

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O CRIME DE ESTUPRO FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA, INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E
PROTEÇÃO À LIBERDADE**

FLAVIO DUARTE DE SOUZA

Itajaí-SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O CRIME DE ESTUPRO FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA, INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE E
PROTEÇÃO À LIBERDADE**

FLAVIO DUARTE DE SOUZA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Francisco Rodrigues de Oliveira Neto

Itajaí (SC), novembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

A todos, familiares e amigos, que me acompanharam durante esta jornada.

Aos professores e orientador, pela paciência, dedicação e conhecimentos.

Ao Ministério Público de Santa Catarina, casa que ingressei no ano de 1992 e que desde então é minha fonte de estímulo para enfrentar desafios.

À Fundação Universitária da Região de Blumenau que, mediante o convênio firmado com a Universidade do Vale do Itajaí, propiciou esta experiência.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

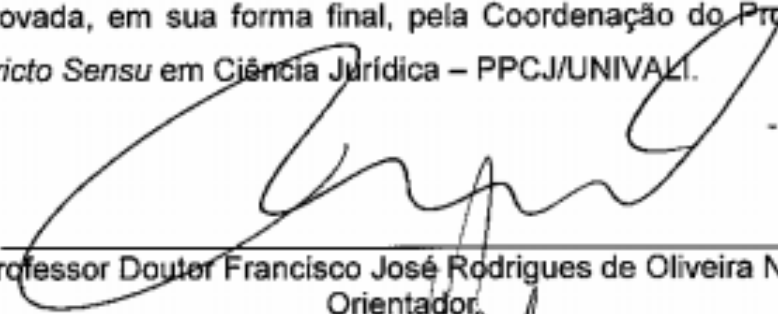
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 2014.

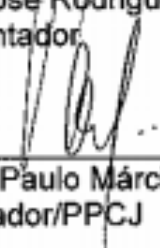


Flavio Duarte de Souza
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

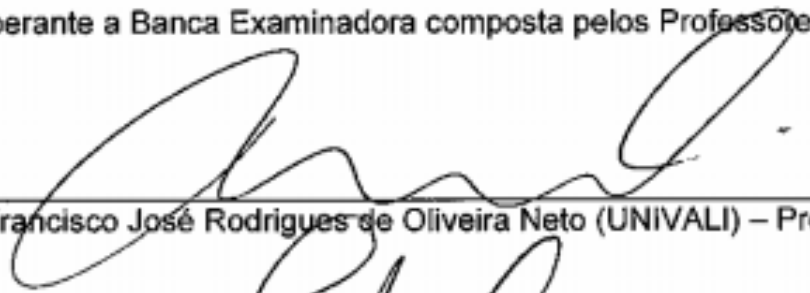


Professor Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Orientador

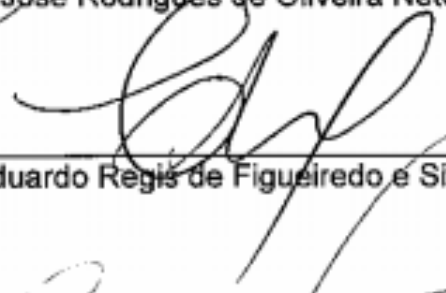


Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

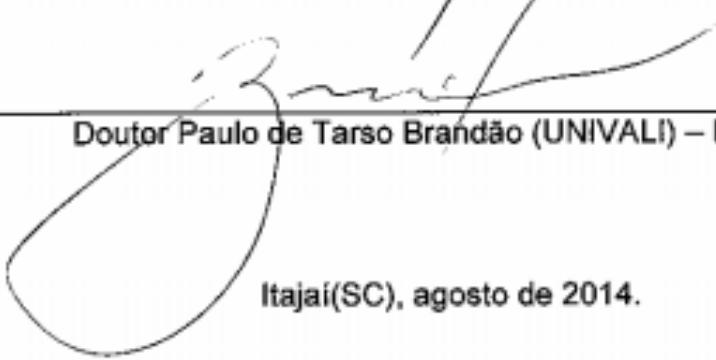
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (UNIVALI) – Presidente



Doutor Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC) – Membro



Doutor Paulo de Tarso Brandão (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), agosto de 2014.

ROL DE CATEGORIAS

Bem jurídico: "[...] são os objetos e interesses tutelados pelo Direito, capazes de serem legitimamente possuídos, protegidos, utilizados ou guardados por alguém... é constituído do interesse relevante presente, merecedor de proteção estatal na órbita criminal, respeitada a função do Direito Penal como última *ratio*"¹.

Dignidade: "[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida"².

Dignidade Sexual: conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um, protegido pelo respeito, intimidade e auto estima. O direito de cada um dispor de seu corpo da forma como lhe aprouver.

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

Princípio Constitucional: "[...] são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39-41.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas”³.

Vulnerabilidade: menor de 14 (catorze) anos, portadora de enfermidade ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática de ato de cunho sexual ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

³ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2003, p. 123.

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	14
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA INTERPRETAÇÃO	14
1.1. Princípios.....	14
1.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	21
1.3. Princípio da Inviolabilidade da Intimidade.....	28
1.4. Princípio da Proteção À Liberdade ou Dignidade Sexual	30
1.5. Interpretação Constitucional	32
CAPÍTULO 2	38
CRIME DE ESTUPRO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/09	38
2.1. Aspectos Gerais	38
2.2 A nova configuração do estupro, o dolo e a consumação.....	50
2.3. A diversidade de resultados.....	54
2.4 Estupro de Vulnerável	62
CAPÍTULO 3	72
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O ESTUPRO	72
3.1. Dignidade da Pessoa Humana e o Estupro.....	72
3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Estupro	83
3.3. Interpretação, Princípios e o Estupro.....	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	103

RESUMO

O objetivo desta dissertação é analisar as figuras penais previstas nos artigos 213, *caput*, e 217-A, do Código Penal, e realizar uma interpretação segundo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade e da proteção à liberdade. No desenvolvimento e concretização da pesquisa verificou-se as características dos princípios e do crime de estupro, realizou-se uma aproximação do fato criminoso com as consequências para as vítimas e como os Tribunais Superiores estão decidindo. Por fim, é demonstrado que no processo de interpretação dos crimes de estupro simples e estupro de vulnerável, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade e da proteção à liberdade, obrigatoriamente, devem ser levados em conta, propiciando um melhor resultado no que concerne a proteção do bem jurídico tutela.

Palavras-chave: Dignidade; Estupro; Princípio.

ABSTRACT

The object of this thesis is to analyze the criminal figures found on the rule of law, articles number 213, caput and 217-A of the Brazilian Penal Code, and to achieve definition according to the constitutional foundations on the Human Rights, protection of freedom, intimacy and inviolability. As this research was developed and accomplished it verified the substantial attributes of the principles of the criminal conduct of rape, and it gathered together the consequences for the victims of the criminal fact and the manner Superior Courts are judging. At last, it is clearly demonstrated that in the process of interpretation of the criminal conducts of simple rape and rape of vulnerable, the constitutional principles of Human Right Dignity, protection of freedom, intimacy and inviolability must be definitely observed, providing a much better result concerning the protection of legal goods.

Keywords: Human Right Dignity; Rape; Constitucional Foundation.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

No ano de 2009, o Título VI da Parte Especial do Código Penal foi alterado, passando a dispor sobre os crimes contra a dignidade sexual. Essa modificação tinha por objeto a atualização de dispositivos que antes tratavam de regras de comportamento, invadindo seara exclusiva da pessoa e que não reclamavam tutela por parte do Estado.

A atualização das figuras penais, compreendidas entre os artigos 213 e 234 do Código Penal, trouxe novos crimes com características particulares que deixavam de se ocupar com regras morais de comportamento sexual. A reforma expressamente passou a dar destaque à dignidade da pessoa humana.

Em razão desta modificação, dentre outras, a definição legal para o crime de estupro, em suas duas formas, estupro simples e estupro de vulnerável, este último figura nova no Direito, incluiu em um mesmo artigo, além da conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, a prática ou a permissão de qualquer outro ato libidinoso diverso daquela.

Com esta alteração, a abrangência das condutas penais é ampliada e se faz necessário encetar novos estudos sob a ótica de postulados fundamentais de modo a se realizar uma interpretação adequada.

O objetivo deste trabalho, portanto, é adentrar no crime de estupro, em suas duas variantes, estupro simples e estupro de vulnerável, e verificar qual o tratamento deve ser dado a estas figuras penais levando-se em conta os princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade e proteção à

liberdade.

Neste ambiente, procura-se analisar se o bem jurídico tutelado, indicado pelo Código Penal e previsto na Constituição Federal, está adequadamente protegido pelas novas redações dos artigos 213, *caput*, e 217-A, do Código Penal.

No desenvolvimento do trabalho investigamos se a dignidade sexual é um bem protegido pela Constituição da República. Procura-se analisar se o crime de estupro, efetivamente, dá tutela e adequada proteção à dignidade sexual. Para tanto, observamos as condutas penais, seus resultados e o conjunto que formam entre si, se atendem ou não os objetivos pretendidos pelo suporte constitucional representado pelo bem jurídico.

As respostas alcançadas através dos elementos trazidos neste trabalho estão presentes nesta Dissertação de forma objetiva, na forma como se apresenta a seguir.

No Capítulo 1 são abordados temas referentes aos princípios constitucionais, iniciando por considerações sobre a interpretação constitucional, perpassando pela dignidade da pessoa humana para, em seguida, tratarmos dos princípios, de maneira genérica, e de modo particular dos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade e da proteção a liberdade ou dignidade sexual.

O Capítulo 2 passa a dar enfoque ao crime de estupro, abordando suas espécies, estupro simples, estupro agravado pelo resultado e estupro de vulnerável. Efetua-se uma análise do bem jurídico protegido pelo crime, suas condutas, elemento subjetivo, consumação e concurso de condutas.

Na Etapa 3 acontece a junção dos princípios constitucionais e o crime de estupro. É realizada, inicialmente, uma aproximação do fato criminoso, com algumas de suas nuances, inclusive de cunho extra jurídico, ampliando e repercutindo aspectos que integram o acontecimento ilícito. O princípio da dignidade da pessoa humana é relacionado com o crime, objeto do estudo. Traz-se algumas decisões de

instâncias do Poder Judiciário, culminando com o cotejamento entre a interpretação efetuada e aquela que deve ser alcançada mediante a necessária inclusão dos princípios constitucionais que regulam a matéria.

Ao final, apresentam-se as Considerações Finais, em que são sintetizadas as contribuições do presente relatório de pesquisa para a comunidade acadêmica.

Para alcançar o resultado pretendido são utilizados o método indutivo⁴ e as técnicas do referente⁵, das categorias⁶ e dos conceitos operacionais⁷ nas fases de investigação, de tratamento dos dados e na elaboração do relatório final.

⁴ O método indutivo é conceituado como aquele que consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86).

⁵ Referente é a explicitação prévia dos motivos, dos objetivos e do “produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma Pesquisa”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática, p. 61).

⁶ “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática, p. 34).

⁷ “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática, p. 50).

CAPÍTULO 1

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA INTERPRETAÇÃO

1.1. PRINCÍPIOS

Ponto inicial deste trabalho os princípios reclamam uma análise para melhor compreensão de tudo aquilo que iremos desenvolver ao longo da explanação de todo o nosso raciocínio. A interpretação deve levar em conta os limites e os efeitos dos princípios, são deles que partem os raios de luz para a correta e adequada análise das normas. Como ponto elevado na tarefa de interpretar, os princípios se prestam à verificação da coerência da norma.

A Constituição Brasileira, ao inserir a dignidade humana logo no seu artigo 1º, inciso III, evidenciou sua relevância, destacando-a como um princípio fundamental da República brasileira. A dignidade da pessoa humana não se encontra colocada dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais, ela, na visão constitucional, possui maior importância, como princípio (e valor) fundamental à dignidade da pessoa humana, e nunca é demais repetir, é ponto de expressiva importância na construção de uma sociedade mais justa e humana.

E aqui, apenas como ilustração, a Constituição Alemã, em seu artigo 1º⁸, destaca a força e a grandeza do preceito aqui abordado, prescrevendo:

Artikel 1

[Menschenwürde - Menschenrecht - Rechtsverbindlichkeit der Grundrechte]

⁸ ALEMANHA. **GRUNDGESETZ für die Bundesrepublik Deutschland**. Berlim, 2007. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/2677068/Daten/750845/ConstituicaoAlemao_PDF.pdf> Acesso em: 24.3.2014.

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

Em tradução extraída do sítio da Embaixada da República Alemã⁹, tem-se o seguinte conteúdo:

Artigo 1

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

A ideia do que seja e de como devemos compreender a categoria princípio suscita controvérsia. Uma das maneiras de compreendê-la é através da diferenciação entre normas e princípios, ou, regras e princípios. Desse exercício para a compreensão acabamos por descobrir, se não o conceito, algumas características de um e de outro.

Para Luis Roberto Barroso¹⁰ o emprego do termo princípio, embora a referência apareça quando da abordagem desta categoria no estudo dos princípios

⁹ ALEMANHA, **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Berlim, 2007. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf> Acesso em: 24.3.2014.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. *in*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

instrumentais interpretação constitucional, revela uma proeminência e precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete.

Paulo Márcio Cruz¹¹ explana um conceito:

Princípios Constitucionais são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.

Há outros doutrinadores se debruçando sobre este tema, com destaque a Paulo Bonavides¹², em seu Curso de Direito Constitucional, que escreveu:

Assim, os princípios estatuídos nas Constituições – agora princípios constitucionais –, postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos constitucionais (e infra-constitucionais, acrescenta-se), os princípios, desde sua constitucionalização, que é, ao mesmo passo, posituação do mais alto grau, recebem, como instância máxima, categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das leis. Com esta relevância adicional os princípios se convertem igualmente em norma *normarum*, ou seja, normas das normas.

Zagrebelski¹³ entende que as regras estabelecem o que é devido e o que não é devido em circunstâncias nelas próprias determinadas, os princípios estabelecem orientações gerais a serem seguidas em casos, não predeterminadas no próprio princípio, que possam ocorrer. Por isso, segundo o autor, os princípios são dotados de uma capacidade expansiva maior do que a das regras, mas, ao contrário destas, necessitam de uma atividade ulterior de concretização que os relacione a casos específicos. Da capacidade expansiva resulta uma constante relação de conflitos entre os princípios.

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**, p. 123.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 300.

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, de justicia**. Tradução de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 93.

Ana Paula Barcellos¹⁴, na obra “Comentários à Constituição do Brasil”, se manifesta da seguinte forma:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram que conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta ou indireta, deixando para trás a ideia de que seriam elementos exteriores ao Direito, passaram a ser identificados com mandamentos nucleares, disposições fundamentais que serviam, ao mesmo tempo, como fonte de unidade do ordenamento e critério para a adequada interpretação das normas jurídicas. Nesse sentido, é o que dizia, por exemplo, que a violação de um princípio era muito mais grave do que a transgressão de uma norma qualquer. O que transparece nessa noção, em primeiro lugar, é a distinção entre princípio e norma, peremptoriamente afastada pela dogmática contemporânea, como se verá mais adiante. É evidente, ainda, e em segundo lugar, a primazia axiológica atribuída aos princípios em relação às regras. Transposição completa dos princípios para o mundo do Direito se deu, verdadeiramente, a partir da ampliação da noção corrente de *norma jurídica*, que a passou a constituir um gênero dentro do qual se distinguem as regras e os princípios: enquanto as regras contêm um relato mais objetivo, dirigindo-se, em primeira plano, para a fixação de uma conduta a ser observada, os últimos têm maior de abstração, estabelecendo, imediatamente, um estado de coisas a ser atingido.

Alexy¹⁵ sugere que os conceitos são subespécies de algo que entende ser maior e classifica como norma.

Vejamos, de maneira resumida, o pensamento deste último autor que, depois de destacar a importância deste aspecto para o conhecimento da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais se expressa:

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípio são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo...

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. in: GOMES, José Joaquim Gomes Canotilho, *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85-91

[...] Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas ‘criadas’ e normas “desenvolvidas” – o caráter explícito do seu conteúdo axiológico, referente a idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferentes também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento¹⁶. (*sic*)

O autor ressalta a relevância dos princípios que devem se sobrepor às regras sempre de caráter específico e com aplicação mais particular.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

[...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁷

Canotilho¹⁸ se manifesta no sentido de que a diferenciação deve se dar entre princípios e normas, e ela se dá pelo grau de abstração – os princípios são mais abstratos, portanto, vagos; as normas são menos gerais e mais precisas. Pelo grau de determinabilidade de aplicação – as normas se aplicam diretamente ao caso concreto. Pelo conteúdo da informação – os princípios apontam valores, ampliando a determinação do seu conteúdo. E, pela distinção ontológica, compreendida como a possibilidade de serem reconhecidos, ainda que implicitamente contidos ou, até

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 85-89.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 85-91.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

mesmo, supostos.

Eros Grau¹⁹, conforme destacado no Prefácio da obra “Por que tenho medo dos juízes - a interpretação/aplicação do direito e os princípios”, traçou novas linhas para aquilo que antes dissera, “porque tudo o que pensava a respeito dos princípios havia de ser revisto”:

Nada distingue os princípios das regras de direito. Regra é gênero do qual são espécies os princípios explícitos e implícitos e as regras de estrito senso. Adoto, a esse respeito, a exposição e as conclusões de Jeammaud {1982 e 2008}, que propõe a substituição da teoria deôntica por uma teoria funcional da normatividade do direito.

A concepção deôntica toma a regra de direito como regra de conduta ou comportamento - vale dizer: prescrevendo, proibindo ou permitindo determinada ação - sob ameaça de uma sanção estatal. A generalidade da regra está em que ela deve ser a mesma para todos.

Outro é o sentido, no quadro da concepção funcional, da generalidade inerente à normatividade. A essência normativa (le statu de règle - diz ele) de um enunciado (= texto normativo) encontra-se na sua vocação a servir de referência (servir de modelo) para determinar como as coisas devem ser. A generalidade, então, reside na aptidão da regra para receber um número de aplicações a priori ilimitado.

A regra de direito pode, na exposição de Antoine Jeammaud, ter diversos objetos, não apenas condutas. Daí que a concepção funcional exclui qualquer oposição entre regra e princípios. Os princípios são, portanto, espécie do gênero regra. E os critérios de identificação dos princípios encontram-se em seu alto grau de generalidade e na sua proximidade aos valores...

O que caracteriza os princípios como espécie de regra é o seu grau de generalidade - isto é, seu caráter mais amplo e largo da generalidade - e certa proximidade aos valores tidos como inspiradores do direito positivo. Ainda assim, contudo, os princípios são regras de direito. Essa maior proximidade aos valores não lhes retira o caráter de regra.

Esse ponto deve ser vivamente enfatizado: faz-se alusão aí, a proximidade enquanto projeção dos valores tidos como inspiradores do direito positivo.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104/113.

Procurando auxiliar aqueles que fazem da interpretação do direito um exercício rotineiro, Eros Grau²⁰ destaca importante aspecto a ser considerado:

A interpretação do direito é, inicialmente, produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios (ponderação entre regras - insisto em que princípios são regras) apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele há de ser aplicada. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre indiferentes jurídicos, exercício de discricionariedade, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de juízos de legalidade.

Acrescenta o autor que os princípios atuam como mecanismo de *controle* da produção de normas-regras, visto ser a *norma* produzida pelo intérprete (embora o próprio intérprete produza a *norma de princípio*).

Há uma característica comum em todos os pronunciamentos aqui trazidos, ainda que controvérsia haja sobre princípios, regras e normas, é certo que a interpretação adequada não pode prescindir de linhas mestras condutoras. As variadas concepções não afastam a importância de quaisquer desses ingredientes. O bom resultado deste processo de melhor conhecimento do direito é dependente da análise correta e para que ela assim o seja os princípios são ingredientes necessários.

Ao tratar da eficácia dos princípios Humberto Ávila²¹ revela que

[...] os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.

Ainda tratando da força dos princípios, Ávila traz a baila que alguns princípios atuam "sobre" outros princípios e são chamados sobreprincípios. Além de

²⁰ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios, p. 115.

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 104.

exercerem, também segundo o mesmo autor, a função que os princípios já realizam (de bloqueio e interpretativa), os sobreprincípios rearticulam, mediante a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas e ser buscado.

1.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A análise do princípio da dignidade da pessoa humana, nos parece, deve ser precedida de uma rápida abordagem sobre o que se entende por dignidade, na forma como prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição da República.

Rizzato Nunes²² sobre a expressão sintetiza sua ideia se pronunciando: “[...] definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar. Então, se extrai dessa experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é”.

Guilherme de Souza Nucci²³ entende que ela possui dois aspectos.

Sob o ponto de vista objetivo, abrange a segurança do mínimo existencial ao indivíduo, que precisa ver atendidas as suas necessidades básicas para sobrevivência, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social. No enfoque subjetivo, abarca o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, destacando-se como indivíduo, desde o nascimento até o final de sua trajetória, durante a qual forma sua personalidade e relaciona-se em comunidade, merecendo particular consideração do Estado.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁴ também fixou uma ideia sobre a expressão:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e

²² NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 31.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais**, p. 73.

desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativo co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Robert Alexy²⁵ pronuncia que a ideia de dignidade é tão indeterminada quanto o princípio da dignidade.

Para além das fórmulas genéricas, como aquela que afirma que o ser humano não pode ser transformado em mero objeto, o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade humana seja garantida. Sobre alguma dessas condições é possível haver consenso. Assim, a dignidade humana não é garantida se o indivíduo é humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito. Acerca de outras condições é possível haver controvérsias, como, por exemplo, no caso de se saber se o desemprego de longa duração de alguém que tenha vontade de trabalhar ou se a falta de um determinado bem material violam a dignidade humana²⁶.

Outros predicados para a dignidade da pessoa humana são trazidos por Antônio Cláudio Mariz²⁷:

Entenda-se como dignidade da pessoa humana o conjunto de atributos pessoais de natureza moral, intelectual, física, material que dão a cada homem a consciência de suas necessidades, de suas aspirações, de seu valor, e o tornam merecedor de respeito e acatamento perante o corpo social.

Em verdade a fixação de limites para a caracterização do que venha a ser dignidade humana é tarefa de resultado sempre insatisfatório. A amplitude de sua abrangência não a sujeita a fechamentos conceituais.

Há, todavia, uma característica na compreensão da ideia dignidade que igualmente se presta a esclarecê-la, quando realizamos uma abordagem negativa, isto é, a dignidade não se define apenas *pelo que ela é*, mas seu oposto, *pelo que*

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 355.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 355.

²⁷ OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. O direito penal e a dignidade humana. A questão criminal: discurso tradicional. In: SILVA, Marco A. Marques da; MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 816.

não é. A vida quando desprovida de saúde elementar, de alimentação mínima, de educação fundamental e de desrespeitos a direitos fundamentais, podemos afirmar que não é digna. Viver com dignidade é viver bem, esse nos parece ser um resumo para o entendimento.

A ideia de dignidade humana não surgiu com o reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito ou nas Constituições de alguns países, ela é mais antiga, brota da própria existência do ser humano, revelando-se um valor histórico e cultural ao longo do tempo.

Para Miguel Reale²⁸:

O direito é um fato histórico cultural, compreende-se na equação fato-valor que se resolve em um processo normativo de natureza integrante. Cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e sua aplicação.

Não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana contempla, necessariamente, respeito e proteção à integridade física e psíquica em geral.

Um aspecto que chama bastante atenção quando tratamos da dignidade da pessoa humana é a possibilidade de se estabelecer limites, restrições a ela, ou ainda, relativizamos a sua compreensão e aplicação. Ainda que ela pareça inalienável, irrenunciável e intangível, constituindo-se em bem jurídico de enorme significado, na esfera social constantemente nos deparamos com situações em que a dignidade de uma pessoa é violada, de maneira legítima. O próprio direito penal é indicativo dessa violação, isso, entretanto, não significa perda total da dignidade.

Em um país em que as pessoas constantemente são privadas de direitos mínimos (saúde e educação, especialmente) talvez pareça um exagero querermos

²⁸ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 74.

que uma conduta criminal leve em conta o postulado que diariamente é esquecido, mas o papel daqueles que militam no direito é não se quedar a conformismos, conservadorismos e apego a dogmas que há muito se mostraram incapazes de melhorar a vida das pessoas dando-lhes uma condição mínima, satisfatória e digna.

Aproximando-se de um dos pontos fundamentais deste trabalho, ingressaremos nas observações relativas ao princípio da dignidade da pessoa humana, gênero que tem entre suas variantes a dignidade sexual.

Explorando disposição semelhante contida na Constituição Alemã, Robert Alexy²⁹ indica que o princípio dá a impressão de um caráter absoluto.

A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que sob essas condições, o princípio da dignidade prevalecerá contra os princípios colidentes.

Ricardo Maurício Freire Soares³⁰, em obra totalmente dedicada ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, escreve:

Uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à idéia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais... Ademais, saliente-se, por oportuno, que a dignidade da pessoa humana figura como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento, a partir de uma interpretação teleológica da Carta Magna pátria, de direitos fundamentais implícitos, por força do artigo 5º, § 2º, que define um catálogo aberto e inconcluso de direitos fundamentais, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte... Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana se desdobra em inúmeros outros princípios

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 111/112.

³⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 136/137.

e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a ser realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, como forma de concretizar a multiplicidade de direitos fundamentais, expressos ou implícitos, da Carta Magna brasileira e, por conseguinte, da normatividade infraconstitucional derivada.

Para Rizzatto Nunes³¹, a dignidade é:

O primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

Guilherme de Souza Nucci³² leciona que:

A dignidade da pessoa humana é princípio regente do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da CF), constituindo-se de dois aspectos, objetivo e subjetivo. Sob o ponto de vista objetivo, abrange a segurança do mínimo existencial ao indivíduo, que precisa ver atendidas as suas necessidades básicas para a sobrevivência, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social. No enfoque subjetivo, abarca o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, destacando-se como indivíduo, desde o nascimento até o final de sua trajetória, durante a qual forma sua personalidade e relaciona-se em comunidade, merecendo particular consideração do Estado.

E ao arremate, conclui:

Cuida-se de princípio regente, do qual não se pode esquivar para a fiel interpretação dos demais princípios constitucionais, bem como dos direitos e garantias individuais. O respeito à dignidade humana conduz e orchestra a sintonia das liberdades fundamentais, pois estas são os instrumentos essenciais para alicerçar a autoestima do indivíduo, permitindo-lhe criar seu particular mundo, no qual se desenvolve, estabelece laços afetivos, conquista conhecimento, emite opiniões, expressa seu pensamento, cultiva seu lar, forma família, educa filhos, mantém atividade sexual, satisfaz suas necessidades físicas e intelectuais e se sente, enfim, imerso em seu próprio casulo.³³

³¹ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, p. 51.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 30/31.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 30/31.

Renato Marcão e Plínio Gentil³⁴, em obra dedicada aos crimes contra a dignidade sexual, pronunciam-se da seguinte forma:

No direito positivo a dignidade ocupa lugar destacado, certo que muitas vezes de efeitos mais retóricos do que práticos. É mencionada na Carta das Nações Unidas, de 1945, e, logo mais, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, na qual se vê associada à razão e à consciência. Outros documentos de direito internacional, notadamente aqueles voltados à tutela dos chamados direitos humanos, fazem solene menção à dignidade do homem, situando-o como fundamento e objetivo de suas normas. Diz o artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e reconhecimento de sua dignidade”. Assim, procurando tutelar a dignidade do ser humano, igualmente fazem referência à dignidade as Constituições da República Federal da Alemanha (1949), a de Portugal e da Espanha, para ficar com uns poucos exemplos.

Reforçando o caráter de disposição singular e de especial importância, Renato Marcão e Plínio Gentil³⁵ evidenciam a posição topográfica do enunciado relativo à dignidade da pessoa humana frente à Carta Política:

Na Constituição brasileira, como já se disse, a dignidade do ser humano ocupa o terceiro lugar no enunciado de fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III), que se proclama ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos’. Quer dizer que o constituinte nacional considera verdadeiro *valor dos valores*, em torno do qual todos estes deverão operar e, sendo assim, segundo já foi interpretado por José Celso de Mello Filho, como *valor fonte* de toda a ordem social.

Como se vê, a dignidade da pessoa humana e o princípio constitucional que a consagra são fatores de especial destaque na construção de uma sociedade mais humana e justa. Não se pode imaginar o desenvolvimento de nenhuma interpretação do Direito, especialmente aquelas em que a própria dignidade humana está inserida, como é o caso dos crimes contra ela cometidos, sem que se leve em conta o princípio regente.

³⁴ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

³⁵ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 33.

Nesta altura, importante trazermos à colação a classificação feita aos princípios constitucionais por Paulo Márcio Cruz³⁶:

Parece ser o mais adequado dividir os princípios constitucionais em três tipos: os políticos-ideológicos, os fundamentais gerais e os específicos. Os princípios constitucionais políticos-ideológicos são aqueles que possuem dimensão axiológica fundamental. Pode-se dizer que funcionam como os “princípios dos princípios”... Eles possuem o condão de orientar os demais princípios inscritos na Constituição e possuem um grau de concretude muito baixo.

A importância dos princípios constitucionais na visão deste último autor pode ser assim resumida:

Os princípios constitucionais, deve-se sempre repetir, são a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito. Como a Constituição não é somente um agrupamento de normas jurídicas, mas a concretização e positivação destes valores, deve haver uma harmonia fundante entre os princípios e regras, como partes que coabitam em um mesmo ordenamento, sendo que os primeiros são espécie, e as segundas, gênero desta³⁷.

Embora os crimes contra a dignidade sexual tenham aportado no nosso direito somente no ano de 2009, a sua sustentação vem do artigo 1º da Constituição Federal, porque é aqui que encontramos o mandamento maior. Não há como enveredarmos pelo estudo destes crimes sem que conheçamos, ainda que de uma maneira tímida, o fundamento que norteia toda essa análise. Os limites para a interpretação das condutas previstas a partir do artigo 213 do Código Penal serão aqueles impostos pelo princípio que, inclusive, dá nome ao Título onde estas figuras penais se acham inseridas.

Mas o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser apenas uma figura de retórica. De nada adianta os escritores enaltecerem sua força e relevância se na prática dele se utiliza muito pouco. Sua compreensão é facilitada porquanto além da análise técnica feita, o entendimento sobre ele tem uma

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**, p. 123.

³⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**, p. 102.

proximidade às pessoas porque a ideia que cada um tem sobre ele, com base em experiências pessoais e o que é coloquialmente dito e escrito dele, em muito se assemelha com o que o direito produz sobre ele.

A topografia constitucional é um aspecto que revela a importância do princípio. Como fundamento da pessoa humana e da própria nação, a dignidade é ponto de obrigatória passagem no processo de interpretação e construção de uma realidade mais justa que reconhece e valoriza as particularidades de cada pessoa.

1.3. PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE

De inegável importância a proteção do indivíduo sua intimidade adquire especial destaque quando verificado que o seu desenvolvimento sadio se faz com a reserva de suas ações mais elementares. O direito à intimidade, em verdade, se constitui uma variante do direito de liberdade, se relaciona e é dependente da dignidade da pessoa humana. A tutela da intimidade da pessoa é destacada em vários outros princípios e regras constitucionais, tais como, a inviolabilidade da casa e do sigilo das correspondências e comunicações.

José Adércio Leite Sampaio³⁸, ao analisar o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, que trata da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, escreveu:

O direito à intimidade se apresenta como direito à liberdade, marcada por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugada a um complexo de princípios constitucionais, que nada mais são do que suas manifestações concretas. Os conceitos tradicionais de 'direito a estar só' ou equivalentes não dizem de seu sentido exato, sequer alcançam muitas de suas exteriorizações. O referencial da dignidade da pessoa humana como fundamento da República dá o tom da proteção do direito à intimidade, como o faz em relação ao direito geral à vida privada, a partir de suas múltiplas ligações com princípios e regras constitucionais...

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**, p. 281/282.

Afirmar que um homem é livre exige, não como seu pressuposto, mas como consectário, reconhecer seu domínio ou controle sobre os inputs e outputs de informação. Esse sentido natural de liberdade se traduz, no mundo jurídico, na liberdade “informacional”, próxima ao que o Tribunal Constitucional Federal alemão chamou de Informationelle Selbstbestimmung ou autodeterminação em matéria de informação, que conjuga o aspecto negativo de não impedimento ao positivo, de controle.

[...] A vontade é definidora daquilo que deve ser considerado como pessoal e, conseqüentemente, excluído do conhecimento alheio, desde, evidentemente, que conte com o apoio de um consenso social sobre o que é reservado à esfera de cada um. Embora, aparentemente difícil identificar os conteúdos desse consenso, na rotina da vida, as manifestações da esfera íntima acabam sendo reconhecidas por todos. A opção religiosa ou a orientação sexual, por exemplo, são comumente vistas como aspectos da vida íntima. Não há, entretanto, como se fazer uma tabulação antecipada do que seja ou não do domínio da intimidade. Apenas as peculiaridades de cada situação e a associação de outros elementos conceituais, de que estamos a tratar, fornecem soluções de concretização.

A intimidade revela o modo de ser do indivíduo, sem a proteção da intimidade do cidadão ele fica impossibilitado de dirigir-se segundo sua consciência, se opera uma restrição a sua autodeterminação, prejudicando e dificultando seu desenvolvimento. A privacidade revela as manifestações íntimas da pessoa, seu modo de viver, suas relações com outras pessoas, seus hábitos, seus pensamentos e seus planos.

A proteção da esfera da intimidade da vida privada é indispensável para o desenvolvimento da identidade pessoal e da personalidade humana, a existência da própria sociedade depende do seu resguardo, pois é da diversidade individual que esta última cresce e se aprimora.

Em uma sociedade moderna, em que prevalece a uniformização moral e intelectual, em que os controles são exercidos de maneira imediata por todos e contra todos, a intimidade da pessoa é bem imprescindível para o homem e a sociedade. A intimidade se liga, umbilicalmente, à liberdade sexual, porquanto é aqui (na intimidade) que se dá a escolha, exercitando o indivíduo de maneira plena sua liberdade. É nesta área das relações íntimas onde a liberdade, envolta da intimidade, encontra maior satisfação.

Nesta era digital em que conteúdos, de imagem e escritos, são efêmeros, criam-se e se perdem de maneira rápida, a intimidade, tantas vezes violada, é seara de inquestionável valor para o ser humano que encontra nela a condição de desenvolver sua intimidade do jeito que lhe afigura mais adequada. A proteção da intimidade é indispensável para o desenvolvimento da identidade e personalidade de cada indivíduo.

1.4. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À LIBERDADE OU DIGNIDADE SEXUAL

No contexto deste trabalho, o princípio da proteção à liberdade ou dignidade sexual ocupa especial destaque porque é dele que decorre o bem jurídico tutelado pelos artigos 213 e 217-A, de modo particular, e todo o Título VI, da Parte Especial do Código Penal. Assim, por várias vezes nos ocuparemos dele, e aqui, de maneira concisa, traçamos um perfil do princípio.

A liberdade sexual figura como uma das variantes da dignidade da pessoa humana.

Renato Marcão e Plínio Gentil³⁹ sobre esse aspecto esclarecem:

Liberdade sexual é categoria mais concreta, que significa uma esfera de ação em que o indivíduo – e só ele – tem o direito de atuar, e atuar livremente, sem ingerências ou imposições de terceiros. A liberdade sexual diz respeito diretamente ao corpo da pessoa e ao uso que dele pretende fazer. Ao punir condutas que obriguem o indivíduo a fazer o que não deseja, ou a permitir que com ele se faça o que não quer com o próprio corpo, a norma penal esta tutelando sua liberdade sexual.

Para Guilherme de Souza Nucci⁴⁰:

A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e a vida privada, permitindo-

³⁹ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 46.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 42.

se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lasciva e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade. No campo da dignidade sexual abomina-se qualquer espécie de constrangimento ilegal. O ponto específico de tutela penal, enfim, é a coerção não consentida para o ato sexual.

Respeitar a dignidade sexual significa tolerar a realização da sensualidade da pessoa adulta, maior de 18 anos, sem obstáculos ou entraves, desde que se faça sem violência ou grave ameaça a terceiros. Sob tal enfoque, torna-se vítima de crime contra a dignidade sexual aquele que foi coagido, física ou moralmente, a participar da lascívia do agente, sem apresentar concordância com o ato. Pode, ainda, tornar-se ofendido aquele que, para a satisfação de outro interesse do agente, foi levado a atos sexuais não aprovados⁴¹.

Renato Marcão e Plínio Gentil⁴² se pronunciam que

[...] a adjetivação do conceito dignidade, como o qualificativo sexual, importa em reconhecer uma determinada dignidade, aquela em que o respeito alheio é devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste de se autodeterminar relativamente à atividade sexual.

Liberdade sexual é categoria mais concreta, que significa uma esfera de ação em que o indivíduo - e só ele - tem o direito de atuar, e atuar livremente, sem ingerências ou imposições de terceiros. A liberdade sexual diz respeito diretamente ao corpo da pessoa e ao uso que dele pretende fazer.

No Brasil, o direito ao respeito da vida privada é consequência direta da proteção à intimidade, de modo que podemos afirmar que a vida privada faz parte da intimidade, e qualquer atentado a ela, ilegítimo e ilegal, reclama medidas judiciais vigorosas. Embora a França contemple uma distinção entre ambos, vida privada e intimidade, o direito brasileiro se aliou aos países de língua espanhola. Embora possam ambos ter conceitos distintos, na prática a diferença é insignificante e, por conseguinte, representam a mesma coisa.

Não desconhecemos o disposto no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal, quando expressamente informa serem invioláveis a intimidade e a vida

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 42.

⁴² MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 45-46.

privada, entretanto, reforçamos que na prática o exercício de distinção se revela inconsistente.

Oportuno recorrermos à lição de José Adércio Leite Sampaio⁴³:

No centro de toda vida privada se encontra a autodeterminação sexual, vale dizer, a liberdade de cada um viver a sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio, a sua *identidade sexual*, que engloba a temática do homossexualismo, do intersexualismo e transexualismo, bem assim da livre escolha de seus parceiros e da oportunidade de manter com eles, de maneira consentida, relações sexuais. A proteção da liberdade sexual ainda engloba o direito à integridade sexual, protegendo particularmente os indivíduos mais vulneráveis e incapazes de se defender.

A liberdade sexual é direito que a todos toca e se faz presente. Mesmo aquele indivíduo que comercializa o corpo conserva a faculdade de aceitar ou recusar outrem que lhe solicita os serviços. Não há, ao que parece, qualquer variante, o exercício da liberdade sexual, ou melhor, em uma simples palavra, da escolha é decisão exclusiva do detentor do direito, não nos ocorre, neste momento, qualquer situação concreta que viabilize outra afirmação. Importante destacar que ao longo deste trabalho voltaremos a este postulado.

Ao longo do tempo coroou-se a ideia de desenvolvimento de uma sociedade plural, que vem sendo construída por diversos movimentos religiosos, ideológicos, intelectuais e políticos, é na consagração da liberdade sexual, a um só tempo direito e garantia, que encontramos um dos pilares de uma sociedade mais justa e igualitária.

1.5. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em 7 de agosto de 2009 veio à lume a Lei n. 12.015⁴⁴, que alterou de maneira significativa o Título VI, da Parte Especial do Código Penal, fazendo nascer

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**, p. 98.

⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília: Congresso Nacional, 2009.

uma nova realidade para os crimes relacionados com a atividade sexual. As disposições relativas aos delitos compreendidos entre os artigos 213 a 234 do Código Penal sofreram uma atualização e para tanto se incluiu nesta parte do Direito Penal um dos fundamentos do Estado brasileiro consistente na proteção à dignidade da pessoa humana.

A Lei Penal, todavia, foi além da atualização. Sepultou no direito brasileiro a tutela aos costumes e passou a se ocupar da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal, efetivamente, não amparava os costumes ou a moralidade pública como bens jurídicos possíveis de proteção, especialmente porque à lei não cabe ditar regras comportamentais ou sugerir formas de atuação a pessoas em relação a sua vida sexual. Importa, portanto, conhecer um pouco melhor essa categoria, propiciando uma interpretação mais adequada dos dispositivos.

É preciso destacar que a modificação realizada não produziu apenas uma mudança na nomenclatura do Título VI do Código Penal. Com a construção de novos tipos penais, de modo particular, aquele resultante da fusão em um único dispositivo dos revogados *estupro* e *atentado violento ao pudor*, a quem a lei continuou a chamar de estupro, evidenciando uma alteração significativa com reflexos em sua interpretação, transformando, ainda, sua aplicação em seara de enormes controvérsias. Além desta alteração de destaque, o Código Penal, que antes previa a figura da presunção de inocência para os crimes deste jaez, fez nascer o estupro de vulnerável, aquele que entre outros sujeitos passivos, passa a tratar dos abusos sexuais contra crianças e adolescentes. É neste ambiente que devemos invocar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade e proteção à liberdade como fundamento para a construção de uma nova realidade.

É bem verdade que a mudança legislativa não tem o condão de, somente ela, alterar o pensamento dos homens, especialmente sua inegável resistência a mudanças, mas entendemos que a interpretação, levando em conta preceitos inscritos na Carta Política, haverá de provocar a chegada de novos ares.

O estudioso do tema irá se deparar com trabalhos largamente difundidos que deixaram de levar em conta princípios que antes estavam implícitos e que agora, por referência expressa, deveriam levar a uma alteração na forma de pensar e interpretar, todavia, não é isso o que se observa, e a omissão deste argumento continua a produzir entendimentos ainda baseados na lei anterior. A mudança, sem dúvida, é mais rápida na lei do que na cabeça das pessoas.

O exercício da interpretação, ao que parece, precisa ser repensado.

Norberto Bobbio⁴⁵, em seu “O positivismo jurídico” já perguntava: “Mas o que significa interpretar?” Concluindo mais a frente, “[...] pois bem, interpretar significa remontar do signo (signum) à coisa significada (designatum), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”.

Para Eros Grau⁴⁶, a

[...] interpretação do direito não é atividade de conhecimento, mas constitutiva; portanto, decisional, embora não discricionária. Dizendo-o de outro modo: a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade. É atividade constitutiva, não meramente declaratória...

Como e enquanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos, da realidade e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de determinada solução para ele, consignada na norma de decisão.⁴⁷

Osvaldo Ferreira de Melo⁴⁸, ao tratar da produção do Direito escreveu:

Há três possibilidades de tratar da complexa questão da produção da

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, p. 213.

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios, p. 26.

⁴⁷ Para Eros Roberto Grau norma de decisão "é a interpretação desenvolvida pelos juízes quando do ato decional". In: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios, p. 26.

⁴⁸ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/CPGD-UFSC, 1994, p. 71.

norma, todas de grande interesse para a Política Jurídica: ao abordarmos a função legislativa; ao examinarmos a função judiciária e, fora do quadro institucional, ao considerarmos a questão do pluralismo jurídico. As duas primeiras abordagens são objeto da Dogmática Jurídica que as menciona, respectivamente, como técnica ou processo legislativo, e como interpretação e aplicação da lei.

Bem sabemos que a interpretação é matéria de estudos envolvendo todas as suas características – fontes, meios, resultados e métodos, mas nossa intenção é discorrermos sobre um dos elementos que deverão ser levados em conta quando do desenvolvimento desta atividade frente à nova realidade surgida com a alteração no Título VI, da Parte Especial do Código Penal.

Voltando a Eros Grau⁴⁹:

Diz-se, então, em alusão à interpretação em geral, que - ainda que o verbo denote distintos significados - interpretar é compreender. Deveras, interpretar é, em sentido amplo, compreender. Diante de determinado signo lingüístico, a ele atribuímos um significado específico, definindo a conotação que expressa, em coerência com as regras de sentido da linguagem no bojo da qual o signo comparece. Praticamos, então, exercício de compreensão desse signo (= buscamos entendê-lo). Interpretar, em sentido amplo, é compreender signo lingüísticos... a interpretação (em sentido estrito) - exercício complexo distinto da pronta coleta de um específico significado - antecede, na medida em que a viabiliza, a plenitude da compreensão. Interpretamos, em sentido estrito, para compreender. Compreender é interpretar em sentido amplo. (*sic*)

Paulo Bonavides⁵⁰ pronuncia que a interpretação é

[...] uma operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa... Em verdade, a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. Esse aspecto Felice Battaglia o retratou com rara limpidez: "O momento da interpretação vincula a norma geral às exceções concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema".

Não há, portanto, norma jurídica que dispense interpretação. Arremata

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto Grau. **Por que tenho medo dos juízes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios, p. 31.

⁵⁰ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 438.

Eros Grau⁵¹ que

O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente preexiste, potencialmente, no invólucro do texto normativo... a norma é produzida pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que desprendem do texto (mundo do dever ser), mas também a partir de elementos da realidade (mundo do ser).

Luís Roberto Barroso⁵² revela que

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito. *A interpretação jurídica* consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual formada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar a ela legitimidade, racionalidade e controlabilidade.

A interpretação constitucional, como uma espécie do gênero interpretação jurídica, conclui Barroso⁵³,

[...] compreende um conjunto amplo de particularidades, que a singularizam... As especialidades das normas constitucionais quanto à sua posição hierárquica, natureza de linguagem, conteúdo e dimensão política fazem com que a interpretação constitucional extrapole os limites da argumentação puramente jurídica. De fato, além das fontes convencionais, o intérprete constitucional deverá ter em conta considerações aos valores éticos da sociedade e à moralidade política. A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias de Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política. Idéias como interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição e interpretação pragmática se inserem nessa ordem de considerações. (*sic*)

Assim, a atividade interpretativa se revela importante etapa na construção de uma nova realidade para os crimes contra a dignidade sexual. Não basta

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios, p. 44.

⁵² BARROSO, Luis Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. *in*: GOMES, José Joaquim Gomes Canotilho, *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**, p. 91.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. *in*: GOMES, José Joaquim Gomes Canotilho, *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**, p. 92.

recorrermos a antigos postulados e ficarmos adstritos aos temas de Direito Penal, é preciso ir além. A boa interpretação, pensamos, deve levar em conta o princípio nascedouro da tutela. A dignidade da pessoa humana, como direito fundamental e princípio, deve obrigatoriamente fazer parte do processo de interpretação, não é ele o ponto de partida, mas é ele que irradia, como uma estrela, sua luz a todas as etapas do fenômeno da interpretação, que nele deve se guiar. Uma interpretação bem feita leva em conta os limites criados pelo princípio garantidor.

Quando se constata que a dignidade da pessoa humana está inserida logo no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, podemos dizer que ela representa um verdadeiro direito fundamental, constituindo-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Rizzato Nunes⁵⁴ prescreve que:

Qualquer exame de norma jurídica infraconstitucional deve iniciar, portanto, da norma máxima, daquela que irá iluminar todo o sistema normativo. A análise e o raciocínio do intérprete se dão, assim, dedutivamente, de cima para baixo.

É um grave erro interpretativo, como ainda se faz, iniciar a análise dos textos a partir da norma infraconstitucional, subindo até o topo normativo e principiológico magno. Ainda que a norma infraconstitucional que esteja sendo analisada seja bastante antiga, aceita e praticada, e mesmo diante do fato de que o Texto Constitucional seja muito novo, não se inicia de baixo. Em primeiro lugar vem o texto constitucional.

A melhor compreensão da nova realidade encontrada no Título VI da Parte Especial do Código Penal enseja, portanto, um exercício regular e legítimo do processo de interpretação. Essa tarefa para que contemple um resultado satisfatório precisa levar em conta os mais variados aspectos de modo a colher aquilo que efetivamente deve ser extraído do enunciado.

⁵⁴ NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, p. 44.

CAPÍTULO 2

O CRIME DE ESTUPRO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/09

2.1. ASPECTOS GERAIS

O Código Penal quando de sua entrada em vigor, ainda no ano de 1940, disciplinava que os crimes de conteúdo sexual, aqueles em que os agentes se valiam de violência, física ou moral, ou fraude para a satisfação de desejos sexuais (concupiscência), eram classificados como crimes contra os costumes. Com o passar dos tempos toda a doutrina e a repercussão em decisões judiciais também se verificou, passou-se a questionar e a impor restrições quanto a possibilidade da lei impor comportamentos, especialmente no que se referia à atividade sexual. A dúvida quanto à possibilidade de tutela desta natureza esbarrava na própria Constituição, que não permitia disposições com tais características. A regulamentação de modos de agir sempre é questionável, e diante da amplitude de comportamentos da vida moderna disposições com esta finalidade estariam fadadas ao descumprimento, justamente porque o livre agir deve ser a regra. Engessar a atividade do ser humano é afrontá-lo em seus direitos mais básicos.

A atualização do Título VI da Parte Especial do Código Penal era necessária e iniciada de maneira tímida, através da Lei n. 11.106/05⁵⁵, foi efetivamente concretizada através da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009⁵⁶, em que não somente se procedeu a atualização dos dispositivos legais, mas se alterou substancialmente os tipos penais, com a indicação de novo bem jurídico a ser protegido. Em verdade, as criações legislativas trouxeram uma mudança cuja finalidade primordial era aproximar o texto legal dos mandamentos constitucionais e

⁵⁵ BRASIL. Lei n. 11.106, 28 de março de 2005. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

adequá-las ao efetivo comportamento humano que hoje se pratica.

Na nova disciplina dos crimes sexuais se reconheceu a primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade⁵⁷.

Na sequência iremos adentrar na análise do crime de estupro e suas variantes, ponto fundamental deste trabalho. Para a compreensão final é exigido um conhecimento mínimo sobre este relevante, grave e, infelizmente, comum dispositivo do Código Penal.

O Código Penal, a partir do artigo 213, contempla várias disposições que são classificadas como estupro. Temos o estupro simples, previsto no artigo 213, *caput*; o estupro simples agravado pelo resultado previsto nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 213; o estupro de vulnerável, indicado no artigo 217-A; e o estupro de vulnerável agravado pelo resultado dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 217-A. Todas essas condutas são incluídas em uma categoria coloquialmente conhecida por violência sexual.

Neste trabalho vamos nos ocupar unicamente do estupro, salientando que o raciocínio que ao final se concluir poderá, é o que pensamos, se aplicar a suas espécies. Aqui também não encontramos um horizonte ilimitado que nos permita aprofundarmos todas as questões relacionadas aos crimes do *caput* do artigo 213 e artigo 217-A, do Código Penal.

O crime de estupro vem descrito no artigo 213, *caput*, do Código Penal⁵⁸, devidamente alterado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009⁵⁹, assim redigido:

Artigo 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique

⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 2. v. p. 384.

⁵⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**.

outro ato libidinoso.

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

A palavra estupro foi encontrada inicialmente no direito romano e classificava de *stuprum*, qualquer congresso carnal ilícito, o que revela que algumas espécies de atos libidinosos também eram abrangidos pelo sentido amplo da palavra, a expressão relações carnis é adequada para traduzir um sinônimo para o que nos primórdios se entendia por estupro. É curioso notar que algumas legislações antigas aplicavam ao agente estuprador penas de morte ou mutilação, revelando, desde épocas passadas a repulsa ao ato e a gravidade do fato.

Outro aspecto que ao longo do tempo acompanhou as tipificações penais do estupro é considerar como sujeito passivo somente a mulher.

Em razão deste passado apenas fazer menção à mulher como vítima, há quem critique a opção do legislador em continuar com o mesmo nome. Renato Marcão e Plínio Gentil⁶⁰ exemplificam que os Códigos Penais Português, Espanhol e Italiano possuem expressões mais adequadas e que abarcam também o homem como vítima, situação que hoje também ocorre no Brasil.

No Código Penal Português⁶¹, artigo 164, a expressão usada é violação, conforme texto legal a seguir reproduzido:

Artigo 164º

Violação

1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, oito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

⁶⁰ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 44/45.

⁶¹ PORTUGAL. **DL nº. 48/95, de 15 de Março**. Código Penal. Diário da República, 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis> Acesso em: 16 de jan. de 2014.

São palavras dos autores citados:

[...] O estatuto criminal luso utiliza a palavra *violação* para significar a prática de libidinagem mediante violência para significar a prática de libidinagem mediante violência ou grave ameaça, admitindo homens ou mulheres como sujeitos ativo e passivo. A lei italiana fala em *violência carnal* e a espanhola emprega o termo *violação* como parte dos delitos chamados genericamente de *agressões sexuais*. O Código Penal argentino, de acordo com o art. 119, pune quem “abusar sexualmente de pessoa de um ou outro sexo quando esta for menor de treze anos ou quando mediar violência, ameaça, abuso coativo ou intimidatório de uma relação de dependência, de autoridade, ou de poder, ou aproveitando-se de que a vítima por qualquer causa não tenha podido consentir livremente com o ato”. O crime, sem rubrica, encontra-se no Capítulo 2 do Título 3. O Capítulo 2 não tem nomenclatura, mas já teve a de *Violação e Estupro*, que foi abolida pela Lei n. 25.087/1999. Curiosamente o Título 3, hoje denominado *Delitos contra a integridade sexual*, foi anteriormente chamado *Delitos contra a honestidade*, tendo a modificação sido determinada pela mesma lei⁶².

A mudança do nome do crime além de atualizar sua redação com a nova realidade faria com que o dispositivo fosse melhor compreendido, rompendo com o vínculo estabelecido desde há muito com a expressão *estupro*.

Em relação ao bem jurídico há uma certa variação quando se aborda este aspecto, alguns entendem que o bem jurídico nada mais é que o objeto jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, como se expressa André Estefan⁶³.

Guilherme de Souza Nucci⁶⁴ destaca que

Os bens jurídicos são os objetos e interesses tutelados pelo Direito, capazes de serem legitimamente possuídos, protegidos, utilizados ou guardados por alguém... O bem jurídico penal constitui-se de interesse relevante, cuja tutela e proteção são exigíveis no plano criminal, independentemente da atuação de outras esferas do Direito... Em suma, o bem jurídico penal é constituído do interesse relevante presente, merecedor de proteção estatal na órbita criminal, respeitada a função do Direito Penal como última *ratio*.

⁶² MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 44/45.

⁶³ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. 1. v. p. 80.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 39-41.

Para César Roberto Bitencourt⁶⁵:

Admite-se atualmente que o *bem jurídico* constitui a base da *estrutura e interpretação* dos tipos penais. O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um *sentido social próprio*, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro, limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.

[...] No atual estágio da teoria do delito, deve-se partir do ponto de vista de que no tipo somente se admitem aqueles elementos que fundamentam o conteúdo material do injusto. O tipo tem a finalidade precípua de identificar o bem jurídico protegido pelo legislador.

[...] Finalmente, o bem jurídico pode ser definido 'como todo valor da vida humana protegido pelo Direito'. E, como o ponto de partida da estrutura do delito é o tipo de injusto, este representa a lesão ou perigo de lesão do bem juridicamente protegido.

Outros, e como exemplo citamos Mirabette, tratam apenas como objeto jurídico.

Não obstante esta singela controvérsia, é certo que o bem jurídico ou objeto jurídico nos crimes dos artigos 213 e 217-A do Código Penal, é a dignidade sexual.

A importância do bem jurídico é revelada quando verificamos que, na maioria das vezes, ele vem expressamente indicado no Título do Código Penal que abrange os crimes que se relacionam com ele. É assim no Título I, que se refere aos crimes contra a pessoa, no Título II, dos crimes contra o patrimônio, e também o é no Título VI, que disciplina os crimes contra a dignidade sexual.

Renato Marcão e Plínio Gentil⁶⁶ escrevem que:

O que a norma penal visa a proteger é, num sentido estrito, a liberdade sexual, e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual da pessoa.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 261-262.

⁶⁶ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 45 e 36.

Já se disse que a dignidade sexual é uma categoria de difícil apreensão e que deriva de noção maior de dignidade, atributo de todo ser humano, reconhecido por convenções internacionais sobre direitos humanos e pela Constituição brasileira, que a considera fundamento da república. A adjetivação do conceito de dignidade, com o qualificativo sexual, importa em reconhecer *uma determinada dignidade*, aquela em que o respeito alheio é devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste de se autodeterminar relativamente à atividade sexual.

[...] Liberdade sexual é categoria mais concreta, que significa uma esfera de ação em que o indivíduo – é só ele – tem o direito de atuar, e atuar livremente, sem ingerências ou imposições de terceiros. A liberdade de sexual diz respeito diretamente ao corpo da pessoa e ao uso de que dele pretende fazer. Ao punir as condutas que obriguem o indivíduo a fazer o que não deseja, ou a permitir que com ele se faça o que não quer com o próprio corpo, a norma penal está tutelando sua liberdade sexual.

De maneira objetiva Mirabette⁶⁷ se pronuncia que no crime de estupro protege-se "[...] não a simples integridade física, mas a liberdade sexual tanto do homem quanto da mulher, ou seja, o direito de cada indivíduo de dispor de seu corpo com relação aos atos de natureza sexual, como aspecto essencial da dignidade da pessoa humana" e arremata "A evolução dos costumes, que determinou a igualdade de direitos entre homem e a mulher, justificou essa posição".

Guilherme de Souza Nucci⁶⁸ firma seu entendimento da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana constitui princípio regente do ordenamento jurídico, inclusive do Direito Penal. Sob o prisma subjetivo, implica no sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, constituindo presença marcante na formação da sua personalidade...

A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.

[...] Respeitar a dignidade sexual significa tolerar a realização da

⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 2. v., p. 387.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 43.

sensualidade da pessoa adulta, maior de 18 anos, sem obstáculos ou entraves, desde que se faça sem violência ou grave ameaça a terceiros. Sob tal enfoque, torna-se vítima de crime contra a dignidade sexual aquele que foi coagido, física ou moralmente, a participar da satisfação da lascívia do agente, sem apresentar concordância com o ato. Pode, ainda, tornar-se ofendido aquele que, para a satisfação de outro interesse do agente, foi levado a atos sexuais não aprovados.

Não se deve lastrear a dignidade sexual sob critérios moralistas, conservadores ou religiosos. Igualmente, deve-se destacar que dignidade sexual não tem qualquer relação com *bons costumes* sexuais.

A proteção sobre o bem jurídico deve, como se vê, ser ampla, porquanto nos dias atuais a liberdade sexual e a intimidade não podem ficar restritas apenas à escolha do parceiro ou daquilo que com ele se pretende. A dignidade da pessoa humana, da qual faz parte a dignidade sexual, é mais ampla e em todas as suas formas merece a proteção do Estado.

Como uma das missões do direito penal, a proteção ao bem jurídico se dá de maneira coativa e ainda que se conteste o caráter da pena, sua utilidade ou função, é certo que a sociedade dela precisa, que acaba por funcionar como controle social. Na perspectiva da sociedade a pena satisfaz o anseio de justiça da comunidade, para tanto a proteção ao bem jurídico deve ser feita de maneira ampla e a reprovação deve ser na mesma magnitude do bem violado e fatos praticados.

O artigo 213, *caput*, do Código Penal, prescreve que o estupro é "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso"⁶⁹.

Muito embora a conduta seja *constranger*, repare o leitor que esse constrangimento se dá de duas maneiras, mediante violência ou grave ameaça, e os resultados são três, isto é, ter conjunção carnal, praticar outro ato libidinoso ou permitir a prática de outro ato libidinoso.

A conduta *constranger* é empregada pela primeira vez no Código Penal

⁶⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

no artigo 146, crime contra a liberdade individual e chamado de constrangimento ilegal, igualmente cometido com violência ou grave ameaça. No constrangimento ilegal a finalidade pretendida é que a vítima não faça o que a lei permite ou faça o que a lei não manda. O estupro, portanto, é uma forma de crime que também atenta contra a liberdade individual, diferindo do constrangimento ilegal porque naquele o que o agente pretende é a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso.

Constranger significa obrigar, forçar ou impor algo a alguém, representa para a vítima uma violação, circunstância que evidencia, por parte daquela um não querer. O consentimento ou a tolerância da vítima, por óbvio, é incompatível com o constrangimento, por outras linhas, se vontade existia para a prática do ato não há necessidade de se obrigar, forçar ou impor alguma coisa. O raciocínio parece singelo, entretanto, não raro encontramos posicionamentos exigindo a demonstração do dissenso da vítima. Repetimos, se há violência, não se pode falar em voluntariedade para o ato, as duas circunstâncias são absolutamente incompatíveis. A manifestação contrária da vítima após a realização da prática criminosa embora expresse o não querer da vítima, em verdade é a confirmação daquilo que já se verificara antes e que motivou o emprego do constrangimento.

Como contraponto e para enriquecer o debate temos da lavra de Mirabette⁷⁰, que se vale, para o desenvolvimento do raciocínio, de decisões judiciais, o seguinte pronunciamento:

É indispensável para a caracterização do estupro que tenha havido constrangimento mediante violência ou grave ameaça. Exige-se que a vítima se oponha com veemência ao ato sexual, resistindo com força e energia, em dissenso sincero e positivo. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa puramente verbal, uma oposição passiva e inerte ou meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia. Deve-se configurar, portanto, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer, que a vítima seja obrigada, forçada, coagida, compelida à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso... diz Fragoso “Não se deve, porém, tomar por adesão da vítima o abandono de si mesma por exaustão de forças trauma psíquico ou

⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 2. v., p. 391.

inibição causada pelo medo”.

A manifestação da contrariedade é resquício de uma doutrina retrógrada e um posicionamento absolutamente inadequado, resultado de uma sociedade ainda machista, em que a mulher não é tratada de maneira igualitária. É a falta de compreensão desta característica que se encontra por trás de algumas discussões referente à possibilidade de ser a mulher casada ou que comercializa o corpo sujeito passivo do crime, quando envolver o marido, no primeiro caso, ou qualquer um em relação ao segundo.

De Cezar Roberto Bitencourt⁷¹ extraímos:

A ordem jurídica não pode exigir de ninguém a capacidade de praticar atos heróicos. Também aqui vigem os princípios da *proporcionalidade* e *razoabilidade*, recomendando-se, concretamente, a avaliação da correlação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. Assim, não é necessário que se esgote toda a *capacidade de resistência da vítima*, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça... Exige a lei que a resistência da vítima à consumação seja sincera, mas não exige que se prolongue até o desfalecimento. (*sic*)

Nucci⁷² sobre esse aspecto entende:

Não se demanda a brava resistência ou resistência heróica da vítima, consistente em sofrer várias lesões corporais ou ser submetida a gravíssima ameaça para que sucumba aos caprichos do agressor... Deve-se valer o juiz do critério da razoabilidade, buscando detectar, no cenário da violência ou grave ameaça, o que é capaz de anular a vontade da vítima, cortando-lhe a resistência para o ato sexual. (*sic*)

É certo que os pronunciamentos serão aprimorados. Não há, sem dúvida, qualquer razão para que a vítima, constrangida com o uso de uma arma de fogo, por exemplo, esboce qualquer reação. Aliás, é melhor que ela não faça nenhuma. Quando existentes características de risco de agressão iminente ou mediante a prática de ameaça, recomenda-se a inércia da vítima.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 4. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51-52.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 52.

Ainda no tocante à discutível reação da vítima, antes, durante ou depois da realização do ato, também não se pode ser admitida em situações de abuso sexual intrafamiliar. Como esperar que uma criança reaja a uma investida de um parente seu? E se ele for seu pai? E se o seu pai for aquele que sustenta, não só a vítima, mas toda a família? E se houver convivência de outros familiares, às vezes da própria mãe? A defesa de qualquer reação, ainda que seja um simples inconformismo, em algumas situações é margear o absurdo. Uma menina recém ingressada na adolescência, e isso na prática é possível, que relata para colegas de escola violência sexual praticada por parente seu e, depois disto, desencadeia uma série de providências que culminam com a descoberta do crime e identificação do autor, pode não ser reconhecida como vítima porque durante o tempo em que as práticas ocorreram e sua manifestação sobre elas esteve silente e, portanto, reação nenhuma teve? A resistência ou qualquer oposição da vítima para o ato não é requisito do crime. Ainda que ela possa servir para afastar a conduta, sua falta não impede a caracterização do tipo penal, independentemente se ele for do artigo 213, *caput*, ou do artigo 217-A, do Código Penal.

A violência se caracteriza pelo emprego da força física, ilegítimo e arbitrário, para vencer a resistência da vítima. É a contraposição da violência privada exercida contra a liberdade pessoal. Como expressão sinônima temos a locução latina *vis corporalis*.

O emprego desta força física pode se dar contra a própria vítima ou contra terceiro. Há certa controvérsia se a violência contra coisa ou não humanos (animais, por exemplo) pode caracterizar o requisito para o estupro. André Estefam⁷³ entende que uma violência com essas características se transmuda em grave ameaça. Cezar Bitencourt⁷⁴ admite, como requisito do crime, a violência contra coisa. O mundo moderno, ignorado por alguns, revela cada vez mais ligações afetivas entre homem e animal, em que o sentimento em muito se assemelha com aquele experimentado

⁷³ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. 3. v. p. 144.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 4, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

entre humanos, neste caso, qualquer violência praticada contra o animal é capaz de romper com as barreiras da vítima e possibilitar o resultado criminoso. Como não reconhecer o crime?

O outro modo de constrangimento, no crime do artigo 213, *caput*, do Código Penal, se dá através da grave ameaça, também conhecida como violência moral ou *vis compulsiva*.

A exemplo da violência, antes abordada, a grave ameaça também vem presente, pela primeira vez no Código Penal, no artigo 146, crime chamado de constrangimento ilegal, e em muito se assemelha com aquela que encontramos no dispositivo objeto de análise neste trabalho. A figura penal prevista no artigo 147, apenas para efeito de informar nosso leitor, é um pouco mais distante, porquanto neste crime não se exige que ela seja *grave*.

A ameaça é a promessa de se praticar contra o ameaçado qualquer mal. O direcionamento de uma ameaça contra alguém influencia de maneira a produzir neste último uma reação de medo, diminuindo-lhe a capacidade de resistência. Para que a ameaça, neste caso, seja reconhecida como idônea ela efetivamente deve levar à vítima o temor que o mal prometido seja concretizado. Atendem que não estamos dizendo que ela, a ameaça, deva se concretizar, porém, como ela atua no psicológico da vítima é necessário que o mal prometido possa ser concretizado. O temor na concretização do mal quebra as barreiras da resistência e acaba por permitir ao agente a realização da conduta criminosa. A ameaça exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou diminuindo a vontade e o querer do ameaçado, procurando, assim, viabilizar o ataque com a diminuição de eventual resistência da vítima.

Não basta que seja apenas uma ameaça, ela precisa ser grave, isto é, o mal prometido à vítima deve ser de tal importância que a capacidade de resistência efetivamente seja comprometida. Na prática o mal prometido supera aquele que, efetivamente se quer alcançar, como exemplo, ameaçar a vítima do estupro de morte. O mal prometido é maior que a própria conjunção carnal ou outro ato

libidinoso diverso. Para tanto se deve levar em conta as condições pessoais da vítima.

O mal prometido, além de futuro, deve ser imediato e determinado.

O mal que não pode ser definido, ou é vago, não tem o condão de coagir, não é apto a produzir alteração psicológica na vítima facilitando a prática do agente. Um homem de 1,50m (um metro e cinquenta centímetros) de altura, com peso de 55 kg (cinquenta e cinco quilos) e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, que ameaça uma mulher 45 cm (quarenta e cinco centímetros) maior, 40 kg (quarenta quilos) mais pesada e com menos da metade da idade, de que irá contra ela fazer alguma coisa, não se enquadra dentro dos moldes preconizados pelo artigo 213, *caput*, do Código Penal. As condições pessoais da vítima são de primazia e a ameaça feita não é grave, não é imediata, tampouco determinada.

Pouco importa para o *caput*, do artigo 213, do Código Penal, que a ameaça seja justa ou injusta. “O mal pode até mesmo ser permitido pelo direito positivo, não lhe retirando isto o caráter de grave, se sua dimensão for tal que seja capaz de pesar para a vítima mais negativamente do que o mal representado pelo estupro”⁷⁵.

O que fica evidente é que o mal, justo ou injusto, deve representar um dano maior do que se entregar às vontades do agente criminoso, caracterizando, com isso, a gravidade da ameaça. O mal pode ser justo, como por exemplo, uma prisão de uma criminosa, mas o fundamento que leva o agente a prometer-lo ou o método utilizado podem não sê-lo.

Como última característica necessária à grave ameaça, ela deve ser idônea. A verossimilhança, a possibilidade de que ela efetivamente ocorra aliada à seriedade por parte do agente criminoso, tornam a ameaça efetiva, concreta e suficiente para caracterizar o constrangimento de que trata o artigo 213.

⁷⁵ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 75.

Na verificação da grave ameaça obrigatoriamente devem ser levadas em conta as condições de tempo, lugar, meios de execução e instrumentos para a concretização do crime. Essas variantes são determinantes não somente para a verificação das características da ameaça, mas influenciam também no comportamento da própria vítima, inclusive sua resistência ou não. Assim, as condições de tempo, lugar, meios de execução e instrumentos são determinantes na análise de todo o crime, ainda que toquem de maneira mais particular alguns de seus elementos.

2.2 A NOVA CONFIGURAÇÃO DO ESTUPRO, O DOLO E A CONSUMAÇÃO

O elemento subjetivo indicado no estupro é a vontade de constranger a vítima, mediante violência ou grave ameaça, à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso.

André Estefam⁷⁶ entende que não há qualquer outro requisito no dolo, não sendo necessária a demonstração de que o agente tinha intenção de satisfazer sua lascívia ou desejo sexual. O mesmo posicionamento também é adotado por Mirabete⁷⁷.

A experiência adquirida ao longo dos anos nos permite afirmar que o cuidado na determinação do elemento subjetivo deve ser extremo, e a inclusão do falecido atentado violento ao pudor no crime de estupro aumentou esse rigor. Cuidado este que igualmente deve ser estendido quando de uma eventual análise do crime previsto no artigo 217-A.

O dolo é um requisito de natureza subjetiva, que indica a intenção do agente. Além de revelar a consciência sobre a ilicitude da conduta, evidencia o conhecimento do agente entre sua ação e o resultado almejado. Este dolo, chamado de genérico, contrapõe-se ao dolo específico, que é aquele em que o agente, além da vontade, acrescenta uma finalidade especial. Não é isto que encontramos no

⁷⁶ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 3. v., p. 148.

⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 2. v., p. 392.

dispositivo ponto central de nossa análise. Não obstante, é preciso ir além.

Renato Marcão, Guilherme de Souza Nucci, Cezar Roberto Bitencourt, entre outros, se amparam em posição adotada por Magalhães Noronha⁷⁸ que leciona que

não constitui ele (o fim do agente) o elemento subjetivo do crime, que reside na intenção do sujeito ativo. O elemento psíquico do delito está em querer o delinqüente praticar um ato libidinoso que atenta contra o pudor sexual da vítima. O motivo em mira pode ser outro, como o desprezo, o ridículo da vítima, mas a intenção é sempre a mesma: praticar um ato que lesa o pudor. A disponibilidade carnal, ou a liberdade sexual do ofendido, não é menos agravada porque o fim do agente não era a lascívia.

Citado por Renato Marcão e Plínio Gentil, Moura Teles sustenta que nem sempre o ato, apesar de sua aparência externa, é cometido com o fim libidinoso, "o ato é libidinoso, mas o agente pode tê-lo praticado com a finalidade de humilhar e não para satisfazer a sua libido"⁷⁹.

É preciso lembrar que o ato foi precedido do emprego de violência ou grave ameaça, assim, a satisfação de interesse de outra natureza não tem o condão de afastar a incidência do estupro. Magalhães Noronha⁸⁰ se referindo à liberdade sexual da vítima, conclui que "aquele bem {não} pode ficar à mercê de um elemento que, muitas vezes, só do próprio criminoso é conhecido. Muitas vezes não lhe seria difícil alegar que o fim era injuriar a vítima e não saciar a luxúria".

Cezar Bitencourt⁸¹ leciona:

Com efeito, a despeito da divergência doutrinário-jurisprudencial, é necessário o elemento subjetivo especial do injusto, ou seja, o especial fim de constranger a vítima (homem ou mulher) á prática de ato de libidinagem, sob pena de não se configurar o crime. Contudo, é desnecessária a finalidade de satisfazer a própria lascívia para caracterizar o crime, que existe, por exemplo, no crime descrito no art.

⁷⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 29. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1991. 3. v. p. 99.

⁷⁹ MOURA TELES, Ney. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2004. 3. v., p. 72.

⁸⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**, 3. v. p. 99.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 4, p. 54.

218-A.

Como um dos requisitos do tipo penal, é preciso que não se perca da memória, o dolo deve ficar demonstrado e sua presunção é abominada pelo Direito Penal. É certo que em casos de atos sexuais propriamente ditos a caracterização da intenção do agente fica facilitada, entretanto, há situações em que a dúvida é presente e, apenas para informar ao leitor, outras figuras penais de menor destaque poderão restar caracterizadas. Logo, a verificação do elemento subjetivo revela uma importante etapa na constatação do tipo penal.

A consumação, segundo o artigo 14, inciso I do Código Penal, se dá quando estão presentes todos os elementos da definição legal. O crime está consumado quando tipo está inteiramente realizado, o fato concreto se subsume no tipo abstrato da lei penal. É a última fase do agir do criminoso, é o encerramento do *iter criminis*.

No estupro a consumação se dá com conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso. A conjunção carnal se concretiza com introdução, completa ou não, do pênis na vagina da mulher, não sendo necessária nenhuma outra circunstância. Em relação ao outro ato libidinoso, a consumação se dá com a prática deste.

A questão na prática não é tão simples. Muitas das vezes os atos que antecedem a cópula vaginal já se constituem atos libidinosos, e como enfrentar a controvérsia entre se considerar o ato libidinoso consumado ou a tentativa de estupro?

O contato dos órgãos genitais e até mesmo o atrito do membro viril contra a vulva da vítima, exemplo citado por Magalhães Noronha⁸², deve ser classificado de qual forma? A tendência era de considerar a hipótese como tentativa de estupro, desde que o agente fosse interrompido por circunstâncias alheias a sua vontade.

⁸² NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 3. v. p. 83.

Hoje, com a conjunção carnal e os atos libidinosos açambarcados todos, em igualdade de condições e com idênticas penas, por um único tipo penal, parece-nos mais adequado considerar qualquer ato libidinoso, ainda que integrante do prelúdio do almejado coito vaginal, como capaz de ensejar a consumação do delito de estupro, pois não é possível que o agente não tenha agido com lascívia ao praticá-lo e, ao fazê-lo, embora na busca por outro fim igualmente lascivo, claramente já completou a execução de uma das modalidades de conduta previstas pelo tipo legal, especialmente levando em conta que, segundo já observado, não é exigível um dolo específico para a prática do ato libidinoso⁸³.

Para Nucci⁸⁴, a tentativa no crime do artigo 213, *caput*, do Código Penal, embora admitida, é de difícil configuração.

Afinal, qualquer toque libidinoso mais intenso já é suficiente para permitir a consumação do delito. A esfera da tentativa delineia-se em torno do constrangimento, sem haver conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso. Ilustrando, o agente pode obrigar a vítima a acompanhá-la a local ermo, com a finalidade de estuprá-la, sendo detido antes que ela se despidesse, ou durante este ato⁸⁵.

Ao fazermos referência a uma das fases do *inter criminis*, não podemos deixar de consignar a possibilidade do reconhecimento da tentativa, disciplinada no artigo 14, inciso II do Código Penal, que é, depois da alteração legislativa, de difícil ocorrência. Reza o dispositivo regulador da tentativa que por circunstâncias alheias à vontade do autor, a execução do crime pode ser interrompida, impedindo-se a consumação. É preciso, diante disso, que nenhum ato realizado durante a fase de execução do crime se constitua ato libidinoso, porquanto, ainda que interrompida a ação do agente criminoso, a figura penal já estará consumada.

A solução apregoada por André Estefam⁸⁶ é cristalina e pertinente. "O delito se consuma com a prática do primeiro ato libidinoso envolvendo a vítima".

Além da discussão que se faz acerca da tentativa, é oportuno registrar que há uma figura contravencional da importunação ofensiva ao pudor, que tem

⁸³ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 110.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 59.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 59.

⁸⁶ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 3. v. p. 149.

como maior diferença com o estupro a realização deste último com violência, física ou moral. Aqui da mesma forma é preciso uma análise criteriosa, porquanto a diferença entre a reprimenda é acentuada. A contravenção é infração de menor potencial ofensivo e o tratamento legal dado a ela desde a apuração, mediante a formalização de termo circunstanciado, até a condenação, em que se procura a não aplicação de pena privativa de liberdade, revela o cuidado que o intérprete precisa ter na adequação típica que realizar.

2.3. A DIVERSIDADE DE RESULTADOS

Questão tormentosa de enormes controvérsias na vigência da lei anterior, a discussão sobre o concurso de condutas se agravou com a atualização do dispositivo.

O Código Penal trata nos artigos 69, 70 e 71 de espécies de ocorrências de mais de uma conduta criminosa. O concurso de crimes ocorre quando mediante uma ou mais condutas são praticados dois ou mais delitos. Há situações, ainda, que se constituem em conflito aparente de normas, quando uma só conduta pode ser aplicada ante várias normas penais incriminadoras.

Os crimes quanto à conduta típica, se subdividem em razão do comportamento nuclear e em razão à pluralidade de verbos nucleares. Nestes últimos encontramos os crimes de ação simples, assim chamados aqueles que possuem apenas um verbo nuclear, e os crimes de ação múltipla, também chamados de conteúdo variado, que são aqueles que possuem dois ou mais verbos nucleares descritos no tipo penal.

Há figuras penais que descrevem em um mesmo dispositivo várias condutas que igualmente suscitam a discussão, tal como ocorre com o *caput* do artigo 213 do Código Penal. Aqui encontramos pelo menos três condutas, a saber, constranger alguém à prática de conjunção carnal, constranger alguém a praticar ato libidinoso e constranger alguém a permitir que com ele se pratique ato libidinoso. É

bem verdade que há raciocínio indicando que a conduta é sempre única, o resultado, conjunção carnal ou outro ato libidinoso é que pode variar ou ser sequencial.

Ao abordar o tipo penal em apreço, Mirabete⁸⁷ esclarece:

Entendemos que o art. 213 descreve um tipo misto cumulativo, punindo, com as mesmas penas, duas 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 técnica legislativa, resultando na concisão propiciada pelo conteúdo das duas figuras típicas. A prática de uma ou de outra conduta configura o crime de estupro e a realização de ambas enseja a possibilidade de concurso de delitos. Trata-se, em realidade, de crimes distintos, embora da mesma espécie, punidos um único dispositivo. A caracterização ou não do concurso de crimes ou da continuidade delitiva no estupro, dependerá, entretanto, do contexto fático em que as ações forem praticadas.

Logo após a entrada em vigor da mudança legislativa, a doutrina se apressou em considerar o crime de estupro como um crime misto alternativo, ou seja, a prática de conjunção carnal e atos libidinosos diversos, no mesmo contexto fático, seria sempre crime único, o que nos parece um grande equívoco, ainda que respeitável o fundamento usado, o adjetivo realmente deve ser aplicado porquanto a vingar este posicionamento, não apenas o bem jurídico, duplamente atingido, seu princípio norteador é golpeado de maneira fatal e as vítimas são solenemente ignoradas e colocadas à margem da análise.

A estrutura do tipo penal é mista alternativa, envolvendo a conjugação do verbo principal *constranger*, com as condutas associativas complementares: a) ter conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso; c) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Logo, cuidando-se do mesmo cenário, contra a mesma vítima, ter apenas conjunção carnal ou praticar conjunção carnal e outro ato libidinoso implica no cometimento de *delito único*⁸⁸.

Para André Estefan⁸⁹ o estupro é "crime de comportamento único (embora onimodo) e não, como sustentam alguns autores, tipo misto (alternativo ou

⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 2. v. p. 388.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 47.

⁸⁹ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 3. v. p. 144.

cumulativo)", o que revela na prática a mesma conclusão de Nucci, porque um pouco mais a frente o autor, ao se referir à prática de mais de um ato no mesmo contexto, conclui que estaremos diante de um crime único.

Essa solução não nos parece a melhor. Diante da natureza do bem jurídico protegido, a liberdade sexual individual como aspecto da dignidade sexual, e da redação dada ao tipo, que mantém a distinção entre a conjunção carnal e outros atos libidinosos, é possível inferir não apenas que a prática de cada ação típica é suficiente para provocar lesão ao bem jurídico protegido, mas, também, que a realização de ambas configura, em princípio, dúplice violação à liberdade sexual da vítima, ofendendo mais gravemente a sua dignidade sexual. Pesa, ainda, em desfavor dessa interpretação, no sentido da alternatividade do tipo, a inexistência de qualquer indício no processo legislativo de que fosse intenção do legislador punir mais brandamente os crimes sexuais do que o fazia na lei anterior. A mesma solução que implica na inadmissibilidade do concurso e da continuidade delitiva num único contexto fático, enseja tratamento punitivo igualitário a condutas bastante diversas em termos de gravidade, independente do número e da natureza dos atos sexuais violentos praticados, equiparando, por exemplo, a conduta de quem, com violência, acaricia as partes pudicas da vítima àquela outra na qual o agente, após assim agir, força-a à conjunção carnal por diversas vezes, e, subseqüentemente, a outros atos libidinosos como as cópulas oral e anal. A margem, relativamente estreita, mantida entre as penas mínima e máxima cominadas para do delito (6 a 10 anos), não corrobora, a nosso ver, essa orientação⁹⁰. (*sic*)

Tal controvérsia também é verificada em decisões, conforme se pode aferir nos Habeas Corpus 86.110/SP, 99.265/SP e 102.355/SP do Supremo Tribunal Federal, que admitiram ser o estupro crime misto alternativo; e Habeas Corpus 104.724/MS e 78.667/SP, do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceram que o tipo é misto cumulativo.

Reza o artigo 213, § 1º, do Código Penal⁹¹ que "Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos".

⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 2. v. p. 389.

⁹¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

O parágrafo segundo, a seu turno, dispõe: "Se da conduta resulta morte".

São três as hipóteses, iniciando pelo constrangimento de alguém, mediante violência, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, resultando lesão corporal de natureza grave. Neste tópico importa saber o que é lesão corporal grave e, fonte de controvérsia, qual o elemento subjetivo exigido.

O próprio Código Penal, em seu artigo 129, § 1º, relaciona o que é lesão corporal grave, a saber, aquela que resulta: incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; e, aceleração de parto. A falta de capacidade para o desempenho de qualquer atividade corporal costumeira, que pode ser ou não ligada ao trabalho, pelo período mínimo de 30 dias, caracteriza a primeira hipótese. No perigo de vida é relativa a probabilidade real de que a lesão corporal praticada poderia levar a vítima à morte. O perigo deve estar presente e devidamente aferido por profissional. Logo, não é suficiente que a lesão tenha sido produzida em área do corpo de risco, é necessária a verificação que dela efetivamente a vítima estava com a sua vida em perigo. A debilidade, de que trata o inciso III, é a diminuição ou enfraquecimento da capacidade funcional do membro, sentido ou função, e a permanência revela uma dificuldade na recuperação. A aceleração do parto se dá em razão da lesão e o feto é expulso antes da época prevista para o nascimento, em síntese, o parto se dá de maneira prematura.

Adverte André Estefam⁹² que

[...] referido resultado deve envolver o sujeito passivo do crime contra a dignidade sexual (e não terceiro, como o policial que intervém no ato para prender o estuprador e acaba morto na troca de tiros com este). Se ocorrer lesão corporal grave ou morte da terceira pessoa haverá concurso material de delitos.

Muito embora o Código Penal não tenha previsto de maneira expressa a

⁹² ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 3. v. p. 150-151.

eventual ocorrência de lesão corporal gravíssima, prevista no § 2º do artigo 129, (se resulta: Incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização do membro, sentido ou função; deformidade permanente; e, aborto) como circunstância que igualmente eleva a pena do crime de estupro, fica claro que em tal hipótese o enquadramento típico será aquele do § 1º. Neste sentido,

A locução “lesão corporal de natureza grave” deve ser interpretada em sentido amplo, para abranger tanto as lesões graves (artigo 129, § 1º) quanto as gravíssimas (artigo 129, § 2). É indispensável, evidentemente, que a gravidade da lesão seja comprovada mediante perícia. No entanto, a lesão corporal de natureza leve (artigo 129, caput) é absorvida pela previsão do caput do artigo 213, subsumindo-se na elementar normativa ‘violência ou grave ameaça’⁹³.

A aplicação deste dispositivo, assim como o parágrafo segundo, suscita controvérsia quanto ao elemento subjetivo do agente criminoso.

A doutrina concebida por autores em cena há mais tempo sustenta que o elemento subjetivo do agente criminoso, no caso dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 213 do Código Penal, referente às lesões ou a morte, disposições idênticas àsquelas previstas nos mesmos parágrafos do artigo 217-A, deveria se atuar como preterdolo. Vale dizer, a ação do estupro, o constrangimento, seria movido pelo dolo e o resultado, lesão corporal ou morte seriam decorrentes de uma culpa por parte do criminoso.

Antes de adentrarmos na discussão referente a este tópico, o leitor precisa ser informado, de maneira objetiva, acerca de expressões envolvidas na temática. “[...] age dolosamente a pessoa que, tendo consciência do resultado, pratica sua conduta com a intenção de produzi-lo”⁹⁴, é o chamado dolo direto, segundo a teoria da vontade, que é aquela acolhida por nosso Código Penal. Além disso, baseado na teoria do consentimento ou assentimento, temos o dolo eventual, que é o agente agir consentindo na produção do resultado, que é previsível.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 4, p. 54.

⁹⁴ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 1. v. p. 197.

O chamado preterdolo não é uma variação de um elemento subjetivo. Luiz Flavio Gomes e Antônio Garcia-Pablos de Molina trazem um conceito: "Dolo+Culpa: ocorre o crime preterdoloso (ou preterintencional) quando o agente pratica dolosamente um fato anterior do qual decorre um resultado posterior culposos. No crime preterdoloso há dolo no fato precedente e culpa no resultado subsequente"⁹⁵. (*sic*)

Mirabete⁹⁶ informa que:

Solução diversa é a que reconhece no estupro qualificado pelo resultado um delito preterintencional, na continuidade do entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante antes da Lei n. 12.012/2009. Assim, a lesão grave que qualifica o estupro seria somente aquela que se pode atribuir a título de culpa. Se o agente atua com dolo, direto ou eventual, em relação à lesão grave ou morte, deve responder pelos delitos de estupro (art. 213, caput) e de lesão grave (art. 129, §§ 1º ou 2º) ou homicídio (art. 121, caput, e §2º), em concurso. Quando do exame do nexos causal, observamos que a conduta a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 213 é a conduta de estupro, descrito no caput. Conduta no sentido técnico e finalístico, é o comportamento humano consciente dirigido a determinada finalidade. Assim, se, no contexto fático do estupro, o agente atua dolosamente (dolo direto ou eventual) em relação à lesão grave ou morte, pratica além do crime sexual, conduta distinta e por ambos os crimes deve responder em concurso (estupro e lesão corporal grave ou homicídio). Nesse caso o resultado lesivo não decorre da conduta do estupro, mas de conduta distinta que configura crime diverso, devendo-se afastar a qualificadora diante dos próprios termos do dispositivo legal (art. 213, §1º, 1ª parte, e §2º). Deve-se observar que essa orientação, diante do tratamento punitivo conferido pelo legislador preserva, em todas as hipóteses, a proporcionalidade devida entre a gravidade do fato e a pena cominada e baliza, com maior suficiência, a atividade do juiz no processo de individualização da pena.

Para o autor logo acima citado, se o agente, no mesmo contexto fático do estupro, agindo também com o dolo de matar, decidir eliminar a vítima, a solução mais adequada será responsabilizá-lo pelo estupro e o homicídio em concurso de crimes.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio; PABLOS DE MOLINA, Antônio García. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 2. v. p. 422.

⁹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 2. v. p. 396.

A posição de Mirabete também é seguida por Fernando Capez⁹⁷.

A contrariedade é feita de maneira a admitir que não importa o elemento subjetivo do resultado que eleva pena, o crime será aquele previsto nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 231 do Código Penal.

Neste sentido encontramos o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci⁹⁸:

Comete estupro, e, da conduta, provocar a morte da vítima permite a configuração de outra figura do crime qualificado pelo resultado, com pena de reclusão, de doze a trinta anos.

Note-se que a lei menciona o termo conduta, valendo para o constrangimento com violência ou grave ameaça, indiferentemente.

Espera-se que, com a nova redação do tipo penal, supre-se a anterior discussão a respeito do elemento subjetivo vinculado ao resultado qualificador. Defendemos tratar-se de crime qualificado pelo resultado, cuja finalização (resultado mais grave) pode ser atingida pelo agente, nos termos do art. 19 do Código Penal, tanto por dolo quanto por culpa.

Há quem sustente, no âmbito dos delitos sexuais, para a configuração do resultado qualificador, a incidência somente de culpa. Havendo dolo, deveria existir concurso de crimes (o estupro associado a lesão grave ou homicídio). Temos por certa a ideia de que todo resultado qualificador por ser lançado por dolo ou culpa, exceto quando o legislador deixa bem clara a exclusão do dolo, tal como fez no art. 129, §3º, do Código Penal. No mais, como se dá no contexto do art. 157, §3º, do CP, o resultado qualificador pode ser atingido como dolo ou culpa, mantendo-se a figura do crime qualificado como resultado.

Solução intermediária é proposta por Cezar Roberto Bitencourt⁹⁹:

Os parágrafos do art. 213 dispõem: se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos, a pena é de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos (§1º); se da conduta resulta morte, a reclusão é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (§2º).

⁹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 3. v. p. 48.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 62/63.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 4, p. 53-54.

[...] As duas hipóteses (relativas à violência) elencadas no dispositivo em exame caracterizam condições de exasperação da punibilidade em decorrência da efetiva gravidade do resultado. Comparando o texto legal com outras previsões semelhantes do Código Penal (v.g., arts. 157, §3º, 158, §§2º e 3º) - “se da violência resulta lesão corporal grave” ou “se resulta morte” -, constata-se que, pela técnica legislativa empregada, pretendeu o legislador criar duas figuras de crimes qualificados pelo resultado, para alguns, crimes *preterdolosos*, para outros.

[...] Com efeito, se o agente houver *querido* (dolo direto) ou *assumido* (dolo eventual) o risco da produção do resultado mais grave, as previsões destes parágrafos não deveriam, teoricamente, ser aplicados. Haveria, nessa hipótese, *concurso material de crimes* (ou formal impróprio, dependendo das circunstâncias): o de natureza sexual (*caput*) e o resultante da violência (lesão grave ou morte). Curiosamente, no entanto, se houver esse *concurso de crimes dolosos*, a soma das penas poderá resultar menor do que as das figuras qualificadas, decorrente da desarmonia do sistema criada pelas reformas penas *ad hoc*. Por essas razões, isto é, para evitar esse provável paradoxo, sugerimos que as qualificadoras constantes dos §§ 1º e 2º devem ser aplicadas, mesmo que o resultado mais grave decorra de dolo do agente. Parece-nos que essa é a interpretação mais recomendada nas circunstâncias, observando-se o *princípio da razoabilidade*.

O dissídio se firmou e não há posição prevalente.

Ainda em relação a causas que elevam a pena do estupro para um patamar de até 12 (doze) anos, temos a idade compreendida entre maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos.

A razão que justifica a qualificadora é exatamente o fato de ser o ofendido menor de dezoito anos, portanto presumidamente menos capaz de discernir e de resistir, assim como se estabeleceu ser a condição do penalmente menor inimputável porque supostamente ainda não estando plenamente desenvolvido mentalmente.¹⁰⁰

A questão parece singela, apenas por um senão.

No tópico a seguir iremos tratar do estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, que possui dentre os seus sujeitos passivos o menor de 14 (catorze) anos. Aqui, no estupro com pena aumentada, a lei fala em maior de

¹⁰⁰ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 127.

14 (catorze). Como ficaria a classificação do crime quando a vítima for abusada no dia do seu décimo quarto aniversário?

Damásio de Jesus indica que

[...] deve incidir a qualificadora do artigo 213, sob pena de se recair no absurdo de considerar o ato estupro simples. Explica-se: se alguém for vítima do crime no dia de seu 14º aniversário (pela literalidade do texto), não há estupro de vulnerável (artigo 217-A) ou estupro qualificado (artigo 213, § 1º). Se a infração ocorrer um dia depois, todavia, incide a circunstância mencionada, submetendo o agente a uma pena maior. Essa exegese é absurda e deve ser corrigida mediante a interpretação sistemática e teleológica do Texto Legal¹⁰¹.

Idêntico caminho é trilhado por André Estefam em seu livro *Crimes Sexuais*¹⁰².

2.4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A criação de um tipo específico que substitui a antiga redação do revogado artigo 224 do Código Penal, é, juntamente com a fusão dos extintos estupro e atentado violento ao pudor, uma profunda modificação trazida com a Lei n. 12.015/09.

Na redação anterior, o Código Penal disciplinava que o estupro quando praticado contra vítima não maior de 14 (catorze) anos; alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; ou, não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência, o crime de estupro seria considerado praticado com presunção de violência, afastando, portanto, a necessidade da verificação do requisito do constrangimento mediante violência ou grave ameaça.

O Capítulo II do Título VI da Parte Especial do Código Penal passou a dispor dos crimes sexuais contra vulnerável em substituição ao agora revogado

¹⁰¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

¹⁰² ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

artigo 224.

Com o advento da Lei n. 12.015/09 o Código Penal¹⁰³ passou a reger:

Artigo 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Dentre os inúmeros aspectos de destaque do dispositivo, aquele que chama a atenção desde o início da análise do tipo é a ideia de vulnerabilidade. Vulnerável em linguagem coloquial tem o significado de frágil, enfraquecido ou combalido. Revela uma situação de inferioridade.

No dizer do Código Penal, vítima vulnerável é aquela que não é maior de 14 (catorze) anos, ou por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Incluído no Título VI, o estupro de vulnerável tutela a dignidade sexual de pessoas em situação de fragilidade em razão de sua idade ou condição pessoal. Mas em relação aos menores de idade a lei procura permitir o

[...] livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual, promovendo seu crescimento sadio e equilibrado no que diz respeito ao tema. Trata-se da normatização da crença de que, até atingir um determinado grau de desenvolvimento psicológico, deve-se preservar o menor dos perigos inerentes ao ingresso prematuro na vida sexual¹⁰⁴.

Renato Marcão e Plínio Gentil¹⁰⁵ lecionam que o estupro de vulnerável

¹⁰³ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

¹⁰⁴ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 3. v. p. 165.

¹⁰⁵ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 187.

tutela, "[...] de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual".

O primeiro critério de vulnerabilidade ligado à idade, com disposição semelhante quando tratava da presunção de violência, suscita controvérsia quanto a ser ele relativo ou não, discussão que já existia outrora e que ainda persiste. Na prática, o que se pretende resolver é a possibilidade do menor em consentir o ato, ou por outro motivo, poder se afastar o critério e reconhecer a conduta de ter relação sexual com um menor de 14 (catorze) anos como lícita.

Mirabete¹⁰⁶ sustenta que o fator cronológico para a definição da vulnerabilidade é absoluto, não admitindo nenhuma variação.

Diante da redação do art. 217-A, não há mais que se cogitar de presunção relativa de violência (item 23.1.1), configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos, ainda quando constatado, no caso concreto, ter ele discernimento e experiência nas questões sexuais. É irrelevante também se o menor já foi corrompido ou exerce a prostituição, porque se tutela a dignidade sexual da pessoa independente de qualquer juízo moral.

Renato Marcão, Plínio Gentil e Fernando Capez se aliam a mesma corrente de Mirabete.

Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁷ admite uma posição intermediária quando sustenta a relativização para menores maiores de 12 (doze) anos e menores de 14 (catorze) anos de idade. Abaixo dos 12 (doze) anos a proteção à criança deve ser total e não deve ser relativizada.

André Estefam e Cezar Roberto Bitencourt, em rumo diverso, se pronunciam que a idade da vítima não pode ser analisada como critério absoluto.

¹⁰⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 2. v. p. 409.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 102.

Colhemos de André Estefam¹⁰⁸:

Pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual. Justamente por essa razão, entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos com 12 anos já completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua “dignidade sexual”). A mudança do nome dado ao título, que deixou de proteger os “costumes”, não pode “passar impune”; é dizer, não ofende a dignidade sexual de um adolescente prestes a completar 14 anos o fato de manter, voluntariamente, relações íntimas com uma mulher... a exegese das normas penais não pode se dar, jamais, alijada de uma visão constitucional e, notadamente da correta delimitação do valor protegido (objetividade jurídica) pela disposição. É por essa razão que entendemos, a despeito da peremptoriedade do Texto Legal, que nem todo contato sexual com menor de 14 anos ingressará na tipicidade (material) da norma. É a mens legis que se sobrepõe à mens legislatoris.

Cezar Bitencourt¹⁰⁹ traz a baila decisão do Supremo Tribunal Federal que, nas palavras do autor, é antológica e paradigmática, destacando a fala do Ministro Marco Aurélio de Melo:

A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público” (HC, STF 73.662/MG, 2ª Turma, j. em 21.5.2005)... Embora tenha-se utilizado outra técnica legislativa, qual seja, suprimir a previsão expressa da presunção de violência, certamente, a interpretação mais racional deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF, qual seja, examinar caso a caso, para se constatar, in concreto, as condições pessoais de cada ofendida, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea.

A decisão antes trazida foi proferida ainda na vigência da lei revogada, sem que isso para o autor a invalide.

¹⁰⁸ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 3. v. p. 167.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 4, p. 98.

Embora reconheçamos a força do dispositivo que, efetivamente, pretende afastar qualquer questionamento sobre o caráter da condição, é certo que a melhor solução deve analisar todas as variantes colocadas. De modo bastante prático a aproximação do texto legal com a realidade é que deve definir a incidência do dispositivo. A sua aplicação pura e simples, sem qualquer variante, nos parece temerária.

Ao realizarmos o estudo preparatório para este trabalho, não podemos, quando da sua concretização, esquecermos-nos de experiências vividas ao longo de atividade ligada ao Direito. É absolutamente certo que há situações em que nenhum questionamento é feito, nem deveria, sobre a relativização ou não do fator idade e como exemplo podemos citar a violência sexual praticada contra uma criança de 5 (cinco), 6 (seis), 7 (sete) ou 8 (oito) anos de idade. Todavia, o Brasil é um país de dimensões continentais, de hábitos e culturas variadas. Não raro nos deparamos com situações já consolidadas, há tempos, de relação conjugal com menores, normalmente, meninas, com o consentimento dos pais, com o nascimento de filhos etc. Aqui, e apenas para destacar uma situação hipotética, seria o caso de iniciarmos uma ação penal, processarmos o pretenso abusador e depois condená-lo? A solução, e disso não há dúvidas, não é única e sofrerá uma grande variação. O que não se pode fazer é interpretarmos a conduta sem nos atentarmos para todas as suas nuances e consequências.

É preciso fazer uma escolha. Como escreve Lênio Streck¹¹⁰, que ela seja devidamente fundamentada, “[...] traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição¹¹¹”.

No que se refere às condições de vulnerabilidade previstas no § 1º, relativas à enfermidade ou deficiência mental, o legislador exige que a vítima não

¹¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109.

¹¹¹ “Art. 93.[...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

tenha o necessário discernimento para a prática do ato. Assim, além da demonstração da condição sanitária da vítima é indispensável que se verifique, no caso concreto, qual o juízo que a vítima possuía sobre a prática do ato.

Renato Marcão e Plínio Gentil¹¹² esclarecem que a

[...] debilidade mental é espécie menos intensa das oligofrenias, situação em zona limítrofe entre a imbecilidade e a sanidade. O débil mental é capaz de certo aprendizado, mas é 'incapaz de sustentar a luta pela vida, de dirigir bem seus negócios', como aponta Hélio Gomes. Trata-se, portanto, de uma forma de deficiência mental. O conceito de alienação é mais amplo, abrangendo os doentes mentais e até mesmo os mentalmente sãos, mas vivendo à margem da cultura prevalente, também chamados *alienados sociais*. Naturalmente o portador de enfermidade mental, privado de discernimento por conta dessa enfermidade, enquadra-se na categoria de alienado. Pode-se dizer então que a alínea b do revogado art. 224 tinha conteúdo mais amplo que o caput e o §1º do atual art. 217-A, por abranger também o alienado social. Este, hoje, pode, sob certas condições, ser compreendido no âmbito daquele que, não sendo doente ou deficiente mental, 'por qualquer outra causa não pode oferecer resistência', situação prevista como segunda figura do §1º desse dispositivo. Essa impossibilidade de resistir pode ser temporário ou permanente, duradouro ou passageiro, motivada por causas naturais ou por qualquer outra, tendo ou não sido provocada pelo agente... Necessário discernimento e impossibilidade de resistência constituem elementos normativos que devem ser determinados, no caso concreto, pelo juiz... O discernimento necessário deve ser aferido em função do ato sexual. Pode ser que o sujeito possua algum discernimento, mas não o suficiente para o ato.

Ainda no tocante às condições de vulnerabilidade, encontramos àqueles que em razão de outra causa, que não a debilidade mental ou enfermidade, não podem oferecer resistência.

De plano deve ser destacado que cada uma das condições isoladamente já caracteriza a vulnerabilidade, não havendo necessidade de que duas ou mais estejam presentes. Outra circunstância que tem de ser ressaltada é que a impossibilidade de oferecer resistência não está ligada a nenhuma faixa etária, o que significa que qualquer pessoa, independentemente da idade, poderá, nesta

¹¹² MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 194.

condição ser vulnerável.

Mirabete¹¹³ explica que

[...] enquanto nessas outras hipóteses a lei confere especial proteção a pessoas que em razão das citadas causas preexistentes não podem validamente consentir na prática do ato sexual, na parte final do dispositivo protege-se qualquer pessoa que, por ocasião do fato, não pode resistir à prática do ato. Causa que impossibilita a vítima de oferecer resistência deve ser entendida como aquela que torna desnecessário ao agente o emprego da violência ou grave ameaça como meio para a consumação do delito, embora este possa ocorrer... Em termos genéricos, a impossibilidade da vítima de resistir à prática dos atos sexuais pode decorrer de uma incapacidade de entendimento e autodeterminação, que se refere à compreensão e vontades conscientes, ou de uma incapacidade de externar o seu dissenso por meio de ação concretas de oposição á conduta do agente.

A doutrina aponta que em razão da impossibilidade de defesa o agente criminoso não precisa se valer de violência ou grave ameaça. Como uma das situações que, em tese, permitam o enquadramento na vulnerabilidade, encontramos a embriaguez.

Guilherme de Souza Nucci¹¹⁴ rechaça essa possibilidade argumentando que

[...] quando determinada pessoa colocar-se, propositadamente, em estado de embriaguez ou sob o efeito de droga análoga, para divertir-se e manter relação sexual ou participar de qualquer ato sexual grupal, não pode figurar na posição de vítima de estupro... o fato de se ter embriagado para se divertir termina por anular a sua posição de pessoa ofendida.

O autor logo acima citado, ao tratar das vítimas embriagadas, sugere que todas se embriagam para divertir-se e manter relação sexual, o que nos parece um grande equívoco. A embriaguez pode ser um meio para a diversão, todavia, há situações, e elas são a imensa maioria, em que a pessoa embriagada não tinha antes de embriagar-se, nem depois, nenhuma intenção de praticar nenhum ato de

¹¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 2. v. p. 411.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 104.

conotação sexual. Há outro dado que igualmente revela a fragilidade do entendimento. O doutrinador faz uso do pensamento da vítima, por ele suposto, para sustentar seu posicionamento. O grau de embriaguez, que evidentemente é completo, faz com que o consentimento ainda que manifestado não tenha validade justamente porque a presença do álcool invalida qualquer pronunciamento, quando ele é dado porquanto, na maioria das vezes, isso sequer é possível.

O pronunciamento de Guilherme de Souza Nucci, embora difundido de maneira bastante ampla, é, na verdade, um disparate. A presunção feita pelo autor nos parece preconceituosa e distante da realidade. A atração e o uso do álcool não estão, necessariamente, ligados à prática de atos de cunho sexual, fazer uma ligação entre elas não tem qualquer cabimento.

A realidade, infelizmente, para as vítimas é outra. Em tempos em que festas de música eletrônica perduram por várias horas, as chamadas "*raves*", algumas por mais de 12 (doze) horas, com consumo desenfreado de drogas e bebidas, não há, com o devido respeito ao escritor, que se entender como não criminoso uma ação de cunho sexual de alguém contra pessoa absolutamente drogada ou embriagada, esgotada fisicamente, sem qualquer noção da realidade, totalmente fragilizada e incapaz de oferecer qualquer resistência.

Renato Marcão e Plínio Gentil¹¹⁵, aliás, manifestam posição contrária à Nucci:

O bêbado, reduzido à condição de vulnerável, pode ser sujeito passivo dessa modalidade de estupro, desde que privado da possibilidade de discernir ou de resistir. Não pode ser aceito o argumento desenvolvido por Guilherme Nucci de que a embriaguez, por não excluir a imputabilidade penal (artigo 28, II, do CP), também não poderia acarretar a vulnerabilidade da vítima, para o fim de configuração do estupro de vulnerável. A observação é aguda, especialmente porque, ao se reconhecer na ebiez o efeito jurídico de conferir caráter criminoso a um fato, estar-se-ia, justamente para incriminar alguém, utilizando critério diferente do adotado quando se trata de justificar a inoperância da mesma

¹¹⁵ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 189.

embriaguez para o fim de livrá-lo da imputabilidade penal.

A doutrina, ainda sob a égide da presunção de violência prevista no revogado artigo 224, era firme no sentido de incluir a embriaguez, repetimos completa, como uma das hipóteses a impossibilitar qualquer resistência por parte da vítima e invalidar qualquer anuência para com o ato.

Heleno Fragoso¹¹⁶ escreveu que

[...] aqui se contempla a impossibilidade de resistência por qualquer causa. É fórmula ampla que abrange qualquer caso em que a vítima tenha-se encontrado em situação de não poder resistir. Não se faz diferença entre a preordenada colocação da vítima em tal situação e o simples aproveitamento de condições que não foram provocadas pelo agente. Os casos mais comuns são os de embriaguez completa, inconsciência pelo uso de estupefaciente, imobilização por enfermidade etc.

Magalhães Noronha¹¹⁷ reforçando a admissão da embriaguez como causa de vulnerabilidade faz a seguinte ressalva: "É necessário, todavia, que se trate de embriaguez completa, desse estado no qual a pessoa não tem noção do que se passa consigo, tolhida de meios de resistência e, portanto, completamente passiva à ação do agente".

É importante trazermos a baila que o agente criminoso ao praticar conduta tipificada como estupro de vulnerável tem de fazê-la dolosamente, isto é, conhecer da menoridade, da deficiência ou enfermidade, com a ausência do necessário discernimento sobre o ato, e ainda da impossibilidade de defesa ou capacidade de resistir, com vontade de ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Por último, informamos que o resultado agravador, relativo à conduta que resulta em lesão corporal ou morte, antes abordado no item 2.7., tem idêntica disposição que também se aplica ao estupro de vulnerável e, tudo o que escrevemos linhas atrás, aqui também se aplica.

¹¹⁶ FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: Forense, 1981, p. 44

¹¹⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 3. v. p. 219

Se olharmos para o futuro o projeto de reforma do Código Penal, n. 236/12¹¹⁸, há mudanças significativas, no tocante ao crime de estupro, previsto no artigo 180, a prática de mais de uma das condutas descritas, a pena será aumentada de um terço a dois terços, caracterizando, desta forma, uma causa especial de aumento de pena que, de qualquer modo, reconhece a necessidade da adequação da reprimenda, hoje, como vimos, matéria de enorme controvérsia. O mesmo tratamento é dado para a figura penal do estupro de vulnerável.

Em relação ao crime sexual classificado como estupro de vulnerável o projeto de reforma do Código Penal, antes citado, altera aspecto de enorme importância, consistente no limite de idade para a sua caracterização que passa a ser de 12 (doze) anos. Não há, entretanto, qualquer menção a dúvida quanto ao caráter absoluto ou relativo do crime.

No capítulo 3 voltaremos a abordar o crime de estupro, realizando, desta feita, uma interpretação levando em conta os princípios constitucionais aplicáveis, procurando enriquecer a discussão e lançar uma visão sobre importante controvérsia estabelecida, de importância ímpar na melhor compreensão do crime.

¹¹⁸ <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/>

CAPÍTULO 3

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O ESTUPRO

3.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTUPRO

O direito penal ao longo do tempo tem procurado se aproximar da realidade social. Amparado em dogmas de ultrapassada concepção, passou a sofrer influência de várias áreas do conhecimento humano, tais como a psicologia, criminologia, política criminal, etc. - e ampliou sua análise levando em conta também outros ramos do direito, especialmente o constitucional. A ciência penal deve inteirar-se, cada vez mais, pela realidade que envolve o crime, a conjugação de outras disciplinas no estudo do direito penal não tem outra finalidade que não levá-lo ao aprimoramento e adequação aos efetivos reclamos da sociedade. Com prudência não se pode aceitar como verdade absoluta argumentos amparados em estudos preconceituosos, fundados em uma realidade que não existe mais e uma experiência de resultados duvidosos, não verificados com a credibilidade necessária e limitados pelo deslumbramento que em alguns juristas produz.

O operador do direito deve ter consciência de suas limitações, da dificuldade de interpretar e aplicar em sua área conhecimentos advindos de uma nova realidade. A precipitação na adoção de uma postura e a filiação a uma corrente exige um tempo de maturação. Os resultados tendem, ao longo do tempo, a sofrer alterações.

O crime de estupro é, dentre os inúmeros previstos no Código Penal, um dos mais graves, e colide de maneira frontal com a dignidade da pessoa humana.

A posição topográfica do princípio da dignidade da pessoa humana é eloquente e revela toda a sua importância, ele aparece já no primeiro artigo da

Constituição.

A dignidade da pessoa humana revela características pessoais sob o ponto de vista moral, intelectual, físico e material, que demonstram de cada um suas necessidades, evidenciando uma individualidade única, que deve ser aceita e respeitada pela sociedade. É nessa singularidade que encontramos o ponto central, que deve ser compreendido e protegido.

Todos os crimes, de maneira direta ou indireta, ofendem, de algum modo, a dignidade da pessoa humana. "Entretanto, há particularidades, no âmbito penal, envolvendo determinados crimes, onde se consegue destacar, com maior nitidez e profundidade, o alcance da dignidade da pessoa humana"¹¹⁹.

Segundo estatística publicada por Joel Rennó Jr¹²⁰ (doutor em psiquiatria, coordenador do Projeto de Atenção à Saúde Mental da Mulher e médico do Hospital Israelita Albert Einstein de São Paulo), no artigo Conseqüências da Violência Sexual contra a Mulher, disponível no sítio Vya Estelar, no mundo são praticados anualmente, aproximadamente, 12 milhões de crimes sexuais. Só nos Estados Unidos, há 683 mil estupros por ano, enquanto que na cidade de São Paulo são registrados anualmente 42 mil estupros. Números que impressionam, evidenciam o tamanho do problema, mas, acima de tudo, que o posicionamento jurídico não pode ignorar com todas as suas conseqüências, especialmente porque grande parte dos casos continua à margem dos organismos de segurança pública e do aparelho judiciário. Os crimes sexuais, de forma geral, são praticados às escuras, sem a presença de terceiros em locais onde somente se encontram os sujeitos do fato.

Ao longo dos anos com a propagação de meios para o atendimento de pessoas envolvidas em abusos sexuais, as condições que tornavam estes fatos desconhecidos passaram a ser enfrentadas e o quadro que se afigura revela uma

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 47.

¹²⁰ RENNÓ JÚNIOR, Joel. Saúde Mental - Conseqüências da violência sexual contra a mulher. **Vya Estelar**. UOL, São Paulo, março de 2010. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vyaestelar/violencia_sexual_mulher.htm> Acesso em: 27 de fev. de 2014.

triste realidade. No Brasil, um país de dimensões continentais, com variados contextos sociais, em que o investimento na área da segurança pública ainda não é satisfatório, o número efetivo de casos relacionados a crimes sexuais é muito maior que aquele comunicado, investigado e responsabilizado. Há características no crime que contribuem para essa dificuldade. Quando se refere a vítimas crianças e adolescentes, o agressor quase sempre está dentro de casa. Muito diferente de um assaltante, que sempre é um estranho à espreita para atacar no momento oportuno, o abusador é, na maioria das vezes, alguém muito próximo. “Mais do que conhecido, ele é uma pessoa especial, em quem ela gosta”, diz o psiquiatra Cláudio Cohen¹²¹, coordenador do Centro de Estudo e Atendimento Relativos ao Abuso Sexual, Cebras, da Universidade de São Paulo. Uma pesquisa nacional aponta que 64,5% (sessenta e quatro e meio por cento) das agressões praticadas contra menores acontecem em casa. Este dado é decorrente de um levantamento realizado pelo Ministério da Saúde, através do VIVA – Sistema de Vigilância de Violências e Acidentes, no ano de 2011¹²².

A violência sexual contra menores contempla vários crimes, mas ela vai além da abordagem jurídica. Ainda que os dados apresentados sejam variados, é certo que os números que traduzem o problema são escandalosos. Os dados apurados pelo Ministério da Saúde, segundo a pesquisa logo acima citada, registram 14.625 notificações de violência doméstica, sexual e física e outras agressões contra crianças menores de 10 anos. A violência sexual alcança o percentual de 35% (trinta e cinco por cento).

Jeferson Drezett¹²³, em artigo intitulado de “Aspectos Biopsicossociais da

¹²¹ A CARÊNCIA que destrói a inocência. Pais, juízes e psicólogos começam a encarar a tragédia do abuso sexual de crianças. **VEJA on line**. São Paulo, 31 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_31011996.shtml> Acesso em: 27 de janeiro de 2014.

¹²² BRASIL. **Vigilância de violências e acidentes**. 2006 e 2007. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/viva_vigilancia_violencias_acidentes.pdf> Acesso em: 2 de agosto de 2014.

¹²³ DREZETT, Jefferson. Aspectos Biopsicossociais da Violência Sexual. In: **Anais da Reunião Internacional Violência: Ética, Justicia y Salud para la mujer**. Monterrey, México, agosto de 2000. Disponível em: <[HTTP://aads.org.br/arquivos/jefferson/mexico.doc](http://aads.org.br/arquivos/jefferson/mexico.doc)>

Violência Sexual”, informa que apesar do tímido percentual de denúncias, a agressão sexual é um crime cada vez mais reportado, acometendo 12 milhões de mulheres a cada ano, em todo mundo. Nos EUA, calcula-se que ocorra uma agressão sexual a cada 6,4 minutos e que uma em cada quatro mulheres experimentou um contato sexual não consentido durante a infância ou adolescência.

No nosso país, sempre tão carente de números, as ocorrências igualmente alcançam números elevados e comumente encontramos divergências entre os levantamentos realizados por órgãos ligados à proteção e atendimento das vítimas, especialmente na área da saúde, e dados da Justiça, aqui incluídos os casos registrados em Delegacias de Policiais.

As condições normalmente verificadas quando da prática dos abusos contribuem para essa divergência. Eles, na maioria das vezes, acontecem às escondidas, longe do testemunho de pessoas e apenas com a presença da vítima. Sob o ponto de vista espacial, os abusos acontecem em ambientes fechados, circunstância que igualmente contribui para o seu acobertamento. Dificultam o seu conhecimento e acabam por estabelecer mais uma dificuldade para as vítimas que se veem constrangidas a revelar o que aconteceu.

Encontra-se pacificado o entendimento no ramo do Direito que as palavras de vítima, quando não contrariadas, são fator determinante para o reconhecimento do crime e responsabilização do seu agente, a título de exemplo sobre este reconhecimento, citamos a Apelação Criminal de Forquilha n. 2011. 091994-7, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relator Paulo Roberto Sartorato, julgada em 13 de agosto de 2013.

Outro fator dificultador é o perfil do agente envolvido na prática criminosa. Quando praticado no ambiente familiar não se apontam características relacionadas à violência, normalmente os agressores são pessoas de aparência frágil, não há histórico de confrontos. Os casos de violência sexual, comumente noticiados pela imprensa, acontecidos em ambientes ligados à religião ou fé bem demonstram essa característica. A figura de um religioso, independente do credo que cada um

professa, sempre nos parece cândida e incapaz de realizar qualquer mal.

A este conjunto, característica dos fatos e do agente, deve ser acrescentado uma terceira, de igual relevância, que também contribui para o acobertamento do abuso. Cabe à vítima, depois de tudo o que passou e das consequências vividas, trazer elementos para provar o que aconteceu.

Quando se trata de abuso sexual praticado contra criança, adolescente ou até mesmo pessoas com algum tipo de deficiência física ou mental, em que o agente envolvido lhe é próximo, a caracterização do fato é dificultada. Realizado longo dos olhares dos outros, a ocorrência para ser conhecida e responsabilizado o seu infrator, depende sobremaneira da participação da vítima. É ela a principal prova sobre o que aconteceu. Após ser vítima de uma violência, passa-se a exigir da vítima que se recorde dos fatos, lembrança que a faz reviver tudo aquilo que passou em um ambiente hostil, tais como uma Delegacia de Polícia ou uma sala de audiência de um Fórum. “Na tentativa de provar o abuso, a criança é obrigada a passar por uma maratona de humilhações. O interrogatório começa na família, passa por delegado, advogado, assistente social, psicólogos e só acaba no juiz”¹²⁴, diz Jefferson Drezett, diretor do Hospital Pérola Byington, em São Paulo, que atende apenas as mulheres vítimas de abuso sexual.

Ao se enveredar na investigação sobre o fato e levando em conta a importância das declarações da vítima, quando se tratar de uma criança, os cuidados devem ser redobrados. Com a personalidade ainda não formada e facilmente sugestionável, é possível que a realidade seja deturpada. A forma como são coletadas as declarações também influenciam na busca da verdade. De todo modo, a carga de responsabilidade imposta a vítima é pesada e, não raro, os fatos acabam por serem distorcidos.

As condições em que ocorrem os abusos sexuais, especialmente aqueles

¹²⁴ DREZETT, Jefferson. Aspectos Biopsicossociais da Violência Sexual. In: **Anais da Reunión Internacional Violencia: Ética, Justicia y Salud para la mujer**. Monterrey, México, agosto de 2000. Disponível em: <<http://aads.org.br/arquivos/jefferson/mexico.doc>>.

praticados no ambiente familiar, religioso e escolar, acabam por facilitar que eles ocorram de maneira sucessiva, circunstância que ao mesmo tempo em que aumenta o número de práticas, dificulta sua descoberta e consequente punição. Há, nestas condições, casos que nunca serão descobertos.

Ao se examinar a repercussão dos fatos para a vítima de abuso sexual, especialmente quando se tratar de criança, as consequências são nefastas. Ao ser violentada, quase sempre em um ambiente que lhe era conhecido, em que ela convivia, a vítima se sente traída, afinal, não esperava isso de alguém que sempre se mostrou cuidados e afetuoso. A criança, com o seu desenvolvimento incompleto, repercute de variadas formas, no campo emocional na evoluem, se fragilizam em relação a terceiros e por eles podem ser dominados. A frustração para pessoas de idade mais elevada é melhor assimilada, embora desagradável, a repercussão dos fatos tende a ser menos gravosa e a resposta mais adequada. Para as vítimas menores o abuso poderá acompanhá-la por muito tempo.

A repercussão dos fatos não atinge somente a vítima, os traumas se estendem às pessoas que lhe são próximas, os profissionais envolvidos nos atendimentos decorrentes dos abusos, igualmente, se chocam diante de uma realidade tão cruel. Os crimes sexuais revelam consequências que somente são aferidas depois de algum tempo, o relacionamento afetivo é prejudicado, com reflexos também no convívio familiar, escolar e profissional que, no caso dos menores, se prolongam à fase adulta.

No artigo, logo acima indicado, destacamos que apenas 13% (treze por cento) das mulheres que chegam ao Instituto Médico Legal de São Paulo conseguem prova material do estupro. Entre 28% (vinte e oito por cento) e 60% (sessenta por cento) das mulheres poderão desenvolver uma doença sexualmente transmissível. O risco de contaminação pelo vírus HIV é da ordem de até 2,7% (dois por cento e sete décimos). A estimativa da taxa de gravidez por violência sexual tem uma incidência de 1% (um por cento) a 5% (cinco por cento). Só nos Estados Unidos há cerca de 32 mil gestações anuais por violência sexual.

Segundo dados oficiais encaminhados pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, estima-se que, a cada 12 segundos, uma mulher é estuprada no Brasil. Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública indicam que em cinco anos os registros de estupro no Brasil aumentaram em 168% (cento e sessenta e oito por cento), as ocorrências subiram de 15.351 em 2005 para 41.294 em 2010. Segundo o Ministério da Saúde, de 2009 a 2012, os estupros notificados cresceram 157%; e somente entre janeiro e junho de 2012, ao menos 5.312 pessoas sofreram algum tipo de violência sexual.

Como especialista na área, Rennó sustenta que os efeitos emocionais são os principais, com três características que revelam a monstruosidade do fato, intensos, devastadores e irreversíveis.

O relato que a seguir transcrevemos é de uma triste realidade e nos aproxima do crime que ora estudamos:

É noite. De repente sinto a presença de pessoas atrás de mim, mas não consigo identificá-las pois, antes de me virar para ver quem são sou empurrada e forçada a me debruçar em um balcão frio, estou totalmente imobilizada por alguns homens que, pelas vozes, creio que sejam três, não sei... estou atordoada, assustada, amedrontada e tolhida de minhas mais amplas defesas... mãos seguram minha cabeça e tapam a minha boca fortemente... tão forte que me sufoca a respiração, que já se encontra alterada pelo estado de medo... são mãos muito fortes. Outras mãos prendem meu tronco e outras mais estão segurando fortemente minhas pernas... é um inferno que estou vivendo nesse momento. O homem que segura minhas pernas, com garras inalcançáveis, invade toda minha intimidade de uma só vez, estrangulando todo o meu ser em uma dor lancinante e além d'alma... que sensação de impotência, meu Deus! Outro grita para que eu fique calada e pare de me debater, de tentar qualquer coisa... estou totalmente inerte, tenho medo até de respirar e causar mais fúria naqueles homens que não consigo ver os rostos... que agonia! Se revezam. Estão me rasgando inteira: são mordidas nos ombros, nas costas e vários outros lugares de meu corpo. Estão rasgando todo o tecido de meu corpo... minhas pernas já não são sentidas por mim, pois estão adormecidas e doloridas pela posição incômoda na qual me encontro... minha barriga e estômago estão sendo comprimidos contra o balcão de mármore frio... e não posso me virar... Meu Deus, me ajuda, peço mentalmente num fiasco de pensamento lúcido que transpassa minha mente nesse momento. Sinto vontade súbita de vomitar... a mistura dos odores desses monstros com o suor, com certeza, será inesquecível;

e saberei distingui-lo sempre, porque ficará impregnado em minha pele, em meus sentidos, em minhas carnes, em minha alma. O som das vozes dos meus algozes também serão guardadas em minha mente para sempre! Estão violando meu corpo e minha alma; estão marcando a ferro e brasa o mais íntimo de meu ser. Aperto os olhos para ter certeza que é pesadelo, mas abro-os e vejo que o pesadelo não acabou, é real... estou desfalecendo... sinto que minha consciência está me abandonando e meu corpo já não me ajuda a tentar me concentrar! Nesse momento, sinto que estou perdendo os sentidos com os sons, ao fundo, dos gemidos loucos, vorazes e sórdidos de meus algozes totalmente insensíveis que insistem em impregnar minha mente... mas luto para não perder os sentidos... preciso ver quem são, se conseguir viver... Mas não consigo me virar! Quero acordar desse pesadelo! Como faço isso? Estou suada, tremendo, com medo, com raiva, com tristeza, com solidão, sem ajuda, sem ninguém próximo para me acalmar nessa agonia vivenciada... De repente, no ápice de todo o inferno vivido, acordo e percebo que tive o mesmo pesadelo que me acompanha há mais de nove anos. As lembranças povoam meu subconsciente e meu consciente não quer acreditar que tudo é parte de um passado! Que bom que acordei! Mas por que não me livro daquelas imagens e de todo o ocorrido? Por que sempre revivo como se fosse agora toda aquela invasão do meu íntimo? Por que, meu Deus? Sim, sou vítima de estupro e acabei de acordar de mais um pesadelo que me faz reviver tudo aquilo. Não desejo esse terror a ninguém; a ninguém mesmo! Mas, por Deus, meu mundo caiu e jamais consegui se reerguer. Minha auto-estima; auto-confiança; alegria; segurança; enfim... todo o meu ser... a mulher que deveria existir em mim... tudo, mas tudo mesmo, foram esmagados naquele dia. Tornei-me um eco do que fui um dia! Me tornei o resultado daquele momento! Conseguiram, de fato, acabar comigo e me enterrar em vida... Sofro aqueles mesmos sentimentos a cada pesadelo que tenho; a cada sensação vívida dos odores fétidos dos monstros que um dia fizeram minha alma sair de meu corpo para sempre; a cada vômito involuntário que me acomete; à insônia que me atormenta, ante o temor de dormir sem me sentir em segurança; e o sentimento terrível de me sentir suja, muito suja, e de correr ao banheiro para tentar tomar o banho que me liberte de toda essa sujeira, mas não consigo me limpar jamais... porque minha alma é que está imunda pelo ataque devastador daqueles monstros!¹²⁵ (*sic*)

O enfoque até aqui trazido envolve as duas maiores comunidades de vítimas de crimes contra à dignidade sexual, aquelas que se constituem nos maiores sujeitos passivos dos crimes de estupro e estupro de vulnerável.

¹²⁵ MORAIS, Mônica Simone de. **O crime de estupro**. Brasília: Clubjus, 05 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.26773>> Acesso em: 25 de março de 2014.

Não podemos nos descuidar, todavia, das vítimas que apresentam um condição especial referente a sua saúde, física e mental. Jefferson Drezet¹²⁶, no artigo antes citado, traz um dado estarrecedor, aproximadamente 50% (cinquenta por cento) das vítimas portadoras de deficiência mental, ao longo de sua vida, serão vítimas de abuso sexual pelo menos uma vez, estatística que, junto com a demais até aqui trazidas, dá uma idéia da grandiosidade do problema. No mundo, estima o profissional da área médica, são 12 milhões de vítimas sexuais.

Este é um trabalho jurídico, com enfoque na área do direito, todavia, dentro da ideia que estamos desenvolvendo, a análise de outros aspectos, que também envolvem o fato, abre as perspectivas para uma melhor compreensão do crime, suas consequências e, de maneira concreta, toda a lesão praticada contra as vítimas. A motivação para o incursão em outros ramos do conhecimento nos aproxima de uma melhor solução. O Direito, é recomendável, precisa estar em constante evolução, contemplando uma visão da complexa vida social. A abordagem mais abrangente evidencia a necessidade de enfrentar os novos problemas.

É para o atendimento de pessoas que passaram por esta dolorosa experiência que veio a lume a Lei n. 12.845, de 1º de agosto de 2013¹²⁷, que obriga os hospitais do Sistema Único de Saúde a prestar atendimento emergencial e multidisciplinar às vítimas de violência sexual. A Lei determina que o atendimento deve incluir o diagnóstico e tratamento de lesões, a realização de exames para detectar doenças sexualmente transmissíveis e gravidez. A norma também determina a preservação do material coletado no exame médico-legal. Também é previsto o oferecimento às vítimas de estupro de contraceptivos de emergência – a chamada “pílula do dia seguinte”. Ainda de acordo com a lei, o paciente vítima de violência sexual deverá receber no hospital o amparo psicológico necessário e o encaminhamento para o órgão de medicina legal, e o devido registro de boletim de

¹²⁶ DREZETT, Jefferson. Aspectos Biopsicossociais da Violência Sexual. In: Anais da Reunión Internacional Violencia: Ética, Justicia y Salud para la mujer. Monterrey, México, agosto de 2000. Disponível em: <<http://aads.org.br/arquivos/jefferson/mexico.doc>>

¹²⁷ BRASIL. **Lei n. 12.845, de 1º de agosto de 2013**. Brasília: Congresso Nacional, 2013.

ocorrência. Os profissionais de saúde que fizerem o atendimento, que deverá ser imediato, deverão facilitar o registro policial e repassar informações que possam ser úteis para a identificação do agressor e para a comprovação da violência sexual.

A abrangência dos fatos criminosos objetos deste trabalho é extensa e o tratamento decorrente de sua prática, envolve além de profissionais da área da saúde, toda uma rede de proteção do Estado, através de hospitais e instituições voltadas à diminuição dos efeitos do crime, sempre procurando resgatar a vítima da violência sexual, trazendo-a de volta para a vida. O cumprimento do protocolo mínimo recomendado pelo Ministério da Saúde coloca a vítima do abuso sexual em contato com medicação, especialmente os antirretrovirais, que a debilitam por razoável prazo, prolongando seu sofrimento.

Rennó Júnior¹²⁸, no artigo antes citado, destaca que "[...] os pacientes que sobrevivem aos traumas físicos ou psicológicos gerados por tais violências não merecem ser chamadas de vítimas e sim de sobreviventes, segundo o médico Jefferson Drezett, um dos maiores estudiosos brasileiros nesta área".

Mônica Simone de Moraes, autora de um artigo de onde extraímos o relato da vítima de estupro antes transcrito, esclarece que "[...] deve-se buscar a superação entre o jurídico e o sociológico. O julgamento não se resume apenas à estrita aplicação da lei... É preciso buscar o conhecimento desse tema em outras extensões do conhecimento científico"¹²⁹.

De todo modo o problema vivenciado pelas vítimas de abuso sexual não é, esperamos, desconhecido dos escritores do Direito.

Cezar Roberto Bitencourt¹³⁰ traça linhas sobre a inserção das vítimas no

¹²⁸ RENNÓ JÚNIOR, Joel. Saúde Mental - Consequências da violência sexual contra a mulher. **Vya Estelar**. UOL, São Paulo, março de 2010. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vyaestelar/violencia_sexual_mulher.htm> Acesso em: 27 de fev. de 2014.

¹²⁹ MORAIS, Mônica Simone de. **O crime de estupro**. Brasília: Clubjus, 05 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.26773>> Acesso em: 25 de março de 2014.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 4, p. 93.

sistema de apuração dos crimes desta natureza e reforça a abrangência das lesões decorrentes do fato, atingindo, segundo ele, a alma das vítimas, especialmente aquelas menores.

O processo de violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes pode ser entendido por vitimização primária, na medida em que no âmbito procedimental – investigatório constata-se outro tipo de vitimização, em que a violência é causada pelo sistema de justiça que viola outros direitos, vitimizando novamente a criança ou o adolescente. Essa revitimização denomina-se vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infantojuvenis novas vítimas, agora do estigma processual-investigatório; pode dificultar (senão até inviabilizar) o processo de superação do trauma, provocando ainda uma sensação de frustração, impotência e desamparo com o sistema de controle social, aumentando o descrédito e a desconfiança nas instituições de justiça criminal. (*sic*)

Luciane Potter Bitencourt¹³¹, em artigo publicado na Revista da Associação Brasileira de Profissionais de Ciência Penais, também aborda a vitimização secundária e coloca que

[...] as inadequadas intervenções do aparato estatal acabam produzindo nova vitimização. Desafortunadamente, o Estado não está equipado com recursos materiais e humanos capazes de proteger e preservar a vítima em sua integridade moral, psicológica e socioafetiva. Trata-se de um sistema dirigido para adultos, sem pessoal especializado a intervir com crianças e adolescentes em estado vulnerabilidade, sem estrutura adequada a possibilitar que as vítimas sejam preservadas de novos abusos.

Este artigo foi publicado em uma edição do periódico do ano de 2008 e a pesquisadora menciona várias vezes a expressão vulnerabilidade, revelando que o conceito, muito além do direito, inclui a própria condição da vítima.

“A vítima do abuso sexual intrafamiliar não deseja reparação de danos no processo judicial, deseja respeito aos seus direitos, a sua dignidade já tão violada e

¹³¹ BITENCOURT, Luciane Potter. **Ciências Penais** - revista da associação brasileira de professores de ciências penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 8. v., p. 260.

solidariedade dos agentes e instâncias de controle social”¹³².

Fica claro que as lesões praticadas contra a vítima do abuso sexual não se restringem àquelas que, eventualmente, são materializadas em documentos. O estupro ao ser cometido acaba por inserir a vítima em um caminho longo e penoso. A dignidade da pessoa não é atingida somente no dia em que ocorre o constrangimento ou é mantido o ato, sucessivas violências são praticadas e a reprovação da conduta não pode se dar unicamente em razão do resultado que o tipo penal expressamente indica.

Em verdade, os problemas decorrentes do abuso sexual têm consumido do Estado uma considerável quantia de recursos públicos para o seu tratamento. Dar a devida resposta a essa prática no âmbito penal nos parece uma das formas de diminuir com a prática.

3.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTUPRO

A colocação de informações de cunho não jurídico tem por finalidade aproximar a realidade do fato ao operador do Direito.

Ao realizar um estudo sobre a interpretação no direito Lênio Luiz Streck¹³³, leciona que “[...] interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar”.

A crítica do autor é contundente quando preconiza que

[...] a situação hermenêutica da doutrina e da jurisprudência de *terrae brasiliis* não é nada animadora... o que nos deve preocupar são os setores “pragmáticos” que produziram uma doutrina empobrecida e/ou

¹³² BITENCOURT, Luciane Potter. **Ciências Penais** - revista da associação brasileira de professores de ciências penais, p. 262.

¹³³ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

estandardizada, provocando um distanciamento abissal com o que se produz na academia... essa cultura standard vem acompanhada da indústria que mais cresce: a dos compêndios, resumos e manuais, muitos deles já vendidos em supermercados e outras casas do ramo. Aparecem obras de todo o tipo, com “verdadeiros” “pronto-socorros jurídicos” (SOS do direito), ao lado de livros que buscam simplificar os mais importantes ramos do direito¹³⁴.

Questão tormentosa que surgiu desde a entrada em vigor da Lei n. 12.015/09 é saber qual o melhor entendimento na hipótese da vítima do estupro no mesmo contexto fático for violentada mais de uma vez, com práticas de condutas que isoladamente são tidas como crime.

Explicamos melhor. Por vezes a vítima é, pouco importa o gênero, idade ou condição sanitária, mediante violência ou grave ameaça, no caso de estupro simples, obrigada a ter, ou manter, no caso de estupro de vulnerável, conjunção carnal e outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, no mesmo contexto fático e com o mesmo agente. Vários atos sexuais contra ela são praticados. Como classificar juridicamente essa conduta em relação ao agente criminoso?

Logo após a entrada em vigor das mudanças no Título VI da Parte Especial do Código Penal, a doutrina logo firmou o entendimento que aquele fato se constituía em crime único, vale dizer, se a hipotética vítima fosse, no mesmo contexto fático, obrigada a manter com o criminoso conjunção carnal, sexo oral e sexo anal, seria, para essa corrente, apenas um crime.

Trazemos novamente à colação o escrito por Guilherme de Souza Nucci¹³⁵:

[...] a estrutura do tipo penal é mista alternativa, envolvendo a conjugação do verbo principal *constranger*, com as condutas associativas complementares: a) ter conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso; c) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Logo, cuidando-se do mesmo cenário, contra a mesma vítima, ter apenas conjunção carnal ou praticar conjunção carnal e outro ato libidinoso implica no cometimento

¹³⁴ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**, p. 79/80.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 47.

de delito único.

O sentimento de culpa, pela adoção do posicionamento, parece ter tocado Nucci porque em seu texto, linhas abaixo, deixa consignado que "[...] o simples fato de se constituir crime único não significa deva a pena ser fixada no mínimo legal"¹³⁶. Para rechaçar qualquer outro entendimento, Nucci sustenta que a gravidade do crime não pode ser o fator que altere o entendimento quanto a estrutura do tipo penal. Atente, caro leitor, que a dignidade da pessoa humana é solenemente ignorada, como se ela não fosse um dos elementos que, obrigatoriamente, deveriam ser levadas em conta no processo de interpretação.

O mesmo posicionamento é também adotado por André Estefam¹³⁷, Fernando Capez¹³⁸, Renato Marcão e Plínio Gentil¹³⁹ e Damásio de Jesus¹⁴⁰.

De outro lado temos Mirabete¹⁴¹ que entende que o crime do artigo 213 é um *"tipo misto cumulativo"*, ao argumento de que "[...] 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".

Sem dúvida que a controvérsia enriquece o debate e aprimora o resultado do problema, mas nunca devemos negligenciar a força do princípio constitucional que norteia a discussão, esquecido por alguns. É preciso que a análise do tipo não se limite a aspectos exclusivos do direito penal, como por exemplo, a gravidade.

A Jurisprudência também repercutiu esta problemática.

Antes de nos alongarmos na discussão, é importante termos presente a

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 47.

¹³⁷ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 3. v. p. 146.

¹³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 3. v. p. 44.

¹³⁹ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 110.

¹⁴⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, p. 135.

¹⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N Mirabete. **Manual de Direito Penal**. 2. v. p. 388.

classificação dos crimes quanto a pluralidade de verbos nucleares contidos na descrição legal.

André Estefam¹⁴² é objetivo ao esclarecer que "[...] os crimes podem ser de ação simples (quando possuírem apenas um verbo nuclear) ou de ação múltipla (se possuírem dois ou mais), estes também chamados de conteúdo variado".

Os crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, nunca é demais lembrar, estão subdivididos em misto alternativo ou misto cumulativo.

O tipo misto alternativo é aquele em que o tipo penal prevê várias condutas, expressadas através de verbos, e quando praticadas no mesmo contexto fático, se constituem em crime único. O exemplo sempre citado é o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.346/06¹⁴³. No tipo misto cumulativo, igualmente são previstas várias condutas, todavia, quando realizadas no mesmo âmbito o agente criminoso responderá por tantas quantas realizou. A consequência principal da classificação em uma ou outra categoria é a pena a ser fixada.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹⁴⁴, logo após o advento da Lei n. 12.015/09, quando da discussão acerca da incidência ou não do crime misto alternativo, negou a retroatividade da lei para condenações de estupros e atentados violentos ao pudor. Vale dizer, diante da possível redução da reprimenda, adotou-se o critério da irretroatividade.

Ao analisarmos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na esteira do posicionamento manifestado pelo ministro Cezar Peluso, logo após o advento da Lei n. 12.015/09, verificamos que a Corte firmou o entendimento de que os crimes de estupro simples ou de vulnerável são crimes misto alternativo.

¹⁴² ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 1. v. p. 95.

¹⁴³ BRASIL. **Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Brasília: Congresso Nacional, 2006.

¹⁴⁴ BRASIL. TJSC. **Processo n. 2014.001493-0**, Araranguá. Segunda Câmara Criminal, Relator Sérgio Rizelo, julgado em 25 de fevereiro de 2014. BRASIL. TJSC. **Processo n. 2011.001112-4**, Curitiba. Terceira Câmara Criminal, Relator Torres Marques, julgado em 22 de março de 2011.

Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima.¹⁴⁵

Em outra decisão, o mesmo Ministro sustenta que é impossível reconhecer a continuidade delitiva, segundo a regra do artigo 71 do Código Penal, para situações de práticas que envolvam a mesma vítima, na mesma circunstância de tempo¹⁴⁶.

Na Primeira Turma de Julgamento do Supremo Tribunal Federal a repercussão foi a mesma.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALTERAÇÃO DOS ARTS. 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL, NOS TERMOS DA LEI 12.015/2009. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ DENEGADO PELA PRIMEIRA TURMA DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. SÚMULA 611/STF. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A decisão impugnada deu pela ocorrência de concurso material entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos termos da reiterada jurisprudência do STJ e do STF. 2. Na concreta situação dos autos, o impetrante reitera o pedido de reconhecimento da continuidade entre os delitos pelos quais se acha definitivamente condenado. Pedido já rechaçado pela Primeira Turma deste STF, no julgamento do HC 93.981, também de minha relatoria. 3. Sucede que, após o julgamento, a Lei 12.015/2009, editada em 07 de agosto de 2009, alterou substancialmente a disciplina dos crimes pelos quais o acionante foi condenado (arts. 213 e 214 do Código Penal). Alteração que fez cessar o óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, cometidos antes da vigência da Lei

¹⁴⁵ BRASIL. STF. **HC 86110**, Relator: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010. Publicado em 23-04-2010. EMENT VOL-02398-01 PP-00089 RMDPPP v. 6, n. 35, 2010, p. 100-104.

¹⁴⁶ Conforme BRASIL. STF. **Habeas Corpus n. 99265**, Segunda Turma, julgado em 02.03.2010, Diário da Justiça Eletrônico 071, divulgado em 22.04.2010, publicado em 23.04.2010, Ementário Volume 02398-03, pp 00481.

12.015/2009. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido, mas deferido de ofício para determinar ao Juiz das Execuções Penais que proceda, nos termos da Súmula 611 deste Supremo Tribunal Federal, à “aplicação de lei mais benigna”. Juízo que há de observar, pena de reformatio in pejus, os limites fixados no Agravo de Execução nº 70006882997/TJ/RS.¹⁴⁷

O tempo decorreu e as Turmas da Corte foram alteradas em sua composição e o entendimento se manteve, conforme se verifica das seguintes decisões: Habeas Corpus n 116904, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 17.09.2013, Processo Eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico 197, divulgado em 4.10.2013 e publicado em 7.10.2013; Recurso em Habeas Corpus n 105916, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 04.12.2012, Acórdão Eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico 122, divulgado em 25.6.2013 e publicado em 26.6.2013; Habeas Corpus n 94636, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 31.08.2010, D Diário da Justiça Eletrônico 179, divulgado em 23.9.2010, publicado em 24.9.2010; Agravo em Recurso Extraordinário n. 644840, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25.06.2013, Acórdão Eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico 157, divulgado em 12.8.2013, publicado em 13.8.2013.

No Superior Tribunal de Justiça hoje o entendimento é o mesmo, com ressalvas.

Muito embora a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça tenha se pacificado, a Ministra Laurita Vaz proferiu voto reconhecendo a tese de que o crime de estupro é um tipo penal misto cumulativo, conforme se verifica na decisão a seguir indicada:

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

¹⁴⁷ BRASIL. STF. **HC 99544**, Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 26/10/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011. Publicado em 01-02-2011. EMENT VOL-02454-02 PP-00467.

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.¹⁴⁸

Em decisões cronologicamente muito próximas desta também se adotou o entendimento de que o estupro era um crime misto alternativo cumulativo, conforme podemos verificar no Recurso Especial n. 987124/SP e Habeas Corpus n. 1.047.724¹⁴⁹. O reconhecimento de que a realização de diversos atos de penetração, distintos da conjunção carnal, deveria implicar no reconhecimento de diversas condutas distintas, afastando-se a tese do crime único, mostra-se mais adequado. É importante destacar que na redação anterior, quando estupro e atentado violento ao pudor se constituíam definições legais distintas essa discussão sequer era travada, sob o ponto de vista de ser crime misto cumulativo ou crime misto alternativo. De todo modo, em situações fáticas que envolvessem as duas práticas era pacífico que a regra a ser aplicada deveria ser a cumulação de penas, o que se contrapõe ao entendimento que hoje prevalece, de maneira objetiva, o

¹⁴⁸ BRASIL. STJ. **HC 78667/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010.

¹⁴⁹ BRASIL. STJ. **HC 104724/MS**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, quinta turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010.

tratamento dado anteriormente era muito mais desfavorável ao condenado do que aquele que emergiu da Lei n. 12.015/06.

Nélson Hungria¹⁵⁰, em seu “Comentários ao Código Penal”, já fazia menção à classificação dos crimes que possuía como subespécies os crimes mistos cumulativos e alternativos, porém, o enfoque relacionado com os crimes contra a dignidade sexual veio a tona apenas com o advento da Lei n. 12.015/09.

A transcrição destas duas últimas decisões permite que verifiquemos que a doutrina adotada pelos julgadores para reconhecerem a tese do crime misto cumulativo é alienígena, também citada por Hungria¹⁵¹, porquanto no Brasil, efetivamente, no que concerne a crimes contra a dignidade sexual, poucos são os escritores que se dedicam ao assunto.

De todo modo, influenciados pelo critério adotado no Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também encontrou calmaria e presentemente, apesar das inúmeras manifestações contrárias da Ministra que iniciou a divergência, a situação nas duas Casas é a mesma, conforme se pode verificar dos julgados a seguir indicados:

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.
2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.
3. Após o julgamento do habeas corpus n.º 205.873/RS, a Quinta Turma

¹⁵⁰ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 1. v. tomo 2. p. 46.

¹⁵¹ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 1. v. tomo 2, p. 10.

desta Corte Superior de Justiça reconheceu, por maioria de votos, a ocorrência de crime único quando o agente, num mesmo contexto fático, pratica conjunção carnal e ato libidinoso diverso, devendo-se aplicar essa orientação aos delitos cometidos antes da vigência da Lei n.º 12.015/2009, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

4. Hipótese em que o Paciente foi condenado nos seguintes termos: (i) com relação à vítima A. P. A., às penas de 14 anos e 7 meses de reclusão (por diversos estupros em continuidade delitiva) e 08 anos e 09 meses de reclusão (por atentado violento ao pudor, reconhecido por uma única vez em mesma situação fática de um dos crimes de estupro), ambos os delitos aplicados na forma do art. 69 do Código Penal, em concurso material; e (ii) com relação à vítima W. S. P.

A., à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão pela prática de atentado violento ao pudor na forma tentada.

5. Possível o reconhecimento de crime único quanto a um, e somente um, dos delitos praticados contra a vítima A. P. A., pois o único atentado violento ao pudor praticado pelo Paciente foi realizado em mesma situação fática de um dos crimes de estupro, devendo ficar inalteradas as demais conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, nomeadamente a continuidade delitiva reconhecida entre os diversos crimes de estupro - que perduraram por longo período e se encaixam perfeitamente na *fictio juris*.

6. Considerando que o decisor condenatório transitou em julgado, caberá ao Juízo das Execuções, nos termos do enunciado n.º 611 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, proceder à realização de nova dosimetria da pena, conforme a tipificação trazida pela Lei n.º 12.015/2009, cabendo ao Magistrado valorar a culpabilidade do agente quanto à pluralidade de condutas na primeira fase de aplicação da pena-base.¹⁵²

As decisões a seguir indicadas evidenciam a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão: Habeas Corpus n. 170.068/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22.10.2013, Diário da Justiça Eletrônico de 29.10.2013; Habeas Corpus n. 233.704/SP, Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 20.06.2013, Diário da Justiça Eletrônico de 25.06.2013; Habeas Corpus n. 196.791/MS, Relator

¹⁵² BRASIL. STJ. **HC 236.713/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 10/12/2013, DJe 03/02/2014.

Ministro Og Fernandes, Sesta Turma, julgado em 21.05.2013, Diário da Justiça Eletrônico de 31.05.2013; Habeas Corpus n 156.323/SP, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 27.11.2012, Diário da Justiça Eletrônico de 18.12.2012; Embargos de declaração no Habeas Corpus n 148.275/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16.10.2012, Diário da Justiça Eletrônico de 13.11.2012.

3.3. INTERPRETAÇÃO, PRINCÍPIOS E O ESTUPRO

No primeiro capítulo, amparado em argumentos coletados em diversas obras, discorreremos sobre a importância dos princípios na boa interpretação do Direito. Escrevemos que a posição de destaque exercida por estes comandos exigiam do bom intérprete a sua inclusão na análise de qualquer dispositivo. Pois bem, nos parece claro que qualquer análise dos crimes contra a dignidade sexual tenha, necessariamente, que levar em conta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do qual a primeira é uma subespécie.

Ao se analisar os argumentos que ensejaram a construção de que o crime de estupro, simples ou de vulnerável, se constitui crime misto alternativo não há, em nenhum deles, a referência à violação repetida da dignidade da pessoa humana e do princípio que ela contém.

Todos os autores citados neste trabalho que se dedicam a escrever sobre direito penal, fazem menção, discorrem e conceituam o princípio regente, todavia, quando da análise dos crimes contra a dignidade sexual e construção do argumento, o colocam de lado.

Guilherme de Souza Nucci¹⁵³ leciona que “Em qualquer situação, os princípios constitucionais e infraconstitucionais coordenam o sistema normativo, não podendo ser afastados para dar lugar à aplicação de qualquer norma específica da

¹⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, p. 43.

legislação ordinária”.

O autor arremata dizendo que “[...] os princípios constitucionais são os mais importantes”.

Fernando Capez¹⁵⁴ também destaca a importância do princípio:

A tutela da dignidade sexual, portanto, deflui do princípio da dignidade humana, que se irradia sobre todo o sistema jurídico e possui inúmeros significados e incidências. Isto porque o valor a vida humana, como pedra angular do ordenamento jurídico, deve nortear a atuação do interprete e aplicador do direito.

Como se vê, o mandamento constitucional também deveria ser levado em conta quando da construção do entendimento de que o crime de estupro é misto alternativo, porque só assim saberemos se a resposta do direito é adequada, e se coaduna com as violações que se sucedem e todo o resultado verificado. Entretanto, o que ousamos concluir é que o princípio que define o próprio título do Código Penal foi ignorado e o resultado da interpretação nos parece, com o devido respeito, equivocado.

A pena, desde há muito se pacificou, é um instrumento de controle social, ela é em muito criticada, mas igualmente insubstituível e necessária. Sua eficácia não pode ser medida em função dos seus evidentes fracassos, senão pelos seus acertos, quase sempre escondidos, mas que são verificados quando analisadas situações cotidianas. Sem a pena o ordenamento perderia seu caráter coativo, instrumento de reação contra a prática de infrações. É certo que a pena revela para a sociedade a satisfação de um anseio de justiça.

Em sede de direito penal, a reprovação da ação tem uma unidade de medida que expõe todo o resultado da aplicação da lei, consistente na pena. Boa ou má, certa ou errada, aceita ou não, é a pena que acaba por expressar a reprovação para a conduta. Pois bem, alguns, e não são poucos, limitam-se a transferir o

¹⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 3. v. p. 44.

problema. Se a pena acaba por ser diminuta e de pouca relevância, em relação ao fato e suas consequências, sustentam que o problema não é deles. Pode ser dos legisladores, da lei e até da vítima, que como vimos se estiver bêbada se equipara a sujeito destituído de direito. Lavam-se as mãos, sobem nos tamancos e, cegos pela falta de humildade, de coragem e vontade, contentam-se com entendimentos que apenas lhes supre o ego.

Diante da praga que se instalou, não é dado ao operador do direito, pouco importa em que lado esteja, que fique passivo a tudo que o ocorre em relação aos abusos sexuais e, de modo especial, aos estupros observados no curso deste trabalho.

Faço minhas as palavras de Eros Grau¹⁵⁵:

A mim encantam a tranquilidade e a segurança dos gênios - para - si - mesmos, donos de respostas para-tudo, que disparam em qualquer situação ou circunstância, sem perda de tempo na prática de exercícios aos quais os antigos se dedicavam, a leitura e a reflexão.

Usando um dos autores citados ao longo deste trabalho, André Estefam¹⁵⁶, referenciado linhas atrás quando classificamos o crime de estupro sob o ponto de vista da conduta típica, as infrações, no que concerne ao resultado jurídico ou normativo, se constituem em crimes de dano ou lesão, e crimes de perigo."Assim, se o tipo penal exigir a lesão ou o dano ao bem juridicamente tutelado para que ocorra a consumação do crime, estaremos diante de um crime de dano ou de lesão"¹⁵⁷.

A conduta no estupro simples é *constranger*, no estupro de vulnerável é *ter*. Ainda que na primeira figura o constrangimento se dê uma única vez, na hipótese de mais de um ato, é inegável que a norma foi violada duas vezes e a lesão

¹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios, p. 161.

¹⁵⁶ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 1. v. p. 88.

¹⁵⁷ ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 1. v. p. 88.

ao bem jurídico também é dupla.

Ingo Sarlet¹⁵⁸ ao traçar um paralelo com a Lei Fundamental da Alemanha pontua em relação à Lei Brasileira:

Muito embora no direito constitucional positivo pátrio o princípio da dignidade da pessoa humana não tenha sido formulado de modo tão enfático - já que não se faz menção expressa alguma à sua inviolabilidade - outro não tem sido o entendimento majoritário... Mesmo assim, ninguém será capaz de negar que entre nós - e lamentavelmente cada vez mais - a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que outros) é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida, seja pelo incremento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, neste passo, de uma existência com sabor de humanidade.

É possível e até recomendável que os bens jurídicos sejam constantemente analisados e atualizados, sendo certo que alguns, ao longo do tempo, foram relativizados, porém, não resta dúvida que uma vez verificada a violação de alguns, como é o caso da dignidade e liberdade sexual, a proteção deve ser proporcional à lesão ocorrida, a pena que representa a consequência desta reprovação deve ser aplicada tantas vezes quantas forem as lesões ao bem jurídico.

Sem que pareçamos repetitivos, o constrangimento pode ser um só, os atos que se sucedem são diversos e destes últimos decorrem várias lesões ao mesmo bem tutelado.

Alguém teria condições, na frente de uma mulher vitimada por um abuso sexual, em que ela foi constrangida a várias práticas sexuais (sexo vaginal, sexo oral e sexo anal) de dizer que tudo isso é só uma coisa? Dizer a ela que é um só fato? E que tudo aquilo é uma só lesão?

Diriam alguns que o direito é uma realidade onde a paixão não entra. Sem dúvida. O argumento existe, basta que nos livremos do conformismo para enxergá-

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais**, p. 151.

lo. Porque no direito a cegueira também não entra.

Em respeitável crítica ao posicionamento dominante na doutrina, com repercussão nos Tribunais Superiores, Mirabete¹⁵⁹ é contundente:

Essa solução não nos parece a melhor. Diante da natureza do bem jurídico protegido, a liberdade sexual individual como aspecto da dignidade sexual, e da redação dada ao tipo, que mantém a distinção entre a conjunção carnal e outros atos libidinosos, é possível inferir não apenas que a prática de cada ação típica é suficiente para provocar lesão ao bem protegido, mas, também, que a realização de ambas configura, em princípio, dúplice violação à liberdade sexual da vítima, ofendendo mais gravemente a sua dignidade sexual.

A extensão da lesão ao bem jurídico e a gravidade dos fatos, conjunção carnal e outro ato libidinoso, mencionados por Mirabete é reconhecida também no Projeto de Lei n. 236/2012, em trâmite no Senado Federal e citado no Capítulo 2, deste trabalho, como causa de elevação da pena, o que evidencia a preocupação do legislador e adequar a reprimenda a realidade dos fatos.

Além do argumento relacionado com o bem juridicamente tutelado, Mirabete reforça sua tese que em momento algum, durante o processo legislativo, foi demonstrada qualquer intenção do legislador em punir de maneira mais branda o crime que, é bom mencionar, antes da lei modificadora tinha rigorosamente o mesmo tratamento, isto é, o concurso entre o revogado artigo 214 e o então vigente artigo 213 era resolvido pela regra do artigo 69 do Código Penal.

A intenção ao colocar o relato de uma vítima do crime de estupro e algumas das consequências advindas é, como dissemos anteriormente, aproximar o leitor do fato, propiciando o aprimoramento do estudo. Mas também há outro motivo. A verificação do fato em toda a sua amplitude nos permite, com o espírito desarmado, darmos concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana, diante de violação tão ignóbil e cruel.

¹⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 2. v. p. 389.

Recorremos a Lênio Streck¹⁶⁰:

[...] o que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, “leis das leis”?

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, não raras vezes, ocorre de maneira flagrantemente distanciada da realidade concreta, sem qualquer fundamentação racional, justificando a sua aplicação, gerando um déficit de segurança.

Ao tratar da ponderação entre princípios, Eros Grau¹⁶¹ leciona:

Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor humano assume forma na substância e na medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à Humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores... quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o ethos humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material diametralmente opostos.

Voltemos a Luciene Potter¹⁶² para reforçarmos que o trabalho realizado pelos integrantes da cena jurídica também é agressivo à vítima:

Destacamos, chamando a atenção, que os direitos ao respeito e à dignidade humana das vítimas, como direitos fundamentais, são os mais violados no decurso do processo judicial demonstrando que no processo

¹⁶⁰ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**, p. 25.

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios, p. 24.

¹⁶² BITENCOURT, Luciane Potter. **Ciências Penais** - revista da associação brasileira de professores de ciências penais, p. 262.

penal tradicional a vítima não é adequadamente atendida em suas necessidades de tutela e proteção¹⁶³.

Ao tratar sobre as finalidades do direito penal, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, com apoio nos escritos Antônio Garcia e Pablos Molina¹⁶⁴, informam que uma delas é

[...] a proteção de bens jurídicos (os mais relevantes contra os ataques mais graves), por isso se diz que a proteção penal é fragmentária e subsidiária, o Direito Penal tem por finalidade primeira proteger os bens mais relevantes como a vida, integridade física, liberdade individual, sexual etc... o Direito penal realiza uma função indispensável porque a vida em comunidade dos seres humanos só se torna viável quando são garantidos eficazmente esses “bens jurídicos”.

Dada a relevância do bem jurídico, como admitir que a dignidade humana e seu princípio não sejam levados em conta em todas as fases de análise e interpretação do fato criminoso justamente à ela tutelado?

A dignidade da pessoa humana, que deve nortear o processo de interpretação, é atingida tanto quantos atos sexuais são praticados contra a vítima. Não é possível, perdoe-nos pela veemência, que se reconheça como um único ato violador, a prática de atos sexuais violentos e sucessivos contra a mesma vítima.

No universo de lesões praticadas contra a vítima, não temos dúvidas em afirmar que colocá-la à margem desse processo é uma das maiores violências.

O problema do desrespeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes vítimas torna-se ainda mais grave quando parte de pessoas incumbidas pelo Poder Público a defender e proteger os seus direitos...

Deve-se pensar o Outro como pessoa, sujeito e não objeto do processo judicial, pois somente sofrendo pelo Outro, sendo responsável por ele, suportá-lo em seu lugar, poder-se-á pensar em uma cultura ética do

¹⁶³ BITENCOURT, Luciane Potter. **Ciências Penais** - revista da associação brasileira de professores de ciências penais, p. 262.

¹⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; PABLOS DE MOLINA, Antônio García. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1. v. p. 222.

processo penal capaz de mostrar à humanidade do homem¹⁶⁵.

A constatação de que o estupro é um crime misto alternativo, no dizer de Renato Marcão e Plínio Gentil¹⁶⁶, é, efetivamente, questão de controvérsia relevante. Mesmo quando levado em conta, para os autores, a característica do bem jurídico classificado como personalíssimo. A conclusão a que chegam os escritores é a mesma que Guilherme de Souza Nucci chegou, e que linhas atrás indicamos, "[...] a proporcionalidade entre a reprovação penal e a forma de execução de, nesse caso, solucionar-se mediante uma parcimoniosa dosimetria da pena, à critério do juízo"¹⁶⁷.

Mais uma vez o que se percebe é o apego ao caráter redutor da interpretação. Isto é, embora reconheçam a gravidade do fato (como menciona Nucci, e de fato o é) e a efetiva ausência de reprovação adequada, não enveredam pelo postulado constitucional e o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como a própria dignidade, ficando à margem e não sendo levados em conta.

O discurso pode parecer sentimental, característica que não pode figurar em trabalhos deste jaez, mas não podemos nos furtar a sustentar que a vítima, como em outras e variadas situações do direito penal, mais uma vez é esquecida, seus direitos cedem em detrimento do comodismo e falta de ousadia por parte daqueles que operam o direito.

O resultado dessa realidade, reconhecida como a falta de comunicação entre o direito constitucional e o direito penal é, infelizmente, a construção de ideias com alicerces de pouca relevância.

Retornando a Alexy e sua experiência com o Tribunal Constitucional Alemão, restou estabelecido que deve haver uma ponderação entre os princípios colidentes que, em razão da prevalência de um deles, mediante a análise de circunstâncias concretas, deve ser aplicado.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Luciane Potter. **Ciências Penais** - revista da associação brasileira de professores de ciências penais, p. 264.

¹⁶⁶ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 49.

¹⁶⁷ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**, p. 49.

Mas o cenário que se revela é preocupante.

Humberto Ávila¹⁶⁸ nos apresenta este panorama sombrio:

Com essas considerações que quer chamar a atenção para o fato de que a definição de princípios como normas carecedoras de ponderação pode conduzir - como de fato tem conduzido, e o Brasil é testemunha disso - a um certo "relativismo axiológico": todos princípios podem ser afastados, inclusive aqueles princípios reputados como fundamentais, quer pela doutrina, quer pelo ordenamento, justamente por veicularem valores que não podem ser descartados. Tal noção esteriliza o caráter jurídico-normativo que define os princípios como normas jurídicas, como bem aponta Grau.

Os obstáculos a serem superados não são de fácil transposição. Eros Grau¹⁶⁹ lamenta:

Juízes, especialmente juízes constitucionais, tem lançado mão, intensamente, da técnica da chamada ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente...

O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios.

O debate está colocado, mas é fundamental que se encontrem respostas adequadas, com posição firme em prol da cidadania, da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, da garantia do respeito aos direitos de todos, com a conscientização de todos que operam no Direito de modernizar suas ideias.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 137.

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios, p. 118.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao chegar à etapa derradeira deste trabalho deve ser enaltecido o ambiente criado pela Universidade para que o Direito seja objeto de discussão e reflexão, propiciando o seu desenvolvimento e o aprimoramento daquele que se insere neste convívio de ideias. Este trabalho é fruto desta sementeira, um retrato de uma experiência vivida ao longo dos últimos 25 (vinte e cinco) anos no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Ministério Público e na Universidade da Região de Blumenau.

A violência sexual atinge patamares nunca antes alcançados, espalha-se de maneira rápida e todos que lhe são próximos ficam a procurar respostas. Não distingue o pobre do rico, o bem preparado intelectualmente do menos aquinhado. Diariamente casos se sucedem. É um problema que se engrandece fora do mundo do Direito, suas repercussões nas vítimas, familiares e sociedade exigem a busca incessante de proteção. O Direito e todos que nele operam não podem ficar a margem.

A Constituição Federal ao destacar já no seu início a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República nos obriga a levar em conta esta particularidade, não há, efetivamente, respeito ao cidadão se não levamos em conta sua dignidade. Ela deve ser objeto de defesa intransigente.

Na interpretação e aplicação de dispositivo que tipifica conduta criminosa, que tem como bem jurídico esta mesma dignidade, não é possível dela se afastar.

Entretanto, o que acabamos por descobrir ao longo deste trabalho é que a dignidade da pessoa humana, seu princípio constitucional e suas variantes, são colocados à margem do trabalho interpretativo, com reflexos nos pronunciamentos dos Tribunais, o que se constitui, é preciso dizer, equívoco lastimável. O Direito não

pode ficar limitado a uma interpretação limitada e parcial, simplória ou sumária. Os princípios abordados ao longo deste trabalho, e é isso que se pretendeu demonstrar, são aspectos relevantes e de aplicação necessária no processo de interpretação e construção do entendimento acerca dos crimes de estupro previstos no Código Penal.

É possível que o panorama atual não se altere, que tudo aquilo que hoje está posto não se modifique, mas, ainda assim não poderíamos deixar de demonstrar que os elementos levados em conta na análise dos crimes não contemplam aspectos que até aqui são esquecidos ou solenemente ignorados.

A violência envolvida nos crimes sexuais e seus reflexos, desde há muito é colocada de lado por aqueles que militam no Direito. Fazem de conta que não veem, que não escutam, que não sabem, que não é com eles. E nós perguntamos, o que fazem então? Não bastasse a primeira violência, aquela praticada quando do crime, estamos diante de uma nova violência.

Sustentar que múltiplas ações de cunho sexual, que atingem por mais de uma vez a dignidade da pessoa é, sob o ponto de vista do direito penal, um só fato, significa desprezar o princípio que deve nortear todo o processo de interpretação. Afastar-se do conservadorismo do pensamento, reconhecer a dignidade da pessoa humana, é praticar a sabedoria, mas, acima de tudo, é equilibrar as variantes na resolução do problema.

O tratamento dado aos crimes contra a dignidade sexual, de um modo geral, revela um comportamento indolente de alguns que se dedicam a escrever sobre o tema, ao se realizar o trabalho de interpretação do direito o operador deve ter o compromisso de não apenas entregar uma resposta, pois isso é simples, mas de produzir um resultado adequado e porque não dizer digno.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

A CARÊNCIA que destrói a inocência. Pais, juízes e psicólogos começam a encarar a tragédia do abuso sexual de crianças. **VEJA on line**. São Paulo, 31 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_31011996.shtml> Acesso em: 27 de janeiro de 2014.

ALEMANHA. **GRUNDGESETZ für die Bundesrepublik Deutschland**. Berlim, 2007. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/2677068/Daten/750845/ConstituicaoAlemao_PDF.pdf> Acesso em: 24.3.2014.

_____. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Berlim, 2007. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf> Acesso em: 24.3.2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. *in*: GOMES, José Joaquim Gomes Canotilho, et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. *in*: GOMES, José Joaquim Gomes Canotilho, et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 11 ed. São

Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 4. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Luciane Potter. **Ciências Penais** - revista da associação brasileira de professores de ciências penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 8. v.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

_____. **Lei n. 11.106, 28 de março de 2005**. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

_____. **Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Brasília: Congresso Nacional, 2006.

_____. **Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília: Congresso Nacional, 2009.

_____. **Lei n. 12.845, de 1º de agosto de 2013**. Brasília: Congresso Nacional, 2013.

_____. STF. **Habeas Corpus n. 99265**, Segunda Turma, julgado em 02.03.2010, Diário da Justiça Eletrônico 071, divulgado em 22.04.2010, publicado em 23.04.2010, Ementário Volume 02398-03, pp 00481.

_____. STF. **HC 86110**, Relator: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010. Publicado em 23-04-2010. EMENT VOL-02398-01 PP-00089 RMDPPP v. 6, n. 35, 2010, p. 100-104.

_____. STF. **HC 99544**, Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em

26/10/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011. Publicado em 01-02-2011. EMENT VOL-02454-02 PP-00467.

_____. STJ. **HC 78667/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010.

_____. STJ. **HC 104724/MS**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, quinta turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010.

_____. STJ. **HC 236.713/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 10/12/2013, DJe 03/02/2014.

_____. TJSC. **Processo n. 2011.001112-4**, Curitiba. Terceira Câmara Criminal, Relator Torres Marques, julgado em 22 de março de 2011.

_____. TJSC. **Processo n. 2014.001493-0**, Araranguá. Segunda Câmara Criminal, Relator Sérgio Rizelo, julgado em 25 de fevereiro de 2014.

_____. **Vigilância de violências e acidentes**. 2006 e 2007. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/viva_vigilancia_violencias_acidentes.pdf> Acesso em: 2 de agosto de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 3. v.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DREZETT, Jefferson. Aspectos Biopsicossociais da Violência Sexual. *In: Anais da*

Reunión Internacional Violencia: Ética, Justicia y Salud para la mujer. Monterrey, México, agosto de 2000. Disponível em: <<http://aads.org.br/arquivos/jefferson/mexico.doc>>.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. 1. v.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. 3. v.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: Forense, 1981.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcíá. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1. v.

GOMES, Luiz Flávio; PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcíá. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 2. v.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** - a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 1. v. tomo 2.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/CPGD-UFSC, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 2. v.

MORAIS, Mônica Simone de. **O crime de estupro**. Brasília: Clubjus, 05 de novembro de 2009. Disponível em:

<<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.26773>> Acesso em: 25 de março de 2014.

MOURA TELES, Ney. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2004. 3. v.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 29. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1991. 3. v.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. O direito penal e a dignidade humana. A questão criminal: discurso tradicional. *In*: SILVA, Marco A. Marques da; MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PORTUGAL. **DL nº. 48/95, de 15 de Março**. Código Penal. Diário da República, 1995. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>

Acesso em: 16 de jan. de 2014.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 3 ed. São Paulo. Saraiva, 1980.

RENNÓ JÚNIOR, Joel. Saúde Mental - Consequências da violência sexual contra a mulher. **Vya Estelar**. UOL, São Paulo, março de 2010. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vyaestelar/violencia_sexual_mulher.htm> Acesso em: 27 de fev. de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo. Saraiva, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, de justicia**. Tradução de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.