



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

KÁTIA MARIA DA SILVA

**REFLEXÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.015/09 AOS
TIPOS PENAIIS DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL – Rigor necessário
ou falha do legislador?**

CAMPINA GRANDE-PB

2012

KÁTIA MARIA DA SILVA

REFLEXÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.015/09 AOS TIPOS PENAIIS DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL – Rigor necessário ou falha do legislador?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador : Valdeci Feliciano Gomes

CAMPINA GRANDE – PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586r Silva, Kátia Maria da.
Reflexões acerca das alterações trazidas pela lei 12.015/09 aos tipos penais dos crimes contra a liberdade sexual – rigor necessário ou falha do legislador? [manuscrito] / Kátia Maria da Silva.– 2012.

29 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.

“Orientação: Prof. Esp. Valdeci Feliciano Gomes, Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal. 2. Crime sexual. 3. Lei 12.015/09 I. Título.

21. ed. CDD 345

KÁTIA MARIA DA SILVA

REFLEXÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.015/09 AOS TIPOS PENAIS DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL – Rigor necessário ou falha do legislador?

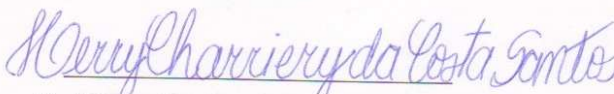
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel Direito.

Aprovada em: 06/07/2012



Prof. Valdeci Feliciano Gomes / UEPB

Orientador



Prof. Herry Charriery da Costa Santos/UEPB

Examinador


Prof. Jaime Clementino de Araújo/UEPB

Examinador

REFLEXÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.015/09 AOS TIPOS PENAIS DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL – Rigor necessário ou falha do legislador?

SILVA, Kátia Maria da ¹

RESUMO

As mudanças introduzidas no Código Penal pela Lei nº 12.015/09 lançaram dúvidas e questionamentos na doutrina acerca de sua segurança jurídica. Muitos operadores do direito tem encontrado dificuldade em aplicar convenientemente as novas normas penais referentes aos crimes contra a liberdade sexual, entendendo alguns até que em certos pontos ela representa um retrocesso penal. Uma das questões mais contundentes refere-se da nova redação dada ao artigo 213, que tipifica como estupro qualquer ato libidinoso, o que tem levantado sérias discussões doutrinárias a respeito de sua aplicabilidade de forma justa ao caso concreto. O presente trabalho traz reflexões sobre os aspectos jurídicos da referida lei, investigados, através do método dedutivo, a fim de apurar as repercussões de sua aplicabilidade no campo social. Apreciando opiniões doutrinárias adversas, chegamos a conclusão de que do legislador brasileiro se espera um melhor desempenho no que tange à elaboração das leis, que deve ser antecedida de muita análise social e estudo jurídico, a fim de não sejam editadas normas, cujo teor impreciso, venham a causar muito mais discussões doutrinárias, críticas e polêmicas, que os efetivos resultados de justiça que delas se espera.

Palavras-chave: Crimes sexuais. Lei 12.015/09. Alterações.

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba em 2012:
kattia2022@hotmail.com

ABSTRACT

The changes in the Criminal Code by Law No. 12.015/09 raised doubts and questions about the doctrine of his legal certainty. Many jurists have found it difficult to apply properly the new criminal provisions relating to crimes against sexual freedom, some even understand that at certain points it represents a setback criminal. One of the most compelling concerns of the new wording of Article 213, which defines rape as any lewd acts, which has raised serious doctrinal discussions about its applicability to the case fairly. This paper reflects on the legal aspects of the law, investigated by the deductive method, in order to assess the impact of its applicability in the social field. Enjoying adverse doctrinal views, come to the conclusion that Brazilian legislators are expected to performance better when it comes to making laws, which must be preceded by a lot of social analysis and legal study, in order not to be edited rules, whose content inaccurate, will cause much more doctrinal discussions, criticism and controversy, the actual results of righteousness which is expected of them.

Keywords: Sexual crimes. Law 12.015/09. Changes.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. O CÓDIGO PENAL DE 1940 E OS CRIMES CONTRA OS COSTUMES	09
3. ASPECTOS JURÍDICOS DA TIPIFICAÇÃO PENAL DO CRIME DE ESTUPRO	11
4. DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR	13
5. A UNIFICAÇÃO DOS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR	15
6. ASPECTOS SOCIAIS DO CRIME DE ESTUPRO – A VITIMA E O AGRESSOR	17
7. CRIMES SEXUAIS ENVOLVENDO MENORES - ASPECTOS JURIDICOS	18
7.1 CRIMES SEXUAIS ENVOLVENDO MENORES - ASPECTOS SOCIAIS	19
8. ESTUPRO DE VULNERÁVEIS: SANÇÃO LEGAL X PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	26
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
REFERÊNCIAS	30

1. INTRODUÇÃO

O crime de estupro sempre, em todas as sociedades, suscitou a indignação e o repúdio sociais. Por maior que sejam os índices de criminalidade, o estupro se destaca por sua natureza hedionda, reprovada até mesmo pelos criminosos contumazes e insensíveis.

Aquele que pratica o estupro cruza uma fronteira sagrada e viola o inviolável: a individualidade do outro. Sendo assim, as palavras estupro e estuprador carregam o estigma social do inaceitável e do odioso.

Dessa forma, o Direito Penal deve ser muito criterioso ao definir os tipos penais, pois sem dúvida, a prática do crime rotula o indivíduo no meio social, e, uma vez rotulado, dificilmente voltará a gozar do mesmo status que antes desfrutava em meio ao grupo.

Considerando as consequências sociais do crime, reputa-se como indispensável o cuidado daqueles que fazem as leis, a fim de evitar a edição de leis distorcidas e distantes da vontade do povo, verdadeira fonte de onde devem emanar as razões de legislar e o fundamento das normas penais a serem seguidas.

As mudanças introduzidas no Código Penal pela Lei nº 12.015/09 lançaram dúvidas e questionamentos na doutrina acerca de sua segurança jurídica. Muitos operadores do direito tem encontrado dificuldade em aplicar convenientemente as novas normas penais referentes aos crimes contra a liberdade sexual, entendendo alguns até que ela representa um retrocesso penal, sendo este um dos pontos a serem analisados neste trabalho.

2. O CÓDIGO PENAL DE 1940 E OS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

O nosso Código penal, vigente desde 1940, situava os crimes de estupro e atentado violento ao pudor na seção intitulada “Dos crimes contra os costumes”, e trazia em sua redação original:

Estupro

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

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Atentado violento ao pudor

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

Pena - reclusão de dois a sete anos.

Qual o porquê da expressão “crimes contra os costumes”? Retrocedendo no tempo, podemos vislumbrar uma sociedade assentada em bases patriarcais sólidas, na qual encontravam-se sedimentados os valores da virgindade e castidade das mulheres como pilares norteadores da integridade moral da família e da sociedade.

O costume social da época primava, a qualquer custo, pela defesa da honra familiar, depositada na “honestidade” das mulheres casadas e na virgindade das solteiras.

Aquele que atentava contra esses valores, feria muito mais a honra familiar, particularmente dos homens da casa, que a liberdade sexual da mulher. Isto explica os casamentos “forçados na polícia” quando o rapaz se relacionava com mulher virgem e depois, no dizer popular da época, recusava-se a “consertar o mau que lhe fez”, casando-se com ela. Ainda em 1940 e em datas anteriores, a recusa do sujeito em cumprir com o dever de casar-se podia trazer consequências mais graves. Aqui no Nordeste, juntamente às histórias do cangaço e das façanhas dos cangaceiros, havia relatos dos nossos avós acerca de homens que eram perseguidos pelos familiares de moça “desonrada”. O objetivo dos cabras machos da família não era outro senão dar uma boa corça no sujeito ou mesmo “corta-lhe as coisas”. Não se sabe se fora apenas lenda, mas o fato é que a castração era cogitada como pena a ser aplicada ao “cabra safado que mexesse com moça de família”. Outro subterfúgio não tinha os malandros que não, fugir para São Paulo.

O adultério, por sua vez, muito frequentemente resultava no assassinato do amante, da mulher, ou de ambos. Tudo com o fim de “lavar a honra” do homem traído e de sua família.

Neste contexto, como era encarado o crime de estupro? Certamente como crime altamente reprovável e digno das mais duras penas.

Segundo dados do Ministério da Justiça, através da Secretaria Nacional de Segurança Pública :

“As Polícias Civis registraram 14.153 estupros no Brasil, em 2004, e 14.557 estupros, em 2005. Deste total, aproximadamente 43% ocorreram na região sudeste e 19% ocorreram na região nordeste. São Paulo foi o Estado onde ocorreu o maior número destes crimes em 2004 e 2005, concentrando cerca de 28% dos crimes ocorridos no Brasil. Por outro lado, Roraima foi o Estado onde se registrou o menor número de ocorrências deste tipo de crime.

Comparando as taxas dos diversos Estados, verificamos que as maiores taxas encontram-se no Roraima e Amapá, e as menores taxas encontram-se no Pernambuco e Alagoas.

Entre os municípios com população acima de 100 mil habitantes, verificamos que os seguintes municípios se destacam por possuírem os maiores números de registro de ocorrências de estupro por 100 mil habitantes, nos anos de 2004 e 2005: Itabuna (BA), Francisco Morato (SP) e Porto Velho (RO)”. (SENASP, 2005)

Talvez esse panorama criminológico tenha impulsionado o legislador brasileiro a revisar a lei penal referente aos crimes sexuais, o que foi feito pela Lei 12.015/09, cujas alterações vieram a recrudescer as penas contra tais crimes.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DA TIPIFICAÇÃO PENAL DO CRIME DE ESTUPRO

Dada a gravidade do crime de estupro, a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) já havia aumentado as penas mínimas e máximas do delito, que passaram de 3 para 6 anos na mínima e de 8 para 10 anos na máxima.

Conforme tipificado na lei penal de 1940, o crime de estupro só podia ter como sujeito passivo a mulher e no polo ativo o homem, podendo a mulher figurar ativamente apenas como partícipe do crime. Com as alterações trazidas pela Lei 12.015/09 tanto o homem quanto a mulher podem figurar no polo passivo, pois o elemento objetivo do tipo passou de “mulher” para “alguém”.

A conjunção carnal, elemento normativo do tipo, não é mais a ação exclusiva do crime de estupro, cuja abrangência foi expandida pela lei em estudo, a fim para abarcar além da conjunção carnal outros atos libidinosos, conforme redação, *in verbis*:

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

A ação penal no Código de 1940 era privada, com poucas exceções permitidas em lei, reservando à vítima ou seu representante legal decidir da conveniência da ação, tendo em vista a exposição pessoal imposta pelo processo penal. Depois da Lei 12.015/09 a ação passou

a ser pública condicionada à representação, ou pública incondicionada, se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, como dispõe seu artigo 225 em sua novel redação.

Apesar dessa nova determinação legal, a Suprema Corte entende que toda vez que o delito de estupro for cometido com emprego de violência real, a ação será de iniciativa pública incondicionada, retirando, assim, a força normativa de parte das disposições do artigo 225, por força da Súmula nº 608:

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

Neste aspecto foi bastante acertada a visão do legislador, pois, sendo o estupro um crime violento, bárbaro e desumano, de fato carecia ser questionado se a decisão de acionar a justiça deveria realmente partir da pessoa ofendida.

Se a lei 12.015/09 houvesse persistido em admitir a ação penal privada no crime de estupro, estaria ratificando todo um passado retrógrado, no qual, como já discutido, o crime afetava muito mais a honra da família e da sociedade que da própria vítima. No entanto, o atual entendimento mundial acerca da dignidade da pessoa humana, exige de nós individualmente e enquanto sociedade, deixar de lado os arcaicos conceitos machistas e patriarcais há muito superados e refletir na necessidade de que tais crimes sejam apurados com todo rigor, a fim de que não fiquem impunes, aumentando assim o sofrimento da vítima, que não vê punido seu algoz, e da sociedade que não vê repreendido o crime, ficando na ameaça de que se repita a qualquer momento, causando nova ruptura em sua estabilidade. A ação pública incondicionada abriu espaço para que qualquer pessoa possa denunciar casos de abusos, que muitas vezes eram escondidos das autoridades, notadamente quando o agressor fazia parte do círculo familiar da vítima.

É esta também a visão do jurista Alessandro Martins, que em artigo publicado, critica o cabimento da ação penal nos crimes sexuais, entendendo-o como fato gerador de possíveis impunidades:

O direito penal tem por escopo básico a prevenção, na qual procura tanto que possível punir o delinqüente; imagine um caso prático, um delinqüente preso em flagrante, cometendo o estupro, fica a critério da vítima processa-lo ou não, esse delinqüente poderá voltar à sociedade como se culpa não tivesse. Este criminoso estará recebendo “carta branca” para cometer outros estupros.

Como não ficar perplexo com casos de tamanha gravidade e conseqüências tão danosas para a tranqüilidade pública se o ingresso da ação está ao critério particular de cada indivíduo, entregando a este a punição defensiva e preventiva do delinqüente?

Ao proteger a sociedade protege-se cada indivíduo, pois a sociedade é uma coleção de indivíduos. A finalidade do direito é proteger a sociedade, a defesa dos direitos de cada indivíduo, pois quem fere tais direitos não comete somente uma lesão individual, mas também coletiva, toda sociedade sente-se abalada em sua segurança. (MENEZES, 2009)

Analogicamente, podemos ver na sociedade um corpo, e nos indivíduos, os seus membros. A dor que atinge um membro repercute em todo corpo, portanto, é vital nos posicionarmos em defesa da sociedade, refletindo no que ela representa. Embora nos dias atuais esteja “em alta” a defesa das liberdades individuais, estas não devem superar o valor das liberdades coletivas, pois, afinal, é a noção de coletividade que sustém a segurança individual. É neste norte que o Estado, ao editar leis, tem sempre como alvo alcançar o bem de todos, embora muitas dessas leis protejam bens jurídicos personalíssimos, a exemplo da liberdade sexual.

O estupro, conforme tipificado no artigo 213 em sua redação original só podia ter como sujeito passivo a mulher, pois o termo “estupro” restringia-se à conjunção carnal forçada, entendida como o ajuntamento natural do órgão genital masculino com o feminino, através da introdução do pênis na cavidade vaginal, nada mais que isso, em interpretação restrita como preleciona o Mestre Rogério Greco:

Foi adotado, portanto, pela legislação penal brasileira, o *sistema restrito* no que diz respeito à interpretação da expressão conjunção carnal, repelindo-se o *sistema amplo*, que compreende a cópula anal, ou mesmo o *sistema amplíssimo*, que inclui ainda, os atos de felação (orais). (GRECO, 2010, P. 581)

Ficavam excluídas do tipo penal de estupro a cópula anal e o sexo oral, entendidos como meros atos libidinosos diversos da conjunção carnal, embora haja semelhante congresso carnal na cópula anal, o que de certo não imprimia equidade à reprovação das referidas condutas delitivas, posto que o constrangimento era o mesmo para a vítima, ou até maior, em se tratando de vítima homem, numa sociedade machista.

4. DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

O crime de atentado violento ao pudor, tipificado no revogado artigo 214, também tivera suas penas mínimas e máximas aumentadas pela lei dos crimes hediondos, passando a mínima de 02 para 06 anos e a máxima de 07 para 10 anos.

O aludido artigo já era alvo de muitas controvérsias doutrinárias, especificamente no que se referia a expressão *ato libidinoso diverso da conjunção carnal*. A questão reside pontualmente na definição do que seja um ato libidinoso e à diversidade de condutas de menor ou maior gravidade reunidas neste conceito.

Ato libidinoso segundo Fernando Capez:

... é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere ao ato, ou seja, a uma realização física concreta. (CAPEZ, 2005, p. 28)

Assim, o atentado violento ao pudor podia configurar-se em diversas condutas de cunho sexual, até mesmo sem o contato de órgãos genitais, pois a libido humana é bastante criativa em suas formas de expressão e realização. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados a masturbação praticada na vítima pelo agente criminoso ou pela vítima neste, a introdução de dedos ou objetos no órgão genital da vítima, carícias em suas partes íntimas, as apalpadelas nos seios ou nas nádegas, o beijo lascivo, entre outros.

Discutia-se se o beijo forçado podia ser classificado como ato libidinoso, punível pelo texto legal do revogado art. 214. Neste particular a doutrina não era pacífica, senão vejamos:

Cezar Roberto Bitencourt e Fernando Capez posicionavam-se no sentido de que o beijo lascivo, praticado mediante violência ou grave ameaça, era conduta abrangida pelo tipo penal de atentado violento ao pudor.

Contrária era, e ainda se sustenta, a posição do Mestre Rogério Greco, defensor do Direito Penal do Equilíbrio, o qual defende que um beijo não pode enquadrar-se no tipo penal de estupro, por entender desproporcional condenar alguém por esse fato a cumprir uma pena de no mínimo seis anos de reclusão:

Por mais que seja ruim o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por esse fato a cumprir uma pena de, pelo menos, 6 (seis) anos de reclusão, isto é, com a mesma gravidade que se pune um homicida. (GRECO, 2010, p. 601)

Comentando o assunto, a Procuradora de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Luiza Nagib Eluf, corrobora a opinião do respeitado jurista, ao argumentar no mesmo sentido:

Cabe observar, a respeito dessas alterações, que o artigo 213 do Código Penal, embora tenha acertado ao possibilitar que tanto homem quanto mulher sejam vítimas do delito (anteriormente, somente uma mulher poderia ser vítima de estupro), cometeu o exagero de considerar igualmente grave a prática de qualquer “outro ato libidinoso”. Ora, esse era o grande equívoco do revogado artigo 214 do Código Penal, que considerava atentado violento ao pudor, com pena mínima de seis anos, a prática de quaisquer atos libidinosos diversos da conjunção carnal (conjunção carnal é o ato sexual vaginal). A nova lei, ao invés de corrigir esse excesso de abrangência e separar as condutas, acabou repetindo a frase que abarca tudo, punindo com seis anos de reclusão, no mínimo, até um beijo roubado ao mencionar no tipo penal a prática de qualquer “outro ato libidinoso”. Parece-me, na verdade, que a intenção do legislador era equiparar ao estupro a relação sexual oral e anal, da qual o homem também pode ser vítima, mas teria sido preferível dar às coisas o nome que as coisas têm em lugar de camuflá-las com uma linguagem imprecisa e demasiadamente abrangente, geradora de possíveis injustiças.

Sim, porque não vejo juízes aplicando seis anos de reclusão, em regime inicial fechado, para um sujeito que atacou uma mulher aos beijos e afagos apenas. Por outro lado, não aplicar punição à mencionada conduta é inadmissível, pois, no exemplo citado, a vítima sofreu um atentado violento ao pudor e espera ver a Justiça reparar-lhe o mal. Da mesma forma, a sociedade merece se proteger desse tipo de agressor, que, em geral, é compulsivo e pratica delitos em série, podendo facilmente evoluir de atos libidinosos de menor gravidade para o estupro.(ELUF, 2009)

Concordamos com a ilustre Procuradora, quando sustenta que “Parece-me, a verdade, que a intenção do legislador era equiparar ao estupro a relação sexual oral e anal, da qual o homem também pode ser vítima”. **O termo estupro deveria portando resumir-se a estas formas de agressão, dignas, certamente, de forte reprimenda penal**, ficando outros atos libidinosos adstritos à tipificação de atentado violento ao pudor, ou se de menor potencial ofensivo, em outra tipificação penal mais adequada à conduta, a exemplo da contravenção penal contida no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais:

Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

5. A UNIFICAÇÃO DOS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.

A Lei 12.015/09, como já comentado, unificou no art. 213 os tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor, que antes eram tipos penais autônomos.

A junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor veio promover o fim do concurso material desses tipos penais, permitido pela redação antiga dos artigos 213 e 214 do Código Penal. Unindo os dois tipos em um só crime, a lei acabou por abrandar a pena do agente criminoso que abusou da vítima, adotando diversas condutas criminosas, em detrimento daquele que apenas cometeu a conjunção carnal ou algum ato libidinoso diverso, exclusivamente.

Em artigo publicado na internet, o professor Sandro Caldeira, comenta acerca da unificação destes delitos, abordando os aspectos jurídicos ligados a impossibilidade do concurso material dos referidos crimes e também acerca da retroatividade benéfica da lei em comento, com relação aos criminosos já condenados por crimes sexuais:

Questão importante refere-se ao entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, que sustentava ser possível o concurso material (artigo 69 do CP) entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (**HC 75451 / SP – São Paulo – Habeas Corpus – Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA**).

Com a reforma, suprime-se essa possibilidade, já que agora as duas condutas constituem apenas um tipo penal, e dessa forma, quem praticar, em um mesmo contexto fático, conjunção carnal e outros atos libidinosos contra a mesma vítima, responderá por um único delito: o de estupro, o que já vem levantando protestos do no meio jurídico, ante a menor penalização do agente criminoso, que antes poderia responder por dois crimes e atualmente responderá somente por um (estupro). Essa posição deve ser entendida como a melhor?

O professor Gabriel Habib entende que “certamente, a unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor em apenas um tipo legal de crime gerará, inevitavelmente, benefícios aos réus.

De igual modo, entende o professor Rogério Greco “Realmente, a fusão dos tipos penais que previam o estupro e o atentado violento ao pudor foi benéfica ao agente, pois a nova lei criou o chamado tipo misto alternativo, onde a prática de mais de um comportamento por ele previsto importará em crime único, desde que praticado numa mesma relação de contexto. Assim, por exemplo, se o agente, com a finalidade de levar a efeito a conjunção carnal, vier, também, a praticar atos de felação, deverá responder por um único crime de estupro, de acordo com a nova redação legal”.

Verifica-se, sob esse aspecto, que a nova lei é mais benéfica e, de acordo com o artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, deve retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência, inclusive as decisões já transitadas em julgado, que deverão ser revistas em sede de Execução Penal (CALDEIRA, 2010).

É patente o grave prejuízo que a nova redação do artigo 213 trouxe às vítimas e ao corpo social. A abrangência do tipo penal abriu caminho para uma sanção injusta e desproporcional em relação à gravidade destes delitos. É revoltante que a vítima seja submetida a todas as formas de abusos repugnantes e saiba que seu agressor só será punido

por um único crime, como se apenas um crime houvesse praticado. Tal situação choca o indivíduo e constrange a sociedade, que também sofre prejuízos em sua segurança pública ao ver criminosos condenados terem suas penas diminuídas, ou até extintas, em obediência à retroatividade benéfica do novo mandamento legal.

6. ASPECTOS SOCIAIS DO CRIME DE ESTUPRO – A VITIMA E O AGRESSOR

Nunca é excessivo falar do estigma social associado ao crime de estupro, considerando que, desde antigas datas até os dias atuais, tal ato criminoso é capaz de suscitar instantânea indignação e revolta, tanto dos parentes e conhecidos da vítima, quanto de toda sociedade.

O estupro, se o pensarmos como a relação sexual forçada, seja ela vaginal, oral ou anal, é prática criminosa das mais perversas, por envolver violência capaz de atingir os aspectos físicos e psicológicos da pessoa humana, ferindo de cheio a sua dignidade e equilíbrio emocional, como observa Tessari:

Uma pessoa que foi vítima de abuso sexual leva consigo insegurança, culpa depressão, problemas sexuais e de relacionamento íntimo, baixa estima, vergonha, fobias, tristeza, desmotivação, síndrome do pânico e, além disso, podem ocorrer tendências suicidas.

A psicóloga Olga Tessari explica que a vítima se torna estigmatizada, com a tendência social de acusá-la direta ou indiretamente por ter provocado ou estimulado o ato. Dessa forma, ela pode se considerar “impura” ou “indigna” por pensar que, de algum jeito colaborou com o ocorrido. “Por mais que digam que ela não teve culpa, a pessoa estuprada culpa-se”, diz. (TESSARI, 2008)

A família e amigos da vítima de estupro também sofrem danos psicológicos, experimentando sentimentos de tristeza, revolta, raiva, entre outros que abalam sobremaneira a paz e a segurança do grupo familiar.

De outro ângulo, o estuprador é figura bastante estigmatizada pela sociedade. A prática do crime de estupro rotula pessimamente o indivíduo no meio social, e, uma vez rotulado, dificilmente voltará a gozar do mesmo status que antes desfrutava em meio ao grupo.

Sabemos que, quando alguém é condenado por estupro é duplamente sentenciado: primeiro pela lei penal, e segundo, ao chegar ao interior dos presídios brasileiros, recebe uma

segunda e bem mais dura sanção penal. Às vezes cominando até com a pena de morte, imposta pelos demais detentos, fato esse do qual já tivemos notícia muitas vezes em nossa cidade, no nosso Estado da Paraíba e em todo Brasil.

Esse é um dos principais pontos desta discussão: andou mal o legislador em ignorar essa realidade social, posto que a elaboração das leis deve necessariamente vislumbrar o seu alcance prático? Não importa se o condenado praticou apenas um beijo forçado ou um estupro violento, lá dentro do presídio, estuprador é estuprador, e como tal é tratado. A ignorância dos detentos com relação ao alcance da ação do “estuprador” não os impede de fazer o juízo e executar a pena.

As leis precisam buscar em seu conteúdo o ideal de justiça, a fim de que não gerem o injusto em sua aplicação. Nesse mister, vários princípios devem nortear os legisladores, dentre eles, se enleva o princípio da adequação social, segundo o qual, no dizer do Mestre Rogério Grego:

Encontra-se o legislador, na qualidade de pesquisador e selecionador das condutas ofensivas aos bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.... Merece destaque, ainda, o fato de que ao princípio da adequação social se atribui, também, uma função interpretadora dos tipos penais. Os costumes, intimamente ligados ao princípio em estudo, que traduzem o comportamento da sociedade em determinada época, servirão de norte, também, para o exegeta quando da interpretação típica, a fim de que os modelos de conduta aparentemente proibidas ou impostas pela lei penal estejam em perfeita sintonia com sentimento social (GRECO, 2010, Direito Penal do Equilíbrio, p.83)

Certamente deve anteceder a elaboração das leis necessários estudos sociológicos, a cerca das motivações do crime e das repercussões sociais de sua prática. A dupla penalização do estuprador dentro dos presídios brasileiros é um fato que, dada a frequência em que ocorre, não poderia ter sido desconsiderado pelo legislador, posto que, num estado democrático de direito, a lei não pode dar ocasião, em hipótese alguma, à injustiça e à violência em sua aplicação. E o pior, a violência gratuita e estupidamente aplicada por pessoas que não tem conhecimento das circunstâncias do crime.

7. CRIMES SEXUAIS ENVOLVENDO MENORES - ASPECTOS JURIDICOS

O código de 1940 procurou proteger as crianças e adolescentes de práticas sexuais danosas ao seu desenvolvimento psicossocial. Foi assim que nos artigos constantes do título “Dos crimes contra os costumes” a pena sempre era aumentada quando a vítima era menor de

dezoito anos. Nessa linha de proteção ao menor, o artigo 224, alínea “a”, ora revogado pela lei 12.015/09, instituía a presunção de violência nas relações de cunho sexual envolvendo pessoas com menos de 14 anos. Tal determinação legal causava sérias divisões doutrinárias, entendendo alguns doutrinadores que tal presunção era absoluta, por ser a idade elemento objetivo escolhido pela lei, não podendo ser questionada, enquanto outros a concebiam como relativa, posto que deveria ser confrontada com as circunstâncias do caso concreto, dadas as diferenças pessoais que as vítimas poderiam apresentar em seu desenvolvimento físico e psicológico. Com respeito a esta questão, o mestre Fernando Capez manifesta-se a favor da relativização da presunção de violência, quando dizia:

O dispositivo em questão tem como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com insipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de na ter completado ainda 14 anos, apresenta evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não há por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades. (CAPEZ, 2005, pg. 73).

Em sentido contrário, a favor do caráter absoluto de tal presunção, argumenta Greco:

Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois que, para nós, não existe dado mais objetivo que a idade.

Assim, não se justificavam as decisões dos tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. (GRECO, 2010, P.614)

A questão é realmente delicada e exige do julgador muita sensibilidade na aplicação do novo tipo penal de estupro de vulnerável. Parece de melhor inteligência o entendimento de que a vulnerabilidade do menor deva ser ponderada no caso concreto, observando-se que nem todos os jovens menores de 14 anos podem ser considerados ignorantes no que se refere a sexualidade. Muitos até já se afiguram possuidores de largo conhecimento teórico ou prático do assunto, em consequência da gama de informações que bombardeiam suas cabeças todos os dias. São músicas, vídeos, propagandas, filmes, que contribuem para a erotização precoce dos jovens e para uma verdadeira banalização do sexo e da liberdade sexual.

7.1 CRIMES SEXUAIS ENVOLVENDO MENORES - ASPECTOS SOCIAIS

De 1940 para 2009 sete décadas se passaram e neste intervalo de tempo muita coisa mudou no mundo, os costumes mudaram, os valores perderam um tanto de sua força e outros até foram abandonados. A humanidade deu um salto evolutivo, impulsionado pelos avanços tecnológicos pós anos 70. O desenvolvimento das telecomunicações, notadamente da televisão, pode ser apontado como um dos grandes fatores das mudanças havidas nos

costumes sociais. O rápido desenvolvimento da informática e a popularização dos computadores pessoais nos anos 80, seguida da expansão da rede mundial de computadores e da recente popularização do telefone celular nos anos 90, revolucionaram as telecomunicações e promoveram uma verdadeira globalização das culturas, valores e costumes sociais.

A televisão foi pioneira nestas transformações. As novelas do horário das 9 horas começaram mostrando beijos na boca, porém bem comportados. As cenas de sexo eram apenas insinuadas, tudo muito discreto.

Nas novelas atuais são comuns as cenas de casais em beijos lascivos, carícias ousadas e cenas de sexo mais indiscretas que às de outrora. Programas e filmes com tais cenas são exibidos até no período da tarde, sem censura alguma ao público infantil.

É comum também no cotidiano das cidades, principalmente das cidades médias e grandes, ver casais aos beijos, abraços e carícias nas praças, ruas, pontos de ônibus, etc. Coisa que não se via até finais da década de 60.

Foi observando esse contexto sócio cultural de nossa sociedade, que nossos Tribunais, principalmente os Superiores começaram, já a partir dos anos 80 do século passado, a relativizar com mais frequência a presunção de violência em suas decisões.

Hoje, podemos dizer que vivenciamos uma verdadeira revolução nos conceitos morais, alcançada enfim a apregoada liberdade sexual. Valores arraigados na sociedade brasileira, tais como a o decoro, a decência e o respeito ao sentimento alheio, estão sendo mitigados em função de valores individualistas, o que lamentavelmente vem contribuindo para um crescente declínio na qualidade dos relacionamentos interpessoais e a consequente fragilização do tecido social.

As crianças e adolescentes estão cada dia mais expostos a uma avalanche de informações, nem sempre positivas, acerca de sexo e sexualidade. Consequência direta de todo esse contexto é o início precoce da atividade sexual entre os jovens, os casos de gravidez na adolescência, abortos, promiscuidade e aumento da delinquência juvenil.

Os bailes funk, as raves, micaretas, etc., são ambientes onde frequentemente os jovens podem estar expostos às drogas, ao álcool, ao sexo desordenado e sem proteção e até mesmo a práticas criminosas. Mas apesar de tudo isto, a nossa sociedade tem consentido com a realização desses eventos, as autoridades fazem vista grossa, os pais, muitas vezes não tem controle sobre os filhos, ou mesmo até permitem que participem de tais festas, chegando a levá-los até estes locais.

A nossa sociedade também tem tolerado programas televisivos de forte apelação sexual, filmes nacionais ou estrangeiros, que além de explorarem o sexo trazem um grande número de palavras de baixo calão e expressões vulgares. Tudo isso em nome da liberdade de expressão.

Neste contexto de total liberdade de expressão, a internet tem exercido um papel preponderante em relação às outras mídias de comunicação. Podemos compará-la a uma banca de revistas de vasto conteúdo, aberta para todos os públicos, sem nenhuma forma de censura. Da mesma forma que servem às pesquisas escolares e científicas, a rede oferece livre acesso a toda espécie de conteúdo duvidoso, pornográfico ou mesmo perigoso. Na contra mão desse processo, a lei em estudo, criminalizou condutas frequentemente praticadas nos ajuntamentos juvenis, tais como beijos e carícias, praticadas de forma furtiva e muitas vezes até com uma dose de “barra forçada”, condutas bastante frequentes nas micaretas e outras festas de grande concentração do público jovem.

Apesar da liberdade sexual trazida pelo afrouxamento dos costumes, cada pessoa é livre para escolher com quem quer compartilhar seu corpo e sensações, sendo condenável qualquer forma de coação neste sentido. No entanto, considerar tais atos como estupro é francamente um exagero, um verdadeiro retrocesso da lei penal em relação aos costumes.

É adequado, portanto, que o legislador vislumbre com clareza o direcionamento dos costumes e atenda as demandas do corpo social no que se refere à escolha das condutas socialmente reprováveis. Não se pode reprovar o que a própria sociedade aceita ou tolera.

No Brasil, bem como em todo mundo, jovens em idades cada vez mais tenra e até criança tem sido incentivados a iniciar precocemente sua vida sexual, também tem-se verificado o aumento dos casos de pedofilia, prostituição infantil e estupro de menores.

Este panorama criminológico impulsionou o legislador a recrudescer as penas relativas aos crimes sexuais contra menores. Foi assim que a lei em estudo criou a figura de estupro de vulneráveis, que teve a pena agravada, como dispõe o parágrafo 1º do artigo 213:

Estupro

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

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

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

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

"Estupro de vulnerável

Art. 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.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

O termo vulnerável origina-se do latim *vulnerabilis*, que significa lesão, corte ou ferida exposta, sem cicatrização. Etimologia que expressa a incapacidade ou fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais. O legislador penal, pela lei 12.015/09, determinou que a vulnerabilidade ocorre em três situações distintas: quando se tratar de vítima de estupro com menos de 14 anos; quem por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato e quem por qualquer outra causa não poder oferecer resistência.

O enfoque deste trabalho gira em torno apenas do menor de 14 anos, legalmente considerado vulnerável pela imaturidade, ou seja, pelo incompleto desenvolvimento

psicológico e biológico, que os impede de ter o total discernimento para consentir na prática sexual.

Realmente, dado ao caráter dinâmico do Direito, diante das mudanças havidas nas práticas sociais, bem como do incremento das ocorrências de crimes sexuais, se impunha como oportunas as mudanças na legislação pertinente.

No entanto, as alterações trazidas pela citada lei, não se mostraram bem ajustadas à presente configuração dos costumes sociais, motivo pelo qual tem recebido repetidas críticas dos operadores do direito, no que tange à tipificação penal do crime de estupro de vulnerável, no que se refere aos menores de 14 anos.

É grande o número de adolescentes, moças e rapazes com menos de 14 anos, que já namoram e tem vida sexual ativa em nossa sociedade. Alguns de forma velada, outros abertamente, de forma liberal e consentida pelos pais.

Isso nos faz refletir no conceito de vulnerabilidade, especificamente no que se refere aos menores de 14 anos. A idade como dado objetivo para o conceito de vulnerabilidade continua a dividir opiniões entre doutrinadores e operadores do direito, a exemplo do que ocorrera com a presunção de violência. Alguns doutrinadores, a exemplo do mestre Rogério Grego continuam a defender o caráter absoluto da vulnerabilidade. Para estes, o jovem, nessa faixa etária está na fase de formação biológica e moral, não tendo capacidade de consentir com o ato sexual, de forma plenamente consciente.

Outros juristas, a *contrario sensu*, consideram ser necessária a análise da situação concreta para determinar ou não a vulnerabilidade do menor, como medida de melhor aplicação da lei, por considerarem as mudanças havidas nos costumes sociais como fatores capazes de favorecer o amadurecimento mais acelerado dos jovens, com o consequente início precoce de suas práticas sexuais.

Ao analisar os casos concretos que chegavam ao seu alcance, notadamente os casos envolvendo menores como sujeitos ativo e passivo dos crimes sexuais, o magistrado João Batista Costa Saraiva, Juiz da Infância e Juventude de Santo Ângelo/RS, pesquisou em outros países a legislação pertinente aos crimes sexuais juvenis e pôde constatar que apesar de rígidas com relação aos tipos penais e suas sanções, muitas dessas legislações estrangeiras

admitem a relativização da vulnerabilidade dos menores, a exemplo da legislação americana, que traz a **Exceção de Romeu e Julieta**, como uma das hipóteses de afastamento da responsabilidade penal do agente quando a diferença entre este e a vítima for inferior a 05 (anos). Explicando este novo conceito penal, argumentou:

A Lei brasileira, após o advento da Lei 12.015/2009, criminaliza toda relação sexual com menor de 14 anos. Não há falar em violência presumida. Há o fato, há o crime; seja consensual, seja por violência ou ameaça. Pois os americanos, que punem o sexo consensual entre adolescentes, conceberam a chamada “Romeo and Juliet Law”.

Poderíamos traduzir, com vista à utilização de seus conceitos por aqui, como “Exceção de Romeu e Julieta”, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de Willian Shakespeare.

Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de cinco anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E conseqüentemente, em uma relação consentida, não haveria crime.

A rigor, a manutenção em 14 anos de idade para a chamada presunção de violência, apta a configurar crime ante a revogação do art. 224 e a nova redação do art. 217- A, todos do CP, reclama uma reflexão maior.

Se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente desde os doze anos de idade; permite que viaje desacompanhado por todo território nacional, autoriza sua privação de liberdade na hipótese de autoria de um delito, além de diversas outras prerrogativas, como o direito de ser ouvido e sua palavra considerada; exagera a norma a fixar em 14 e não em 12 anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a “Exceção de Romeu e Julieta”.

Em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do art. 217 exagera em face da realidade do País e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade.

Vejam a hipótese de um namoro entre adolescentes ou pré-adolescentes, entre um menino de 13 anos e uma menina de 11 anos, que resolvam realizar “manobras sexuais investigatórias”, para colocar a questão em termos jurídicos. O que fazer? E se isso forem condutas homossexuais, que acabam produzindo as reações mais estapafúrdia dos pais e as vezes da própria escola, chamando polícia , criando escândalo, criminalizando a descoberta da sexualidade.

A “Exceção de Romeu e Julieta”, inspirada na “Romeo and Juliet Law” dos americanos deve ser considerada, especialmente nas Varas da Infância e Juventude, na operacionalidade deste art. 217-A do Código Penal. (SARAIVA, 2009)

As leis, no entanto, não podem ser interpretadas isoladamente, posto que fazem parte de um conjunto harmônico, a serviço do ideal de Justiça. Sendo assim, não satisfaz ao ideal de justiça usar as “brechas” da lei para favorecer a torpeza individual de quem quer que seja. Tal qual se exige do legislador, exige-se dos aplicadores do direito a necessária sensibilidade social, no momento de aplicar a norma ao caso concreto. Tal comentário se deve ao fato de

que em 27/03/20012 o STJ absolveu um homem acusado de estuprar três menores que, conforme fora provado no processo, já se davam à prática da prostituição. Tal decisão foi bastante criticada, inclusive por órgão da ONU, que acusou o Brasil de apoiar a exploração sexual de crianças:

Brasília – O Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Acnudh) divulgou nota em que "deplora" a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de inocentar um homem acusado de estuprar três crianças com menos de 12 anos de idade. No julgamento, o STJ entendeu que nem todos os casos de relação sexual com menores de 14 anos podem ser considerados estupro.

Tanto o juiz que analisou o processo como o tribunal local inocentaram o réu com o argumento de que as crianças "já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data".

"É impensável que a vida sexual de uma criança possa ser usada para revogar seus direitos. A decisão do STJ abre um precedente perigoso e discrimina as vítimas com base em sua idade e gênero", disse Amerigo Incalcaterra, representante regional do Acnudh para a América do Sul.

Na avaliação de Incalcaterra, o STJ violou tratados internacionais de proteção aos direitos da criança e da mulher, ratificados pelo Brasil. O representante pede que o Poder Judiciário priorize os interesses infantis em suas decisões.

"As diretrizes internacionais de direitos humanos estabelecem claramente que a vida sexual de uma mulher não deve ser levada em consideração em julgamentos sobre seus direitos e proteções legais, incluindo a proteção contra o estupro. Além disso, de acordo com a jurisprudência internacional, os casos de abuso sexual não devem considerar a vida sexual da vítima para determinar a existência de um ataque, pois essa interpretação constitui uma discriminação baseada em gênero", informa a nota.(PIMENTEL, 2012)

Tal posicionamento do Poder Judiciário representou uma afronta aos direitos humanos, trazendo reflexos negativos para a imagem do país frente à comunidade internacional:

O julgado repercutiu também aqui no Brasil, gerando muita indignação no meio jurídico e político, fato este noticiado, entre outras agências, pela revista *Veja*, que publicou a seguinte reportagem:

A ministra Maria do Rosário, da Secretaria de Direitos Humanos, vinculada à Presidência da República, divulgou nota em que repudia a decisão do STJ e pede sua reversão. O documento foi apoiado nesta quinta-feira pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) mista que investiga a violência contra a mulher.

A senadora Ana Rita (PT-ES), relatora da CPI mista, afirmou que a decisão da corte desrespeita os direitos fundamentais das crianças e acaba por responsabilizá-las, quando estão em situação de completa vulnerabilidade.

As meninas “já se dedicavam à prática de atividades sexuais”, argumenta a decisão

O argumento usado pelo juiz de primeira instância e depois confirmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pela Terceira Turma do STJ é de que as meninas “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”. A decisão cria nova jurisprudência.

O entendimento dos juízes, expresso pela relatora do caso no STJ, é o de se relativizar a norma referente ao estupro de vulnerável. Em vez de ter um caráter absoluto, o crime de estupro de vulneráveis estaria relacionado ao próprio comportamento das crianças e adolescentes: “Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”, sentenciou a ministra Maria Thereza de Assis Moura, do STJ.

“Inaceitável” responsabilizar as vítimas

Já no governo, a ministra dos Direitos Humanos, Maria do Rosário, classificou como “inaceitável” o acórdão do TJ-SP, posteriormente confirmado pelo STJ. “Consideramos inaceitável que as próprias vítimas sejam responsabilizadas pela situação de vulnerabilidade que se encontram”.

Em nome da CPI mista sobre violência contra a mulher, a senadora Ana Rita leu nota de repúdio ao acórdão confirmado pelo STJ, afirmando, a certa altura:

– A decisão proferida afronta os direitos fundamentais das crianças, rompe com sua condição de sujeito de direitos e as estigmatiza para o resto de suas vidas. Rotulando-as como ‘meninas prostitutas’, elas não têm direito à proteção juridicamente garantida.(SETTI, 2012)

Analisando as diversas facetas da questão da vulnerabilidade, percebe-se a sua delicadeza. Constata-se que, novamente, repetindo o que ocorrera com a presunção de violência, restou aos doutrinadores e aos operadores do direito, com especialidade aos magistrados, recorrer aos princípios gerais do direito, a exemplo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de alcançar em seus posicionamentos, a melhor e mais justa aplicação da norma contida no artigo 217-A, na defesa do bom desenvolvimento e do superior interesse dos menores, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente.

8. ESTUPRO DE VULNERÁVEIS: SANÇÃO LEGAL X PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A penalidade atribuída à nova figura penal: estupro de vulneráveis também tem sido alvo de severas críticas dos doutrinadores e os operadores do direito, posto que fere, conforme o entendimento da doutrina majoritária, o consagrado princípio da proporcionalidade.

Segundo Beccaria, em seu famoso livro “Dos Delitos e das Penas”, a penalidade imposta para cada delito deve ser proporcional à gravidade do dano causado pela ação ou omissão criminosa:

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas. (BECCARIA, 2000)

O princípio da proporcionalidade aparece implícito na Constituição Federal de 1988 em diversos de seus artigos, a exemplo do artigo 98 inciso I, que atribui uma pena menos rigorosa às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Também encontramos na legislação infraconstitucional, artigos com referências implícitas ao princípio da proporcionalidade, como vemos no artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, *estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

[...]II – *a quantidade de pena aplicável*, dentro dos limites previstos; (grifo nosso)

Ao crime de estupro de vulnerável corresponde a pena mínima de 8 anos de reclusão, conforme art. 217-A da lei 12.015/09, pena esta considerada bastante elevada por alguns juristas, ao confrontá-la com a pena mínima aplicada ao crime de homicídio simples, que é de 6 anos de reclusão, considerando eles que o bem jurídico vida tem peso maior na escala de valores que o bem jurídico dignidade sexual. De fato a extensão do dano causado pela retirada da vida humana, por ser irreversível, se sobrepõe à dignidade sexual, embora esta, quando ferida também cause sérios danos psicológicos e físicos às vítimas.

Esta desproporcionalidade de torna ainda mais contundente nos casos concretos em que a relação sexual haja acontecido com menor de 14 anos, porém consentida, como tem acontecido muito entre os jovens que se relacionam afetivamente com ou sem o conhecimento de seus familiares. Seria justo um namorado ser condenado a 8 anos de reclusão por ter tido relações sexuais com sua namorada, que também quis e colaborou para a realização do ato?

De outro ângulo, no que afeta à proteção necessária que se deve dar à dignidade sexual de crianças e adolescentes, independente de sua suposta “experiência sexual”, creio ter sido a pretensão do legislador atribuir uma sanção mais severa aos crimes praticados contra vulneráveis, a fim de coibir as condutas de indivíduos que, desprovidos de qualquer princípio ético, moral ou religioso, andam procurando em toda parte, inclusive nas redes sociais, aproveitar-se da pouca experiência de vida dos jovens, para maliciosamente atraí-las, enganando-as, para com elas praticar toda sorte de abusos intoleráveis, muitas vezes utilizando-se de violência, graves ameaças ou embustes.

Para tais agentes criminosos, confere-se justa a pena atribuída pela lei em estudo, e ainda talvez não os corrija, pois a experiência no meio policial e jurídico tem mostrado que são indivíduos quase sempre portadores de transtornos de personalidade, os quais quase sempre voltarão a praticar o mesmo delito quando em liberdade.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parafraseando o ilustre magistrado gaúcho, Dr. João Batista Costa Saraiva, “não se muda a realidade social do país com leis”. Os problemas de segurança pública e criminalidade, sabemos, advêm de uma gama de fatores que, conjugados, produzem os resultados nefastos que ora vivenciamos em cada recanto do nosso país; aumento da criminalidade e a banalização da vida e do sexo.

As leis, quando bem elaboradas, são boas ferramentas para a promoção da justiça e da paz social, no entanto, isoladamente não conseguem levar a sociedade a alcançar os melhores ideais. Mas elas são apenas isso: ferramentas, dependem do bom uso de quem as utiliza.

Se o crime tem aumentado em nosso meio, necessário se faz combater as causas de sua gênese, com investimentos públicos consistentes em educação, saúde e programas inclusão social.

Se é crescente a delinquência juvenil, o consumo de drogas e outros problemas ligados à sexualidade entre os jovens, necessário também se faz repensar os fatores que vem contribuindo para o declínio dos valores morais e a erotização precoce das nossas crianças e dos nossos jovens. Necessário pensar em mecanismos eficientes de censura sadia nos conteúdos de todas as mídias, cuja abertura excessiva tem prejudicado sobremaneira a boa formação psicológica e moral da juventude.

Do legislador brasileiro se espera um melhor desempenho no que tange à elaboração das leis, que deve ser antecedida de muita análise social e estudo jurídico, a fim de evitar a edição de normas, cujo teor impreciso, principalmente as leis penais, surgem para causar muito mais discussões doutrinárias, críticas e polêmicas, que os efetivos resultados de justiça que delas se esperam.

REFERÊNCIAS:

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 4 – 3ª Edição Revisada e atualizada – São Paulo – Ed. Saraiva, 2008.**

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Legislação>. Acesso em 20/05/12.

BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Legislação>. Acesso em 20/05/12.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em 22/05/12.

BRASIL. Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 22/05/12.

CAPEZ, Fernando – **Curso de Direito Penal: Parte Especial. Vol 3 – 2ª Edição – São Paulo – Ed. Saraiva, 2005.**

CALDEIRA, Sandro. 2010. **Lei nº 12.015/09 que alterou os crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=25902>, acesso em 24/05/12.

ELUF, Luzia Nagib. 2009 . **Lei de crimes sexuais fica no meio termo**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-set-13/lei-crimes-sexuais-cria-problemas-soluciona>, acesso em 24/05/12.

GRECO, Rogério – **Direito Penal do Equilíbrio – uma visão minimalista do direito penal – 5ª Edição – Niterói/RJ , Ed. Impetus, 2010.**

GRECO, Rogério – **Código Penal Comentado – 4ª Edição – Niterói/RJ , Ed. Impetus, 2010.**

JUNIOR, Gessé Marques - **Estupro - Uma Interpretação Sociológica da Violência no Cárcere**. Editora Juruá . 2009.

MENEZES, Alessandro Martins, 2009. **Crítica à ação penal privada no crime de estupro**. Disponível em: http://alexandremagno.com/site/?p=artigos_2&id=90, acesso em 25/05/12.

PIMENTEL, Carolina. 2012. **ONU critica decisão do STJ de absolver acusado de estupro de três crianças**. Reportagem disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-04-05/onu-critica-decisao-do-stj-de-absolver-acusado-de-estuprar-tres-criancas>.

SARAIVA, João Batista Costa. 2009. **O “Depoimento sem Dano” e a “Romeo and Juliet Law”.** Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/41924> - acesso em 01/06/2012

SENASP. 2005. **Análise das Ocorrências Registradas pelas Polícias Civas ((Janeiro de 2004 a Dezembro de 2005.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCF2BAE97ITEMIDD6879A43EA3B4F1691D2CAFD1C9DDB19PTBRNN.htm>, link: Ocorrências criminais e eventos – Mapacrime 2004_2005a.pdf – acesso em 21/05/12.

SETTI, Ricardo. 2012. **Onde é que vamos parar? STJ absolve homem que estuprou três meninas de 12 anos e revolta senadores.** Disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/onde-e-que-vamos-parar-stj-absolve-homem-que-estuprou-tres-meninas-de-12-anos-e-revolta-senadores/>

TESSARI, Olga Inês. 2008. **Estupro – o que fazer?** Disponível em <http://www.olgatessari.com/id418.htm>, acesso em 27/05/12.