedade, devendo haver portanto um equilíbrio.

Conforme bem ensina ÁVILA (2012, p. 183):

A ideia de proporção é recorrente na Ciência do Direito. Na Teoria Geral do Direito fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção. No direito penal faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena.

A ideia de se aplicar uma medida proporcional ao mal praticado surge desde a criação da Lei de Talião, do Código de Hamurábi. Esta, que consistia em retribuir, na exata proporção, o mesmo mal causado ao seu autor, nos leva a um conceito bem delimitado do que seria a proporcionalidade em um caso concreto.

A máxima mundialmente conhecida “*oculum pro oculo et dentem pro dente*”, ou seja, “olho por olho, dente por dente”, revela qual o nível de proporcionalidade em meados de 1728 a 1686 a. C, durante o reinado de Hamurábi. Claramente, vivenciava-se um período em que a retribuição a um indivíduo que cometeu um delito era exatamente o mal que o mesmo cometeu.

Também na obra de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, há a ideia do da necessidade de proporção entre a infração cometida e a pena a ser aplicada (1997-1999, p. 37):

Não somente é interessante de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos

impulsos, que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.

Tais ideias representam a proporcionalidade como princípio, indicando um estado ideal a ser seguido, como busca de evitar o excesso de punição, como também a mitigação de proteção.

Entretanto, a proporcionalidade interpretada como um postulado normativo, não se restringe apenas a tais entendimentos principiológicos, indo muito além, sendo utilizado inclusive para resolver eventuais conflitos entre as demais normas.

Como nos ensina ÁVILA (2012, p. 183):

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

O grande foco do postulado normativo da proporcionalidade é demonstrar que existem há valores maiores do que a própria lei, estando acima dela, relativizando a legalidade, e sobrepondo valores constitucionais.

A proporcionalidade, portanto, também pode ser classificada também como postulado normativo, uma vez em que, por vezes, não aponta para um ideal a ser perseguido pelo destinatário, mas é utilizada para resolver conflitos entre normas, utilizando-se uma ponderação dos valores em jogo.

Segundo STEINMETZ (2001, p. 140):

A ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.

Portanto, em alguns momentos, a norma deve ser afastada, aplicando-se o postulado da proporcionalidade ao caso, e optando por um dos valores, o que se sobrepor.

A proporcionalidade inclusive faz frente à teoria da Prova Ilícita por Derivação. Por esta, todas as provas que derivarem de uma ilícita, assim também o seriam, sendo vedada por tanto em nosso ordenamento jurídico a sua utilização no contexto probatório.

Conforme bem elucidada AVOLIO (1999, p. 73) sobre tal teoria:

O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.

Entretanto, pelo postulado da proporcionalidade, poderíamos afastar essa teoria, quando o infrator da norma for, por exemplo, uma facção criminosa poderosa, que cause grande temor social, e a prova seja extremamente necessária para que o Estado possa exercer o *jus puniendi*.

Podemos então, no caso concreto, analisar os valores em jogo, e pelo postulado da proporcionalidade, decidir qual deles prevalecerá. Nesses casos, para evitar uma aplicação genérica deste postulado, deve-se aplicar um método mais objetivo, que é a análise das submáximas da proporcionalidade.

A lei estadual nº 10.248/93 do Estado do Paraná atribuía aos fornecedores de gás a obrigação de pesar os botijões de gás diante dos consumidores, no momento de venda ou de substituição, para eventual ressarcimento caso ocorressem diferenças em relação à quantidade do produto no interior do botijão. A Confederação Nacional Do Comércio propôs uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em face de tal lei, devido aos prejuízos que seriam causados à classe. O Supremo Tribunal Federal utilizando, além de outros argumentos, como a incompetência legislativa do Estado do Paraná, também se baseou na proporcionalidade e razoabilidade, e suspendeu liminarmente sua vigência, sustentando a geração de prejuízos aos fornecedores do produto.

E M E N T A - Gas liquefeito de petroleo: lei estadual que determina a pesagem de botijoes entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR.2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.22IVVI24

(855 PR , Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 30/06/1993, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 01-10-1993 PP-20212 EMENT VOL-01719-01 PP-00071)

Apesar de ter como base a proporcionalidade, o Pretório Excelso utilizou o fundamento da proporcionalidade sem maiores delineamentos. Do mesmo modo que o argumento foi aplicado, genericamente, poderia ter sido utilizado como fundamentação para uma decisão favorável aos consumidores.

Portanto, no caso em tela, houve uma aplicação da proporcionalidade sem um método delimitador, não prestando maiores satisfações àqueles que buscaram o Poder Judiciário.

Eis o motivo da necessidade da aplicação do postulado normativo da proporcionalidade de acordo com critérios delineadores e justificadores.

5.1.1 Submáximas da proporcionalidade

Com o intuito de evitar o uso desregrado do postulado proporcionalidade, há a divisão de três itens a serem avaliados, para se aferir qual vertente irá prevalecer no caso concreto.

A junção desses três forma uma espécie de teste, que objetivam uma aplicação mais criteriosa da proporcionalidade. Vejamos cada um desses testes, brevemente.

5.1.1.1 Adequação

A primeira fase do teste a ser realizado, para análise da aplicação da proporcionalidade, é concernente à adequação.

Ocorre que “À medida que pretende realizar o interesse público deve ser *adequada* aos fins subjacentes a que visa concretizar.” (STUMM, 1995, p.79).

A análise é feita sobre a restrição imposta, delimitando se esta é apta a atingir o fim a que se destina. É verificar-se a possibilidade do meio escolhido ter o condão de atingir o fim almejado.

De maneira pertinente, elucida STEINMETZ (2001, p. 149):

O princípio ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea apropriada para atingir o fim perseguido.

O teste recai, portanto, na atitude que será tomada, e sua potencialidade de se chegar ao objetivo desejado.

Para maiores delineamentos, suponhamos que, com o intuito de evitar acidentes de trânsito, o poder legislativo de um determinado Estado da Federação edite uma lei que proíba a circulação de motocicletas. Evidentemente, tal medida, sem questionar sua legalidade, não seria adequada, pois ainda assim aconteceriam colisões, não sendo apta a evitar todo e qualquer acidente. A conduta de proibir a circulação desses veículos, portanto, não atingiria o fim ao qual se destinaria, qual seja, evitar colisões.

Já no caso da citada lei estadual do Paraná, a medida de pesar os botijões de gás com o intuito de proteger os consumidores era adequada, pois atingia o fim almejado, uma vez em que de tal forma, os consumidores estariam cientes da quantidade de produto que estariam comprando e seriam recompensados em caso de quantidade inferior ao esperado.

Devemos então analisar se o meio utilizado vai ser capaz de alcançar o objetivo que se pretende.

5.1.1.2 Necessidade

Por vezes, em caso de colisão entre normas, para se alcançar os seus devidos fins, nos deparamos com diversas restrições, e surge a dúvida sobre qual delas deveria ser aplicada.

Neste item, devemos verificar se a restrição imposta é a menos prejudicial entre todas, e com a mesma eficácia.

De acordo com ÁVILA (2012, p. 192):

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.

Também bem elucida STUMM (1995, p.79):

A opção feita pelo legislador ou executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo. O atendimento à relação custo-benefício de toda decisão político-jurídica a fim de preservar o máximo possível do direito que possui o cidadão.

Para melhor elucidação, imaginemos que um particular que trabalhe com pintura de quadros e, após o pagamento, não entregue ao comprador o produto final. O comprador procura então o Poder Judiciário para satisfazer o seu direito de obter o produto. Uma decisão judicial que suspenda a habilitação para dirigir veículos do vendedor enquanto o mesmo não entregue o produto, por meio de coerção, não é a medida menos restritiva, não passando, portanto, pelo teste da necessidade. Aplicar, por exemplo, uma multa diária enquanto não cumprir a obrigação seria uma medida menos restritiva e com a mesma eficácia.

Assim como no caso da Lei estadual do Paraná citada, não passaria pelo teste da necessidade, pois a obrigação dos fornecedores pesarem os botijões no momento da venda não é a medida menos prejudicial e custosa, e prejudicaria a classe fornecedora.

Como bem observado por FELDENS (2008, p. 83) “O critério de *necessidade* indica que a medida eleita há de consubstanciar-se como o meio menos gravoso, dentre os disponíveis e eficazes, à obtenção do fim almejado”.

Portanto, nessa segunda fase do teste da aplicação da proporcionalidade, ocorre uma análise dos possíveis meios a serem utilizados, e qual deles é o de menor prejudicialidade.

5.1.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Após a análise da adequação e da necessidade, por último surge a proporcionalidade em sentido estrito, teste consistente em sopesar os valores em conflito.

Conforme FELDENS (2008, p. 82):

A proporcionalidade *em sentido estrito*, a seu turno, estaria a exigir um juízo concreto de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que a gravidade da intervenção e suas razões justificativas devem estar em adequada proporção, a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da instrução no âmbito do direito fundamental restringido.

Como no caso da obrigação de pesar botijões de gás, criada aos fornecedores do produto, por meio de lei no Estado do Paraná. Deve-se fazer um balanceamento entre os valores da proteção aos consumidores e o prejuízo que seria causado à economia do setor fornecedor do produto.

Apesar da medida do citado caso não passar pelo teste da necessidade, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, a medida de expor a informação de quantidade do produto aos consumidores preenche o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, pois a proteção aos consumidores prevalece em detrimento da classe fornecedora do produto, tanto com relação à quantidade de cidadãos que são consumidores, quanto pelo direito material em jogo.

De acordo com ÁVILA (2012, p. 195):

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?

A análise deve ser feita com relação aos direitos envolvidos no caso concreto, balanceando-se seus valores, e as consequências do detrimento de cada um deles.

Portanto, o posicionamento a ser adotado, diante de um confronto de normas, deve passar por tais análises, para que seja dotado de objetividade, e não haja uma aplicação genérica do postulado da proporcionalidade, evitando-se assim

a abertura de espaço frequente para especulações, insatisfações e discussões sobre decisões judiciais, demasiadamente, daqueles que procuram o Poder Judiciário.

5.2 Princípio Da Proibição Do Excesso

Conhecidamente, em 1988, a Constituição Federal Brasileira trouxe um rol de direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º. São normas e princípios de importância máxima, que abarcam todo e qualquer indivíduo.

Vertente do princípio da proporcionalidade, a Proibição de Excesso, garante ao cidadão que o Estado não possa intervir em sua órbita de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados de maneira abusiva.

Ensina-nos STRECK (2009, p. 89):

[...] é a Constituição que impõe os limites para a intervenção penal na luta contra o delito, devendo o Estado respeitá-los ao exercer seu poder punitivo. Assim, as limitações do Direito Penal provenientes da tradição da Teoria do Direito Penal, por um lado, e as limitações das intromissões penais impostas pela Constituição, por outro, procedem, em última instância, da mesma fonte: uma fundamentação do Direito Penal e da pena baseada nos direitos fundamentais.

Da mesma maneira que o Estado tem o dever de proteger seus cidadãos, não pode abusar no que tange à repressão de um indivíduo, garantindo-lhe suas liberdades individuais.

Conforme bem elucida STRECK (2007, p 13):

Dito de outro modo, como muito bem assinala Roxin, comentando às finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social em Liszt, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmedurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Os cidadãos possuem respaldo em exigir que o Estado não interfira de modo abusivo em suas vidas. Nosso país já vivenciou um período de ditadura, onde

as medidas do Estado eram incontroláveis e demasiadamente abusivas, o que contribuiu para que em 1988 o legislador estabelecesse diversas garantias e liberdades à população brasileira.

Entretanto, apenas a proteção negativa por parte do Estado não se faz suficiente para alcançar os direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição Federal, havendo necessidade também de uma proteção positiva, conhecida como Princípio da Proibição da Proteção Deficiente.

5.3 Princípio Da Proibição Da Proteção Deficiente

A Constituição Federal brasileira traz, em seu caput do rol de direitos e garantias fundamentais, a inviolabilidade à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

A função do direito penal é justamente proteger bens jurídicos garantidos a todos os cidadãos. Além do objetivo ressocializador, através da pena, o Estado aplica ao sujeito ativo do delito uma punição, uma forma de resposta demonstrando a reprovabilidade de sua ação.

Além do mais, a Constituição também trouxe um capítulo destinado à segurança pública, expressamente atribuindo esse dever ao Estado.

De acordo com STRECK (2009, p. 91)

Em outras palavras, o Direito Penal e os penalistas, em sua parcela considerável, deixaram de lado a relevante circunstância de que o Estado pode ser protetor dos direitos fundamentais. Nesse sentido, “pode” deve ser entendido como deve, mormente a partir de uma perspectiva compromissória e dirigente assumida pela Constituição do Brasil.

Aplicar pena aos infratores é medida extremamente necessária, não se discutindo aqui a eficiência das penas privativas de liberdade, as quais sofrem fortes críticas quanto ao seu objetivo ressocializador. Apesar de muitas vezes não cumprir tal função, tal medida faz-se indispensável, uma vez em que se os criminosos não fossem reprimidos, a sociedade facilmente chegaria ao caos.

De início, tinha-se a ideia da vertente da proporcionalidade apenas para legitimar atos do Poder Público de forma que não agisse excessivamente contra o cidadão. Era o chamado garantismo negativo. Eis que surge então a outra face da proporcionalidade, o garantismo positivo, que implica na obrigatoriedade do Estado proteger direitos fundamentais da coletividade.

Segundo Streck “[...] na concepção liberal de Estado, o fruto da primeira fase do constitucionalismo do século XIX, o grande objetivo do direito era atuar de forma a permitir a defesa das garantias fundamentais do indivíduo.” (2009, p. 87) e que “Passados dois séculos, é possível dizer que a visão de cunho liberal deixou de lado aquilo que se pode chamar de proteção positiva dos direitos fundamentais por meio do Direito Penal, preocupação típica do Estado Democrático de Direito.” (2009, p. 91).

Apesar da imensa importância das garantias e liberdades individuais da pessoa humana, há direitos mais amplos e de interesse geral, garantias de toda uma coletividade.

Ensina-nos STRECK (2007, p. 15):

Assim, é possível afirmar, com base em doutrina que vem se firmando nos últimos anos, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de "proibição de proteção deficiente" (Untermassverbot).

O princípio da proibição deficiente, de viés alemão, tem origem na ideia da proteção da coletividade em face do criminoso, sendo um contraponto à proibição do excesso. A sociedade deve ser tutelada pelo Estado, sendo proibido a este deixar a sociedade à mercê das ações criminosas.

Como bem elucida FELDENS (2008, p. 90):

Uma vez reconhecido que pesa sobre o Estado o dever de proteção de um direito fundamental, logicamente que a eficácia da proteção constitucionalmente requerida integrará o próprio conteúdo desse dever, pois um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido. Nesse tom, a partir do momento em que compreendemos que a Constituição proíbe que se desça abaixo de um certo *mínimo* de proteção, a proporcionalidade joga, aqui, como proibição de proteção deficiente.

Vertente do princípio da proporcionalidade e também chamado de princípio da proibição de infraproteção, é respaldo para a acusação, promovida pelo Ministério Público, uma vez em que é proibido ao Estado omitir segurança, esta que, conforme citado anteriormente, está no caput do artigo 5º da Constituição Federal, sendo cláusula pétrea do nosso Estado Democrático de Direito.

A tese defendida é de que a sociedade não pode ficar suscetível à criminalidade, sendo dever do Estado protegê-la. As omissões estatais que ferem a segurança dos indivíduos devem ser combatidas.

Portanto, mais especificamente dentro direito penal, o Estado tem o dever de obedecer a critérios ao elaborar normas de punição aos infratores, buscando uma proteção integral dos direitos da coletividade. Não só, mas também se equipar para prevenir delitos, e quando da sua ocorrência, aplicar medida repressiva adequada, tutelando os direitos e garantias da sociedade.

5.4 Princípio Da Dignidade Humana Da Mulher

Podemos extrair a dignidade humana da mulher do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o princípio da dignidade humana. O Estado tem o dever de proteger a dignidade humana de todo cidadão, e como consequência, também a dignidade da mulher.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 8º também traz como premissa de uma base familiar, a assistência do Estado para evitar violência no ambiente doméstico.

Por razões históricas e sociológicas, o gênero feminino sempre foi alvo de discriminações. Prevalece ainda em alguns países a cultura de que a mulher é um ser inferior ao homem. Consequentemente, existe a necessidade de uma atenção especial à proteção da mulher.

O caso Maria da Penha ganhou repercussão mundial. Desde 1983, em Fortaleza, uma mulher cearense era espancada corriqueiramente por seu companheiro, Marco Antônio Heredia Viveiros, agressões que foram causa determinante para que a mesma sofresse paraplegia inclusive. O agressor foi à Juri em 1991, condenado, porém, teve acolhido seu recurso, no qual alegou nulidade por

falha na elaboração de quesitos. Em 1996 foi submetido a novo julgamento, condenado a 10 anos e 6 meses de prisão, do qual também apelou, e apenas foi preso em 2002, 19 anos após a prática dos delitos.

Não dispunha, portanto, o Brasil, de meios coercitivos necessários para puni-lo, ficando a vítima sem uma resposta estatal diante das várias interferências em sua integridade física e moral.

Devido a grande violação de direitos humanos no caso, houve a necessidade de se buscar a Comissão Interamericana e posteriormente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos aos quais o nosso país aceitou se submeter, fazendo parte do Pacto de São José da Costa Rica.

Em 1998 a Comissão Interamericana recebe a denúncia, que foi apresentada pela ofendida, Maria da Penha.

A conclusão da Comissão foi a seguinte: "A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra as mulheres".

O Brasil foi então condenado pela Corte, sendo determinada a adoção de medidas satisfativas, além da condenação do agressor e criação de uma lei para melhor regulamentar a proteção ao gênero feminino.

Conforme CUNHA (2007, p. 15): "Dentre as deliberações tomadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, encontra-se o pagamento de uma indenização de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, a título de reparação pelo dano sofrido".

É criada então a Lei 11.340 de 2006, criadora de mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher. Apesar de o texto legal não citar o nome Maria da Penha, a lei foi assim "batizada" pela história de tal vítima de violência contra mulher. Foi uma grande evolução para nosso país em nível de proteção ao gênero feminino.

Apesar das punições mais rígidas, houve discussão acerca da constitucionalidade de alguns artigos da referida lei.

Primeiramente, quanto ao artigo 16 da lei, que dispunha da seguinte redação:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

De acordo com o texto, havia a necessidade, portanto, da vítima representar para que o Ministério Público pudesse promover a ação penal. Além do mais, caberia ainda retratação da representação, o que a lei chamou de “renúncia”. Vislumbrava-se então uma omissão protetiva, uma vez em que, por diversos motivos, dentre eles emocionais, financeiros ou até culturais, as vítimas não representavam, evitando a punição aos agressores.

Foi então que, no início de 2012, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, procedendo à interpretação conforme do artigo 16 da lei Maria da Penha, reconhecendo que todos os crimes contra a mulher no ambiente familiar devem ser de ação penal pública incondicionada.

Com tal decisão, fica evidente que a proteção ao gênero feminino deve ser substancial, integral e efetiva, não podendo existir apenas em textos legais, mas alcançar a realidade de todas as brasileiras.

Também gerava polêmica o artigo 44 da Lei Maria da Penha, uma vez em que este veda a aplicação da lei 9.099/95, lei dos Juizados Especiais, a violência doméstica e familiar.

A discussão também chegou a Suprema Corte, que decidiu pela constitucionalidade do artigo, com respaldo no princípio da proteção a mulher, não se aplicando as benesses despenalizadoras do instituto do JECRIM a estas espécies de delito.

6 CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Com a entrada em vigor da lei 12.015/2009, ocorreram mudanças significativas para o cenário criminal brasileiro. Analisaremos a seguir as mudanças que são o maior alvo de polêmicas e críticas, à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, buscando uma interpretação dos dispositivos legais de acordo com a maior proteção possível à sociedade, sem, no entanto, ofender a outra vertente do princípio da proporcionalidade, qual seja, proibição de excesso.

6.1 Artigo 225: Ação Penal Pública Condicionada À Representação

Com a entrada da vigência da lei 12.015/2009, os crimes contra a liberdade sexual passaram a ser processados mediante ação penal pública condicionada à representação, exceto quando a vítima for menor de 18 anos, pessoa sem o devido discernimento para a prática do ato sexual ou incapaz de oferecer resistência, casos em que então, a ação será pública incondicionada.

Entretanto, surgiu no mundo jurídico a polêmica quanto à natureza da ação penal, nos casos de crime de estupro qualificado pela lesão grave ou pela morte da vítima, casos em que há junção do delito de estupro e lesão corporal, eventualmente com resultado morte.

Anteriormente a vigência da lei 12.015/2009, a ação penal era privada, porém, o Supremo Tribunal Federal, diante da gravidade do delito, editou súmula dando regramento ao tema:

Súmula 608: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação pena é pública incondicionada.

Conforme MASSON (2013, p. 32):

Violência real é a violência propriamente dita, ou seja, o emprego de força física contra a vítima. O fundamento da súmula era de fácil compreensão. O

estupro com violência real é crime complexo, pois resulta da fusão entre estupro e lesão corporal. E como a lesão corporal era crime de ação penal pública incondicionada, o estupro violento deveria ser processado de igual modo, em obediência à regra imposta pelo art. 101 do Código Penal (ação penal no crime complexo).

Portanto, nos casos em que houvesse violência real, ainda que a lei tenha dado o caráter de ação condicionada à representação a tais delitos, as ações seriam públicas incondicionadas, independentemente de representação das vítimas, obedecendo inclusive à uma regra da parte geral do Código Penal, prevista no artigo 101.

Entretanto, no ano de 2009, o legislador infraconstitucional modifica o capítulo de crimes sexuais do código penal, inclusive o artigo 225 do Código Penal, condicionando a ação penal à representação, ignorando a súmula do Pretório Excelso.

Por essa razão, o Procurador Geral da República ajuizou a ação declaratória de inconstitucionalidade nº 4.301, uma vez em que não seria razoável que o delito de estupro praticado com violência real ou com resultado morte, fosse processado mediante ação pública condicionada à representação. Até porque, caso a vítima morresse, e não houvesse quem a represente, ficaria assim o sujeito ativo impune, pela ausência de requisito de procedibilidade?

Apesar da regra contida no artigo 225, os Tribunais continuam entendendo a vigência da súmula 608, e, portanto, considerando a ação penal pública incondicionada.

Eis alguns julgados atuais do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO E ESTUPRO. PLEITO DETRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO CRIME SEXUAL. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. CRIME PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA REAL. SÚMULA 608/STF. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. 1. Consoante o entendimento firmado neste Superior Tribunal, tratando-se de crime de estupro praticado com emprego de violência real, a ação penal é pública incondicionada. Inteligência da Súmula 608/STF. 2. No caso, é imputado ao paciente a prática de dois crimes de homicídio, em sequência, contra sua companheira e seu vizinho. Além do crime de estupro contra a esposa do vitimado. 3. Se há indícios de que o crime sexual foi praticado mediante violência e grave ameaça contra a ofendida, inclusive com o uso de faca, é desnecessário discutir se o termo de representação e a declaração de hipossuficiência, colhidos ao término da instrução, são extemporâneos. 4. Mesmo que se entendesse imprescindível a aquiescência da vítima, sua intenção já foi demonstrada, pois sua conduta

após o evento delituoso - comparecimento à Delegacia e submissão ao exame pericial- serve para validar o firme interesse na propositura da ação penal. 5. Ordem denegada.

(STJ - HC: 168697 SP 2010/0064439-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 07/02/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2012)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. ART. 225, § 1º, INCISO I, E § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. ART. 103 DO CÓDIGO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. USO DE ARMA DE FOGO. SÚMULA 608 DO STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor cometidos com violência real ou com o uso de arma de fogo a ação penal é pública incondicionada. Súmula 608 do STF. Precedentes. 2. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(STJ - HC: 135462 SP 2009/0084762-1, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 09/11/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA 608/STF. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, em caso de estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência real, como na hipótese dos autos - de acordo com o afirmado pelas instâncias ordinárias, inclusive com o respaldo do laudo de corpo de delito - a ação penal cabível é a pública incondicionada, a teor do Enunciado nº 608 da súmula do Supremo Tribunal Federal, não havendo que se cogitar de ilegitimidade na atuação do Ministério Público. 2. Recurso Ordinário em Habeas Corpus desprovido.

(STJ - RHC: 22362 RO 2007/0265042-0, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Data de Julgamento: 22/03/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2011)

Conforme bem elucida DAMÁSIO DE JESUS (2011, p. 179) “E no caso de crimes sexuais dos quais resultem lesões corporais de natureza grave ou morte? A ação penal é pública incondicionada. Aplica-se, nesse aspecto, a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal”, concluindo, portanto, pelo processamento desses delitos mediante ação penal pública incondicionada.

Também segue tal entendimento MIRABETE (2010, p. 425):

O equívoco do legislador exige, porém, que se recorra à norma contida no art. 101 do CP e à Súmula 608 do STF para se admitir a ação penal pública incondicionada no crime de estupro quando da decorrência dos resultados lesão grave ou morte e no caso de delito cometido mediante violência real.

Parece então que, ofendendo o princípio da proibição da proteção deficiente, teria o legislador permitido uma insuficiência no que tange ao processamento dos autores de tais delitos, não protegendo de forma integral a coletividade.

Não poderia o Estado esperar a autorização da vítima para processar o autor de tal, por se tratar de crime gravíssimo, incluído no rol dos hediondos, e que causa grande revolta à toda sociedade.

Portanto, ainda que o legislador tenha alterado a ação penal processante de tais delitos, levando em conta a necessidade de o Estado garantir a tutela da sociedade de forma efetiva, o mais plausível é seguir o mandamento da Súmula 608 do Pretório Excelso.

6.2 Estupro: Tipo Misto Alternativo Ou Tipo Misto Cumulativo?

Há também divergências acerca da diversidade de condutas do núcleo do crime de estupro, tratando-se de delito de ação múltipla. Configura-se o delito com a conjunção carnal ou com qualquer outro ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça.

Conforme MASSON (2013, p. 17):

Embora exista intensa discussão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou explicitamente acerca da natureza jurídica do art. 213 do Código Penal. Não afirmou, com segurança, se a Lei 12.015/2009 criou um tipo misto alternativo ou cumulativo.

A polêmica se faz presente por, anteriormente à lei em foco no presente trabalho, cada conduta das descritas no atual tipo de estupro, referia-se a um delito. Conforme visto anteriormente, para o estupro, se fazia necessária a conjunção carnal, enquanto os atos libidinosos estavam descritos no delito de atentado violento ao pudor. Com as alterações ocorridas em 2009, as ações aglutinaram-se em um só tipo penal, o atual crime de estupro.

Se considerarmos que o crime de estupro seja um tipo misto alternativo, a realização de qualquer ato configura um delito apenas, respondendo o autor uma única vez pelo crime, como por exemplo, tráfico de drogas, que traz várias condutas em seu rol, e mesmo praticando várias delas, o autor responde por um só crime. É o caso do delito previsto no artigo 180 do Código Penal, que possui várias condutas, tais como adquirir, receber, transportar, entre outras, e todas configuram um único delito, qual seja, receptação.

É o entendimento de ESTEFAM (2009, p.33):

A mais marcante dentre as consequências resultantes da fusão dos arts. 213 e 214 reside em que o ato de constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, no mesmo contexto fático, a se submeter à conjunção carnal e a outro ato libidinoso (a esta não vinculado, como o coito anal ou oral), deixou de gerar concurso (material) de crimes, tornando-se crime único.

De outro modo, levando em consideração que o estupro seja delito de tipo misto cumulativo, as condutas previstas no tipo são independentes, ao praticar conjunção carnal com a vítima, e também ato libidinoso, como coito anal ou oral, o autor responderia cumulativamente pelos delitos.

Eis o posicionamento do renomado autor MIRABETE (2010, p. 388):

Entendemos que o art. 213 descreve um tipo misto cumulativo, punindo, com as mesmas penas, as condutas distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a ato libidinoso diverso. A utilização, no caso, de um único núcleo verbal (constranger) decorre da técnica legislativa, resultando da concisão propiciada pelo conteúdo das duas figuras típicas. A prática de uma ou outra conduta configura o crime de estupro e a realização de ambas enseja a possibilidade do concurso de delitos.

Alguns julgados consideravelmente recentes de alguns Tribunais em ambos os sentidos:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.º, § 2.º DA LEI N.º 8.072/90.

1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art.213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).

2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.

3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal.

Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como praeludia coiti – e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2.º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional.

5. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena. (HC 78.667/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AOPUDOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916). 2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei. 3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável como praeludiacoiti - e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral. 4. Recurso provido.

(STJ - REsp: 987124 SP 2007/0216856-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 09/11/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS ANTES DA LEI N. 12.015/2009. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. CRIMES COMETIDOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. NOVO CÁLCULO DA PENA-BASE LIMITADO A TOTALIDADE DA PENA IMPOSTA. COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES. ART. 66 DA LEP E SÚMULA N. 611/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. - Pela aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009, é possível o reconhecimento da ocorrência de um crime único, desde que os crimes de estupro e ato diverso da conjunção carnal tenham sido praticados em um mesmo contexto fático. - A dosimetria da pena, observados o art. 66 da Lei de Execuções Penais e a Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal, deverá ser refeita por completo pelo Juiz das execuções, com a segunda conduta delitiva (coito anal) considerada na valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, estabelecendo-se como limite para a nova dosimetria a totalidade da pena anteriormente imposta, de forma a se evitar a reformatio in pejus. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a ocorrência de crime único em relação aos crimes sexuais, determinar que o Juízo das execuções aplique retroativamente a lei penal mais benéfica, refazendo por completo a dosimetria da pena, cujo limite não poderá ultrapassar a totalidade da pena antes aplicada.

(STJ , Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 05/03/2013, T5 - QUINTA TURMA)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS ANTES DA LEI N. 12.015/2009. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. CRIMES COMETIDOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. NOVO CÁLCULO DA PENA-BASE LIMITADO A TOTALIDADE DA PENA IMPOSTA. COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES. ART. 66 DA LEP E SÚMULA N. 611/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. - Pela aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009, é possível o reconhecimento da ocorrência de um crime único, desde que os crimes de estupro e ato diverso da conjunção carnal tenham sido praticados em um mesmo contexto fático. - A dosimetria da pena, observados o art. 66 da Lei de Execuções Penais e a Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal, deverá ser refeita por completo pelo Juiz das execuções, com a segunda conduta delitiva (coito anal) considerada na valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, estabelecendo-se como limite para a nova dosimetria a totalidade da pena anteriormente imposta, de forma a se evitar a reformatio

in pejus. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a ocorrência de crime único em relação aos crimes sexuais, determinar que o Juízo das execuções aplique retroativamente a lei penal mais benéfica, refazendo por completo a dosimetria da pena, cujo limite não poderá ultrapassar a totalidade da pena antes aplicada.

(STJ , Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 05/03/2013, T5 - QUINTA TURMA)

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI 12.015/09. UNIFICAÇÃO DOS DELITOS. TIPO MISTO ALTERNATIVO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARÇO INICIAL DO PRAZO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. I. A LEI 12.015/09 PASSOU A CONSIDERAR OS DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E DE ESTUPRO COMO CRIME ÚNICO, DESCREVENDO DELITO MISTO ALTERNATIVO, EM QUE A REALIZAÇÃO DE MAIS DE UMA DAS CONDUTAS ALTERNATIVAMENTE PREVISTAS NÃO IMPLICA CONCURSO DE DELITOS. II. NA NOVA DOSIMETRIA DO CRIME DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDOS ANTES DA NOVA REDAÇÃO LEGAL, O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR DEVE SER CONSIDERADO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL NO CRIME DE ESTUPRO. III. A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA INICIA-SE COM O TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO, ASSIM PRECEITUA O ARTIGO 112, I, DO CP. IV. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-DF - RAG: 20130020122352 DF 0013070-64.2013.8.07.0000, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 27/06/2013, 1ª Turma Criminal)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM EXERCÍCIO DE AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA. (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL (RESPEITADOS OS LIMITES DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ALTERADO ART. 213) C/C O ART. 226, II, AMBOS DO MESMO DIPLOMA LEGAL. DOSIMETRIA. UNIFICAÇÃO DAS CONDUTAS DE MANTER CONJUNÇÃO CARNAL E DE PRATICAR ATO LIBIDINOSO (ARTS. 213 E 217-A, AMBOS DO ESTATUTO REPRESSIVO). TIPO MISTO ALTERNATIVO. RETROATIVIDADE DA LEI NOVA MAIS BENÉFICA (ART. 5º, XL, DA CF/88). REDUÇÃO DA REPRIMENDA, COM BASE NO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO, PORÉM, ANTERIOR A VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009, MAIS BENÉFICO E VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO CONTESTADAS. DOSIMETRIA. ALMEJADA MINORAÇÃO DA PENA IMPOSTA. ACOLHIMENTO. ADEQUAÇÃO DA RÉPRIMENDA SOMENTE NA SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA. EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, F, DO CÓDIGO PENAL. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CONCOMITANTE COM A QUALIFICADORA DO ARTIGO 226, II, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PROVIDO. "Não se admite o bis in idem configurado na sentença condenatória, pois, na fixação da pena-base, além de considerar as relações domésticas para elevar a pena na segunda fase da dosimetria, ainda utilizou o mesmo critério para majorar a reprimenda como circunstância especial de aumento de pena". (STJ - Habeas Corpus n. 47623/PB, da Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 13/12/2005).

(TJ-SC - APR: 20110450199 SC 2011.045019-9 (Acórdão), Relator: Paulo Roberto Sartorato, Data de Julgamento: 27/08/2012, Primeira Câmara Criminal Julgado)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

1. A Lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.
2. Essas inovações, partidas da denominada “CPI da Pedofilia”, provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.
3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis não de alcançar os delitos cometidos antes da Lei nº 12.015/09.
4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima.
5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.
6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções. (HC 144.870/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 24/05/2010)

Portanto, tanto na jurisprudência pátria quanto na doutrina, há entendimentos divergentes.

Sob a ótica do princípio da proibição da proteção deficiente, o Estado tem o dever constitucional de tutelar a sociedade, e, portanto, por serem condutas diversas, ora conjunção carnal, ora atos libidinosos, o crime de estupro é um tipo misto cumulativo, devendo ser entendido portanto nesses casos a figura do artigo 69 do Código Penal, qual seja, concurso material de crimes.

Assim entende GRECO (2010, p. 145):

Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal, pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos, etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma forma, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou.

Bem explica MASSON (2013, p. 16) a razão de tal entendimento:

Esta posição também se alicerça em razões históricas. A Lei 12.015/2009 originou-se dos trabalhos da “CPI da Pedofilia”, e um dos seus propósitos foi justamente o recrudescimento do tratamento penal dos responsáveis por crimes sexuais. Nesse contexto, o raciocínio na linha de tratar-se de tipo misto alternativo seria benéfico aos envolvidos em crimes de estupro, em oposição à vontade da lei e dos motivos que legitimaram sua edição.

Portanto, guiando-se pelo princípio da proibição da proteção deficiente, trata-se de crime de tipo misto cumulativo. Devemos analisar o objetivo do legislador infraconstitucional, o qual foi reprimir ao máximo a conduta do sujeito ativo deste tipo de delito, principalmente quando as vítimas forem crianças e adolescentes, mais suscetíveis a figurarem como sujeito passivo do estupro por terem menor capacidade de resistência na maioria das vezes.

6.2.1 Continuidade delitiva?

Também há polêmica quanto a possibilidade de crime continuado. O Supremo Tribunal Federal se manifestou positivamente quanto a esta hipótese. Vejamos:

EMENTAS: 1. AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Concurso material. Ordem denegada. Voto vencido. A jurisprudência desta Corte não admite o reconhecimento de crime continuado entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor. 2. EXECUÇÃO PENAL. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Plenário, HC nº 82.959). Fato anterior ao início de vigência da Lei nº 11.464/2007. Habeas concedido de ofício. O disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação introduzida pela Lei nº 11.464/2007, não incide sobre fato anterior ao início de vigência desta última lei.

(STF - HC: 86238 SP , Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 18/06/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-01 PP-00027)

EMENTA: HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. ABSORÇÃO DO PRIMEIRO PELO SEGUNDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. NÃO CONHECIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/2009, NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. A tese da absorção do atentado violento ao pudor pelo de estupro (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214 do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009) - sob o argumento de que o primeiro

teria sido praticado como um meio para a consecução do segundo - está relacionada à conduta do paciente no momento dos delitos pelos quais ele foi condenado e demanda, por esse motivo, o reexame de fatos e provas, inviável no âmbito da via eleita. Embora o acórdão atacado esteja em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário, em 18.06.2009, no julgamento do HC 86.238 (rel. min. Cezar Peluso e rel. p/ o acórdão min. Ricardo Lewandowski), assentou a inadmissibilidade da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, por tratar-se de espécies diversas de crimes, destaco que, após esse julgado, sobreveio a Lei 12.015/2009, que, dentre outras inovações, deu nova redação ao art. 213 do Código Penal, unindo os dois ilícitos acima. Com isso, desapareceu o óbice que impedia o reconhecimento da regra do crime continuado no caso. Em atenção ao direito constitucional à retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), seria o caso de admitir-se a continuidade delitiva pleiteada, porque presentes os seus requisitos (CP, art. 71), já que tanto a sentença, quanto o acórdão do Tribunal de Justiça que a manteve evidenciam que os fatos atribuídos ao paciente foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Ocorre que tal matéria, até então, não foi apreciada, razão por que o seu exame, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, constituiria supressão de instância. Por outro lado, nada impede a concessão de habeas corpus de ofício, para conferir ao juízo da execução o enquadramento do caso ao novo cenário jurídico trazido pela Lei 12.015/2009, devendo, para tanto, proceder à nova dosimetria da pena, afastando o concurso material e aplicando a regra do crime continuado (CP, art. 71), o que, aliás, encontra respaldo tanto na Súmula 611 do STF, quanto no precedente firmado no julgamento do HC 102.355 (rel. min. Ayres Britto, DJe de 28.05.2010). Não conhecimento do writ e concessão de habeas corpus de ofício.

(HC 96818, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010 EMENT VOL-02415-02 PP-00295)

Portanto, não há possibilidade de se aplicar a figura prevista no artigo 71 do Código Penal, conhecido como “crime continuado”, entre as condutas de conjunção carnal e atos libidinosos do crime de estupro, uma vez em que se trata de condutas diferentes.

Entretanto, caso o autor cometa o delito de estupro, mediante conjunção carnal apenas, contra uma vítima, e reitere seus atos, em mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, obedecendo aos requisitos do artigo 71 do Código Penal, poderia se reconhecer a continuidade delitiva. O mesmo ocorre para o indivíduo que comete reiteradamente, com a mesma vítima, atos libidinosos.

A impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva está ligada ao cometimento de conjunção carnal e atos libidinosos, uma vez em que, conforme o entendimento de que o crime de estupro é um tipo misto cumulativo, as condutas são diferentes, sendo cada uma isolada da outra, configurando concurso material de crimes.

6.3 Artigos 217-A e 224: Violência Presumida?

Reside no artigo 217-A do Código Penal uma das maiores polêmicas com relação a crimes sexuais no cenário jurídico brasileiro, o qual dispõe sobre o crime de estupro com vítimas vulneráveis.

Por se tratar de crime cometido contra menores de 14 anos ou pessoas sem discernimento do ato ou incapaz de oferecer resistência, também está relacionado no rol dos delitos hediondos, tamanha a sua gravidade.

A Constituição Federal inclusive estabeleceu o dever do Estado em punir severamente atos atentatórios contra a liberdade sexual da criança e do adolescente em seu artigo 227, § 4º.

Conforme explica MIRABETE (2010, p. 410):

No estupro de vulnerável, a conduta típica é a de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa vulnerável nos termos do §1º. Diferentemente do que ocorre nos crimes de estupro (art. 213) e violência sexual mediante fraude (art. 215), não se exige para caracterização do estupro de vulnerável que o agente empregue violência, grave ameaça ou fraude para a consumação do delito, bastando a prática de um dos atos sexuais com a pessoa vulnerável.

Nesses tipos penais, portanto, não se exige a utilização de violência ou grave ameaça para a caracterização do abuso sexual. Entretanto, tal presunção de violência seria absoluta ou relativa?

Se adotarmos a posição de que a presunção é absoluta, bastaria, para configuração do delito, a ocorrência do ato libidinoso ou conjunção carnal e as características da vítima, menor de 14 anos, sem discernimento para a prática do ato ou não capaz de oferecer resistência. Não se analisaria nenhuma outra circunstância, sem considerações caso a caso. Estaria completa a adequação ao tipo penal, e o autor responderia pelo delito do artigo 217-A do Código Penal.

Do contrário, caso a presunção seja entendida como relativa, compete ao juiz analisar cada delito, estudando fatos elementares, como as circunstâncias pessoais do acusado, bem como a forma que ocorreu o suposto delito, e também as circunstâncias pessoais da própria vítima, como a eventual vida sexual que a mesma já possuía, ou ainda seu consentimento para a prática do ocorrido.

A opinião de CARVALHO (2006, p.16):

A promoção da tutela legal sexual dos menores, através da presunção de violência (CP, art. 224, alínea "a"), como forma de evitar o vácuo da tipicidade em sede de crimes sexuais abusivos (sem violência), a nosso sentir, viola o princípio constitucional da presunção do estado de inocência, porque importa na presunção de um fato, a violência, desobrigando o órgão acusador do dever de prová-la, importando, também, no desrespeito a outros princípios do Direito Penal moderno, Direito Penal da culpa, merecendo tal ficção jurídica ser banida da legislação penal vigente.

Há ainda divergência nos Tribunais do País. Dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça há julgamentos em ambos os sentidos. Vejamos alguns julgados recentes sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1.A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp nº. 762.044/SP, relator para acórdão Ministro Félix Fisher, em 14/12/2009, DJe de 14/04/2010, decidiu que presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo. 2. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1382136 TO 2013/0155036-3, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2013)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Presentes os requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade, devem ser recebidos como agravo regimental os embargos declaratórios opostos em face de decisão monocrática e que tenham nítido intuito infringencial. 2. Destaca-se que a decisão embargada, não foi omissa, e, fundamentadamente, seguindo entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 762.044/SP, relator para acórdão Ministro Félix Fisher, em 14/12/2009, DJe de 14/04/2010, decidiu que presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo. 3. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, e, nestes termos, improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 1317246 AM 2012/0072645-3, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 18/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/06/2013)

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CRIME COMETIDO

ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO MÁXIMA DA PENA. COMPATIBILIDADE COM O NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. PRECEDENTES. 1. O habeas corpus não se presta ao exame e à valoração aprofundada das provas, não sendo viável reavaliar o conjunto probatório que levou à condenação criminal do paciente por crimes de estupro e atentado violento ao pudor. 2. O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida. 3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz. 4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima.

(STF - HC: 105558 PR , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 22/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-113 DIVULG 11-06-2012 PUBLIC 12-06-2012)

ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (EResp-1.021.634/SP), firmou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, seria de natureza relativa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no REsp: 1303083 MG 2012/0021954-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 19/04/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2012)

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, A, DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, a, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos.

(STJ - EREsp: 1021634 SP 2011/0099313-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 23/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 23/03/2012)

Surge uma dúvida nesse contexto. O objetivo da norma é tutelar crianças e adolescentes, com o intuito de proteger a inocência destas, por ainda serem imaturas e mais vulneráveis à ação de criminosos.

Ainda que haja argumentos no sentido de que deve ser uma presunção relativa, cabendo ao magistrado analisar caso a caso, não parece que ter a vítima vida sexual ativa tenha o condão de tornar a conduta atípica.

Anteriormente à lei 12.015, o artigo 224 do Código Penal previa a figura da presunção de violência. Atualmente, revogado o citado artigo, o legislador apenas trouxe o delito de estupro de vulnerável, e o tipificou, não abrindo margens para análises subjetivas. Manter conjunção carnal ou praticar atos libidinosos com menor de 14 anos é a configuração típica do delito de estupro, não se levando em conta qual o meio empregado, ou seja, independentemente de utilizar-se o agente de violência ou grave ameaça.

Utilizar o argumento de que a vítima já possuía vida sexual ativa, ou mesmo que a criança ou adolescente se prostituía, para deixar de punir o sujeito ativo não se coaduna com os preceitos trazidos pela legislação brasileira. A Constituição Federal e legislações infraconstitucionais garantem proteção integral a estes, devido ao estado de desenvolvimento em que se encontram.

Apesar dos argumentos de que, atualmente, adolescentes se desenvolvem rapidamente, e que muitos já fazem da vida sexual uma habitualidade em sua rotina, não parece tal fato ser normal, uma vez em que tanto crianças quanto adolescentes não possuem maturidade suficiente e nem discernimento completo, estando ainda em fase de formação de base estrutural de sua personalidade e seu caráter.

Admitir que um indivíduo que mantenha relações sexuais com um menor de 14 anos não seja punido teria também como consequência o estímulo à prostituição infantil. Como a vítima se prostitui, portanto, possuindo vida sexual ativa, e não havendo eventual punição para quem mantivesse relação sexual com a mesma, o número de casos de prostituição de crianças e adolescentes com plena certeza se elevaria.

Além do mais, os menores de 14 anos não possuem maturidade suficiente para formar uma família. Possibilitar a presunção relativa levaria a números elevados de crianças e adolescentes grávidas, sem estrutura familiar alguma. No mais das vezes, é justamente a falta de estrutura familiar que faz com que o indivíduo cresça e se introduza no mundo da marginalidade, criando mais problemas à sociedade.

Portanto, o legislador de 2009 não se limitou a proteger a liberdade sexual do menor de 14 anos por este não ter discernimento para a prática do ato, mas também pelas consequências que tais atos poderiam gerar.

Devemos obedecer ao objetivo do legislador ao criar a norma infraconstitucional, e fica evidente que a leitura literal do artigo é a mais correta a ser feita, uma vez em que o mesmo estabeleceu uma faixa etária considerada sem discernimento para o ato sexual, e assim deve o ser.

Portanto, seguindo a orientação do princípio da proibição deficiente, deve seguir-se estritamente o que o artigo 217-A do Código Penal, qual seja, praticar conjunção carnal ou atos libidinosos com menor de 14 anos configura o delito de estupro. Foi assim que o legislador estabeleceu, devendo o agente responder criminalmente.

7 CONCLUSÃO

Diante de todas as exposições feitas no presente trabalho, fica demonstrada a necessidade de se dar especial atenção aos delitos sexuais e suas legislações punitivas.

A partir da promulgação da Constituição Federal, havia a necessidade de se alterar o enfoque da legislação destinada a punir delitos sexuais, mudando o panorama de delitos contra os costumes para crimes contra a dignidade sexual, valor este adequado à nova órbita de direitos e garantias fundamentais.

O princípio da proibição da proteção deficiente deve ser fundamento de base ao legislador infraconstitucional ao exercer sua função típica. Ou seja, no ato de elaborar leis, este deve atender às exigências de tal princípio, conduzindo à maior proteção da coletividade possível em face do criminoso, sem ofender o princípio da proibição do excesso.

Fica caracterizada, portanto, a necessidade de uma proteção estatal positiva. O Estado não pode se imobilizar e ficar inerte, havendo a obrigação de interferir, buscar atitudes e condutas, com o intuito de alcançar a efetividade da proteção aos cidadãos.

Entretanto, caso o legislador ofenda a proteção integral da coletividade, cabe ao Estado Juiz garantir essa tutela protetiva à população brasileira, sem restringir-se apenas em seguir os mandamentos legais.

A Lei 12.015/2009 é um marco de evolução para nosso país, no que tange à repressão a delitos sexuais. Entretanto, parece que em alguns pontos, o legislador infraconstitucional foi omissivo, deixando a sociedade à mercê das práticas criminosas sexuais. É nesse contexto que os operadores do direito devem manifestar-se, para que o legislador reveja tal omissão, buscando atingir uma proteção integral.

Primeiramente, obedecendo aos ditames do princípio da proibição da proteção deficiente, a ação penal para o crime de estupro com violência real é a ação pública incondicionada. O Ministério Público tem o dever de propor a ação penal, independentemente de representação da vítima, proporcionando assim uma maior proteção.

Uma segunda conclusão é a de que o crime de estupro é um tipo misto cumulativo, ou seja, caso o autor do delito, além de conjunção carnal, pratique qualquer outro ato libidinoso independente desta, estará configurado o concurso material de crimes.

A continuidade delitiva no crime de estupro apenas se configurará caso os atos que consumaram o estupro tenham a mesma natureza, seja apenas conjunção carnal, ou apenas atos libidinosos.

Por fim, a presunção no crime de estupro de vulnerável é absoluta, uma vez em que a lei nem ao menos trouxe em sua redação a possibilidade de relativizar o tipo penal. É um meio de maior proteção às crianças e adolescentes, que estão em peculiar fase de desenvolvimento.

Portanto, são essas as interpretações que se deve extrair das alterações polêmicas da lei 12.015/2009, tendo por base o princípio da proibição da proteção deficiente para tutelar ao máximo toda a coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abuso sexual de crianças representa quase metade dos crimes sexuais em 2012. Disponível em: <http://www.ionline.pt/artigos/portugal/abuso-sexual-criancas-representa-quase-metade-dos-crimes-sexuais-2012>. Acesso em: 18 out. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

AMÊNDOLA NETO, Vicente. **História e Evolução do Direito Penal no Brasil**. Campinas: Julex, 1996.

ANDRADE, George Laurindo. **Violência Doméstica e familiar contra a mulher no Brasil**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-no-brasil/29597/>. Acesso em 21 ago. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores. 2012.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos tribunais. 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997-1999.

BRASIL. **Código Criminal do Império**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. **Código dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. **Código Penal e Constituição Federal**. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Consolidação das Leis Penais de 1932**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=42869>. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 11.340/2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 26 jul. 2013.

BRASIL. STF. Habeas Corpus nº 105558 – PR. Relator: Ministra Rosa Weber, 11 de junho de 2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21917151/habeas-corpus-hc-105558-pr-stf>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. STF. Medida cautelar na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 885 – PR. Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749526/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-855-pr-stf> . Acesso em 02 jul. 2013.

BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1303083 – MG. Relator: Ministro Jorge Mussi, 27 de abril de 2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21539401/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1303083-mg-2012-0021954-8-stj>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1382136 – TO. Relator: Ministro Moura Ribeiro, 06 de setembro de 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24137700/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1382136-to-2013-0155036-3-stj>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1317246 – AM. Relator: Ministro Campos Marques, 24 de junho de 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23841965/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1317246-am-2012-0072645-3-stj>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. STJ. Habeas Corpus nº 135462 – SP. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19129459/habeas-corpus-hc-135462-sp-2009-0084762-1>. Acesso em 21 ago. 2013.

BRASIL. STJ. Habeas Corpus nº 168697 – SP. Relator: Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21459299/habeas-corpus-hc-168697-sp-2010-0064439-4-stj> . Acesso em 21 ago. 2013.

BRASIL. STJ. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 22362 – RO. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19120283/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-22362-ro-2007-0265042-0>. Acesso em 21 ago. 2013.

BRASIL. TJ-DF. Recurso de Agravo: RAG 20130020122352. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23618735/recurso-de-agravo-rag-20130020122352-df-0013070-6420138070000-tjdf>. Acesso em 05 out. 2013.

CASTILHO, Washington. **O fenômeno global do estupro**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/noticias-clam/conteudo.asp?cod=10553>. Acesso em 20 out. 2013.

Começa julgamento de homens acusados de estupro coletivo na Índia.

Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/01/comeca-julgamento-de-homens-acusados-de-estupro-coletivo-na-india.html>. Acesso em 17 mar. 2013.

Comissão recomenda penas mais rígidas para crimes sexuais na Índia.

Disponível em: <http://www.portugues.rfi.fr/mundo/20130123-comissao-recomenda-penas-mais-rigiditas-para-crimes-sexuais-na-india>. Acesso em 14 mar. 2013.

Coréia do Sul divulgará dados de criminosos em smartphones. Disponível em: <http://info.abril.com.br/noticias/tecnologia-pessoal/coreia-do-sul-divulgara-dados-de-criminosos-em-smartphones-08052013-8.shl>. Acesso em 20 out. 2013.

Corte Federal nos EUA decide que banir criminosos sexuais de redes sociais é inconstitucional.

Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/01/24/corte-nos-eua-decide-que-banir-criminosos-sexuais-de-redes-sociais-e-inconstitucional.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

Crimes sexuais traumatizam Cleveland.

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/05/1277344-crimes-sexuais-traumatizam-cleveland.shtml>. Acesso em 21 jun. 2013.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais. Comentários à Lei n. 12.015/2009.** São Paulo: Saraiva, 2009.

EUA apertam ainda mais leis contra condenados por crimes sexuais. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/conteudo.phtml?id=1260777&tit=EUA-apertam-ainda-mais-leis-contra-condenados-por-crimes-sexuais>. Acesso em: 14 mar. 2013.

DESCHAMPS, Cintia Narli. **Unificações do Reino.** Disponível em: <http://amigonerd.net/humanas/direito/unificacoes-do-reino>. Acesso em: 01 out. 2013.

EGER, Joubert Farley. **Obrigatoriedade da pesagem de botijão de gás.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3366/obrigatoriedade-da-pesagem-de-botijao-de-gas>. Acesso em 04 jul. 2013.

Estupro se espalha em escolas sul-africanas. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2803200110.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FBI interroga hoje sequestradores de jovens resgatadas. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/fbi-interroga-hoje-sequestradores-de-jovens-resgatadas>. Acesso em 21 jun. 2013.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e João Daniel Rassi. **Crimes contra a dignidade sexual.** São Paulo: Atlas, 2010.

HEIDE, Márcio Pecego. **Castração Química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9823/castracao-quimica-para-autores-de-crimes-sexuais-e-o-caso-brasileiro>. Acesso em: 14 mar. 2013.

MANSUR, Ronald. **Capital mundial do estupro: na África do Sul, uma mulher é violentada a cada 27 segundos.** Disponível em: <http://ronaldmansur.blogspot.com.br/2013/05/capital-mundial-do-estupro-na-africa-do.html>. Acesso em 20 out. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 27.Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

Nova lei de estupro na Índia isenta políticos e militares. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Default.aspx?TabId=77&ConteudoId=ba94fd59-da9d-49f3-9dcd-7e3c76692c9c>. Acesso em: 14 mar. 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995.

STRECK, Lenio Luiz . **O Princípio Da Proibição De Proteção Deficiente (Untermassverbot) E O Cabimento De Mandado De Segurança Em Matéria Criminal: Superando O Ideário Liberal-Individualista-Clássico**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>. Acesso em: 08 out. 2013.

Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>. Acesso em 25 jul. 2013.

Suspeito de estupro e assassinato é enterrado vivo por bolivianos. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/suspeito-de-estupro-assassinato-enterrado-vivo-por-bolivianos-8618104>. Acesso em 21 jun. 2013.

