

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ÁDILA MARIA VICENTE DOS SANTOS

A PROTEÇÃO ESTATAL DOS DELITOS SEXUAIS COM A MUDANÇA DO BEM
JURÍDICO “COSTUMES” PARA “DIGNIDADE SEXUAL”

SOUSA – PB

2015

ÁDILA MARIA VICENTE DOS SANTOS

A PROTEÇÃO ESTATAL DOS DELITOS SEXUAIS COM A MUDANÇA DO BEM
JURÍDICO “COSTUMES” PARA “DIGNIDADE SEXUAL”

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Iranilton Trajano da Silva

SOUSA – PB

2015

ÁDILA MARIA VICENTE DOS SANTOS

A PROTEÇÃO ESTATAL DOS DELITOS SEXUAIS COM A MUDANÇA DO BEM
JURÍDICO “COSTUMES” PARA “DIGNIDADE SEXUAL”

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: _____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Iranilton Trajano da Silva – UFCG
Professor Orientador

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Dedico este trabalho a Deus que nos criou e foi criativo nesta tarefa. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

AGRADECIMENTOS

A Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo da minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A minha Família, minha base, por serem as pessoas que mais acreditam em mim e sempre estiveram ao meu lado em todas as etapas da minha vida, pelo seu amor, incentivo e apoio incondicional. Mãe, seu cuidado e dedicação foi que deram, em alguns momentos, a esperança para seguir. Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinha nessa caminhada.

Aos meus amigos e aos colegas de curso com quem pude conviver durante a faculdade, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas.

Ao meu orientador Doutor Iranilton Trajano da Silva, que disponibilizando seu precioso tempo a me orientar, pelo seu apoio, confiança, correções e incentivos.

E finalmente, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

“A dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 a vida saudável, para que tenha bem-estar físico, mental e social, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

(Ingo Sarlet)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a evolução ocorrida em relação aos crimes tipificados no Título VI da parte especial do Código Penal, as importantes modificações advindas com a Lei 12. 015/2009, e analisar se estas alterações estão conforme preceitua a Constituição Federal de 1988. O histórico, desde o Código Penal de 1940 até os dias atuais, observa o novo foco de proteção e como a liberdade sexual estar tutelada no Direito Penal brasileiro; as hipóteses de ações penais nos crimes contra a dignidade sexual, explicitando as alterações, bem como, suas consequências práticas para o ordenamento jurídico; a importância tanto da segurança coletiva, como da intimidade da vítima; trata também de alguns tipos penais, como o estupro e o estupro de vulnerável, pois, que o primeiro uniu dois tipos penais que eram tratados em artigos diferentes, o atentado violento ao pudor e o estupro. Emprega-se, ainda, de métodos de metodologia específicos, como o histórico-evolutivo, pois somente é possível compreender a realidade da proteção a dignidade sexual, se for conhecida a história, o passado, os crimes contra os costumes. E também o método dedutivo, para a abrangência do tema.

Palavras-Chave: Dignidade Sexual. Liberdade Sexual. Código Penal.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the evolution occurred in reference to the crimes described in Title VI of the special part of the Criminal Code, the important changes stemming from the Law 12. 015/2009, and to examine whether these changes are as precepts of the Constitution of 1988. The history from the Criminal Code of 1940 until the present day, observes the new focus of protection and how sexual freedom is safeguarded in the Brazilian Criminal Law; the chances of criminal prosecution for crimes against sexual dignity, highlighting the changes, as well as their practical consequences for the legal system; the importance of both collective security as the victim's privacy; also talks about some criminal offenses, such as rape and the rape of vulnerable, because the first united two criminal types who were treated in different items, indecent assault and rape. For the research was used specific methods, such as historical-evolutionary, because you can only understand the reality of protection to sexual dignity, if known history, the past, the crimes against custom. And also the deductive method, to the scope of the issue, coming from large propositions to detail the information necessary for the understanding of what you want to achieve or prove, as the goal of contribution to the research.

Keywords: Sexual dignity. Law 12. 015/2009. Sexual freedom. Criminal Code

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A LIBERDADE SEXUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA | 12 |
| 2.1 Evolução histórica | 12 |
| 2.2 O Código Penal de 1940 e a proteção aos costumes sexuais | 14 |
| 2.3 Bem jurídico tutelado | 18 |
| 2.4 Sujeito ativo e Passivo | 20 |
| 2.5 Inovações advindas pela Lei 11.106/2005 - Alteração do Código Penal | 22 |
| 3 TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL E A LEI 12.015/2009 – ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL | 24 |
| 3.1 Inovações introduzidas pela Lei 12.015/2009 | 25 |
| 3.2 Dignidade sexual - Objeto de proteção penal | 27 |
| 3.3 Delitos de Estupro e Estupro de Vulnerável | 30 |
| 3.4 A Ação penal | 35 |
| 3.5 Princípios ligados às ações Incondicionadas | 37 |
| 4 SEGURANÇA COLETIVA E INTIMIDADE DA VÍTIMA NA PROTEÇÃO ESTATAL DOS DELITOS SEXUAIS | 42 |
| 4.1 Choque entre os Direitos Constitucionais | 45 |
| 4.2 Direito Coletivo x Direito Individual | 48 |
| 4.3 Aspectos positivos e negativos da Lei 12.015/2009..... | 49 |
| 4.3.1 Aspectos positivos | 50 |
| 4.3.2 Aspectos negativos | 51 |
| 5 CONCLUSÃO | 54 |
| REFERÊNCIAS | 57 |

1 INTRODUÇÃO

Algumas modificações foram feitas no Código Penal e na Lei de Crimes Hediondos, com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09. No Código Penal, o Título VI era denominado “Dos crimes contra os costumes”, e posteriormente à lei acima descrita, passou a se chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

O legislador desejou, com essas alterações introduzidas pela referida lei, reformar alguns temas que não estavam mais compatíveis com a realidade social.

A mudança da proteção jurídica, antes costume, e agora dignidade sexual, adveio da evolução social dos costumes, mudança de conceitos de moral e ética. Nosso Código Penal foi redigido em 1940, nessa época havia outros conceitos e costumes. Com o passar do tempo, algumas normas, que estão no seu corpo, perderam a eficácia, visto que se tornaram ultrapassadas frente à modernidade.

Com o intuito de adaptar alguns temas entre o Código de 1940 e a realidade brasileira atual, o Congresso Nacional está buscando importantes reformas na área penal.

Os delitos previstos no Título VI, visavam proteger o mínimo ético, relacionado à sexualidade, exigido dos indivíduos. Assim, o Direito Penal adentrava em temas relacionados à sexualidade dos mesmos, o que na época era aceito, pois, havia necessidade de proteger tanto a ética quanto à moralidade sexual.

O uso do termo “costumes” não estava mais compatível com o bem jurídico protegido. Os bons costumes eram padrões sexuais considerados corretos, posturas sexuais aceitas na sociedade. A lei penal reprovava as condutas consideradas anormais, aquelas que para a época eram tidas como graves, pois afetavam a moral da sociedade.

Hodiernamente, com o primado de liberdade no Estado Democrático de Direito, não há que se falar mais em hábitos aos quais as pessoas devem seguir, estas devem ser livres para praticarem sua sexualidade da forma que desejarem.

Em conformidade com a Constituição Federal, a sociedade com a sua evolução, começou a exigir, uma nova edição do objeto jurídico do crime, de modo que, a dignidade do indivíduo assuma grande importância, e não mais os padrões ético-sociais.

O Estado, não deve mais combater os comportamentos sexuais dos seres humanos, ao contrário, deve sim, punir qualquer tipo de ação violenta, seja física ou moral, contra a liberdade sexual das pessoas.

Com o movimento feminista, houve uma revolução sexual na sociedade, de modo que, perdeu o sentido a proteção da moralidade e da ética sexual. Os hábitos sexuais foram modificados, com isso, muitos dispositivos e expressões utilizadas entraram em desuso, como por exemplo, o termo “mulher honesta”.

Do advento da Constituição Federal de 1988, restou comprovado que os dispositivos penais estariam obsoletos. Houve uma nova interpretação quanto aos bens jurídicos tutelados pelos delitos do Título VI, com uma visão constitucional.

Assim sendo, o presente trabalho discutirá acerca da atual proteção jurídica à dignidade sexual do indivíduo que decorreu do foco da proteção, que já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual, espécie do gênero, dignidade da pessoa humana. A Lei nº 12.015/09 trouxe o direito penal de volta à realidade social.

O Estado Democrático de Direito, é visto não só pela igualdade formal entre as pessoas, mas também pela imposição de deveres, metas, para a construção de uma sociedade justa. Visa garantir o respeito pelos direitos da pessoa humana, as garantias fundamentais, com o estabelecimento de uma proteção jurídica.

2 ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A LIBERDADE SEXUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A proteção à dignidade sexual decorre do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que está previsto na Constituição Federal, e é considerado como um postulado ativo e que garante os direitos e deveres do ser humano, desde a vida, a liberdade sexual, a integridade física e a honra.

A sexualidade faz parte da própria condição humana, assim, o legislador deve assegurar o respeito a sexualidade do indivíduo, que envolve tanto a liberdade sexual quanto a liberdade à livre orientação sexual. É um direito de primeira geração, a sexualidade, assim como a liberdade e a igualdade. A liberdade é um direito que pertence ao indivíduo desde o seu nascimento, visto que decorre da sua própria natureza. A sexualidade também decorre da própria natureza humana, o ser humano não se realiza sem a liberdade sexual, sem direito a exercer livremente a sua sexualidade. Esta deve ser desprovida de pré-conceitos, pois que, as relações sociais são dinâmicas, devem-se abandonar ideologias discriminatórias e machistas, pois estas já estão obsoletas.

2.1 Evolução histórica

Antes da edição da Lei 12.015/09, o Título VI da parte especial do Código Penal cuidava da moralidade pública e dos bons costumes. A dignidade sexual se confundia com a honra.

O Direito Penal sempre esteve ligado a religião e a moral, devido a isso, na seara da sexualidade, foram verificadas várias invasões desta liberdade sexual. No direito canônico, só poderia ser sujeito passivo do crime de estupro a mulher virgem, assim como também era exigido a violência como elementar do tipo. A igreja, na época, condenava até os desejos e pensamentos libidinosos.

Por muito tempo, no Brasil, a mulher, para a lei penal, estava posta para satisfazer os desejos do homem. Pois que, o que se pretendia era a proteção dos costumes, e não da dignidade sexual. Buscava a proteção da virgindade e honra da mulher.

A mulher sempre esteve numa posição inferior ao homem, esta deveria se preocupar apenas com o trabalho doméstico e na função de reprodução, a lei penal estava baseada no patriarcado e na hierarquia entre os sexos. A mulher não tinha liberdade na sua vida pessoal, assim como social. O comportamento que queria incriminar era aquele contra a moral feminina. Entendimento tirado do próprio Código Penal quando se percebe o tratamento dado à “mulher honesta”.

Segundo Vera Regina Pereira de Andrade, (2005, p. 93):

O que ocorria nos processos de crime contra os costumes era uma inversão do ônus da prova, uma vez que a vítima, que procurava a justiça requerendo o julgamento do seu agressor, acabava por ela mesma ser julgada por sua vida pregressa, através da visão patriarcal da lei, sendo que somente veria o réu julgado culpado caso fosse considerada mulher honesta.

Com o passar do tempo, viu-se que a disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos a época da edição do Código Penal, aproximadamente em 1940, não mais compatibilizavam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição. O legislador devia se preocupar com as condutas mais graves, que possam acarretar resultados mais desastrosos para a sociedade.

Deve-se ter em mente que era outro o contexto histórico onde foram editadas essas normas, uma sociedade baseada no patriarcalismo, onde a mulher era submissa.

Na antiguidade o estupro era reprimido. Nas leis hebraicas, era aplicada a pena de morte ao homem que violasse a mulher prometida em casamento. No Egito a forma da pena era a mutilação. Na Grécia teria uma simples multa, posteriormente, foi cominada a pena de morte. Em Roma, a violência carnal era punida também com pena de morte, pela *Lex Julia de vi Pública*. As leis espanholas também puniam com a morte, assim como as leis inglesas, que depois substituiu aquela pela castração e pelo vazamento dos olhos.

O Direito muda com a mudança na sociedade, visto que, aquele deve estar em harmonia com esta. Deve sofrer mutações conforme a época e lugar, a dignidade sexual deve ser interpretada progressivamente, de acordo com a realidade atual. A evolução do Direito decorre da vontade e do pensamento das pessoas. Assim, a moralidade não é mais protegida penalmente, esta não está mais dentro do conceito de bem jurídico. O Direito Penal adentrava na sexualidade dos

indivíduos, mas na época era plenamente aceito e compreendido, pois havia necessidade de proteção à ética e a moral sexual. Exemplo disso era a união homoafetiva, antes combatida, pois que feria à moral, enquanto que, hoje, é plenamente aceita.

Sem dúvida a maior preocupação do legislador, na época, era mais com a moral familiar que com a liberdade individual. Visto que punia condutas que a sociedade atual não reconhece mais como crime, exemplos: o adultério e sedução. Essas figuras retratavam a realidade da época, hoje revogadas. Atualmente, a sociedade não necessita da tutela penal para proteger a família e o casamento, tendo em vista, que essa proteção já existe no Código Civil.

Conforme Fernando Capez (2012, p. 20):

A proteção dos bons costumes, portanto, sobrelevava em face de outros interesses penais juridicamente relevantes como a liberdade sexual. Era o reflexo de uma sociedade patriarcal e pautada por valores ético-sociais que primava, sobretudo, pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, menoscabando, isto é, deixando para um segundo plano, a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo.

O Direito Penal é um ramo da ciência que regula a vida em sociedade, para que este alcance o fim que deseja, deve estar a par dos hábitos que integram essa sociedade, e não pode deixar de acompanhar as alterações que decorrem da evolução dos costumes.

Observando a legislação penal de um país é perfeitamente possível compreender sua história, a realidade da época e os problemas, pois que as normas penais têm por escopo reprimir as condutas que desestabilizam a sociedade, visando a proteger os valores fundamentais para a convivência social.

2. 2 O Código Penal de 1940 e a proteção aos costumes sexuais

Na sua literalidade, o Código Penal, datado de 07 de dezembro de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848), em seu título VI, refletia as aspirações sociais da época no que se refere aos costumes sexuais. Antigamente, na nossa sociedade, vigorava um maior pudor em relação aos costumes sexuais. Esse sentimento social afetava o pensamento jurídico penal da época, assim a atuação do Direito Penal estava

voltada para resguardar, nas palavras de Néelson Hungria (apud NUCCI, 2008, p. 273): “mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais”.

Os costumes se referia a conduta sexual determinada pelas conveniências sociais, dessa forma, os crimes previstos no Título VI do Código Penal, almejava proteger o mínimo ético, que estava relacionado a sexualidade dos indivíduos. O Direito Penal adentrava em questões que diziam respeito a sexualidade, o que era perfeitamente admissível, pois havia uma necessidade muito grande de se proteger a ética e a moralidade sexual.

O legislador, da outrora, entendia, que quando o indivíduo cometesse um delito sexual, além de afetar a pessoa com seu ato, também causava dano à sociedade, por isso, a denominação no Título VI “Crimes Contra os Costumes”, veio com o intuito de tutelar o pudor público, a honra e a moralidade.

Em 1940, não tinha como flexibilizar os padrões da moral sexual, com isso, sua proteção assumia uma relevância especial sobre os direitos individuais. Preocupava-se em proteger o que era moralmente aceito, mas, com a evolução na sociedade, esses dispositivos normativos se tornaram ultrapassados, que não refletiam mais a realidade social, o indivíduo passou a ter direito de fazer o que achasse mais conveniente na sua vida privada e sexual, contando que não adentrasse no direito do outro.

Assim, nas palavras de André Estefam (2009, p. 16):

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

Naquela época, a sociedade possuía outros valores culturais, religiosos, éticos e morais. Também havia uma preocupação muito forte em manter os padrões comportamentais, o socialmente correto, para não comprometer a vida social e familiar, visto que a sociedade era patriarcal. A legislação penal de 1940, protegia, na maior parte dos seus artigos, apenas a mulher, esta seria a única vítima dos crimes sexuais, com a exigência de que deveria ser “mulher virgem”, havia uma maior proteção quanto a essas mulheres. Mas, observando os delitos constantes no Título VI, é perceptível que o legislador, aparentava proteger a mulher, sendo que, o

que desejava mesmo era proteger a moral sexual e aprisionar a sexualidade feminina.

O antigo art. 215, posse sexual mediante fraude; art. 216, atentado ao pudor mediante fraude; art. 217, sedução; art. 219, rapto violento ou mediante fraude e rapto consensual; todos estes colocavam a mulher em situação inferior ao homem, sendo facilmente enganadas por estes. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor estavam tipificados separadamente, tendo a mulher como única vítima, e também, penas diferentes; com o advento da Lei 12.015/2009 houve a unificação desses crimes e com a Lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990), as penas dos referidos delitos, foram equiparadas, passando a categoria de crimes hediondos.

Conforme explica Nucci (2010, p. 48-49):

O fato de somente a mulher estar entre as vítimas do delito de estupro se explicava, na época, pelo fato de ser mais grave a conjunção carnal com ela, uma vez que poderia engravidar, o que acarretaria em direito ao aborto, dentre outras consequências.

No antigo art. 224, havia a presunção de violência em face dos menores de 14 anos, dos alienados ou débeis mentais e daqueles que, por qualquer causa não pudessem oferecer resistência. Presumia-se que, estas pessoas mesmo podendo ter relações sexuais sem nenhuma coação física, havia uma coação psicológica, devido a sua condição.

Então houve um grande debate para discutir se esta presunção seria absoluta ou relativa. Com a entrada em vigor da Lei 12.015/09, no seu art. 217- A, está presente o estupro de vulnerável, excluindo “violência presumida”. Agora, não tem mais importância o eventual consentimento da pessoa vulnerável, pois o que se pretende é tutelar a dignidade sexual e não mais a liberdade sexual, assim, a pessoa nessa condição, não é considerada capaz de consentir de forma válida com o ato que possui um caráter sexual.

Segundo Nucci (2010, p. 55):

Foi se o tempo em que a proteção penal destinava-se somente à mulher honesta. Não mais é época para imiscuir os costumes sexuais (os tais bons costumes) no contexto das violações sexuais violentas, para o autor qualquer estupro é atentatório à dignidade humana e, como tal, precisa ser punido.

Quando da incriminação dos “crimes contra os costumes”, não havia qualquer critério para estabelecer a medida comum, o foco, que conduzisse o legislador a conceituar costumes na sociedade brasileira. O aplicador do Direito, assim como também o legislador, estava preso aos modelos comportamentais da sexualidade na sociedade em geral. Os costumes eram tidos como os hábitos medianos e puritanos da moral vigente. Na época, havia até o desejo de reformar o Título VI para “crimes contra os bons costumes”.

O comportamento que pretendia incriminar era aquele contra a moral feminina. Havia uma exigência muito grande que a mulher fosse “honesta”. Não havendo essa preocupação em relação ao homem.

Sobre o tema, Viveiros de Castro (1942, p. 03), expõe que:

É de justiça responsabilizar em primeiro lugar a própria mulher, dominada pela ideia errônea, subversiva, de sua emancipação, ela faz tudo que de si depende para perder o respeito, a estima e a consideração dos homens. A antiga educação da mulher recatada e tímida, delicada sensitiva evitando os contatos ásperos e rudes da vida, foi desprezada como coisa anacrônica e ridícula; e temos hoje a mulher moderna, vivendo nas ruas, sabendo tudo, discutindo audaciosamente as mais escabrosas questões, sem refreio religioso, ávida unicamente de luxo e sensações, vaidosa e fútil, presa fácil e muita vez até espontaneamente oferecida a conquista do homem.

O Direito Penal não deve seguir apenas o conceito moral dominante, mas sim, proteger valores que são mais importantes. Devendo ser a *ultima ratio*, como forma de punir os crimes que violem os bens mais relevantes e que merecem uma maior proteção por parte do estado, não deve se prender em delitos insignificantes. O ser humano deve ser livre para fazer o que bem entender, desde que esteja dentro da legalidade. Como bem está regulado na Constituição, todos têm o direito de pensar e agir de modo diverso. O direito à diferença deve ser protegido.

Com o apoio da sociologia, observou-se que os temas sexuais, tratados no Código Penal de 1940, estariam em desuso, precisando ser revistos, não apenas para se adequar à nova realidade sexual, mas também para não contrariar o pensamento constitucional, onde ficou determinado que o ser humano tem uma importância bem maior que qualquer coisa ou objeto jurídico. E ainda mais se estiver em questão sua liberdade e ou dignidade.

Como afirmou Nucci (2009, p. 111):

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época de edição do Código Penal, na época de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988.

Não existia mais uma moral sexual que devesse ser protegida. O Direito Penal não conseguiu impedir a evolução dos costumes, no que se refere à sexualidade. A grande parte dos hábitos sexuais foi modificada, assim, as expressões utilizadas, exemplo disso, é a palavra “mulher honesta”. Os doutrinadores criaram uma nova interpretação em relação aos bens jurídicos resguardados pelos delitos do Título VI, com uma visão constitucional. A modificação no Título VI foi devido ao grande número de reivindicações tanto dos doutrinadores, como da sociedade em geral, pois sustentavam que os crimes descritos nesse título não levavam mais em consideração a moralidade pública ou coletiva, mas, a dignidade e a liberdade sexual das vítimas. A dignidade sexual, estar em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da Constituição (Art. 1º, III).

Atualmente, o que se quer combater é o não consentimento para o ato sexual e a proteção à liberdade sexual, com relação a escolha e opção de se relacionar, punindo qualquer forma de exploração. Por isso, uma necessidade muito grande de haver uma reforma na legislação, o que veio com o advento da Lei nº 12.015/ 2009, trazendo o direito penal para a realidade social.

O bem jurídico, agora protegido, dignidade sexual, não adveio apenas com uma inovação legislativa, mas sim com a evolução da sociedade e também pela promulgação da Constituição. A legislação quis ocupar-se com as condutas realmente graves, aquelas que acarretam resultados desastrosos para a sociedade, no que se refere a liberdade sexual, esquecendo aquelas questões de pequena monta, ligadas ao passado. Com a entrada em vigor da Lei 12.015/ 2009, houve um grande avanço no direito penal, principalmente sob o prisma da Constituição.

2.3 Bem jurídico tutelado

Cada delito tipificado nos artigos do novo Título VI terá seu bem jurídico tutelado. Mas, de plano a lei visa a proteger a dignidade sexual do indivíduo, o direito que ele tem de dispor do seu corpo para fins sexuais.

A respeito disso, descreve Flávio Monteiro de Barros (2010, p.12):

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e também a honra sexual da mulher. Trata-se de direito disponível, excluindo-se o crime diante do consentimento da vítima, desde que esboçado antes da consumação. O agente, na dúvida se a vítima consentiu ou não à conjunção carnal, responde pelo crime, a título de dolo eventual.

O bem jurídico tutelado, no crime de estupro, por exemplo, será a liberdade sexual da pessoa em sentido amplo, pois esta possui o direito pleno à inviolabilidade carnal.

No artigo 216 do Código Penal está previsto o crime de “Assédio Sexual”, o legislador quis proteger a liberdade sexual, mas especificadamente, a vítima que sofre constrangimento pela conduta do agente que usa da sua condição de superior hierárquico.

No crime do artigo 215- “Violação Sexual Mediante Fraude”, assim como no crime de estupro, visou proteger a liberdade sexual do indivíduo em sentido amplo, contudo, nesse tipo penal, a vontade da vítima esta viciada em virtude da fraude com que o agente do delito usou.

No Capítulo II do CP, esta os crimes contra vulnerável, aqui o que se quer proteger é a dignidade sexual dos vulneráveis.

O art. 217- A, que traz o “Estupro de Vulnerável”, não trata mais de violência presumida, mas sim, de presunção de lesão ao bem jurídico liberdade sexual pela condição especialmente vulnerável da vítima. (JUNQUEIRA, 2009, p. 271).

No artigo 218- “Mediação para satisfazer a lascívia de outrem”, Flávio Monteiro de Barros (2010, p. 47), aduz que:

Tutela-se a dignidade sexual dos menores, visando evitar a sua contaminação e depravação sexual. O consentimento da vítima não exclui o crime, ainda que seja emancipada, pois a imaturidade decorre da idade por si só é fator impeditivo de sua adesão à conduta criminosa.

O artigo 218- A, “Satisfação de Lascívia mediante presença de Criança ou Adolescente”, nesse tipo o menor vai presenciar, não vai praticar ato algum, haverá uma corrupção moral do menor.

No Capítulo II do mesmo código, na Lei 12.015/2009, o legislador, acrescentou o artigo 218- B- “Favorecimento da Prostituição ou outra forma de

Exploração Sexual de Vulnerável”, visando proteger também a liberdade sexual, especificamente, a indenidade do vulnerável.

No Estado Democrático de Direito, a tutela penal, deve buscar proteger os valores fundamentais do ser humano, devendo dar proteção suficiente a esses bens-valores essenciais.

A liberdade sexual, referente ao indivíduo poder dispor do seu próprio corpo, merece uma proteção penal específica. A pessoa humana tem a faculdade de escolher onde e como exercitá-la, além de poder escolher livremente também o seu companheiro ou companheira, é considerada um bem jurídico autônomo, diferente da liberdade geral, prevista no Título I da Parte Especial do Código Penal. Por isso é que merece uma proteção penal mais especial.

Quando observados os bens jurídicos específicos de cada tipo penal, os parâmetros são os limites contextuais normativo-cultural que se situa no atual Estado Democrático de Direito. O legislador ao escolher o bem jurídico que irá proteger, se baseia no contexto social, assim como o julgador, no momento de decidir.

Sobre o tema, Muñoz Conde (2004, p. 62), assinala que:

A liberdade sexual tem efetiva autonomia própria e, embora os ataques violentos ou intimidatórios à mesma sejam igualmente ataques à liberdade que também poderiam ser punidos como tais, sua referência ao exercício da sexualidade dá a sua proteção penal conotações próprias.

Desse modo, a violência com que o agente se vale tanto no crime de estupro como no estupro de vulnerável, constitui uma violação a liberdade do indivíduo, entretanto, sua incidência na liberdade sexual lhe dá uma autonomia delitiva, que a diferencia dos outros crimes gerais, como a lesão corporal, por exemplo. O conteúdo desses delitos está concentrado na violência ou intimidação que são empregados, sendo por isso, considerados crimes complexos.

2.4 Sujeito Ativo e Passivo

Quanto aos sujeitos ativos, o crime do art. 213 do CP- “Estupro”, é um crime comum, assim o sujeito ativo pode ser tanto homem quanto mulher, pois o tipo penal refere-se a “constranger alguém”. No art. 215 do CP- “Violação sexual mediante

fraude”, também comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa. Já no crime de assédio sexual (art. 216- A do CP), é um crime próprio, assim, só pode ser cometido por determinada pessoa: superior hierárquico ou que tenha ascendência sobre a vítima por motivos de emprego, cargo ou função.

Nos crimes sexuais contra vulnerável, qualquer indivíduo pode cometer as condutas que estão dispostas nos tipos penais. No art. 217- A do CP- “estupro de vulnerável”, é um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher, é também um crime hediondo.

A respeito do crime descrito no art. 218 do CP- “Mediação para satisfazer a lascívia de outrem”, Flávio Monteiro de Barros (2010, p. 48), assim, explica:

Quanto aos destinatários do lenocínio, não figura como coautor do delito em apreço, que incrimina a mediação para satisfazer a lascívia de outrem. De fato, o beneficiário do ato não realiza qualquer mediação e por isso não pode ser responsabilizado pelo delito em apreço. Se, no entanto o destinatário do lenocínio vier a concretizar algum ato libidinoso com o menor de 14 anos, responderá pelo estupro de vulnerável, previsto no art. 217- A do CP, e, nessa hipótese, o mediador, desde que tenha agido dolosamente, será também partícipe deste delito do art. 218 do CP, por força do princípio da consumação.

No art. 218- A do CP- “Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente”, é também um crime comum, desde que praticado por maior de dezoito anos. Art. 218- B do CP- “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”, crime comum, sendo os sujeitos ativos denominados: o proxeneta (aquele que realiza uma das condutas descritas no caput do art. 218- B; o proprietário, gerente ou responsável; o cliente). É imprescindível a consciência de que os agentes estão praticando um fato criminoso. Se a vítima foi pessoa maior de 18 anos, o cliente não responde pelo delito.

Em relação aos sujeitos passivos, no delito do art. 213- A do CP- “Estupro”, é crime comum. Podendo ser admissível até o estupro de marido contra mulher, ou vice-versa, pois esse ato ataca a dignidade e a liberdade sexual.

No art. 215 do CP- “Violação sexual mediante fraude”, também crime comum. Desse modo, a prostituta pode ser vítima do crime, visto que essa também possui dignidade sexual.

O art. 216- A do CP- “Assédio sexual”, é crime próprio. Em relação ao tema, Flávio Monteiro de Barros (2010, p. 37), assim, declara:

No tocante ao sujeito passivo do crime de assédio sexual, sendo este diarista, não pode ser sujeito passivo do delito, diante da ausência do vínculo empregatício. Mas a empregada doméstica, indiscutivelmente pode figurar como sujeito passivo do crime.

Nesse último caso, sendo a vítima menor de idade, a pena será aumentada, pois, quando se trata de crimes sexuais contra vulneráveis, presentes no Capítulo II do CP, o sujeito passivo, em todos os delitos, é pessoa vulnerável.

No art. 218 do CP- “Mediação para satisfazer a lascívia de outrem”, o sujeito passivo pode ser tanto do sexo feminino, quanto masculino, mas deve ser menor de 14 anos. O crime descrito no art. 218- A do CP- “Satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente”, tem o mesmo sujeito passivo do caso anteriormente descrito. Art. 218- B do CP- “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”, o sujeito passivo pode ser tanto homem quanto mulher, mas este deve ser menor de 18 anos de idade, ou ainda, que por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato.

2.5 Inovações advindas pela Lei 11.106/2005 - Alteração no Código Penal

Com a Lei 11.106/ 2005, mudanças significativas foram feitas nos crimes sexuais. O legislador seguiu a evolução social.

Como ensina Rogério Greco (2011, p. 450):

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. Em vez de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual das crianças. Antes, a mulher era subordinada ao homem, agora, com a alteração legislativa, a mulher está num patamar de igualdade com o homem.

Houve sem dúvida uma reforma substancial no Código Penal, porém, não ousou muito, não abrangeu todos os temas que deveria. Para Estefam (2009, p. 17), “Muitos problemas, porém, persistiam, dentre os quais se destaca a denominação do Título e, via de consequência, a compreensão do valor constitucional nele protegido”.

As principais mudanças advindas com a referida lei foram: A exclusão integral do Capítulo III, aquele que tratava do crime de rapto; a descriminalização da sedução; a supressão da extinção da punibilidade, quando se tratasse de casamento entre a vítima e o autor do estupro; eliminação da expressão “honesta”; descriminalizou o adultério; e também, modificou o Capítulo V, passando de “Do lenocínio e do tráfico de mulheres” para “Do lenocínio e tráfico de pessoas”, aumentando, assim, sua abrangência.

A lei alterou o art. 215 do CP que trata do crime de posse sexual. Antes dessa lei, havia a seguinte redação: Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”. Esse delito é o conhecido “estelionato sexual”, o homem que engana a vítima, para que, esta pratique com ele atos sexuais. Exemplo disso é o caso de possuir um irmão gêmeo.

Em relação ao sujeito passivo, antes o crime só poderia ser praticado contra mulher, e ainda mulher honesta. Foi excluída a expressão: “mulher honesta”, e no seu lugar, colocada a palavra “alguém”. Agora, o homem também pode ser vítima de crime de atentado ao pudor mediante fraude.

Foi revogado o crime de adultério, antes previsto no art. 240 do CP, o legislador agiu corretamente ao discriminar o adultério, pois mesmo a doutrina já se inclinava nesse sentido. Assim, foram extintas muitas expressões tidas como atrasadas e discriminatórias, aumentando a proteção dos dispositivos penais dirigidos a um maior número de pessoas. Alguns artigos ultrapassados foram revogados e noutros, feitas algumas alterações, cujo objetivo do legislador, foi dar mais coerência de tais dispositivos com o ordenamento penal brasileiro.

3 A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL E A LEI 12.015/2009 - ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Desde a sua criação, o Código Penal Brasileiro, trazia a previsão dos delitos de natureza sexual, com a nomenclatura “Crimes contra os costumes”. Posteriormente, com as mudanças de pensamento e, os hábitos da sociedade, houve uma alteração no Título VI. Primeiramente com a Lei 11.106/05, depois, com a Lei 12.015/09.

A Lei 12.015/09 trouxe várias modificações na Parte Especial do Código Penal, na parte referente aos crimes sexuais. Essas alterações são bem superiores a mudanças pontuais nos tipos penais e nas penas a eles cominadas, houve uma mudança na própria estrutura. Modificou-se a denominação do Título VI do Código Penal Brasileiro, antes chamado de “Dos crimes contra os costumes” e agora designado “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Essa alteração não foi apenas nos nomes, mas no propósito do legislador, pois este desejou mudar o foco da proteção jurídica.

A antiga denominação deixava claro que a tutela penal estava voltada ao controle da moralidade pública. Com a alteração, o legislador, deseja tutelar não só a liberdade sexual, mas assegurar a proteção da disposição do corpo para fins sexuais e também proteger a pessoa contra as diversas formas de exploração sexual.

Segundo André Estefam e Pedro Franco de Campos (2010, p. 87):

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

Foi abandonada a ideia de proteger a moralidade pública, a castidade e o pudor público, atualmente, o foco é a proteção da autodeterminação sexual como atributo da própria personalidade do indivíduo, e, da dignidade da pessoa humana.

Houve uma alteração categórica de todo o contexto onde estavam dispostos os crimes sexuais.

3.1 Inovações introduzidas pela Lei 12.015/2009

Entrou em vigor, dia 07 de agosto de 2009 a Lei 12.015/09, alterando o foco de proteção, deixando de lado a antiga tutela de proteção ao sentimento ou moralidade pública sobre o sexo, passando a proteger a própria pessoa, sua liberdade, autodeterminação e desenvolvimento pessoal.

A Lei 12.015/09 não só alterou dispositivos já existentes no Código Penal, como também criou novos dispositivos bem como, revogou outros. Mesmo não sendo em grande número as alterações, houve grande discussão tanto na doutrina como na jurisprudência. Nem todas as mudanças foram as mais adequadas, mas no geral, a referida lei modernizou no tratamento penal à tutela dos crimes sexuais.

Houve forte discussão sobre as alterações, como a exemplo de que a nova lei deixou as penas dos crimes contra a liberdade sexual mais duras, entretanto, não retirou do ordenamento jurídico os dispositivos que já não eram mais utilizados, exemplo disso é a permanência da casa de prostituição (artigo 229, do CP).

Foram retirados do ordenamento os crimes de sedução (artigo 217), raptos (artigos 219 a 222), adultério, e eliminado do texto do Código a expressão “mulher honesta” e as causas extintivas de punibilidade dos crimes relativos ao casamento da vítima com o agente ou com terceiro.

Hoje, o Título VI do Código Penal, possui sete capítulos. Foi modificado o Título bem como as denominações dos Capítulos II e V.

Foi a liberdade, o bem jurídico que inspirou a mudança na nomenclatura do Título VI, pois além de ser um dos bens jurídicos mais importantes (assim como o direito à vida e à saúde), é também um dos que é menos respeitado, e utilizado como forma de atentar contra outros bens jurídicos, como contra a dignidade sexual.

Como ensina Nucci (2010, p. 49):

[...] em matéria de dignidade sexual, embora exista o fator honra em jogo, não pode ser considerado o primeiro elemento ou bem jurídico mais importante. A coerção sexual violenta fere a dignidade sexual, em especial a liberdade do indivíduo de se manter incólume, segundo sua vontade, a qualquer ato libidinoso.

Os doutrinadores reivindicavam uma mudança no Título VI do Código Penal, pois estes diziam que os crimes previstos nesse Título atentavam contra a dignidade do indivíduo e não contra a moralidade pública. O legislador agiu corretamente ao trocar a denominação “costumes”, visto que, não é a “moral sexual” o bem jurídico tutelado pelo Código Penal, mas, a própria dignidade do indivíduo.

Nucci (2010, p. 26- 27), ainda retrata que: “Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo sexual insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia”.

Não existia critério algum para nortear a “moral sexual” dentro da sociedade. Queriam impor às pessoas um padrão médio em relação às suas atividades sexuais. Tanto a sociedade como a concepção das pessoas face às relações amorosas, iam evoluindo com o passar do tempo, já a norma penal não, esta continuava parada, não havendo, assim, sintonia entre a realidade cotidiana e as disposições legais.

Já Gentil e Marcão (2011, p. 35), não concordam com esse pensamento:

Não parece o melhor entendimento aquele que atribui a mudança a uma espécie de modernização: o termo costumes diria respeito aos hábitos correntes de uma sociedade; dignidade sexual expressaria mais adequadamente a objetividade jurídica dos bens tutelados, num tempo em que há uma reconhecida liberalização dos costumes. Não é isso. Por mais que tenha havido uma flexibilização dos costumes, que não necessariamente significa liberalização [...] aquelas condutas listadas como crimes contra a dignidade sexual inequivocamente configuram agressão aos costumes socialmente vigentes, tanto antes como agora. Uma violação sexual mediante fraude, um ato libidinoso praticado contra alienado mental incapaz de consentir, ou um estupro não são hábitos socialmente aceitos, representando, portanto, afronta aos costumes.

Segundo estes autores, não existe possibilidade de adjetivar a dignidade, adotar uma determinada dignidade, chegando a afirmar que houve apenas uma vontade do legislador em inovar, não modificando nada de sua natureza.

Alguns autores dizem que a atual redação do Título VI ainda contém questões morais, visto que não se pode distinguir atos sexuais dignos e indignos.

Mesmo com as inúmeras e importantes reformas feitas com o advento da Lei 12.015/09, ainda há divergências sobre alguns pontos. Alguns autores chegam a dizer que o legislador deveria ter modificado a localização dos crimes contra a liberdade sexual, devendo estes estar inseridos nos crimes contra a liberdade individual.

O legislador poderia ter desvinculado a proteção da dignidade sexual de qualquer aspecto moral, modificando até mesmo a localização topológica desses crimes, incluindo-os entre os delitos contra a pessoa, pois os delitos contra a liberdade sexual não se relaciona com a moral ou com valores, se relacionam sim, com a liberdade pessoal de cada indivíduo.

Apesar disso, a mudança trazida pela Lei 12.015/09, deve ser vista como um avanço legislativo, rompendo conceitos ultrapassados de moral, que estavam impedindo o avanço esperado.

A nova denominação possui perfeita concordância com a nova ótica constitucional, esta reconhece a prática sexual como um direito afeto, intrínseco a dignidade da pessoa humana.

3.2 Dignidade sexual - Objeto de proteção penal

A mudança do bem jurídico “costumes” para “dignidade sexual” alterou, a proteção estatal de forma substancial, tanto processualmente como normativamente. Não foi apenas mudança na denominação, houve relevância prática, transmite a preocupação do legislador com a dignidade sexual e a própria dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana possui um valor ético irreduzível, que merece adequada e efetiva tutela por parte do Estado. É o núcleo básico de todo o ordenamento jurídico.

Flávia Piovesan (2000, p.54), aduz:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

Diz ainda a mesma autora (2004, p. 92), que:

É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa da interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Direito Interno.

Conferindo à dignidade da pessoa humana um status de princípio fundamental, o STF se manifestou:

(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa-considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)-significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...). (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466).

A dignidade da pessoa humana não pode ser relativizada, possui um valor absoluto, o indivíduo é protegido por estar em situação vulnerável, este é colocado em contraposição à sociedade ou ao Poder Público. O princípio da dignidade da pessoa humana é condição de interpretação de qualquer norma que integra o ordenamento jurídico, principalmente as normas penais.

Atualmente, a dignidade é vista como um valor, uma característica do próprio ser humano. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Grecco (2011, p. 46), a dignidade é:

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 desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Em nossa Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana adquire um papel fundamental, pois esta colocada como um dos cinco princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Como ensina Marcão e Gentil (2011, p. 34), o sentido que se dá hoje à palavra dignidade é:

Um sentido de conformidade entre duas grandezas próprias das relações sociais, que bem podem ser a pessoa humana, de um lado, e o respeito que lhe devem as demais, de outro. Daí ter-se como inadmissível a dúvida acerca de poder o profissional do sexo ser vítima dos crimes contra a dignidade sexual, por ter acaso perdido a dignidade; cuidando-se de atributo absoluto, que decorre da simples existência humana, essa qualidade

acompanha necessariamente o sujeito, ainda que ele mantenha uma vida reprovável; por idêntica razão, o criminoso, por mais desfigurado socialmente que possa ser, mantém pelo menos esse mínimo de dignidade, que o faz merecedor de reconhecimento pelos demais; em situação diversa, mas igualmente digno, é o alienado mental, incapaz de raciocinar e avaliar uma ofensa, mas também merecedor de respeito alheio.

Entre os vários tipos de dignidade, que vislumbra a condição de ser do homem, existe a dignidade sexual, que se relaciona diretamente com à vida sexual de cada pessoa.

Para Nucci (2010, p. 41-42):

A dignidade representa o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, bem como constitui elemento fundamental à sua formação pessoal. Diante disso, o ser humano pode realizar-se sexualmente como bem entender, sem que haja qualquer interferência, seja estatal ou da sociedade. A atividade sexual, parcela integrante da intimidade e da vida privada, merece respeito e liberdade.

Isso não quer dizer que, com sua atividade sexual, o indivíduo possa invadir a privacidade alheia. Só pode invadir com o consentimento, sem o emprego de violência ou de grave ameaça, assim, sem qualquer constrangimento ilegal.

Houve uma nova classificação dos crimes contra a dignidade sexual, o Capítulo I trata dos delitos contra a liberdade sexual (os crimes contra a liberdade sexual). Protege a autodeterminação sexual das pessoas, incriminando o ato sexual realizado sem o consentimento do outro. Compreendendo, assim, o estupro (artigo 213), a violação sexual mediante fraude (artigo 215), como também, o assédio sexual (artigo 216- A).

O Capítulo II possui como nomenclatura “Da Sedução e da Corrupção de Menores”, posteriormente a mudança passou a ser chamado “Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável”, e compreende as infrações cometidas contra os vulneráveis, não importando o consentimento. Está nele contido, o estupro de vulnerável (artigo 217- A), a corrupção de menores - mediação de menor vulnerável para satisfazer a lascívia de outrem (artigo 218), a satisfação da lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (artigo 218- A), o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B).

O Capítulo III foi revogado pois tratava do rapto, sendo este excluído integralmente do Código Penal pela Lei 11.106/05.

O Capítulo IV ainda trata das regras gerais, sendo composto pela ação penal (artigo 225) e do aumento de pena (artigo 226), assim como o Capítulo VII, que também trata das disposições gerais e aumento de pena (artigo 234- A) e o segredo de justiça (artigo 234- B).

No Capítulo V está o lenocínio e o tráfico de pessoas para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual, como a mediação para servir à lascívia de outrem (artigo 227), o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (artigo 228), casa de prostituição (artigo 229), rufianismo (artigo 230), tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (artigo 231) e tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (artigo 231- A).

Permanece tratando do pudor público, o Capítulo VI, compreendendo: o ato obsceno (artigo 233) e escrito ou objeto obsceno (artigo 234). Há forte crítica doutrinária sobre esse Capítulo, uma vez que existe grande conotação moralista.

3.3 Delitos de Estupro e Estupro de Vulnerável

Essas figuras, estupro e estupro de vulnerável, estão entre uma das inovações trazidas pela Lei 12.015/09. Anteriormente a mudança, havia dois tipos penais distintos, posteriormente foi unificado os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor apenas na denominação “estupro”, com isso, se tornou impossível a aplicação do concurso material nas modalidades “conjunção carnal” e “outro ato libidinoso”, pois estas agora estão unidas no artigo 213, caput, do CP. Essa alteração é benéfica, devendo pois, retroagir, atingindo todos os fatos anteriores.

Não existe mais a possibilidade de concurso material dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, pois agora trata-se um crime único, caso o estuprador obrigue a vítima à praticar o coito vaginal e o anal, o juiz deve levar em consideração essa maior gravidade do fato na dosimetria da pena, devendo assim, fixar a pena mais próximo do máximo, levando em conta o modo de execução mais gravoso, a intensidade do ato e também as consequências mais lesivas.

Essa Lei permite a aplicação da continuidade delitiva para as duas modalidades, o que não era permitido anteriormente, pois existia dois tipos penais diversos. É permitido também, a consumação do estupro sem o contato físico, na forma “outro ato libidinoso”, o que antes só havia na forma de atentado violento ao

pudor. Alguns doutrinadores advogam a tese da *abolitio criminis*, pela exclusão do artigo 214 do CP.

Mas na verdade não foi isso que ocorreu, o que houve foi apenas um deslocamento da norma do artigo 214 do CP para o artigo 213 do CP. Assim, a conduta ainda é tida como reprovável.

Antes da Lei 12.015/09, o estupro era considerado um delito “bi-próprio”, pois os sujeitos deveriam ser: homem e mulher. Hoje ele é tido como “bi-comum”, visto que não há mais essa exigência. O crime é hediondo em todas as duas formas.

Foi criada a figura do estupro de vulnerável, os sujeitos passivos são: indivíduos com menos de 14 (quatorze) anos e também aqueles que não oferecem resistência, por alguma condição específica.

Antigamente, o estupro consistia em o homem obrigar a mulher a praticar com ele conjunção carnal, com o emprego de violência ou grave ameaça. E, o atentado violento ao pudor, constranger alguém a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, com o emprego de violência ou grave ameaça. No primeiro caso somente a mulher poderia ser vítima, enquanto que no segundo caso, qualquer pessoa, seja homem ou mulher.

Houve a criação de um tipo penal novo: artigo 217-A do CP, antes os que hoje são considerados vulneráveis, estavam protegidos no que se chama de “presunção de violência” (artigo 224 do CP). Assim, aquele que praticasse conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso contra aquele que se achasse nas hipóteses do artigo 224 seria punido como incorrendo nas antigas redações do artigo 213 e artigo 214 do CP. Pois que em relação a estes, ficava presumido que houve violência, devido a impossibilidade de consentir com o ato.

Mesmo se o vulnerável consentir com o ato sexual, ainda assim o agente será punido, pois para o legislador, a vítima não tem discernimento algum para consentir com o ato.

Existem algumas críticas com relação aos parágrafos do artigo 213 do CP, no § 1º, pune-se não apenas se da conduta resultar lesão corporal grave ou morte, como também se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze) anos.

Para Nucci, (2009, p. 25): ocorreu “o equívoco da inserção da partícula alternativa ou, quando o correto seria “e”. Outros autores acreditam que há uma lacuna na norma, pois o tipo penal não alcança a vítima que for violentada no dia do seu aniversário de quatorze anos. Para Rogério Sanches (2009, p. 37), “o estupro

seria simples, caso consentido, fato atípico”. André Estefam (2009, p. 25), “preconiza a aplicação do estupro qualificado, sob o argumento da exclusão do enquadramento do estupro de vulnerável, através da aplicação da analogia in bonam parte”.

Outra crítica diz respeito ao fato de haver dolo ou não nessa qualificadora. Segundo Nucci (2009, p. 26): “todo resultado qualificador pode ser alcançado por dolo ou culpa”. Enquanto Greco (2009, p. 16) assegura que “a qualificadora incide apenas a título de culpa, pois o crime é preterdoloso”. Diz ainda que “há a tentativa qualificada desse delito como no caso do agente que querendo estuprar a vítima, derruba, e esta morre antes do estupro. É uma exceção à regra de inadmissibilidade de tentativa de crimes preterdolosos”.

Grecco (2009, p. 18), ensina que:

No entanto, quase toda regra sofre exceções. O que não podemos é virar as costas para a exceção, a fim de se reconhecer aquilo que, efetivamente, não ocorreu no caso concreto. Veja-se o exemplo do estupro, praticado através da conjunção carnal, que se consuma com a penetração, total ou parcial, do pênis do homem na cavidade vaginal da mulher. Se isso não ocorrer, o que teremos, no caso concreto, será uma tentativa de estupro. Portanto, há necessidade inafastável de se constatar a penetração para efeitos de reconhecimento do estupro, desde que, obviamente, outros atos libidinosos não tenham sido praticados. Se é assim, como no caso de ocorrência de um dos resultados que qualificam o crime poderíamos entender pelo delito consumado se não houve a conjunção carnal? Aqueles que entendem que o delito se consuma com a ocorrência das lesões graves ou da morte justificam seu ponto de vista dizendo que, reconhecêssemos a tentativa, a pena seria menor do que aquela prevista para o delito de lesão corporal seguida de morte. Isso acontece, realmente, quando se leva em consideração a pena máxima cominada em ambos os delitos, muito embora a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 a tenha aumentado para 30 (trinta) anos, e não no que diz respeito à pena mínima, que será idêntica. É claro que o Código Penal não é perfeito, como nenhuma outra legislação o é, seja nacional ou estrangeira. As falhas existem. Entretanto, raciocinando no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, não podemos permitir que essas falhas sejam consideradas em prejuízo do agente. Não podemos simplesmente considerar como consumado um delito que, a toda prova, permaneceu na fase da tentativa, raciocínio que seria, esse sim, completamente contra legem, com ofensa frontal à regra determinada pelo inciso II do art. 14 do Código Penal. Dessa forma, entendemos como perfeitamente admissível a tentativa qualificada de estupro.

Questão curiosa diz respeito ao transexual, antes havia discussão sobre qual delito este sofria, se era o atentado violento ao pudor ou o estupro, conforme Greco (2009, p. 35), “Não há dúvida, é o delito de estupro, pois com a junção dos dois tipos penais, a relação sexual forçada conduzirá, obrigatoriamente, ao reconhecimento do delito de estupro”. Da mesma forma acontece com o indivíduo

incapaz de procriar (impotência generandi), e com o indivíduo sem ereção (impotencia coeundi).

No artigo 128 do CP, consta duas hipóteses permitidas de abortamento no Brasil. No inciso II esta o abortamento sentimental, aquela gravidez proveniente de estupro (se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal). A doutrina minoritária advogava a tese da extensão do abortamento sentimental para aqueles casos da gravidez advinda do atentado violento ao pudor. Com a unificação, agora é permitido.

No crime de estupro, dependendo da relação anterior entre a vítima e o agente, é muito difícil se provar se houve ou não estupro, pois de um lado há a palavra da vítima, afirmando haver sido estuprada e do outro lado, a palavra do réu, dizendo não haver estuprado. O julgador deve, a partir da Síndrome da mulher de Potifar, apurar a veracidade dos fatos narrados pela vítima, porém isso é muito difícil devido à falta de testemunhas oculares.

A Lei 12.015/09 não fez nenhuma menção ao Código Penal Militar (Dec- Lei 1.001/69), este ainda trata dos crimes de atentado violento ao pudor e estupro. Para Capano (2009, p.44), “os dispositivos do Código Militar ainda continuam em vigor”. A mesma Lei também não dispõe nada em relação ao artigo 59 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), que trata: “no caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os ‘costumes’, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço”. Conforme ensina Greco (2009, p. 47), “o que devemos ter é uma adaptação interpretativa, entendendo-se a palavra ‘costumes’ como dignidade sexual”.

O bem jurídico que se visa proteger no delito de estupro de vulnerável é a formação moral das crianças e adolescentes até os seus 14 (quatorze) anos de idade. Quis o legislador resguarda-los da prática sexual, são tidos como absolutamente vulneráveis, assim não importa o seu consentimento ou não. Assim, mesmo a vítima consentindo, ainda há crime.

Dessa forma, a presunção não cai mais no fato da violência, como ocorria antes, mas sim, na vulnerabilidade, sempre levando em consideração, o caráter de resistência e capacidade de defesa da vítima.

Conforme Nucci (2010, p. 102):

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Para verificar a vulnerabilidade há critérios subjetivos como a enfermidade mental, deficiência mental, ou critérios objetivos, como a questão etária. No último caso, não há necessidade de nenhuma análise a respeito da capacidade do indivíduo de consentir com a prática do ato. Já no primeiro caso, é necessário observar se as causas anteriormente descritas são por si só capazes de retirar do indivíduo a capacidade de discernir sobre a prática do ato. Discernir significa não apenas consentir com o ato, mas também compreender a natureza deste.

Alguns doutrinadores argumentam que o artigo 217 – A do CP é inconstitucional, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente considera adolescente o maior de 12 (doze) anos, enquanto que o Código Penal protege os menores de 14 (quatorze) anos.

Para o ECA, o adotando que seja maior de 12 (doze) anos deve consentir, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo não poderia o Código Penal criar uma presunção absoluta de vulnerabilidade, pois não dá nenhuma chance ao menor de 14 (quatorze) anos manifestar sua vontade.

Os estudiosos defendem que entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, já é perfeitamente possível consentir, por receber influências da própria sociedade.

Há um forte argumento do motivo dessa intervenção jurídica na esfera penal, o legislador deseja proteger estes indivíduos contra eventuais abusos e violência sexual, de forma que caberia ao Estado- juiz aferir se aquele menor possui maturidade e discernimento, a partir do caso levado a juízo.

Se a mulher, no caso de estupro de vulnerável, quiser se beneficiar com a vulnerabilidade da vítima para engravidar, como no caso que deseja receber herança, esta não terá interrompida a sua gravidez, entretanto, sua pena será aumentada, conforme o artigo 234- A, inciso II do CP, “nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada de metade, se do crime resultar gravidez”.

Com a Lei 12.015/90, o estupro de vulnerável passou a ter caráter de crime hediondo, o tipo penal quis ser mais rígido em relação à esses delitos, visto o seu grau de reprovabilidade social, merecendo maior atenção do legislador penal.

Como o crime de estupro é considerado grave, isso tem contribuído para decretos de prisão preventiva, na maioria das vezes ignorando a necessidade de estarem preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Se estiver presente o *fumus boni juris* quanto à autoria e provada também a materialidade, é imposta a prisão processual.

3.4 A Ação penal

Com previsão no artigo 225 do CP, a ação penal anteriormente privada era aquela prevista nos Capítulos I e II, crimes contra a liberdade sexual, da sedução e corrupção de menores, com uma ressalva de que a vítima ou seus pais não pudessem arcar com as despesas do processo, nesse caso a ação deveria ser pública condicionada à representação. No caso do crime ser cometido com abuso do pátrio poder ou então, caso o estupro fosse cometido com violência real, súmula 608 do STF, a ação seria então pública incondicionada.

Com a Lei 12.015/09, agora a ação é pública condicionada à representação no caso dos crimes cometidos contra a dignidade sexual, segundo o artigo 225, caput do CP. Já a ação penal pública incondicionada será aplicada apenas naqueles casos da vítima ser menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, artigo 225, parágrafo único do CP.

Não existe mais a ação penal privada para os crimes contra a dignidade sexual, não há nenhuma hipótese onde a ação será exclusivamente privada, apenas a ação penal privada subsidiária da pública, pois esta é uma garantia constitucional, com previsão no artigo 5º, inciso LIX, da CF, e prevista também em regras ordinárias gerais.

A ação penal pública condicionada à representação protege a intimidade da vítima, devendo esta representar apenas se não se sentir constrangida. Mas no caso de representar, o Ministério Público agirá no seu nome.

A Súmula 608 do STF prevê: “No crime de estupro praticado mediante violência real, a ação é pública incondicionada”.

Estefam (2009, p. 25), assegura:

[...] o estupro cometido com lesão leve se procede por ação penal pública condicionada à representação do ofendido nos termos do art. 225, caput; se houver, contudo, lesão grave ou morte, a ação penal será pública incondicionada, por força do disposto no art. 101 do CP (ação penal no crime complexo) e da Súmula 608 do STF.

Já para Nucci (2010, p. 180), “a Súmula foi eliminada nos casos de estupro de pessoa adulta que, ainda que cometido com violência, será ação pública condicionada à representação”. Para o autor acima, a Súmula 608 do STF é proveniente de uma Política Criminal, tendo como objetivo proteger a mulher estuprada dos preconceitos da sociedade. A atual redação do artigo 213 do CP visa proteger não só a mulher, como também o homem, já a súmula está voltada a proteção apenas da mulher, devendo assim ser eliminada.

O artigo 225, parágrafo único do CP, não prevê a ação penal pública incondicionada no caso de resultar a morte da vítima, gerando assim a impunidade do agente, caso a vítima venha a óbito em razão da violência empregada na prática sexual, ou então no caso de estar gravemente ferida e não conseguir manifestar o seu consentimento, assim, não haveria possibilidade de instaurar o processo, especialmente nos casos das vítimas não possuírem parentes descritos no artigo 31 do CPP, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Desse modo, a Súmula 608 do STF é aplicada a esses casos. E, o artigo 31 do CPP tem aplicação apenas naqueles casos em que a morte da vítima advém de causa superveniente, sem qualquer relação com o delito sexual.

Para Estefam (2009, p. 25-26), a regra disposta no artigo 225 do CP não se aplica retroativamente quando for mais gravoso que a sistemática anterior. Sendo assim, para as ações penais privadas anteriores à Lei 12.015/09, não são atingidas com a nova regra, caso estas já tenham sofrido a decadência. Mas naqueles casos em que o prazo de 06 (seis) meses ainda não se extinguiu, a ação continua a se proceder mediante queixa, permanece a regra anterior, pois é mais benéfica para o agente.

Caso a queixa não for ajuizada em 06 (seis) meses, a partir do conhecimento da autoria do delito, haverá extinção da punibilidade. Desse modo, entre a regra anterior e a atual, houve uma inovação favorável ao agente, não se aplicando a retroação. Em sentido contrário, Nucci (2010, p.183), sustenta que “por

se tratar de norma processual, tem aplicação imediata, inclusive a fatos anteriores, em relação aos quais ainda não se instaurou o processo”.

A representação é uma condição para que a ação penal seja instaurada, o processo só inicia-se com esta. A divisão entre ação penal pública condicionada e incondicionada advém, não dá garantia ao acusado, mas de uma maior preocupação do legislador em proteger os interesses da vítima, como por exemplo, a sua intimidade. Não há como observar se a norma é mais benéfica ou maléfica ao acusado, visto o único objetivo a ser protegido, é a vítima.

O objetivo da Lei 12.015/90 é proteger a vítima do descontrole humano, especialmente se houver morte ou lesão grave.

3.5 Princípios ligados às ações penais Incondicionadas

Há oito princípios para a ação penal pública incondicionada: Princípio da Autoridade; Princípio da Obrigatoriedade; Princípio da Oficialidade; Princípio da Indisponibilidade; Princípio da Oficiosidade; Princípio Intranscendência; Princípio da Suficiência da Ação Penal e Princípio da Indivisibilidade.

O primeiro Princípio, o da Autoridade e o quinto, Princípio da Oficiosidade estão ligados ao Princípio da Oficialidade, segundo Capez (2009, p. 117), “significam dizer que são autoridades públicas os encarregados da persecução penal e são estes que devem agir de ofício, independente de provocação”.

A respeito do Princípio da Obrigatoriedade, Capez (2009, p. 115), aduz que:

Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal. Há, quanto à propositura desta, dois sistemas diametralmente opostos: o da legalidade (ou obrigatoriedade), segundo o qual o titular da ação está obrigada a propô-la sempre que presentes os requisitos necessários, e o da oportunidade, que confere a quem cabe promovê-la certa parcela de liberdade para apreciar a oportunidade e conveniência de fazê-lo.

Sobre o Princípio da Oficialidade, Fernando Capez (2009, p. 117), ainda comenta:

O Estado é o titular exclusivo do direito de punir, que só se efetiva mediante o devido processo legal, o qual tem seu início com a propositura da ação penal. Segue-se que, em regra, cabe aos órgãos do próprio Estado a tarefa persecutória.

O Princípio da Indisponibilidade é aquele que, depois de oferecida a ação penal, o Ministério Público não poderá dela desistir.

Pelo Princípio da Intranscendência, apenas contra a pessoa a quem se imputa a prática do delito é que a ação penal poderá ser proposta.

O Princípio da Suficiência da Ação Penal, para Fernando Capez (2009, p. 119), “sugere que a ação penal é suficiente para resolver a questão prejudicial não ligada ao estado de pessoas, sendo desnecessário aguardar a solução no âmbito cível.”

E, o último princípio, Princípio da Indivisibilidade, é aplicado também na ação penal privada, no artigo 48 do Código de Processo Penal: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”. Haverá extinção da punibilidade se houver renúncia em relação a algum deles.

3.6 Os princípios constitucionais penais consagrados na Constituição Brasileira de 1988 e a regulação legal do crime de estupro

É importante observar se os princípios penais presentes na Constituição de 1988 estão em sintonia com a mudança operada pela Lei 12.015/09, qual seja: a substituição da proteção aos costumes pela a proteção à dignidade sexual.

A Constituição Federal é tida como a lei maior do ordenamento jurídico brasileiro, dessa forma todas as normas que estão abaixo dela e as normas infraconstitucionais devem obediência à ela, pois se assim não for, serão declaradas inconstitucionais.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Melo (1996, p. 545- 546):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Assim, o Direito Penal deve ter como base os princípios constitucionais, por isso qualquer alteração normativa a de ser analisada conforme esses princípios e garantias. Estefam (2009, p. 18), fala da necessidade em reformar o Título VI do Código Penal:

No limiar do século XXI, portanto, não poderia o Estatuto Penal pátrio permanecer ligado a conceitos hoje tidos como ultrapassados. Mais do que isso, não poderia permanecer divorciado da tutela dos valores consagrados na Carta de 1988.

A maior parte da doutrina entende que a nova proteção, dignidade sexual, está em perfeito acordo com a nossa Constituição, visto que a dignidade da pessoa humana, princípio consagrado no artigo 1º, III da CF, engloba a dignidade sexual.

Segundo Estefam (2009, p. 19):

Ao tratar nosso Código de crimes contra a 'dignidade sexual', fica claro que busca garantir a dignidade da pessoa humana (CF, art 1º, III), a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou indenidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o maior valor e fundamento da República Federativa do Brasil, base para todos os direitos fundamentais do homem. Assim sendo, o Direito Penal deve ter como base esse princípio, pois ele exerce o controle social.

O princípio da lesividade é também um dos princípios fundamentais para legitimar o direito penal no Estado Democrático de Direito. Conforme dispõe esse princípio, o direito penal deverá punir o crime caso a conduta ocasionar lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, não é função do direito penal punir um comportamento que a sociedade tolera, como o caso da homossexualidade.

Bittencourt (2011, p. 22), explica que o princípio da lesividade exerce dupla função no Direito Penal, servindo em primeiro lugar como:

Orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos políticos-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes.

Do mesmo modo, Fernando Capez (2012, p. 43), leciona:

A função do princípio da ofensividade é a de limitar a pretensão punitiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos. O legislador deve se abster de formular descrições incapazes de lesar ou, pelo menos, colocar em real perigo o interesse tutelado pela norma. Caso isso ocorra, o tipo deverá ser excluído do ordenamento jurídico por incompatibilidade vertical com o Texto Constitucional.

O princípio da proporcionalidade é tido como um limite à intervenção do estado na liberdade pessoal do indivíduo.

Gomes (2003, p. 60), assim, relata:

Integra uma exigência ínsita ao Estado Democrático de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos. [...] o papel a ser desenvolvido pelo princípio da proporcionalidade na esfera penal é de suma importância, vez que ele é imanente à essência dos direitos fundamentais, que, enquanto expressão da pretensão à liberdade do cidadão perante o Estado, podem ser limitados somente na medida em que sejam comprovadamente indispensáveis à defesa dos interesses públicos.

Ligado ao princípio da subsidiariedade e da fragmentariedade, o princípio da intervenção mínima diz que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, assim só deve ser aplicado quando os demais ramos do direito não forem suficientes. E, só poderá atuar sobre um pequeno fragmento das condutas humanas, aquelas que ocasionarem lesões aos bens jurídicos mais importantes.

Há uma crítica com relação a esse princípio, doutrinadores como Nucci (2010, p.26), questiona se “todos os tipos penais constantes no Título VI são efetivamente necessários, tais como, por exemplo, o rufianismo (uma vez que a prostituição não é mais configurada como crime), casa de prostituição e mediação para servir a lascívia de outrem, questões essas que poderiam ser resolvidas pela via administrativa, em observância aos princípios da intervenção mínima do direito penal e da adequação social dessas condutas”.

O princípio da tolerância diz que todos devem aceitar as convicções pessoais de algumas pessoas, de modo a não transformar o Direito Penal em um Direito Penal de exceção.

Há uma parte da doutrina que diz ser incompatíveis com a Constituição Federal algumas infrações previstas no Capítulo V do Código Penal, a exemplo dos

artigos 227 a 230, pois se tutelam valores ligados a uma sociedade machista e patriarcal.

Com relação ao estupro de vulnerável houve um aumento no aspecto punitivo desse crime, as penas cominadas a esse delito estão no mesmo nível das penas cominadas para o delito de homicídio simples, a pena mínima do delito previsto no artigo 217- A é de oito anos, enquanto que a pena mínima para o delito previsto no artigo 121 é de seis anos. Pela redação atual do artigo 217- A, não há exigência de violência para consumação desse delito. Desse modo se entende que qualquer ato que possua caráter sexual praticado voluntariamente por pessoas menores de 14 (quatorze) anos ou que não estejam em condições de oferecer resistência, ocasionará a seus parceiros maiores de 18 (dezoito) anos, penas altíssimas, além de todas as outras consequências advindas pela Lei 8.072/90.

Dito isso, está claro que tanto a sociedade como o legislador estão em uma ânsia punitiva muito forte, chegando a violar até o princípio da proporcionalidade, impondo pautas morais ainda baseada em concepções religiosas de aprisionamento da sexualidade e da efetividade de pessoas tidas como vulneráveis, não deixando espaço para o interpretador da norma, avaliar se essa vulnerabilidade existe ou não no caso concreto.

O tipo penal diz que ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos é crime. Com essa redação ele quis dizer que o agente é culpado, não levando em conta as condições como a conduta foi praticada, qual era o comportamento da vítima ou a intenção do agente. Há uma afronta ao princípio da presunção de inocência e a teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo Código Penal, pois segundo ela, somente pode ser considerado culpado aquele que reúna os seguintes requisitos de culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Assim, entende-se que os instrumentos legais são criados para proteger os bens jurídicos, objetos da tutela, exigindo que as normas penais estejam em harmonia com o Estado Democrático de Direito, só podendo atuar nos limites que foram impostos, devendo com isso, garantir a proteção da dignidade de todos.

4 SEGURANÇA COLETIVA E INTIMIDADE DA VÍTIMA NA PROTEÇÃO ESTATAL DOS DELITOS SEXUAIS

De acordo com o próprio texto constitucional, a segurança é um direito constitucional inviolável, resguardado a todos os indivíduos como uma garantia constitucional.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, caput, dispõe:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

Sobre a segurança, aduz Antônio Chaves (1982, p. 417):

É um direito de personalidade, inerente à necessidade de se desenvolverem as atividades por onde se expressa o modo de ser de cada um no mundo, sem que elas venham a ser objeto da arbitrária interferência de quem quer que seja.

Também está previsto no artigo 5º, X, da Constituição que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Desse modo, mesmo não tendo sido, no início, dado tanta importância ao direito à vida privada e à intimidade, após a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, esses ganharam relevo e interesse por parte dos juristas, devendo ser respeitado, pois, conforme Sampaio (1988, p. 128): “O direito ao respeito da vida privada também compreende em princípio a liberdade de relações entre os dois sexos, desde que consentidas por uma vontade livre e consciente.”

Muito embora não se negue a importância do direito à intimidade, este não é tido como absoluto, mas relativo, pois, leva-se em conta os limites encontrados em outros direitos constitucionais, como por exemplo, à segurança da coletividade.

No Título II da Constituição Federal, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, está o Capítulo I, com a seguinte redação: “Dos Direitos e Deveres

Individuais e Coletivos.” Este, apesar de possuir um único artigo, o artigo 5º, há no total 78 incisos, tratando dos direitos e garantias fundamentais.

O STF já se posicionou no sentido de que os direitos e deveres fundamentais não são apenas os elencados no artigo 5º da CF.

Os direitos fundamentais, em sua evolução, são estudado conforme as “Gerações ou Dimensões de Direitos”, com a ordem seguinte: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Sobre o que diz respeito aos direitos de primeira geração, Pedro Lenza (2009, p. 670), assim expressa: “Liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade”.

Estes direitos surgiram nos finaldo século XVIII como uma resposta do Estado liberal ao Absolutismo, dominando o século XIX, e corresponderam à fase inaugural do constitucionalismo no ocidente. Estes direitos exigem do ente estatal, uma abstenção e não uma prestação, um não fazer, possui, assim, um caráter negativo, tendo o indivíduo como titular.

São exemplos de direitos de primeira geração: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião e à participação política.

E, em relação à segunda geração de direitos, Lenza (2009, p. 670): expressa que: “privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade”.

Ao contrário dos direitos de primeira geração, os direitos de segunda dimensão não negam uma atuação por parte do Estado, mas sim há uma exigência pra que ele preste políticas públicas, são assim, direitos positivos, impõe ao Estado uma obrigação de fazer. São exemplos: o direito à educação, à saúde, habitação, trabalho, previdência social, assistência social.

Os direitos de terceira geração são os princípios da solidariedade e fraternidade, atribuídos à todas as formações sociais, visam proteger os interesses da titularidade coletiva ou difusa, não estão destinados a proteger interesses individuais, ou de um determinado grupo, mas sim uma preocupação com as presentes e futuras gerações. Sua origem é a terceira revolução industrial, marcada pela revolução dos meios de comunicação, bem como de transportes.

São exemplos de direitos de terceira dimensão: o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento/progresso, direito de comunicação, à paz, são direitos

transindividuais, alguns são coletivos e outros difusos, pois não são destinados para proteger o homem na sua individualidade, mas sim da coletividade, dos grupos.

Em se tratando de direitos de terceira geração, diz Ingo Sarlet (2007, p. 58):

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Os direitos de primeira, segunda e terceira geração correspondem ao lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Que pode ser assim sintetizados: O primeiro, viver sem pressões descabidas, embora seja preciso respeitar leis e normas; O segundo, viver sem grandes diferenças e o último, é a forma de se viver respeitando os limites de cada um harmoniosamente.

Existem ainda aqueles doutrinadores que acreditam existir uma quarta e até mesmo uma quinta geração.

De acordo com Marcelo Alexandrino (2008, p. 229):

Tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Há uma diferença entre os direitos fundamentais e as garantias, conforme Pedro Lenza (2009, p. 671):

Os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.

Isto é, o Direito possui conteúdo declaratório, declaram uma vantagem ou a existência de um interesse, como o direito à vida, por exemplo. Já a garantia, possui caráter assecuratório, irá assegurar o direito declarado, a exemplo do Habeas Corpus, que serve pra tutelar o direito de liberdade.

As características dos direitos fundamentais são as seguintes: Historicidade (estes possuem natureza histórica, advém do Cristianismo); Inexauribilidade (não

podem ser expandidos, são inesgotáveis); Universalidade (atingem todos os seres humanos de forma geral); Imprescritibilidade (não se extinguem com o passar do tempo); Essencialidade (são inerentes à todos os seres humanos, sua base são os valores supremos do homem e sua dignidade); Inalienabilidade (esses direitos não podem ser transferidos); Inviolabilidade (não uma lei infraconstitucional violá-lo, nem mesmo atos administrativos de agente do Poder Público); Irrenunciabilidade (ninguém pode abrir mão desses direitos); Efetividade (deve haver, por parte da Administração Pública, mecanismos aptos a efetivação desses direitos fundamentais); Complementariedade (devem ser observados em conjunto, e interagindo com as demais normas); Limitabilidade (não são absolutos, podendo sofrer restrições em momentos específicos como Estado de Crise); Vedação ao retrocesso (jamais podem ser reduzidos no seu aspecto de proteção) e Concorrência (podem ser exercidos cumulativamente, como por exemplo: liberdade de informação, comunicação e opinião).

O artigo 5º, parágrafo 1º da Carta Política diz, que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, mas há exceções à regra, como o artigo 5º, inciso XIII, que assim prevê: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece”. Trata-se de uma norma de eficácia contida, pois ter sua eficácia restringida por outra norma, constitucional ou infraconstitucional.

4.1 Choque entre os Direitos Constitucionais

Os conflitos que irão existir em relação aos direitos fundamentais, se mostrarão sob as variadas formas de concorrência de direitos fundamentais, haverá uma colisão tanto no sentido estrito como amplo.

A causa desse conflito advém da própria natureza dos direitos fundamentais, visto que não são absolutos, mas sim relativos e limitados. Estes direitos devem ser aplicados levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos existentes, e estes limites são feitos por outros direitos fundamentais.

Conforme Konrad Hesse (1998, p. 256):

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

Na mesma linha de pensamento vem se firmando entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (RMS 3.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20).

Também na esfera da proteção internacional, existe a confirmação desta característica dos direitos fundamentais, visto que a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas prever de forma expressa, no seu artigo 29 o aspecto relativo de tais direitos:

Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Sobre a relevância da matéria no que tange a sua visão legal quanto ao amparo jurídico, Nelson Nery Júnior (1997, p. 148), destaca que:

[...] na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.

Na hipótese de haver colisão entre os direitos fundamentais, o que deve existir é uma “ponderação de interesses”, pois esta tem como objetivo solucionar as divergências existentes entre os princípios se operacionaliza conforme a teoria da proporcionalidade.

Em relação ao tema, destaca Marmelstein (2008, p. 386):

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.

Compartilhando do mesmo pensamento, Anota Morais (2003, p. 61):

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Mas, existem casos onde não há como realizar essa harmonização, como ensina Marmelstein (2008, p. 394):

É nessas situações em que a harmonização se mostra inviável que o sopesamento/ ponderação é, portanto, uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deve prevalecer e qual deve ceder. E talvez seja justamente aí que reside o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem fatalmente o juiz decidirá qual a que “vale menos” para ser sacrificada naquele caso concreto.

Assim, antes mesmo de haver a ponderação, colocando um princípio em detrimento do outro, deverá buscar uma solução através da harmonização entre os princípios envolvidos. Deve-se identificar os “limites imanentes” de cada direito, para

Sarmiento (2002, p. 100): “Limites imanentes representam a fronteira externa dos direitos fundamentais”. Esses limites imanentes serão feitos antes mesmo da resolução do conflito.

Concluindo, para Silva (2009, p. 81): “Haverá colisão de direitos fundamentais sempre que para o exercício de um direito assegurado constitucionalmente, seja necessário a ofensa a outro direito também constitucionalmente assegurado.”

4.2 Direito Coletivo x Direito Individual

Não existe mais uma discussão a respeito da mudança da regra na ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, alterando de ação penal pública condicionada para ação penal pública incondicionada.

A maior parte da doutrina ainda reforça a tese que, nos crimes contra a liberdade sexual, a vítima destes ilícitos, iria sofrer mais com a propositura da ação. Só que não leva em conta o fato de que, com a não propositura da devida ação, a sociedade sofre as consequências, pois não haverá portanto, a punição do infrator.

Desejando sanar o problema existente em relação ao constrangimento da vítima, o legislador assim dispôs no artigo 234- B do Código Penal: “Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”.

Aumenta-se a cada dia os casos de abusos sexuais, e de acordo com pesquisas recentes, as vítimas não propõe a ação penal por medo, opressão ou qualquer outro meio.

Dessa forma, é importante que haja uma ponderação dos direitos e interesses que estão sendo tratados, pois nesse caso, o legislador colocou em risco a segurança, um direito coletivo, em detrimento a um direito individual, qual seja, a intimidade. O princípio da proporcionalidade surge diante desses casos, visto que há uma colisão de interesses.

Conforme Luis Francisco Torquato Avólio (1999, p. 60):

A transposição do princípio da proporcionalidade para o plano constitucional deve-se, em boa parte, ao papel do Tribunal Constitucional Alemão. Através de sucessivos pronunciamentos, expressões claramente associadas ao

pensamento da proporcionalidade, foram se tornando recorrentes, até se estabelecer de forma incisiva [...]

De acordo com o Tribunal Constitucional Alemão, a proporcionalidade está fundamentada no próprio Estado de Direito, visto que neste existe a própria ideia de justiça e a proporcionalidade é um meio para que essa justiça seja feita, já nos Estados autoritários a proporcionalidade não impera. Assim sendo, o Brasil deve adotar essa forma, pois sua consequência contribui e muito para o crescimento jurisdicional.

Por este princípio, a relação entre o fim que se almeja e o meio que é utilizado deve ser proporcional, com a devida adequação entre estes, ou seja, uma proporção, equilíbrio.

Com relação a “Relatividade Estrutural dos Direitos Fundamentais e a Proporcionalidade”, Martha de Toledo Machado (2010, p. 44), informa que:

É certo que o constitucionalismo contemporâneo representa um grande salto de qualidade na construção de solução democrática. Para a questão relativa à coerência axiológica do ordenamento jurídico. Mas não afasta completamente o antagonismo anteriormente referido, a contraposição de valores entre o primado de legalidade (como esteio da democracia moderna, pelo seu potencial de contenção de poderes do Estado e pelo seu potencial de legitimidade advinda do voto popular) e o imperativo prático de discricionariedade judicial (como necessidade de operabilidade do sistema que, materialmente, nunca alcança a completude da solução de cada caso concreta pela via legislativa).

Ou seja, não deve ser aceita a ideia de que o agente que comete um delito contra a dignidade sexual permaneça impune, pelo grau de complexidade, pois assim é um estímulo para que volte a cometer novos delitos.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 117), ensina:

Não se pode pretender justificar a existência da ação privada ou o afastamento do Ministério Público da titularidade da ação penal, com base em uma suposta exclusividade do interesse individual atingido por ocasião das infrações penais a ela submetidas.

Conforme o princípio da proporcionalidade que procura equilibrar as relações jurídicas, deve prevalecer o direito de segurança da sociedade, em desfavor do direito de intimidade da vítima.

4.3 Aspectos positivos e negativos da Lei 12.015/2009

A Lei 12.015/2009 modificou diversos artigos do Título VI da parte especial do Código Penal, como também alterou pontualmente a lei dos crimes hediondos, o Estatuto da Criança e do Adolescente e ainda revogou a Lei 2.252/54, buscando normatizar de forma mais sistemática e prudente quanto a aplicabilidade da norma incriminadora, de modo a preservar direitos e garantias, tanto na esfera penal como, e principalmente, constitucional.

4.3.1 Aspectos positivos

A Lei nº 12.015/2009 alterou o Título VI do CP, antes intitulado dos crimes contra os costumes para dos crimes contra a dignidade sexual. Diante do contexto social em que nos encontramos, posteriormente a todas as lutas e conquistas sociais, culturais, sexuais e raciais, pela busca da equidade entre homens e mulheres, não há mais o que se falar em benefícios para uns, e prejuízos para outros, pois a Constituição veio para garantir essa igualdade.

No seu artigo 5º, caput, inciso I, a Constituição preconiza:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Assim está claro que não existe mais o crime próprio de estupro, que antes só poderia ser praticado por homens, e hoje, pode ser praticado tanto por homens quanto por mulheres, pois o elemento força não é advém apenas do sexo masculino. Com a entrada em vigor da lei acima descrita o marido da vítima pode ser agente ativo do crime de estupro.

A Lei 12.015/2009 unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único dispositivo, a redação atual do crime de estupro, excluiu qualquer referência a honestidade ou recato sexual da vítima, agora, o que importa é

a proteção da liberdade sexual dos indivíduos e não mais como eles se comportam perante a sociedade.

Houve uma alteração no artigo 1º, V, da Lei 8.072/1990, em que o crime de estupro, em todas as suas modalidades, passou a ser considerado um crime hediondo.

O artigo 223 do Código Penal foi revogado, pois sua redação trazia algumas dúvidas, o caput do artigo supra, falava de uma diferença no resultado qualificador advindo de lesões corporais: “se da violência resulta...”, e no seu parágrafo único, que falava do resultado qualificador caso ocorresse a morte da vítima, era assim redigido: “se do fato resultar...”.

Para qualificar o resultado criminoso do ato, basta a prática da conduta, qual seja, constranger mediante violência ou grave ameaça, e resultar em lesão corporal grave ou morte.

A Lei 12.015/2009 também revogou o artigo que tratava da presunção de violência, o artigo 224 do CP, inseriu um artigo visando uma proteção ao vulnerável, o artigo 217-A, isso mostra que o legislador se preocupou especialmente com aquelas condutas praticadas contra a criança ou adolescentes e também as pessoas com deficiência. Não há mais aquela discussão a respeito da presunção de violência, caso a vítima fosse menor de 14 anos.

Está abrangida, no artigo anteriormente descrito, tanto a conjunção carnal quanto o ato libidinoso, da mesma forma do crime de estupro, com pena autônoma e superior a este. Não há mais dúvida acerca do aumento de pena previsto no artigo 9 da lei dos crimes hediondos, pois antes era aplicado o artigo 224 do CP, e havia discussões sobre a existência ou não do bis in idem.

Atualmente, com a entrada da Lei 12.015/2009 que trouxe nova definição ao crime de estupro, se resultar gravidez em razão de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, não há que se falar em ilicitude do crime do aborto, e antes da referida lei isso não era possível. É o aborto legal, apenas diz respeito àquela gestante vítima de estupro, não entra aqui aquela que obteve com seu consentimento, ou seja, por vontade própria.

No chamado “aborto necessário ou terapêutico”, descrito no artigo 128, I, do CP, onde é permitido para salvar a vida da gestante, não importa a origem da gravidez.

4.3.2 Aspectos negativos

Um dos principais aspectos negativos advindos com a entrada em vigor da Lei 12.015/2009 é o caso daqueles que cometeram crimes penais mais graves, pois estes podem ter sua pena reduzida, já aqueles que cometeram crimes de menor potencial ofensivo tem uma punição mais rígida, nota-se, portanto, que existe um desequilíbrio entre o crime praticado e sua punição, aqui não há a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A referida Lei também revogou o crime de atentado violento ao pudor, aumentou a redação do crime de estupro, fundindo estas em um único dispositivo. Assim, antes os crimes de atentado violento ao pudor e estupro eram crimes independentes, e suas penas, somadas; agora, o que há é a aplicação de uma única pena, excluindo a incidência do concurso material.

Conforme Nucci (2009, p.18):

O concurso de crimes altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima [...].

Com a unificação dos delitos em um único dispositivo persiste o problema de apuração e punição do crime que é a questão da formação de provas para formar o convencimento do juiz, pois, na grande maioria dos casos, não há testemunhas para relatar o fato ocorrido.

Como antes os dois crimes eram autônomos, estupro e atentado violento ao pudor, e posteriormente houve a unificação, vários agentes tiveram direito à revisão criminal e suas punições diminuídas, pois, tinham suas penas aumentadas quando praticavam o crime de estupro em concurso ou em continuidade delitiva com o atentado violento ao pudor.

A nova Lei também trouxe outra falha, não sanou o erro existente na amplitude do atentado violento ao pudor, que pode ser qualquer ato relacionado à libido, com a mesma pena para ambos, o que gera uma desconformidade entre o

ato praticado pelo agente e a pena imposta, pois o agente que praticou um ato libidinoso não deveria receber a mesma sanção daquele que praticou uma conjunção carnal, haja vista a maior gravidade do último.

A Lei não especificou quais são esses atos libidinosos, podendo ser qualquer ato. Dessa forma, qualquer ato cometido com violência ou grave ameaça, com relação aos crimes que protegem a dignidade sexual do indivíduo, serão considerados atos libidinosos.

Foi revogado o artigo 224 do CP, o qual falava da presunção de violência, e, no artigo 217- A, trouxe o estupro de vulnerável, que prevê como conduta típica ter conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, e também contra aquelas pessoas que por enfermidade ou doença mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Com esse novo crime, a presunção de violência não é mais relativa, e sim, absoluta.

Há Jurisprudência do STJ nesse sentido:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. **PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA**. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A **presunção de violência** prevista no art. 224, a, do Código Penal, tem natureza **absoluta**, entendendo-se, por conseguinte, que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos de consentir na prática do ato sexual. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo regimental improvido. (STJ – Agravo Regimental no Recurso especial. AgRg no REsp 857550 RS 2006/0133178-0 – Data de publicação: 24/09/2007).

Em relação a proteção dada ao menor de 14 anos há uma questão curiosa, pois grande número de meninas com 13 anos de idade, praticam relações sexuais consentidas e regulares, demonstrando discernimento para a prática do ato, o magistrado, por sua vez, fica vinculado a idade de 14 anos para aplicar a pena do estupro de vulnerável, entende-se, destarte, que seria mais viável diminuir essa idade para 12 anos, pois, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, é o período, onde se define a infância. Porém, a matéria não se esgota nesse momento, e certamente, ainda terá inúmeras discussões a respeito, possivelmente, com outras inovações legislativas e jurisprudenciais.

5 CONCLUSÃO

Com o advento da Lei 12.015/2009, inovações foram feitas no Código Penal Brasileiro, especialmente no capítulo referente aos crimes contra os costumes, como maior exemplo foi o crime de estupro que teve uma inovação em seu dispositivo, visando um caráter mais severo nas sanções, isso prova que o legislador quis proteger ainda mais aquelas condutas voltadas contra a dignidade sexual do indivíduo.

A Lei modificou a nomenclatura do Título VI do Código Penal, passando a ser denominado dos crimes contra a dignidade sexual, pois a antiga denominação, dos crimes contra os costumes, estava ultrapassada. Não era mais a moral sexual o foco de proteção jurídica.

O legislador buscou eliminar do ordenamento jurídico as falhas que existia na legislação antiga, visando adequar o Direito Penal à sociedade. Ao criar a referida Lei, o legislador desejou ampliar ainda mais os direitos e garantias fundamentais, para trazer maior segurança aos cidadãos.

Mas, observa-se que as inovações não foram feitas apenas com o advento da Lei 12.015/2009, mas muito antes, primeiramente em 2002, com a introdução do artigo 216-A, referente a conduta do assédio sexual; Posteriormente, com a Lei 11.106/2005, que revogou o crime de sedução.

Contudo, as principais mudanças foram feitas com a entrada em vigor da Lei 12.015/2009. Sob novo enfoque jurídico, o legislador, deu maior ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção integral da criança e do adolescente e a liberdade, tudo isso graças a Constituição Federal.

A atualização feita na legislação penal está em conformidade com as transformações ocorridas na sociedade, pois é sabido que os indivíduos estão iniciando a vida sexual cada vez mais cedo, especialmente no período da adolescência.

Com a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único dispositivo, qualquer referência ao recato social bem como à honestidade da vítima não existe mais, pois que, o que se leva em conta, atualmente, é unicamente a proteção da liberdade sexual daquele que foi ofendido, e não mais como este se

comporta perante a sociedade, já que houve a derrubada de antigas barreiras do preconceito advindas de uma sociedade patriarcal e machista.

Restou demonstrado, com a evolução histórica desses crimes sexuais, que o tema é de suma importância, estudos feitos com base no direito comparado mostra que deve haver uma participação do Estado com o objetivo de punir esses delitos.

Com relação à ação penal nestes crimes, será pública condicionada à representação, e isso quer dizer que a vítima quem vai se manifestar quanto a necessidade de promover ou não a ação penal, o Ministério Público não tem legitimidade para agir de ofício, mesmo com a renúncia da vítima, com isso a sociedade em geral sofre com a liberdade do infrator.

O princípio da proporcionalidade que é uma garantia constitucional deve ser respeitado, pois tem o objetivo de proteger o direito mais importante na lide. Nos crimes contra a dignidade sexual, o direito da segurança social é superior ao direito individual de intimidade da vítima.

Com uma análise sob o enfoque Constitucional, é perfeitamente possível a relativização de um direito em detrimento de outro, pois deve ser dada uma importância maior a toda coletividade.

O interesse público está ligado tanto à adequação quanto à necessidade, a proporcionalidade visa agir conforme a atingir o fim da norma, deseja, portanto, equilibrar o ordenamento jurídico.

Mesmo com todos os esforços para disciplinar os crimes sexuais, a Lei 12.015/2009 deixou a desejar. A exemplo daquele que falece e não possui representantes para propor a ação em seu nome. No momento em que o Estado deixa para a vítima a responsabilidade em promover ou não a ação penal, isso gera desconforto na sociedade, pois o indivíduo provavelmente cometerá outros crimes.

Houve vários debates e críticas à referida Lei, para os doutrinadores de medicina legal, exemplo de Hélio Gomes, deve haver um maior cuidado em relação aos delinquentes que cometem esse delito, pois o índice de reincidência é muito grande, gerando assim preocupação e insegurança jurídica.

Permanecer com a ação penal pública condicionada nos crimes contra a dignidade sexual do indivíduo é o mesmo que desprezar os estudos e objetivos dos princípios constitucionais.

A doutrina majoritária advoga a tese de que a vítima sofrerá muito mais com a propositura da ação, mas não lembra que é a coletividade quem sofre com a não

punição do agente, aumentando cada vez mais o número de casos de violência sexual. Proposição esta que também nos acostamos. O Estado se mostra assim, insuficiente, pois o que há, na maioria dos casos, é a impunidade. Ele tem poder para decidir sobre a propositura ou não da ação penal em se tratando de crimes contra a dignidade e liberdade sexual, pois a sociedade não pode correr riscos devido à falta de punição para quem atente contra suas normas.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Monteiro de. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. Araçatuba: MB, 2010.

BARROS, Francisco Dirceu. **Crimes contra a dignidade sexual para concursos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

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

_____. Código (1940). **Código Penal**. Brasília: Decreto-Lei, 1940.

CAMPOS, Pedro Franco de; ESTEFAM, André. **Direito Penal III**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

GRECCO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Dantas. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 3. 7ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2010

_____. **Crimes contra a dignidade sexual.** Disponível em: <<http://eduardo-viana.com/?p=662>>. Acesso em 10 dez. 2014.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral.** Vol. 1. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988.** In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais.* 3ª ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Comentários ao Código Penal: Doutrina, Casuística, Conexões lógicas com vários ramos do direito.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REGHELIN, Elisângela Melo. **Crimes Sexuais Violentos: tendências punitivas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.