

LUCAS ANDREUCCI DA VEIGA

**Proporcionalidade da pena no crime de estupro à luz do ordenamento
jurídico brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

LUCAS ANDREUCCI DA VEIGA

**Proporcionalidade da pena no crime de estupro à luz do ordenamento
jurídico brasileiro**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

Veiga, Lucas Andreucci da

Proporcionalidade da pena no crime de estupro à luz do ordenamento jurídico brasileiro / Lucas Andreucci da Veiga: orientador Renato de Mello Jorge Silveira -- São Paulo, 2017.

210 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Estupro. 2. Princípio da proporcionalidade. 3. Pena. 4. Atos libidinosos. 5. Lei 12.015/2009. 6. Bem jurídico. 7. Liberdade de autodeterminação sexual. I. de Mello Jorge Silveira, Renato, orientador. II. Título.

Nome: VEIGA, Lucas Andreucci da

Título: Proporcionalidade da pena no crime de estupro à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Renato de Mello Jorge Silveira (Orientador)

Instituição: FDUSP

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Ao meu avô Ricardo Antunes Andreucci, pelas
histórias partilhadas e pela inspiração.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Renato de Mello Jorge Silveira, por me ensinar os caminhos e pela oportunidade de aprender ainda mais.

À Natasha, por sempre acreditar e mostrar que o impossível é somente algo ainda não conquistado.

À minha família, especialmente meus pais Marta e Roberto e minha irmã Ana Lúcia, por estarem ao meu lado ontem, hoje e amanhã.

Aos meus companheiros na advocacia criminal, Maurício e Rogério, amigos que a profissão me apresentou.

“Nas hipóteses em que a proteção de um mesmo bem jurídico constitucional se dá pela incriminação de condutas bastante diferenciadas, resta natural, também, a diferenciação no tocante às penas respectivamente cominadas”.

(Mariângela Gama de Magalhães Gomes)

RESUMO

VEIGA, Lucas Andreucci da. *Proporcionalidade da pena no crime de estupro à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. 2017. 210 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

A presente dissertação tem como escopo verificar e dimensionar as consequências da reforma promovida pela lei 12.015/2009, especificamente quanto ao crime de estupro. Faz-se uma investigação sobre diversos temas a permearem a atual previsão do artigo 213 do Código Penal. Discorre-se a título introdutório sobre as espécies normativas, com destaque ao princípio da proporcionalidade. Avança-se à moral e sua inter-relação com o Direito, às influências daquela no tratamento penal das ofensas sexuais e estabelecendo-se que só poderá, na esfera punitiva, ser invocada como limite à criminalização de condutas. Há, aqui, uma perspectiva histórica, que se verificará também na análise da legislação estrangeira) e na própria apreciação dos antecedentes normativos pátrios, constatando-se que o Direito Penal brasileiro, nessa seara, é tardiamente reativo (e tímido) aos influxos externos. Perfazem a abordagem algumas considerações sobre o estupro quando praticado contra menores. Estabelecido o panorama, verifica-se que o bem jurídico tutelado na incriminação do estupro deveria ser a “liberdade de autodeterminação sexual”, embora o legislador tenha optado por “dignidade sexual”. Aquele seria mais adequado à moderna concepção de sexualidade e mesmo de liberdade. Adiante, mediante análise da incriminação do estupro, verifica-se a subsistência de controvérsias históricas, como a manutenção de conceitos vagos como “atos libidinosos”, herdado do revogado delito de atentado violento ao pudor. Propõe-se solução interpretativa mediante diferenciação de conduta, ação e ato, fazendo-se-o também sob o aspecto da natureza do delito: se representando um tipo misto cumulativo ou alternativo, aderindo-se à segunda hipótese. Encaminhando-se à parte final do estudo, atualiza-se levantamento jurisprudencial sobre o estupro quando perpetrado mais de um ato ofensivo em um mesmo contexto fático. Como consequência direta, retomando-se o capítulo inaugural, verifica-se que a lei 12.015/2009 acentuou a desproporcionalidade da pena. Condutas mais e menos graves são punidas similarmente pela inexistência de gradação, indicando a necessidade de se criar uma figura intermediária. Por fim, constata-se que os projetos de lei em tramitação não enfrentam o problema, pelo contrário: podem acentuá-lo.

Palavras-Chave: Estupro. Princípio da proporcionalidade. Pena. Atos libidinosos. Lei 12.015/2009. Bem jurídico. Liberdade de autodeterminação sexual.

ABSTRACT

VEIGA, Lucas Andreucci da. *Proportionality of the sanction in the crime of rape under the brazilian legal system*. 2017. 210 f. Master Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The purpose of this paper is to verify and dimension the consequences of the changes brought by the Law 12.015/2009, specifically about the crime of rape. It is made an investigation about several topics involving the current prevision of the article 213 of the Brazilian Criminal Code. It is discussed in an introductory text the normative species, with a focus on the principle of proportionality. It advances to morality and its interrelationship with the law, to the influences of that one in the penal treatment, invoked as a limit to the criminalization of conducts. Here there is an historical perspective, which will also be verified in the analysis of foreign legislation and in the appreciation of the normative antecedents of the country, and it is evident that brazilian criminal law in this area is delayed reactive (and timid) to external inflows. In the discussion there is also some considerations on rape when practiced against minors. Once the situation has been established, it should be noticed that the legal asset protected by the incrimination of rape should be "freedom of sexual self-determination", although the legislator opted for "sexual dignity". That would be more appropriate to the modern conception of sexuality and even of freedom. Later, through the analysis of the incrimination of rape itself, it is possible to notice the subsistence of historical controversies such as the maintance of vague concepts as "libidinous acts", inherited from the revoked crime of sexual activity without rape. The paper proposes an interpretive solution through differentiation of conduct, action and act, making it also under the aspect of the nature of the crime: if it represents a mixed or a cumulative mixed type, adhering to the second hypothesis. In the final part of the study there is the update of the jurisprudential understanding about the crime of rape when practiced more than one offensive act in the same factual context. As a direct consequence, resuming the inaugural chapter, it is verified that the Law 12.015/2009 accentuated the disproportionality of the sanction. More and less severe conducts are punished similarly by the lack of gradation, indicating the need of creation of an intermediate figure. Lastly, it's verified that the laws in process do not face the problem, on the contrary: they can accentuated it.

Keywords: Rape. Principle of proportionality. Sanction. Libidinous acts. Law 12.015/2009. Legal asset. Freedom of sexual self-determination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: A PREOCUPAÇÃO QUANTO À PROPORCIONALIDADE	15
---	-----------

1.1 Interpretação	16
1.2 Apontamentos quanto à evolução do estudo das espécies de normas jurídicas.....	20
1.3 Princípios	25
1.4 Princípio da proporcionalidade	28

CAPÍTULO 2 – BREVE RETROSPECTO DA MORAL E SUA INFLUÊNCIA NA CONSTRUÇÃO TEMÁTICA DOS CRIMES SEXUAIS: ESTUPRO	33
--	-----------

2.1 Apontamentos históricos sobre o tratamento penal das ofensas sexuais	47
2.2 Legislação estrangeira.....	53
2.2.1 Portugal.....	54
2.2.2 Alemanha.....	60
2.2.3 Itália	65
2.2.4 Espanha.....	71

CAPÍTULO 3 – HISTÓRICO DA TUTELA DOS CRIMES SEXUAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	76
---	-----------

3.1 Ordenações Filipinas.....	76
3.2 Código Criminal do Império (1830)	80

3.3 Código Penal de 1890	81
3.4 Consolidação das leis penais.....	83
3.5 Código Penal de 1940	84
3.5.1 Estupro	86
3.5.2 Atentado violento ao pudor.....	88
3.5.3 Crimes sexuais contra menores.....	89
3.6 Código Penal de 1969	90
3.7 Lei 8.069/1990 (Estatuto da criança e do adolescente).....	91
3.8 Lei 8.072/1990 (Lei dos crimes hediondos)	91
3.9 Lei 11.106/2005	92
3.10 Lei 12.015/2009	94

CAPÍTULO 4 – BEM JURÍDICO TUTELADO 100

4.1 Evolução do conceito de bem jurídico.....	102
4.2 Teorias constitucionais do Bem Jurídico-Penal.....	110
4.3 Ilegitimidade da tutela penal exclusiva da moral.....	112
4.4 Bem jurídico-penal dignidade sexual	114
4.5 Bem jurídico-penal liberdade de autodeterminação sexual	118
4.6 Bem jurídico-penal dos menores – livre desenvolvimento da personalidade do menor	120

CAPÍTULO 5 – AS VARIAÇÕES DAS CONDUTAS RELATIVAS AO TIPO DO ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL..... 122

5.1 Conceitos de ato e conduta	122
5.2 Atos libidinosos	124

5.2.1 Contravenções penais	127
5.3 Crime complexo.....	130
5.4 Análise do tipo misto: cumulativo ou alternativo	131
5.4.1 Concurso material	134
5.4.2 Continuidade delitiva.....	136
5.5 Tratamento jurisprudencial	138
5.5.1 Levantamento de agosto de 2008 a agosto de 2010.....	139
5.5.2 Atualização estatística – dados de 7 de agosto de 2015 a 6 de agosto de 2016.....	141
5.5.3 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	142
5.5.4 Superior Tribunal de Justiça	144
5.5.5 Supremo Tribunal Federal	147
5.5.6 Explicações, análise e conclusões parciais	148

CAPÍTULO 6 - PENA 152

6.1. Fundamentos e critério trifásico.....	153
6.2 O problema da fixação da pena no crime de estupro e a proporcionalidade	155

CAPÍTULO 7 – PROJETOS DE LEI PRETENDENDO MUDAR O TIPO DO ESTUPRO 159

7.1 Senado Federal.....	160
7.1.1 PLS 253/2004	160
7.1.2 PLS 656/2011	161
7.1.3 PLS 236/2012	162
7.1.4 PLS 740/2015	165
7.2 Câmara Federal	167

7.2.1 PL 177/2009.....	167
7.2.2 PL 6831/2010.....	167
7.2.3 PL 7688/2010.....	168
7.2.4 PL 4347/2012.....	168
7.2.5 PL 6735/2013.....	169
7.2.6 PL 7372/2014.....	170
7.2.7 PL 7596/2014.....	171
7.2.8 PL 7640/2014.....	172
7.2.9 PL 1842/2015.....	172
7.2.10 PL 2265/2015.....	173
7.2.11 PL 2385/2015.....	174
7.2.12 PL 5435/2016.....	174
7.2.13 PL 5476/2016.....	174
7.2.14 PL 5649/2016.....	175
7.2.15 PL 5796/2016.....	176
7.2.16 PL 6082/2016.....	176

CONCLUSÕES GERAIS..... 178

REFERÊNCIAS 183

APÊNDICE 1 - Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a natureza do crime de estupro quando há violações plúrimas no período de 07 de agosto de 2015 a 06 de agosto de 2016..... 191

INTRODUÇÃO

A lei 12.015/2009 provocou significativas mudanças no que tange aos crimes sexuais, com realce para a mudança de concepção do delito de estupro. Este recebeu, pela junção com o revogado atentado violento ao pudor, nova aceção, seja quanto aos sujeitos ativo e passivo do delito, quanto ao bem jurídico tutelado e mesmo quanto à forma de concurso. No entanto, alguns problemas remanesceram ou mesmo foram acentuados, com destaque para o excessivo alcance do conceito de atos libidinosos, o que pode provocar desproporcionalidade na fixação da pena, punindo-se ora em excesso, ora de forma deficiente determinadas condutas cujo grau de ofensividade seja intermediário.

É a análise das mudanças e o vislumbrar de algumas orientações interpretativas, justamente, o objetivo da presente dissertação, o que impõe a necessidade de se enveredar por longo e tortuoso caminho, abordando diversos temas que, *a priori*, poderiam se afigurar desconexos.

Inauguralmente, superadas questões preliminares concernentes à interpretação das normas, cuida-se dos princípios, com realce à proporcionalidade. Na sequência, discorre-se sobre a inter-relação da moral com o direito e, mais especificamente, com o direito penal para, na sequência, pontuar como esta se relaciona historicamente com os delitos sexuais, principalmente o estupro. Sucede-se então a análise da legislação estrangeira, notadamente de Portugal, Alemanha, Itália e Espanha e, logo depois, a brasileira, tradicionalmente reativa aos influxos modernizadores advindos da Europa continental. Chega-se então à questão do bem jurídico, pontuando sua evolução de forma a permitir sua conceituação e, nesse diapasão, verificar qual seria o bem jurídico-penal tutelado nos crimes sexuais, verificando-se se a moral possui alguma influência em tal opção e tecendo ponderações quanto à pertinência da opção legislativa pela “dignidade sexual”.

Tecem-se considerações sobre o tipo do crime de estupro, analisando-se sistematicamente o artigo 213 do Código Penal com a feição que lhe emprestou a lei 12.015/2009. Realça-se, assim, uma das mais polêmicas questões: se o dispositivo sempre resultará em crime único (tipo misto alternativo) ou se permissivo do concurso na modalidade material ou em continuidade delitiva (tipo misto cumulativo). Pela jurisprudência colhida do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, observa-se a forma como as hipóteses de pluralidade

de ofensas em um mesmo contexto vêm sendo julgadas, bem como o quanto de pena se tem atribuído em tais situações.

Chega-se, então, ao objetivo proposto: pela análise da pena e frente aos temas antes estudados, constata-se se a mudança promovida pelo legislador em 2009 foi adequada ou se provocou situações em que se verifica a desproporcionalidade legislativa e/ou no caso concreto. A título de fecho, esmiúçam-se os projetos de lei mais recentes, verificando se as constatações auferidas na dissertação neles encontram resposta, concluindo-se então com breve síntese dos pontos mais relevantes do estudo.

CAPÍTULO 1 – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: A PREOCUPAÇÃO QUANTO À PROPORCIONALIDADE

Para a exata compreensão da proposta do trabalho vertente – e conseqüente crítica –, ou seja, da desproporcionalidade havida em decorrência da existência de conceito pouco determinado do qual se podem extrair como típicas condutas de variados graus de ofensividade, faz-se necessária a aposição de um capítulo à guisa de introdução do fundamento teórico, cujas considerações serão ao final retomadas. Permitir-se-á, assim, delimitar quais ações seriam alcançadas pelo delito de estupro inscrito no artigo 213 do Código Penal, verificação se a pena prevista é proporcional à ofensa ao bem jurídico, bem como aferição do imperativo de se criar um novo tipo penal incriminador.

Ao lado, tanto o estudo quanto ao bem jurídico penal – cuja proteção é legítima na espécie e anotações – quanto aos fundamentos da pena, a proporcionalidade (espécie normativa) contribuem sobremaneira à estrutura teórica da dissertação ¹.

Assim, apreciar-se-á preliminarmente a proporcionalidade, conceituando-a, dimensionando-lhe o alcance e atribuindo-lhe categoria normativa permissiva a, ao depois, fundamentar a conclusão de que o legislador pátrio provocou (ou acentuou) profunda incongruência no ordenamento jurídico-penal brasileiro com a inovação verificada no artigo 213 da lei 12.015/2009 (unificação de dois tipos penais). Para tanto, se faz essencial breve incursão histórica, observando-se a particularidade sob um prisma retrospectivo, bem como traçando caminhos interpretativos.

Por muitos séculos permaneceu entre os estudiosos do Direito a acepção de que o vocábulo *regras* era mero sinônimo de *normas*. Evoluindo-se o pensamento no decurso do tempo, os *princípios*, cujo estudo até então não assumia relevância maior (notadamente no auge do racionalismo extremo propalado pelo positivismo jurídico), passaram a ser compreendidos também, ao lado das regras, enquanto espécies normativas, cada qual com suas características. Assim, determinado dispositivo pertencia a uma ou outra categoria, possuindo qualificações e finalidades próprias. De início, a distinção era tênue, cenário que só se modificou significativamente com as formulações de Robert ALEXY e Ronald DWORKIN

¹ Franz von LISZT já dizia que “o bem jurídico e a norma são, pois, as duas ideias fundamentais do direito”. (LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial - Superior Tribunal de Justiça, 2006. 1 v. p. 96. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496219>. Acesso em: 20/09/2016).

², citando-se na presente tese, na doutrina de língua lusitana, José Joaquim Gomes CANOTILHO e Mariângela Gama de Magalhães GOMES, entre outros, que discorreram sobre o tema.

Em complemento, aborda-se ainda a teoria de Humberto ÁVILA, da qual se emprestam várias considerações pertinentes e definições. Preceitua este a possibilidade de apreciação das normas sob uma visão tripartida (não mais dúplice), enquanto regras, princípios e/ou postulados. A divergência fica quanto à categoria normativa da proporcionalidade, aqui compreendida como princípio e não como postulado (divergindo, assim, daquela proposta pelo autor).

Em comum, afirmam todos que qualquer espécie normativa promana dos textos legais, extraíndo-se cada qual mediante interpretação, fenômeno pelo qual também será possível divisar a respectiva categoria.

1.1 Interpretação

Evitando longa digressão doutrinária a respeito, fundamental acentuar que os textos, uma vez promulgados e positivados no ordenamento jurídico, estão sujeitas à interpretação. É dos vocábulos, frases e orações, em compatibilização com o remanescente do ordenamento jurídico, que se extraem as normas, conforme já assentado por Humberto ÁVILA ³. Em outras palavras, depende a visualização da norma de um processo interpretativo, pelo qual se as visualize no entremeio do texto, conforme reforça Eros Roberto GRAU ao discorrer sobre o tema em clássico opúsculo. Pontua este: “o que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo” ⁴.

Convém lembrar que a interpretação é fenômeno que precede a aplicação da lei e, no Direito Penal, por consectário lógico, antecede também a imposição de sanção. Esta depende

² Humberto ÁVILA esclarece que, inobstante tenha precedido aos nominados teóricos de tradição anglo-saxônica, a distinção prevalente entre princípios e regras até então era mais de grau. Somente a partir de DWORKIN passou a ter a respectiva estrutura lógica como elemento diferenciador. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 57).

³ “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.” (Ibidem, p. 50).

⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23.

da existência de uma norma proibitiva, a qual, por sua vez, precisa ser divisada (extraída) no texto legal mediante um exercício hermenêutico voltado à interpretação. Isto porque o juiz de direito, para que possa atribuir pena a alguém, precisa realizar o processo interpretativo para verificar se o acusado, no caso concreto, violou o preceito proibitivo inscrito na norma. Mais ainda: precisará sopesar se subsistirá proporcionalidade entre o mal causado pelo agente e o mal que se lhe pretende impingir mediante imposição de reprimenda criminal. O processo de concreção, em certas situações, poderá levar à constatação da inaplicabilidade da norma, pois violando, no caso sob análise, princípios fundamentais.

Já dizia KELSEN que o processo interpretativo não conduz a resultados únicos ou uníssonos, mas a uma gama de possibilidades. No entanto, para serem válidas, estas têm que estar situadas dentro de uma moldura, que pode ser representada pelo texto legal na espécie e, expandindo-se o raciocínio, no imperativo de que deve se coadunar àquelas normas já isoladas anteriormente, de superior hierarquia ⁵.

Assim, qualquer entendimento que extrapole as bordas daquilo efetivamente descrito no artigo (e na própria lei e Constituição Federal), não pode subsistir, sob pena de insubsistente criação (inovação) originária promovida pelo julgador quando da aplicação da hipótese legal ao fato concreto. Conduzindo-se assim um magistrado, estaria realizando atividade excrescente de sua função precípua de intérprete enquanto aplicador da lei, passando a vestir a roupagem de legislador.

Dentro de tal premissa, acresça-se que a interpretação empreendida a um mesmo dispositivo pode resultar na descoberta (ou “reconstrução”) de mais de uma norma, inclusive de espécies diferentes, conforme esclarece Humberto ÁVILA:

Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção das regras, princípios e postulados. Ao invés de *alternativas exclusivas* entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que albergue *alternativas inclusivas*, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica

⁵ Afirma o autor: “A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”. (KELSEN, Hans *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 364).

deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)⁶. (grifo do autor)

Note-se, no entanto, que há significativa diferenciação quanto à concreção das normas e a elaboração dos textos legais. Quanto à particularidade, Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO faz fundamental ressalva, separando ambos os processos. Alerta para o risco de, ao se os confundir, ficar prejudicada a dicção do Direito, seja no plano prático (aplicação), seja no plano teórico (criação legislativa):

Não se confunde, portanto, a interpretação com a aplicação do direito. A aplicação pressupõe sempre a interpretação. Mas a recíproca não é verdadeira, pois esta pode permanecer no puro plano da exegese, como obra de doutrina, antes a razão em que assentam os ensinamentos do intérprete sobre o sentido da lei, e a convicção com que os desenvolve, sem cogitação de qualquer caso concreto⁷.

Daí a exigência de que o trabalho de interpretação seja pautado por critérios científicos, não ficando ao arbítrio de quem o faça ⁸.

Verifica-se assim que o processo interpretativo propriamente dito é constituído por etapas. A primeira delas, como bem salienta RÁO, é o processo gramatical (ou folológico), pelo qual

procede-se [...] ao exame das palavras usadas pelas partes, a fim de se apurar o sentido da relação, segundo a linguagem comum; e assim, também, se deve proceder ao iniciar-se a interpretação das normas jurídicas, analisando-se, inicialmente, as palavras que manifestam o preceito normativo, para se lhes apurar o sentido, segundo a linguagem e os fins do direito⁹.

Em suma: não se deve tentar emprestar a determinada palavra ou expressão, analisada em conjunto e no contexto específico, interpretação evidentemente destoante ¹⁰. As normas jurídicas, sempre, visam em última análise reger relações humanas dentro de

⁶ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 92.

⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. 1 v. p. 387.

⁸ Afirma Vicente RÁO: “interpretação é a operação lógica que, obedecendo aos princípios e leis científicas ditadas pela Hermenêutica e visando integrar o conteúdo orgânico do direito, apura o sentido e os fins das normas jurídicas, ou apura novos preceitos normativos, para o efeito de sua aplicação às situações de fato incidentes na esfera do direito”. (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977. 1. v. p. 449).

⁹ Ibidem, p. 467.

¹⁰ Miguel REALE JÚNIOR denomina tal interpretação de “literal”, embora enfatizando que ela não acresce muito quanto ao escopo pretendido pela norma. (REALE JÚNIOR., Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 85).

determinado cenário. Não se conformando a norma ao fato, será a conduta posta sob apreciação da Jurisdição penal considerada atípica, salvo se puder ser extraída de outra norma.

A seguir, no processo evidenciado, analisa-se o dispositivo sob um prisma lógico, sistemático (pois o dispositivo não pode ser apreciado dissociado do restante do ordenamento jurídico) e teleológico (verificação do valor identificado com a norma) ¹¹.

Aliás, é por este último processo que uma situação tida como criminosa pode deixar de sê-la no caso concreto, a exemplo da não punição dos pais que furam a orelha da filha para orná-la com brincos. Tal ação, à análise despida de qualquer valoração, constituiria lesão corporal resultante em deformidade permanente. Da mesma forma será a interpretação quanto ao dissenso em hipóteses em que um dos intervenientes da relação sexual pede ou aceita do outro a prática de atos de sadismo ou pratica sadomasoquismo. Havendo consentimento, ainda que persista a violência, esta se colocará dentro da esfera de disponibilidade do indivíduo ¹².

Percebe-se que a interpretação, na especificidade do Direito Penal, não será uma atividade neutra, conforme expõe Eugenio Raul ZAFFARONI *et al.*, pois

o Direito Penal não interpreta com meros fins especulativos, mas para orientar as decisões dos operadores judiciais, e o sistema de compreensão que ele constrói não é neutro (como em um puro pensar sistemático que busque eternidade e perfeição), mas sim corresponde a um objetivo político, previamente estabelecido (valorativo), que é a *contenção do poder punitivo para fortalecer o estado de direito*¹³. (grifo do autor)

A tarefa interpretativa, na presente dissertação, se pautará nestas premissas: investigará de qual texto legal se pode extrair a proporcionalidade, bem como a categoria normativa à qual pertencerá. Adiante, processo assemelhado será empreendido concernente à descoberta do bem jurídico tutelado no artigo 213 do Código Penal. Em sequência, pautando-se no que dispõe o texto normativo do dispositivo legal epigrafado, atribuir-se-lhe-á alcance. Ao final, detectado o âmbito de proteção da lei criminal na espécie e invocando-se a proporcionalidade no caso concreto, concluir-se-á se o dispositivo incriminador atende à

¹¹ Ibidem, p. 84-90. Reflete uma vez mais Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO: “Antes, entretanto, de fazer essa aplicação, examina o significado do texto legal, quanto ao seu alcance, isto é, se agasalha a possibilidade de ordem de tal natureza. Interpreta, portanto, os textos, valendo-se dos processos técnicos apropriados para a descoberta de seu exato sentido”. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*, p. 387).

¹² Anota Renato de Mello Jorge SILVEIRA que “a violência lúdica, assentida por um dos sujeitos, deve, pois, ser entendida como causa de exclusão da tipicidade”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 232).

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1 v. p. 231.

proteção indicada pela Constituição ou se, ao pretender fazê-lo, ofende outras normas (inclusive princípios), bem como constatando-se como o fenômeno vem ocorrendo em alguns Tribunais brasileiros.

Ato contínuo, mister se faz observância quanto à evolução do conceito de regras e princípios, embora com o alerta de não se pretender fazê-lo de modo exauriente, pontuando algumas etapas do processo de amadurecimento do tema e destacando a proporcionalidade.

1.2 Apontamentos quanto à evolução do estudo das espécies de normas jurídicas

A partir do momento em que se verificou historicamente a existência de duas espécies de normas, quais sejam, regras e princípios, passou-se a diferenciá-las quantitativamente. Estes, carentes do caráter formal de proposição jurídica, “indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra”¹⁴.

Seria somente a partir de Ronald DWORKIN e Robert ALEXY que o tema seria melhor discutido e aprofundado. O primeiro entendia os princípios enquanto *standards*. Dentro de tal pressuposto, a obediência àqueles decorria de uma concepção ou de justiça, ou de equidade, ou de moralidade¹⁵.

De outra parte, embora tanto os princípios como as regras indicassem direções orientadoras à tomada de decisões, diferenciavam-se quanto à aplicação: regras obedeciam à lógica do “tudo ou nada” (“*all-or-nothing*”), ou seja, seriam ou não aplicáveis; os princípios¹⁶, enquanto não prescreveriam consequências¹⁷, possuiriam uma “dimensão de peso” (“*dimension of weight*”), prevalecendo no caso concreto aquele princípio que tivesse mais peso, embora não anulando o remanescente, o que não acontecia com a colidência de regras,

¹⁴ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 55-56.

¹⁵ “I call a principle a standard that is to be observed, not because it will advance an economical, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.” (DWORKIN, Roland. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 22).

¹⁶ Assenta o autor: “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”. ([DWORKIN, Roland. *The Model of Rules*. Chicago: *The University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, 1967. p. 25. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609>. Acesso em: 10/08/2016).

¹⁷ “But this is not the way the sample principles in the quotations operate. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met” (Ibidem, p. 25)

fenômeno no qual uma tornaria a remanescente inválida¹⁸. Infere-se, portanto, que a distinção formulada por DWORKIN decorre da estrutura lógica de uns e outros¹⁹.

Já ALEXY propõe diferenciação centrada no modo de aplicação e inter-relacionamento entre as normas entre si, inclusive nas diferentes espécies²⁰. Explicita:

Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como ‘mandamentos definitivos’. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas de realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios²¹.

Diferentemente de DWORKIN, que lecionava a prevalência de um princípio sobre o outro, ALEXY propunha solucionar o conflito mediante uma ponderação de peso, a saber qual princípio devesse ceder face a outro em um determinado caso, ou seja, realizando-se um juízo valorativo²². Ainda, contrariamente às regras, não determinariam os princípios diretamente as consequências normativas²³. Daí a dupla diferenciação entre ambos: quanto à colisão (*all-or-nothing* em relação àquelas e ponderação tocante a estes) e quanto à obrigação que instituem (caráter de obrigações absoluta daquelas e de obrigações *prima facie* destes, pois superáveis por outros princípios colidentes)²⁴.

¹⁸ “Principles have a dimension that rules do not—the dimension of weight or importance. When principles intersect (...), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is.” (Ibidem, p.27)

¹⁹ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 57.

²⁰ Idem.

²¹ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Org. Ernesto Gastón Valdés [et. al.]; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

²² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 14, 2005. p. 97.

²³ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 57.

²⁴ Idem, p. 58-59.

Acresce ALEXY, ainda, que “princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos”, no que difere de DWORKIN, para quem estes se limitam aos direitos individuais ²⁵.

Regras seriam normas cujo conteúdo prescreve uma hipótese de ser ou não ser. Dentro desse pressuposto, quando existir mais de uma regra aplicável a uma mesma situação fática, necessária será a eleição de uma única a subsistir, significando que, na particularidade, apenas esta será válida ²⁶. Ao desvendamento de qual seria ela não se utiliza o arbítrio, mas critérios formais de interpretação, a saber: cronológico, hierárquico e da especialidade ²⁷.

Atualmente, observando-se tendência pretérita, nota-se que a doutrina tradicionalmente não se debruça com maior vagar tocante às regras e seu conceito, deduzindo-se-os sob uma perspectiva residual a partir da definição de princípios. Isto significa que, caso determinado comando não se revista de carga valorativa digna a alçá-lo à condição de princípio, regra seria.

Assim, enumerando algumas características dos princípios hoje comumente aceitas, destaca-se a abstração. Ademais, possuem natureza finalística, objetivando atingir um estado de coisas, fazendo-se-o mediante a adoção da conduta necessária; as regras, de seu turno, têm como dever imediato a adoção da conduta descrita e, assim, guardar consonância com os princípios superiores. Define-os Humberto ÁVILA, em conceito adotado na presente dissertação:

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

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²⁸.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 114-116.

²⁶ DWORKIN, Roland. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 24. As regras remanescentes não seriam extirpadas do ordenamento jurídico, podendo inclusive prevalecer sobre aquela que as sobrepujou em eventual antinomia futura, em outro contexto, por certo.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32. Tais “regras de *solução de conflitos* [critérios] são invocadas pelos aplicadores do Direito menos para resolver do que para declarar inexistentes supostos defeitos lógicos nos ordenamentos em que operam”. (grifos dos autores)

²⁸ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 102.

Discorda-se da posição defendida por Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, os quais argumentam que “os princípios, não são – ou ainda não são – regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida ou pensamentos diretores, que sinalizam [...] para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá aplicá-la conforme as exigências do caso”²⁹. Contrariamente ao alegado, a questão não se resume a pertencerem uns a um estágio (evolutivo) anterior, mas sim às finalidades que cada qual cumpre na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico.

Mais feliz a conclusão subsequente dos autores, ao concluírem que em relação às regras se presta obediência – daí a necessidade de serem claras e conterem todos os preceitos à sua imposição –, enquanto aos princípios se presta adesão³⁰.

Guilherme de Souza NUCCI deduz certa hierarquia entre princípios e, mais ainda, destes sobre as regras:

Os princípios constitucionais explícitos merecem primazia sobre os princípios infraconstitucionais. Afinal, são os vetores do Estado Democrático de Direito. Os princípios constitucionais implícitos, igualmente, devem predominar sobre os infraconstitucionais.

Os princípios constitucionais explícitos precisam harmonizar-se com os implícitos, pois constituem a estrutura do mesmo Texto Fundamental. Os princípios infraconstitucionais devem prevalecer sobre normas específicas ou regras simples³¹.

Em verdade, não se cuida de hierarquia entre princípios e regras, mas sim de verificação de finalidades distintas, insista-se. No entanto, tal organograma serve, certamente, como um indicativo para a interpretação, conquanto não se o adote hermeticamente.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 34-35. Escrevem os juristas: “os princípios são as regras a longo prazo, porque embora pareçam preceder-las – como enganosamente sugere seu nome – em verdade é delas que eles vão sendo extraídos e generalizados, pelos juízes e tribunais, ao construírem as regras de decisão, que lhes permitem realizar a justiça em sentido material, dando a cada um o que é seu” (Ibidem, p.35).

³⁰ “Em outras palavras, às regras ‘se obedece’ e, por isso, é importante determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações que as contêm; aos princípios, pelo contrário, ‘se presta adesão’ e, por esse motivo, é importante compreendermos o mundo dos valores, as grandes opções e cultura jurídica de que fazem parte e às quais as palavras não fazem mais que uma simples alusão. Noutros termos, enquanto as regras nos dizem como devemos, não devemos ou podemos atuar em situações específicas, os princípios a esse respeito nada nos dizem diretamente, embora nos proporcionem critérios para tomar posição em circunstâncias só aparentemente indeterminadas. Mais ainda, porque não contêm ‘suposto de fato’, a eles, diversamente do que ocorre com as regras, só podemos atribuir algum significado operativo fazendo-os ‘reagir’ diante de casos concretos”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 38).

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 30.

Importante pontuar, aqui, fundamental diferença entre princípios e regras: quanto à gravidade de respectiva transgressão, proporcionalmente maior na primeira hipótese. É esta, aliás, clássica conceituação tecida pelo administrativista Celso Antonio Bandeira de MELLO:

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas 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 violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra³².

A essa altura, recomendável se torna a transcrição integral da formulação de José Joaquim Gomes CANOTILHO, contendo mais claras diferenciações entre as espécies de norma, ora adotadas para fins de desenvolvimento científico do trabalho:

- grau de abstração: os *princípios jurídicos* são normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que o das *regras de direito*;
- grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (e. g. do legislador ou do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta;
- caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (e. g. os princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (e. g., o princípio do Estado de Direito);
- proximidade da ideia de direito: os *princípios* são standards juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de *justiça* (Dworkin) ou na *ideia de direito* (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional;
- natureza normogênética: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênética fundamentante”³³. (grifos do autor)

Realce-se que prescreve CANOTILHO a existência de “princípios-garantia”, com o objetivo de proteger o cidadão ao conferir a determinados princípios tal densidade que os tornam em norma jurídica de mais direta aplicação.

Como se verifica, o cerne da prescrição de ALEXY – e também as bases firmadas por DWORKIN –, prevalecem até hoje, com diferenciações pontuais conforme o autor. Mais recentemente, Humberto ÁVILA propôs a superação do binômio normativo princípios-regras, acrescentando à equação os postulados. Conceitua estes como “instrumento normativos

³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1034-1035.

metódicos, que impõe condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, como eles não se confundindo”³⁴. Cumpriria cada qual das espécies uma função distinta, conforme a respectiva dimensão: imediatamente comportamental (regras), imediatamente finalística (princípio) e imediatamente metódica (postulado)³⁵.

Não obstante, a dissertação não irá se debruçar quanto aos postulados, pois, discordando de Humberto ÁVILA, entende-se aqui que a proporcionalidade não pertence a tal categoria normativa, mas sim à dos princípios, da mesma forma que a dignidade da pessoa humana.

1.3 Princípios

Embora já abordados os princípios sob sua comparação com as regras, mister se faz conceituá-los. O vocábulo, para Guilherme de Souza NUCCI, “etimologicamente, significa causa primária, momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação”³⁶. Na mesma linha e abordando a significância em outros campos da ciência, anota Antônio Alberto MACHADO:

Pode-se dizer, num sentido simplesmente vernacular, que princípio é aquilo que dá a ideia de começo, de algo que se inicia. Num sentido filosófico, pode-se afirmar que princípio é aquilo que encerra uma verdade primeira ou uma ideia-síntese, capaz de conter em si todos os elementos de uma dada realidade, de um determinado sistema ou de um conjunto de ideias. [...] Num sentido propriamente jurídico, o princípio encerra também essa mesma noção de síntese, na medida em que configura uma espécie de diretriz capaz de condensar normas, condutas, valores e fins a partir de fórmulas singulares, que dão ao sistema jurídico uma determinada unidade e coerência, garantindo-lhe a funcionalidade em quaisquer circunstâncias, mesmo diante das multivariadas possibilidades de manifestação das condutas humanas e dos fenômenos jurídicos, no tempo e no espaço³⁷.

Nas raízes etimológicas também vai De Plácido e SILVA, aduzindo a palavra latina “*principium*”³⁸. Já Celso Antônio Bandeira de MELLO se preocupa mais com a função que exercem os princípios no ordenamento globalmente considerado:

³⁴ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 94.

³⁵ Ibidem, p. 92.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3.

³⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 149.

³⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 587. Na sequência, oferta conceituação: “Princípio é também a expressão que designa a espécie de norma jurídica cujo conteúdo é genérico, contrapondo-se à regra ou do preceito, que é a norma mais individualizada”.

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico³⁹.

Em sentido assemelhado, Antonio Scarance FERNANDES conceitua princípio como “regra matriz de um sistema, da qual brotam as demais normas, e serve para dar uniformidade ao conjunto”⁴⁰. Firmado nas transcrições adotadas como suporte teórico, concebe-se sinteticamente princípio, para efeitos da pesquisa acadêmica vertente, enquanto proposições valorativas fundamentais (nucleares), de natureza finalística e, assim, orientadoras e legitimadoras de um sistema jurídico.

Arredondando a questão, Miguel REALE afirma:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada proporção da realidade. Às vezes também se denominam *princípios* certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários⁴¹. (grifo do autor)

Superado o dogma da inexistência de hierarquia entre princípios, nota-se que aqueles extraídos da Constituição Federal têm maior dimensão de peso (usando-se a proposição de DWORKIN e ALEXY)⁴². Dentre eles, desponta a dignidade da pessoa humana enquanto

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 53. Em complemento às próprias formulações, o jurista transcreve a construção de Augustín GORDILLO, valendo aqui repeti-la: “*La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu*”. (GORDILLO, Agustín. *Fuentes del Derecho Administrativo*. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf> Acesso em: 12/12/2015).

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19, nota de rodapé 14.

⁴¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 60.

⁴² Anota José Luis DÍEZ RIPOLLÉS: “o rico conteúdo dos princípios das modernas Constituições, e a necessidade de ponderar os que em cada caso possam ser-lhe concorrentes, algo que não se considera que esteja ao alcance da perspectiva geral e abstrata inerente à legislação, fez que a aplicação judicial de qualquer lei se visse submetida a uma prévia análise de sua correspondência no caso concreto com certos princípios, independentemente de seu reconhecimento explícito ou implícito na norma legal correspondente”. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74).

valor maior ou, em termos mais próximos às conclusões de Hans KELSEN, norma hipotética fundamental a se irradiar e orientar todo o sistema ⁴³.

Mas nem por isso tal princípio está alheio à necessidade de ponderação para se compatibilizar com os demais comandos a permear o ordenamento jurídico. Apenas se deverá considerá-lo com certa ascendência sobre os demais. Isso se justifica, também, no imperativo categórico formulado por Immanuel KANT, ao conceber o homem enquanto um fim em si mesmo, embora inserido no contexto social ⁴⁴.

Do sistema, como observado, são extraídos diversos princípios, sem que isso resulte em conflito. Eventuais contraposições são imediatamente resolvidas, defende a doutrina, mediante compatibilização entre tais orientações interpretativas, pois propositalmente genéricas para tal fim ⁴⁵. Um princípio não exclui os outros, mas modula sua incidência de forma a coexistir com os demais.

Cada Estado Democrático de Direito possui uma lógica sistêmica particular, como próprios são os princípios a orientá-lo. Estes auxiliarão na unificação da interpretação em vista dos escopos estabelecidos pela Constituição em particular e ordenamento jurídico como um todo. Frente a tal realidade, necessária investigação hermenêutica para extrair do

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36. Explicam os autores: “*Tratando-se de um método de ponderação de bens à luz do caso concreto, é intuitivo que a priori não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada – porque fora de cotejo axiológico – apenas a dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, princípio e fim de toda a ordem jurídica*”. (grifos dos autores) Vale acrescer, pois fundamental, que não se adota tal posicionamento de KELSEN no presente trabalho, sendo a referência mais uma analogia para explicar a importância da dignidade da pessoa humana no arcabouço principiológico brasileiro. De se notar que o positivismo clássico, sistema que deve muito de sua formulação ao autor germânico, tinha como uma de suas premissas conceber “o direito exclusivamente como um sistema de regras, destinando aos princípios o papel secundário de colmatação de lacunas e de orientação da atividade interpretativa”. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 14, 2005. p. 91).

⁴⁴ A partir de um imperativo categórico (“Age em conformidade apenas com a máxima que possas querer que se torne uma lei universal”) KANT extrai três fórmulas máximas morais, citadas por Fabio Romeu CANTON Filho, “segundo as quais o homem deve dirigir a sua vontade pela lei universal da Natureza; a humanidade toda deve ser tratada como um fim e nunca como meio; a ação deve servir de lei universal para todos os seres racionais, ou seja, todos devem aceita-la, incondicionalmente”. (CANTON FILHO, Fabio Romeu. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 24). O Estado, frente à máxima kantiana, não pode instrumentalizar o indivíduo sob qualquer pretexto, dele dispondo para reafirmar seu poder.

⁴⁵ Guilherme de Souza NUCCI assim entende: “Considerados os princípios, especialmente os constitucionais explícitos, jamais entram em colisão, gerando antinomia insuperável. Eles são genéricos e flexíveis o suficiente para coordenar o sistema, harmonizando-se entre si, quando necessário”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 28-29).

ordenamento jurídico quais são os valores maiores a serem resguardados e, também, as garantias que se reservará àqueles que forem acusados de agir em desconformidade com a lei.

Alguns princípios são expressos, dir-se-ia explícitos, identificáveis de plano na Constituição Federal e na legislação ordinária, enquanto outros restam implícitos⁴⁶. À primeira categoria pertencem, por exemplo, a legalidade (artigo 5º, XXXIX) e a individualização da pena (artigo 5º, XLVI); à segunda, a culpabilidade (leitura conjugada dos artigos 1º, III – dignidade da pessoa humana –, 4º, II – prevalência dos direitos humanos –, 5º, *caput* – inviolabilidade do direito à liberdade – e 5º, XLVI – individualização da pena) e proporcionalidade.

Percebe-se que os princípios implícitos já se encontram no bojo do ordenamento jurídico, dentro do sistema, embora em estado de latência⁴⁷, cabendo ao intérprete apenas vislumbrá-los, e, pela interpretação, trazê-los à realidade. A pronta aplicabilidade – não necessariamente sua relevância – se torna aqui mais complexa, pois demanda uma perquirição prévia. Contrário ocorre com os preceitos expressos, os quais “podem assumir a forma de proposição jurídica, condensado em regra imediatamente aplicável, e, por essa razão, a observância e a adequação das demais regras jurídicas presentes no subsistema torna-se mais fácil e evidente”⁴⁸.

Evidentemente, o princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal, mas há uma série de dispositivos, aliados à compreensão de princípios clássicos como o devido processo legal, que permitem inferir sua imanência ao sistema.

1.4 Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade é um princípio que vem ganhando maior relevância no debate jurídico nos últimos anos, mais precisamente desde decisão do Tribunal Constitucional

⁴⁶ Sebastian Borges Albuquerque MELLO descreve existirem duas categorias: “a) a dos princípios de Direito penal Constitucional expressamente recepcionados pelo texto da Carta Magna, e b) a dos princípios implícitos de Direito Penal, os quais, embora não estejam presentes de forma explícita no texto constitucional, são considerados, pela doutrina e jurisprudência, como verdadeiras pautas informadoras do Direito Penal, como concretização dos fins de política criminal de um Estado Democrático de Direito, ou como densificação dos princípios constitucionais estruturantes da ordem jurídica”. (MELLO, Sebastian Borges Albuquerque. *A matiz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal*. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, v. 2, 2005. p. 170).

⁴⁷ A proposição é de Eros GRAU, citado por MELLO, Sebastian Borges Albuquerque. *Op. cit.*, p. 1772-1773.

⁴⁸ MELLO, Sebastian Borges Albuquerque. *Op. cit.*, p. 1772-1773. Parece-nos que regra foi, na citação, utilizado equivocadamente como se fora sinônimo de norma. Assim, sugere-se leitura de “regra” no trecho transcrito, visando manutenção da coerência do trabalho, como se fora “norma”.

Alemão proferida em 1971, desenvolvendo-se a partir de sua aplicação ao Direito Administrativo ⁴⁹.

No Brasil, entende-se que se encontra implícito na Constituição Federal ⁵⁰. Como anota Mariângela Gama de Magalhães GOMES, extrai-se-o da expressão “Estado Democrático de Direito”, inscrita no *caput* do artigo 1º da Magna Carta, na medida em que os direitos fundamentais somente podem ser limitados pelo Estado visando tutela de interesses públicos ⁵¹, bem como, conforme argumenta Miguel REALE JÚNIOR, do princípio da dignidade da pessoa humana, presente no inciso III do dispositivo em epígrafe ⁵². Quanto à aplicação da sanção, extrai-se também a proporcionalidade, mais especificamente do artigo 5º, incisos XLVI (concernente à individualização da pena) ⁵³ e XLVII ⁵⁴. Nesse sentido, guarda profunda ligação com o conceito de realização da justiça ⁵⁵, objetivo precípua das democracias, bem como com o de igualdade ⁵⁶.

Há quem afirme decorrer o princípio, implicitamente, da garantia do *substantive due process os law* (artigo 5º, LIV da Constituição Federal) ⁵⁷, embora tal interpretação seja mais ligada à perspectiva processual da proporcionalidade.

Para se o definir, empresta-se o conceito proposto por Mariângela Gama de Magalhães GOMES, para quem o princípio da proporcionalidade é

⁴⁹ Como antecedentes históricos, como lembra Benedicto Arthur de FIGUEIREDO NETO, “o princípio da proporcionalidade houvera nascido no Bill of Rights de 1215 (arts. 20 e 39) e posteriormente Cesare Beccaria o houvera adaptado para o Direito Penal”. (FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Consciência constitucional na aplicação da pena-base à luz do princípio da proporcionalidade. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 160, mar. 2006. p. 14).

⁵⁰ ESTELLITA, Heloisa. Direito Penal, constituição e princípio da proporcionalidade. IBCCRIM, 2003. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2383-Direito-penal-constituicao-e-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 01/12/2016.

⁵¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

⁵² REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 32.

⁵³ “XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...]”. Sob um viés infraconstitucional, relembra Benedicto Arthur de FIGUEIREDO NETO que o artigo 59 do Código Penal determina que deverá ser fixada “a pena-base ‘conforme seja necessário e suficiente, para reprovação e prevenção de crime’, estando aí embutido o princípio da proporcionalidade em nível infraconstitucional”. (FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Op. cit., p. 14).

⁵⁴ REALE JÚNIOR, Op. cit., p. 32-33.

⁵⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 72. A autora defende que concepções tais como justiça, liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição de penas cruéis e desumanas, devido processo legal, proporcionalidade do direito de resposta e proibição de arbitrariedade dos poderes públicos, teriam lastro no princípio da proporcionalidade.

⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52.

⁵⁷ BARBOSA, Aldeleine Melhor. Proporcionalidade no direito penal e processual penal: da teoria à prática. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 217, dez. 2010. p. 13.

critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins. Assim, integra uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos⁵⁸.

Tradicionalmente, concebe-se a proporcionalidade sob três máximas parciais: adequação, necessidade (mandamento menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito)⁵⁹. Decorrem aquelas “da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas” e esta “do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”⁶⁰.

Por *adequação*, se entende que a proporcionalidade deve permear a aplicação de uma norma consoante à teleologia pretendida pelo legislador, com o escopo de atender à finalidade por este perquirida, sob pena de incorrer o texto normativo em inconstitucionalidade⁶¹. Cuida-se de um juízo de intensidade, verificando-se previamente a correlação entre o mal que se pretende impingir com a pena e o bem jurídico que se deseja resguardar. Por óbvio, deve-se antes ter constatado se este é efetivamente digno de tutela na esfera penal⁶². Em suma, os meios devem ser adequados ao fim pretendido.

Tocante à *necessidade* (ou exigibilidade), constitui-se enquanto imposição ao Estado de, ao aplicar uma norma, observar que subsista a menor interferência possível nos direitos individuais no caso concreto⁶³. Não basta, portanto, que o meio seja adequado: exige-se também que se observe, dentre as formas de enfrentamento da ofensa, aquela que atinja em menor monta os direitos fundamentais indivíduos⁶⁴. Exemplo disso é a constatação se a pena privativa de liberdade servirá à proteção do bem jurídico na situação particular⁶⁵.

⁵⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 35.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-117. No mesmo sentido, leciona Aldeleine Melhor Barbosa: “Entende-se também que o princípio da proporcionalidade desdobra-se nos subprincípios da adequação (idoneidade da medida para produzir o resultado visado), da necessidade/exigibilidade (verificação da inexistência de meios menos gravosos para consecução dos fins visados) e da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre os ônus impostos e o benefício trazido)”. (BARBOSA, Aldeleine Melhor. Op. cit., p. 13).

⁶⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 118.

⁶¹ FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Op. cit., p. 14.

⁶² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 126-127.

⁶³ FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Op. cit., p. 14.

⁶⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 30.

⁶⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 83. Adiante, a autora assenta que o princípio da intervenção mínima nada mais é do que uma derivação do princípio da proporcionalidade, limitando-se a ação do Estado na seara penal somente à proteção daqueles bens jurídico-penais mais relevantes e somente para resguardá-los daqueles ataques mais graves. p. 85.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* consiste em mandado de ponderação, estabelecendo que o ônus decorrente da norma não possa superar os benefícios por ela realizados ⁶⁶. É, aliás, a última oportunidade de verificação da pertinência constitucional da norma incriminadora ⁶⁷. Não se cuida mais da questão de “se” prescindível a intervenção estatal, mas em qual medida (quanto) se fará o sacrifício do direito individual. Daí se falar em balanceamento ⁶⁸.

Em algumas circunstâncias chegar-se-á ao final da equação à conclusão de não ser proporcional a invocação do direito penal a tutelar o específico caso concreto, o que se traduz no reconhecimento da insignificância, na medida em que não basta à caracterização do injusto a lesão a bem jurídico: há, ainda, que se sopesar o desvalor do resultado e o desvalor da ação ⁶⁹.

No entanto, a proporcionalidade em sentido estrito não vem sendo observada tão somente como um óbice à intervenção estatal (aspecto negativo), protegendo o cidadão dos excessos. Adquiriu uma nova vertente, positiva, consistente na denominada “proibição à proteção deficiente” ⁷⁰. Assim, haveria violação à proporcionalidade em sentido estrito quando determinada matéria não obtivesse o adequado enfrentamento pelo legislador ⁷¹.

Adotando-se as considerações delineadas, fica claro que a proteção insuficiente não pode ser invocada pelo julgador quando, frente à análise de um fato penal, detectar que a

⁶⁶ FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Op. cit., p. 14. Caso o ônus exceda o benefício, padecerá a norma de inconstitucionalidade.

⁶⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 170.

⁶⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 171. Tal ponderação, como esclarece a autora, “se dá entre a afronta ao bem jurídico protegido pela norma e a liberdade pessoal ameaçada pela pena”.

⁶⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., 2012. p. 148. Acrescenta: “Por conseguinte, a lesão a um bem jurídico não deve ser analisada independente da forma como ela se deu; várias ações podem lesar o mesmo bem jurídico e, contudo, diferir tipicamente graças ao modo pelo qual são realizadas”.

⁷⁰ Lênio Luis STRECK conceitua: “Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de ‘proibição de proteção deficiente’ (*Untermassverbot*)”. (STRECK Lênio Luis. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 02/12/2016).

⁷¹ “Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que ‘a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engerem Sinn*)’.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 35).

transgressão possui punição excessivamente branda à luz do sistema criminal. O princípio da taxatividade (profundamente ligado à tipicidade nessa vertente) não permite o recrudescimento da sanção, pois o magistrado se travestiria de legislador para prejudicar o réu, o que é inadmissível sob qualquer ótica (anterioridade da lei penal, legalidade, entre muitas outras premissas basilares).

Cumpra-se, assim, a etapa inaugural da dissertação. Estabelecido o princípio da proporcionalidade e suas características, os pressupostos ora fixados serão retomados sucessivamente no decurso do texto. Até porque, como registra Heloisa ESTELLITA,

Em matéria penal, o princípio demanda a existência de uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da sanção (pena), a importância (constitucional) do bem jurídico-penal tutelado e a gravidade do ataque desferido contra tal bem. Ou seja, repercute tanto numa (a) exigência de relação de proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado e a quantidade da pena; como na (b) exigência da construção de um sistema de aplicação das sanções penais que possibilite ao juiz estabelecer, dentro dos limites legais, a proporcionalidade entre o delito singularmente cometido e a sanção penal⁷².

Em outras palavras, da inter-relação do princípio da proporcionalidade com o bem jurídico-penal divisado como ofendido nos crimes de índole sexual e a quantidade de pena aplicável ao transgressor é que serão obtidas as principais descobertas e conclusões.

⁷² ESTELLITA, Heloisa. Op. cit.

CAPÍTULO 2 – BREVE RETROSPECTO DA MORAL E SUA INFLUÊNCIA NA CONSTRUÇÃO TEMÁTICA DOS CRIMES SEXUAIS: ESTUPRO

A Filosofia moral ocidental já podia ser observada em Sócrates ⁷³, isso quase meio século antes de Cristo. Expondo as reflexões e ações do pensador helênico, narravam seus discípulos que aquele, em suas andanças pela pólis, perquiria aos atenienses:

qual o sentido dos *costumes* estabelecidos (os valores éticos ou morais da coletividade, transmitidos de geração a geração), mas também indagava quais as disposições de caráter (características pessoais, sentimentos, atitudes, condutas individuais) que levavam alguém a respeitar ou transgredir os valores da cidade, e por quê⁷⁴. (grifo do autor)

Percebe-se, da passagem, que o cerne da concepção moral do estudioso grego era sua intrínseca relação com a virtude. Mas não simplesmente a virtude enquanto um modelo posto, herdado das gerações pretéritas, mas como uma busca filosófica a ser empreendida individualmente por cada qual. Aquele que se questionasse e refletisse sobre o tema inevitavelmente acabaria por descobrir o bem e, conhecendo-o, não se conduziria de maneira diversa, agindo virtuosamente para consigo e seus semelhantes ⁷⁵.

A estrutura da moral grega, ali lançada e depois desenvolvida por Platão e Aristóteles, entre outros, tinha clara finalidade: a busca pela consciência, pela racionalidade, mediante as quais seria possível se despir das paixões, dos costumes e dos pressupostos para, só então e de forma isenta, ser possível vislumbrar a moral universal, adotando para tal finalidade o viver ético. Consequência disso seria a realização da justiça no cotidiano ⁷⁶. No entanto,

Não se aparta pelo fato de que, em Aristóteles, razão prática (*nous praktikos*) e razão teórica, ou teorética (*nous teoretikos*), caminham conjuntamente na totalização do

⁷³ CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 1. ed. São Paulo: Ática, 1994. p. 339.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 340.

⁷⁵ Para Sócrates, o indivíduo que não se dedicasse ao assunto, constituindo-se em mero recipiendário acríptico dos valores de outrem, era um ignorante e, nesse diapasão, incapaz da virtude. Não seria, igualmente, um homem livre, pois impossibilitado de atingir a razão. Restaria, assim, presos às amarras do passado. Marilena CHAUI sintetiza: “Sócrates afirma que apenas o ignorante é vicioso ou incapaz da virtude, pois quem sabe o que é bem não poderá deixar de agir virtuosamente”. (CHAUI, Marilena. *Op. cit.*, p. 341).

⁷⁶ Para os filósofos helênicos, “o sujeito ético ou moral não se submete aos acasos da sorte, à vontade e aos desejos de um outro, à tirania das paixões, mas obedece apenas à sua consciência – que conhece o bem e as virtudes – e à sua vontade racional – que conhece os meios adequados para chegar aos fins morais. A busca do bem e da felicidade são a essência da vida ética”. (*Ibidem*, p. 342).

ser racional, ou seja, atuam paralelamente para a realização integral da natureza social do homem em sociedade⁷⁷.

Assim, o conceito de justiça não teria apenas um referente individual, mas deveria se adequar (ou ser adequado) ao contexto social, transbordando “*da esfera privada para lançar seus reflexos sobre a esfera pública*”⁷⁸.

Não se olvidando do objeto da presente pesquisa, realce-se que os gregos também se debruçaram sobre a sexualidade. Nessa seara, foi Platão um dos percussores da moral sexual⁷⁹. Apesar de tratar ele o enlace afetivo inicialmente como algo positivo, nisso incluídas as práticas homossexuais, passou depois a concebê-lo como “uma distração da verdade e da beleza como um traço perturbador e negativo da experiência humana”⁸⁰. Não eram imorais os conúbios amorosos, perceba-se; apenas desviavam o homem de seu objetivo principal, a filosofia.

Quanto à especificidade das relações homoafetivas para os gregos, estas “eram consideradas saudáveis e sempre desejáveis, máxime quando diziam respeito a relações com jovens”, valendo o mesmo para ambos os gêneros⁸¹, embora, no cômputo geral, a mulher fosse compreendida enquanto um ser inferior. Aristóteles, chegou a conclusão análoga: não reprovava o amor, embora entendo-o como “um prazer corrupto, pois afasta o homem da razão”⁸².

Os romanos, de seu turno, apresentavam a Moral e o Direito enquanto institutos diversos. Firmados na máxima pauliana “*nom omne quod licet honestum est*” (nem tudo que é lícito, é moral), compreendiam que mesmo uma ação conforme a lei (Direito) poderia ser

⁷⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: Setor Técnico de Imprensa, n. 92, 1997. p. 56.

⁷⁸ Ibidem, p.57. Anote-se, por fim, reduzindo-se a termos simplistas tal trecho da filosofia de Aristóteles, que separava este o “justo natural” do “justo legal”, aquele derivando de valores sociais históricos (mas não imutáveis) e este representando a positivação. Ibidem, p. 68-69. Também estruturadora da filosofia concebida por Aristóteles era sua concepção da alma, a qual compreenderia duas dimensões: irracional e racional. Anota Renato de Mello Jorge Silveira: “A primeira garante a vida vegetativa e sensitiva do corpo, enquanto que a segunda se expressa no sentido do controle dos desejos humanos, impondo a moderação e estimulando a coragem, bem como na contemplação da verdade. Realiza, portanto, uma concepção de justiça como bilateralidade, sendo ela uma virtude completa, o que, mesmo sem ser seu objetivo, acaba por estipular certo critério distintivo da moral e do Direito”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 114).

⁷⁹ RASSI, João Daniel. *Comportamento da vítima no Direito Penal Sexual*. 2006. 183 p. Dissertação – Mestrado em Direito Penal – Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 17.

⁸⁰ Ibidem, p. 18.

⁸¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 72.

⁸² RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 18.

desonesta, enquanto moralmente reprovável⁸³. Apesar disso, a distinção entre ambos não era evidente, tampouco necessária. Isso porque derivavam uma e outro, essencialmente, do vocábulo “*jus*”, de acepção plúrima, “designando tanto o direito objetivo como o direito subjetivo”⁸⁴.

A Idade Média, por outro lado, influenciada fortemente pela ascensão do cristianismo, mudou significativa a compreensão do tema, permeando as relações humanas sob forte carga moral.

O cristianismo retirou o diálogo da virtude do referencial cidadão-pólis, transpondo-o fundamentalmente à relação entre o indivíduo e Deus. Aduziu à sua concepção teológica o ideário de livre-arbítrio, partindo-se do pressuposto de que as fraquezas do corpo e do espírito tenderiam à afronta às leis divinas, universais. A moralidade da conduta humana adviria do ato de resistir às tentações e ao pecado, obedecendo-se às escrituras supernas. Em suma, o homem virtuoso agia em conformidade com o dever, tornando assim moralmente digna sua existência⁸⁵. Obedecia-se, como exposto por Santo Agostinho, a uma hierarquia normativa: *lex aeterna*, *lex naturalis* e por fim *lex humana*, prevalecendo a primeira sempre que conflitando com as demais⁸⁶.

A filosofia moral medieval, de índole essencialmente religiosa mas também intelectualista, teve como expoente maior São Tomás de Aquino. Estudioso voraz, absorveu, aplicou e desenvolveu os ensinamentos aristotélicos sob a ótica de uma ideologia cristã. A moral adviria não da comunidade ou dos indivíduos, mas seria aquela revelada por Deus. Os homens só atingiriam a bem-aventurança eterna se se conduzissem bem aos olhos divinos,

⁸³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 8.

⁸⁴ MEINBERG, Guido Henrique. Das relações entre a moral e o direito. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público, n. 77, out/dez. 1972. p. 65.

⁸⁵ Continua Marilena CHAUI: “O cristianismo introduz duas diferenças primordiais na antiga concepção ética: em primeiro lugar, a ideia de que a virtude se define por nossa relação com Deus e não com a cidade (*polis*) nem com os outros. Nossa relação com os outros depende da qualidade da nossa relação com Deus, único mediador entre cada indivíduo e os demais. Por esse motivo, as duas virtudes cristãs primeiras e condições de todas as outras são a fé (qualidade da relação de nossa alma com Deus) e a caridade (o amor aos outros e a responsabilidade pela salvação dos outros, conforme exige a fé). As duas virtudes são privadas, isto é, são relações do indivíduo com Deus e com os outros, a partir da intimidade e da interioridade de cada um; em segundo lugar, a afirmação de que somos dotados de vontade livre – ou livre-arbítrio – e que o primeiro impulso de nossa liberdade dirige-se para o mal e para o pecado, isto é, para a transgressão das leis divinas. Somos seres fracos, pecadores, divididos entre o bem (obediência a Deus) e o mal (submissão à tentação demoníaca). Em outras palavras, enquanto para os filósofos antigos a vontade era uma faculdade racional capaz de dominar e controlar a desmesura passional de nossos apetites e desejos, havendo, portanto, uma força interior (a vontade consciente) que nos tornava morais, para o cristianismo, a própria vontade está pervertida pelo pecado e precisamos do auxílio divino para nos tornarmos morais”. (CHAUI, Marilena. Op. cit., p.343).

⁸⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 8.

observando os mandamentos e leis terrenas que daqueles derivassem ⁸⁷. A caridade para com o próximo era, acima de tudo, um meio de aproximação ao Criador. Interessante realçar da filosofia tomista, pois parecendo até contradizê-la, afirmar o teólogo não poder o legislador “deixar-se seduzir pela tentação de tutelar com os meios do direito penal todas as infracções à ‘moral objectiva’” ⁸⁸.

Diferentemente dos gregos, aos quais só importavam, na seara moral, as ações exteriorizadas, para os cristãos e sua concepção de pecado se equivaliam o agir e a intenção (aspecto interno ou subjetivo), ambos passíveis de semelhante reprovação. Aliás, o acréscimo do elemento “intenção” influenciaria sobremaneira a moralidade ocidental nos séculos vindouros, com reflexos evidentes no Direito Penal, especialmente quanto a dolo e culpa.

O pecado – violação ao dever – se dava indistintamente, quer pelo pensar, querer ou fazer, variando apenas o grau de reprovabilidade da ofensa ⁸⁹. Confundia-se muita vez com o conceito de crime ⁹⁰. O pecado, ademais, era representado sobremaneira pela figura da mulher, forma maior de tentação à concupiscência. Definiam-na simbólica e pejorativamente os teóricos ascéticos enquanto *teplum aedificatum super cloacam* ⁹¹.

No ocaso da Idade das Trevas, pelas obras de ROUSSEAU e outros, surge o contratualismo. Firmado na liberdade dos indivíduos mas mantendo sólidas bases do Direito Natural, dá os primeiros passos na diferenciação entre os elementos jurídicos e as imposições da moral ⁹². A ruptura efetiva adviria logo após, com Immanuel KANT.

A teorização da necessidade de separar Moral e Direito ganhou força quando KANT superou a então ainda vigente concepção moral (ética) herdada dos gregos e mantida pelos medievalistas, a qual compreendia a Moral enquanto exercício da virtude, como antes anotado

⁸⁷ “A ética tomista insere-se no quadro da moral aristotélica, embora considerando o ponto de vista cristão. A moral é *motus rationalis creaturae ad Deum*, um movimento da criatura na direção de Deus. Esse movimento tem como fim a bem-aventurança, que consiste na visão imediata de Deus. Portanto, o fim último do homem é Deus, que ele alcança pelo conhecimento, pela contemplação; a ética de Santo Tomás tem um claro matiz intelectualista. A primeira lei da vontade humana é a *lex aeterna, quae est quasi Dei*”. (MARIÁS, Julián. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 186).

⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral - questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1 t. p. 113.

⁸⁹ “O dever não se refere apenas às ações visíveis, mas também às *intenções invisíveis*, que passam a ser julgadas eticamente. Eis por que um cristão, quando confessa, obriga-se a confessar pecados cometidos por ato, palavras e intenções. Sua alma, invisível, tem o testemunho do olhar de Deus, que a julga.” (grifo da autora) (CHAUI, Marilena. Op. cit., p. 344).

⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 29-30.

⁹¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 8 v. p. 89.

⁹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 114.

⁹³. Estabeleceu o filósofo alemão uma nova percepção do homem, compreendendo-o enquanto um fim em si mesmo, embora inserido no contexto social ⁹⁴.

Por essa perspectiva, percebia-se dupla influência: de um conjunto de normas autônomas (provenientes da Moral) e de outro composto por normas heterônomas (advindas do Direito). Para o filósofo,

a distinção [...] entre Direito e moral baseia-se, assim, na referência de um e outro conjunto normativo a tipos diversos de lei. A moral implica, de um lado, o cumprimento de uma norma autônoma, que inclui a necessidade da motivação do dever pelo dever, carecendo de qualquer outra razão. O Direito, de outro lado, realiza-se mediante uma norma heterônoma, exigindo-se que se atue conforme o dever, e não pelo dever, a partir de uma coerção imposta à hipótese de não cumprimento⁹⁵.

Complementando o raciocínio kantiano, “o valor moral consiste na própria pessoa moral. Isto porque o fim de toda a moral é a própria pessoa, enquanto racional” ⁹⁶. Assim, quando da transposição para o Direito Penal, obrigatoriamente deveria a Moral ser observada sob uma perspectiva pessoal, individual, não se sujeitando às ingerências sociais. Críticas foram lançadas a tais conclusões, pois “a moral que se mantivesse neutra diante do aspecto externo do comportamento humano seria uma ética justificadora de toda espécie de monstruosidade ingênua” ⁹⁷.

Há ressalvas, todavia, ao posicionamento de KANT tocante à moral sexual, na medida em que se diferiria do restante de seu pensamento. Admitia o filósofo alemão certa influência do Direito enquanto tutelando valores morais, pois a degradação social do indivíduo de

⁹³ Pouco antes, já assumia certa relevância a distinção sob uma visão contratualista rousseauiana, na qual prevalecia o contrato social como uma convergência de vontades do indivíduo e do Estado (aspecto do Direito), devendo por isso ser orientada pela Moral. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p.115).

⁹⁴ A partir de um imperativo categórico (“Age em conformidade apenas com a máxima que possas querer que se torne uma lei universal”) KANT extrai três fórmulas máximas morais, citadas por Fabio Romeu CANTON Filho, “segundo as quais o homem deve dirigir a sua vontade pela lei universal da Natureza; a humanidade toda deve ser tratada como um fim e nunca como meio; a ação deve servir de lei universal para todos os seres racionais, ou seja, todos devem aceita-la, incondicionalmente” (CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 24).

⁹⁵ Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA continua: “Sob tal enfoque, enquanto a moral se refere à liberdade interna, entendida como capacidade de soberania moral individual, o Direito volta-se à manutenção da convivência entre os indivíduos, tendo por objeto a regulação da liberdade externa, no sentido de estabelecer ‘o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade’”. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2014. p. 310. No mesmo sentido, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 115).

⁹⁶ SIDEKUM, Antonio. *Direitos e valores morais em Kant*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9676&revista_caderno=15>. Acesso em: 17/06/2014.

⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 9.

comportamento animalizado nas questões carnis e amorosas poderia conduzir ao extremo da perda de sua humanidade, justificando-se a intervenção do Direito com o fim de salvaguardar o homem ⁹⁸.

Predominava à época, no entanto, normativismo hermético, o qual foi firmemente combatido por Hegel, pois tal vertente apresentou como resultado “extrair por completo o fenômeno jurídico do fluxo vital, com a redução da ciência do direito a uma análise lógica de proposições normativas” ⁹⁹.

O Código Penal da Baviera, de matiz positivista e elaborado por Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, é um produto desse tempo, sendo “marcante a falta de incriminação de condutas contra a religião ou a moral, deixadas aos cuidados das esferas administrativas ou policiais” ¹⁰⁰.

Alguns estudiosos, inconsciente (John AUSTIN) ou conscientemente (Hans KELSEN), adotaram os fundamentos filosóficos lançados por KANT. O jurista inglês defendia existirem três tipos de normas, quais sejam, leis divinas, leis positivas humanas e regras da moralidade positiva:

As duas primeiras são comandos postos, direta ou indiretamente, por um monarca ou soberano coletivo, para valer sobre pessoas em estado de sujeição. Por isso, são revestidas de uma sanção legal, ou seja, podem ser impostas de modo coativo. Escusa dizer que a sanção das leis divinas é extraterrena.

No caso das regras de moralidade positiva, no entanto, embora comandos postos por homens a outros homens, elas não emanam de pessoas em posição de superioridade política, nem são postas em conformidade com direitos fundados em lei (*legal*

⁹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 140. Bernd SCHÜNEMANN acrescenta que o filósofo estava “pronto a reagir contra meras violações da moral através das (mesmo mais severas) penas é demonstrado por seus exemplos da ‘pederastia’ (=homossexualismo) e da bestialidade (=sodomia), que ele quer punir com a ‘castração ou com a exclusão perpétua da sociedade civil”. (SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016. p. 35.

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. 311. Complementa o autor adiante, externando então sua opinião quanto à separação pretendida pelo positivismo: “Na busca dessa exatidão de raciocínio, os positivistas do direito não podiam considerar objeto da teoria jurídica as ações humanas, em razão de sua variabilidade imprevisível e de sua extrema complexidade. Restavam assim, como objeto próprio de uma análise que se pretendia científica do direito, unicamente os textos normativos, considerados sob dois aspectos: na precisão semântica de seus conceitos técnicos e no encadeamento lógico das proposições. O direito reduzir-se-ia, inelutavelmente, a puras formas normativas. O conteúdo político, econômico, religioso, etc. deveria ser expurgado da teoria jurídica, a fim de que ela pudesse pretender algum rigor científico. Compete à ‘ciência do direito’, segundo a concepção positivista, tão-só dizer o que o direito é, sem cuidar minimamente de dizer o que o direito deve ser. Em outras palavras, os juízos próprios de uma teoria ‘científica’ do direito não são juízos de valor; são silogismos, ou então puros juízos de fato”. (Ibidem, p. 352-353).

¹⁰⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39.

rights). Em consequência, tais regras de moralidade positiva são despidas de sanção legal, embora disponham de sanções de outro tipo, como a censura moral¹⁰¹.

Diferente era a estrutura kelseniana. Acreditava o pensador austríaco na existência de duas espécies de (meta) sistema. Assim,

Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao conhecimento e descrição pode ser designada como Ética¹⁰².

Dentro dessa concepção, o Direito não é Moral, porque, para sê-lo, necessário seria pressupor uma Moral única, universal e atemporal, a qual inexistente. Não que as normas positivas (leis), enquanto componentes de um sistema, não tenham uma carga valorativa no contexto em que inseridas. Possuem, sim, embora não perdendo sua essência jurídica e coativa (sanção). Contrariamente, tocante à moral, existiria uma pluralidade de subsistemas, podendo inclusive haver vários deles em uma mesma sociedade, conforme a colocação social dos membros ou afinidades outras. “Com isso, não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um ou outro sistema da moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste”¹⁰³. O impasse seria, mais do que tudo, um óbice à legitimidade das normas escritas.

A valoração moral de um sistema jurídico teria de ser feita *a posteriori*, em cotejamento com determinado ordenamento legal. Em suma, estar-se-ia frente a uma relativização dos valores morais ou, mais complexo ainda, lançar-se-ia mão de um dos sistemas morais para conferir validade ao jurídico, o que se afiguraria inconcebível à luz da lógica hermética do positivismo jurídico¹⁰⁴.

A necessidade de se distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 355.

¹⁰² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 63.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 72.

¹⁰⁴ “A necessidade de se distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*werfreie*).” (KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 74).

legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*werfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.

Em comum com o pensamento clássico, assim como John AUSTIN, Hans KELSEN reconhece que, sejam os sistemas da moral, seja o sistema jurídico, são todos regidos pela lógica da sanção, diferenciando-se o último por ser o único imbuído de caráter coativo, ao passo que a violação àqueles resultaria em mera censura moral ¹⁰⁵.

À margem disso, façam-se algumas anotações sobre o conceito utilitarista de “mínimo ético”, cujas bases foram lançadas por Jeremy BENTHAM e depois desenvolvido por Georg JELLINEK. Sintetizadamente, prescreve a teoria ser o direito composto por um mínimo de regras morais de obrigatoria observância para a sobrevivência da própria Moral e, em consequência, da sociedade ¹⁰⁶. Em outras palavras,

quando o ato viola determinados princípios que constituem a base mesma da vida social, ou seja, o ‘mínimo ético’ [...] indispensável à vida social, e a sociedade reage organizada e especificamente e, ao mesmo tempo, se forma a certeza absoluta da reação: – *temos a lei jurídica*¹⁰⁷. (grifo do autor)

A radicalização do pensamento positivista, destacando-se a concepção kelseniana, não restou imune a questionamentos vários. A abstração formal pretendida, disseram os críticos, levava à exaltação extrema da lógica formal, a

uma redução ou simplificação da vida social, não sob a forma de estruturas superpostas, mas de compartimento estanques: o direito, como sistema normativo, existe independentemente da moral da realidade econômica ou das formas de organização política. A visão de mundo dos profissionais do direito, em consequência, deve-se restringir ao ordenamento normativo, entendido como um sistema bastante a si mesmo¹⁰⁸.

¹⁰⁵ “O Direito só pode ser distinguido da essencialmente da Moral quando – como já mostramos, se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em consideração, portanto, o emprego da força física.” (Ibidem, p. 68).

¹⁰⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 10.

¹⁰⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 445.

¹⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 350

Marcando essa nova época, percebe-se, no contexto social, a invocação da Moral para tutelar grande margem de condutas, inclusive com a imposição de sanções penais. Representativo do pensamento no findar do século XIX e primórdios do XX é a criação, na Europa e com destaque para Paris, de “Ligas”, cujo objetivo era “a elevação da moralidade pública, em uma sustentação do que se achava ideal aos bons costumes”¹⁰⁹.

Adentrando o século XX e após um breve período no qual prevaleceu o neokantianismo, sobreveio o nacional-socialismo, impondo doutrina na qual foi suprimida qualquer diferença entre Moral e Direito, na medida em que elevou-se o “são sentimento do povo alemão” à categoria de valor maior a orientar o sistema jurídico, propositalmente vago com a finalidade de permitir a apreciação moral das condutas dos cidadãos, mormente a dos dissidentes¹¹⁰.

Imprescindível, a essa altura, um aparte: a eleição de determinada Moral pode não derivar de uma natural ou histórica convergência de vontades dos integrantes da sociedade, ou ao menos de parcela significativa daqueles. Pode surgir, também, uma Moral estatal, verticalmente doutrinada aos cidadãos, por meios coercitivos, inclusive¹¹¹. Tocante à última alternativa, é um dos grandes problemas não resolvidos pelo positivismo jurídico, mormente à constatação histórica do desvio praticado por determinados Estados de Direito que, embora em tese legítimos, foram responsáveis por um dos mais terríveis períodos já vivenciados pela humanidade. Nunca é demais pontuar as atrocidades havidas na Alemanha nazista e Itália fascista. Naquela, o “são sentimento do povo alemão”, verdadeiro valor moral cuidadosamente construído pela propaganda pública, se irradiou por toda a sociedade.

Note-se que a Moral não era aquela emanada dos indivíduos, mas a ditada pelo poder. Ainda assim, permeou e foi recepcionada, pela persuasão e pela força, por aquela nação, legitimando-se enquanto direito posto.

Ultrapassada a 2ª Guerra Mundial, olhos voltados ainda ao recente e amargo passado, chegou-se à conclusão de que o Direito não se restringia àquilo escrito na lei e não poderia ter esteio exclusivo na Moral. Fontes outras não poderiam ser olvidadas, tais como os usos e costumes, princípios gerais de direito, doutrina e jurisprudência. Gustav RADBRUCH,

¹⁰⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 128. Consequência disso foi a tentativa de reprimir condutas sexuais compreendidas como moralmente desviantes da naturalidade, a exemplo do homossexualismo.

¹¹⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 111.

¹¹¹ Afinal, “*el concepto jurídico, que no tiene un fin representativo, sino instrumental, es un concepto construido, puesto, o mejor dicho, impuesto dogmáticamente*”. (SOLER, Sebastián. *La solidez ideal del derecho*, In: *Fe em el derecho y otros ensaios*. 1. ed. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1956. p. 162).

fazendo uma reflexão crítica do pretérito então recente, revê os conceitos por ele próprio defendidos na década de 30, quando ainda deslumbrado com o positivismo e insciente das atrocidades do nazismo ali ainda incipiente. Enquanto antes lecionava que “*quem é capaz de impor o Direito, prova com isso está chamado a criar o Direito*”, passou, à luz do finalismo, a professar que existe

um direito superior à lei, um direito natural, divino, racional, em relação ao qual a injustiça segue sendo injustiça, ainda que revestida de forma legal, e ante o qual uma decisão prolatada de acordo com uma lei injusta não é direito, senão o contrário ao direito¹¹².

Ou seja: ao mesmo tempo em que não se bastava nos anseios morais, o Direito não seria avesso às pressões da sociedade e dos indivíduos, atuando estes como seus criadores, mas não de forma exclusiva. Nesse sentido, a Moral, ínsita a cada cidadão e à sociedade globalmente considerada como uma síntese das aspirações individuais, também ajudaria a moldá-lo. Afinal, “o direito não se esgota na lei e nem pode surgir do nada”¹¹³. Tanto o Direito, como a Moral, no fim das contas, são conceitos mutáveis, permeados pelos influxos da sociedade e do tempo em que analisados, deles não se podendo dissociar.

De outra feita, alguns, na construção doutrinária típica do pós-guerra, acreditava-se estar diante de momento no qual, gradualmente, construir-se-ia uma espécie de moralismo jurídico, no qual toda e qualquer concepção moral seria positivada por meio de normas jurídicas¹¹⁴. Defendiam que

as relações entre Moral e Direito são tão estreitas e categóricas, que uma e outro tem necessariamente o mesmo grau de verdade, o mesmo valor. À Moral e ao Direito devemos logicamente atribuir as mesmas características de absolutidade ou de relatividade, de naturalidade ou de arbitrária invenção. Sob este aspecto, impossível é qualquer contradição ou disparidade entre eles, pois à Moral e ao Direito correspondem normas do operar que, por terem fundamento único, se implicam e integram reciprocamente¹¹⁵.

¹¹² *Apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p.109.

¹¹³ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 66.

¹¹⁴ “Se em todos os tempos se proclamou que o Direito, ao se concretizar em normas obrigatórias, há de se respeitar os princípios da Moral, hoje mais do que nunca se acentua a tendência que as normas morais revelam no sentido de sua transformação em normas jurídicas; acentua-se, isto é, a tendência para a moralização do Direito.” (RÃO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. 1 v. 1 t. p. 41).

¹¹⁵ DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do Direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1959. p. 89.

Faziam alguns doutrinadores ressalvas a esse pensamento, acreditando depender a correlação de um prévio exame quanto à moralidade do valor que se pretendia concretizar:

Um dos sofismas mais perniciosos dos tempos presentes foi o de se querer inferir a lei moral de um inquérito sobre os costumes. A história dos costumes, afirmei, não é senão o longo martirológico da lei moral, a história dos desfalecimentos e das traições da vontade humana em luta contra essa lei. [...]
A lei moral só se infere da natureza do homem. Lei positiva ou costume que contrariar a lei da natureza humana é, simplesmente, uma lei imoral.
Quando as leis morais são *atributivas*, então elas passam a ser também jurídicas.
As *normas morais jurídicas* constituem o que denominei *Direito Natural*¹¹⁶. (grifo do autor)

Subsistia ainda corrente contrária, defendendo a absoluta separação entre Direito e Moral. No entanto, prevaleceu posição intermediária. Defendia-se de um lado a independência do Direito quanto à Moral, não convalidando a ideia de que bastaria a existência de um simples preceito moral para se justificar a criação de uma norma (principalmente penal) visando tutelar específico valor, entendido por aquela sociedade como adequado. Isso não significava, no entanto, uma posição inflexível e mutuamente excludente. Comuns as hipóteses em que coexistiriam Direito e Moral, traduzindo-se em condutas cuja permissão seria aferível tanto sob o aspecto interno (individual) quanto externo (social), ou, ao reverso, cuja proibição adviria de um e outro referenciais¹¹⁷.

Feita a breve mas necessária digressão, é possível extrair as primeiras conclusões. Estabelecido o Direito como indissociável de seu contexto histórico e cultural – como, aliás, defende Miguel REALE, ao afirmar que a própria concepção de Direito não pode prescindir das experiências e estimativas passada¹¹⁸ – verifica-se que os principais estudiosos da filosofia não admitem que a Moral seja ignorada pelo Direito. Este daquela não se alhearia, exigindo-a para sua legitimação. Até porque, registra novamente Miguel REALE em sua teoria tridimensional do direito, “o valor constitui a experiência jurídica porque os bens materiais ou espirituais, construídos pelo homem através da História, são, por assim dizer, ‘cristalizações de valor’, ou ‘consustanciações de interesses’”¹¹⁹.

¹¹⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Filosofia do Direito*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, editor, [s.d]. 1 t. p. 491-492.

¹¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 311.

¹¹⁸ REALE, Miguel Op. cit., p. 509.

¹¹⁹ “A nosso ver, duas são as condições primordiais para que a correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta: uma se refere ao conceito de *valor*, reconhecendo-se que ele desempenha o tríplice papel de elemento constitutivo, *gnoseológico* e *deontológico* da experiência ética; a outra é relativa à implicação que existe entre o valor e a história, isto é, entre as exigências ideais e a sua projeção na circunstancialidade

Consequentemente, sob uma vertente mais constitucionalista, resultaria a assertiva em uma busca empreendida a um valor fundante, primordial, fazendo lembrar a norma hipotética fundamental formulada por Hans KELSEN, embora sob prisma menos asséptico. E este é (o produto final da pesquisa) ao mesmo tempo objeto e fim: o próprio indivíduo enquanto pessoa humana. Modernamente, como decorrência, elegeu-se a dignidade da pessoa humana como princípio irradiador. Posicionou-se em tal sentido Miguel REALE JÚNIOR:

A Constituição de um Estado Democrático de Direito se, de um lado, consagra direitos fundamentais e estabelece limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo frente ao Estado, por outro fixa diretrizes, com a finalidade de promover valores e ações de cunho social. Defluem, portanto, do texto constitucional princípios fundamentais de Direito Penal, sendo o primeiro e básico o da dignidade da pessoa humana¹²⁰.

Diriam outros, quiçá, ser a procura a determinado bem jurídico legitimador da tutela penal, concordante ou não com a moral.

Ter-se-ia, aqui, uma perspectiva negativa. Se uma regra jurídica contrariar uma regra moral, destacando-se o valor maior dignidade da pessoa humana – logo, se for imoral – deixaria de ser uma regra cuja aplicação se possa justificar ou exigir. Não pode o Direito pretender, na particularidade, qualquer efeito, afinal “só a moral é capaz de servir de fundamento à força obrigatória do direito”¹²¹. Sem ela e sob tal viés¹²², o Direito não teria qualquer aplicabilidade, devendo restar como letra morta. A Moral serviria, essencialmente, para dar validade às condutas humanas. Dimitri DIMOULIS explica:

A moral impõe aos membros da sociedade determinados padrões de comportamento, seguindo o critério do justo. Por sua vez, a pessoa que é moralmente correta deve fazer o justo adotando regras de comportamento conforme o ideal de justiça social. Em palavras mais simples: a moral se identifica com a justiça no campo jurídico porque nunca aquilo que é imoral pode ser considerado justo, nem aquilo que é visto como injusto pode ser considerado moralmente correto¹²³.

histórico-social como valor, *dever ser e fim*. Do exame dessas duas condições é que resulta a natureza *dialética* da unidade do Direito”. (grifos do autor) (Ibidem, p. 543).

¹²⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. Cit., p. 26-27. Continua o jurista: “Nesse sentido, o Direito Penal está limitado negativamente pela Constituição, devendo ater-se a estes princípios, não violando os valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se. Do contrário, a norma seria inconstitucional”. Raciocínio idêntico pode ser aplicado à esfera processual penal.

¹²¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1961. 1 v. p. 128

¹²² Não é demais realçar existirem normas sem qualquer carga valorativa, de natureza apenas administrativa, por exemplo.

¹²³ DIMOULIS, Dimitri. *O caso dos denunciadores invejosos. Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19.

Indo-se ao extremo na questão, aos atos injustos – logo, aos atos imorais – é legítimo ao indivíduo a oposição de resistência. Isso levou alguns estudiosos, nas mais variadas repartições do Direito, à constatação aqui resumida nas palavras de Pedro SALVETTI NETTO: “não só é obrigação do Estado respeitar a lei moral de onde é necessário promane a lei jurídica, como também, que da colisão dessas normas deve [...] prevalecer a lei moral”¹²⁴. Isto, aliás, já fora firmado por Eduardo Juan CONTURE em feliz síntese a já compor os anais dos brocardos jurídicos pela exaustiva repetição: “Teu dever é lutar pelo Direito, mas seu um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”. Voltando-se a Pedro SALVETTI NETTO, complementa o jurista:

é que não se pode transformar o direito em instrumento capaz de destruir valores integrados na natureza humana e, pois, hábil a destruir o próprio homem. Volta a regurgitar, soberanamente, a realidade do direito natural ‘para dominar as concepções possíveis de uma ordem jurídica desejável e que, além da contingência das interpretações de que é o bem comum suscetível, se impõe paralelamente a todos os homens [...]. Mostra-se a ordem moral pressuposto da ordem jurídica e política, primeiro fim a ser atingido pelo legislador na realização de uma ordem social matizada de valores humanos integrais e perfeitos¹²⁵.

É a busca dessa harmonia a pedra de toque de qualquer ordenamento jurídico. Não ocorre, como aliás alerta Gustav RADBRUCH, que

esta sanção do direito penal pela moral só se torna, porém, possível por o direito, apesar de todas as variedades do seu conteúdo, ter ela por fim. Certamente, não é pelo fato de o direito fortalecer os deveres morais com uma sanção jurídica que podemos considerá-lo um servidor da moral, para ajudar ao cumprimento dos deveres desta¹²⁶.

Chega-se à essência, ao direito natural enquanto direito inerente ao próprio homem, enquanto dever-ser. Volta-se, portanto, a Miguel REALE:

A esta altura já se vê que é na natureza mesma do homem, – o único ente que originariamente é enquanto deve ser, – que se deve buscar a fonte da vida ética, condicionado, transcendentemente, as diversas experiências axiológicas que compõem a tessitura da sociedade e da história. Se o homem não é concebível sem os valores que o inspiram, e se a todos os homens tem de ser assegurada a possibilidade de serem o que realmente ‘devem ser’, a subjetividade da pessoa e a objetividade de uma ordem social de pessoas surgem como valores distintos, mas complementares: é no conceito ‘bilateralidade atributiva’ que vejo concretizar-se

¹²⁴ SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 223

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ RADBRUCH, Gustav. Op. cit., p. 130.

esse nexo de distinção e complementaridade, através do processo dialético de implicação-polaridade que governa as experiências moral e jurídica¹²⁷.

Socorra-se novamente da teoria tridimensional do direito de Miguel REALE: “o valor constitui a experiência jurídica porque os bens materiais ou espirituais, construídos pelo homem através da História, são, por assim dizer, ‘cristalizações de valor’, ou ‘consustanciações de interesses’”¹²⁸.

Fundamental realçar: tal perspectiva entre Direito e Moral é negativa, funcionando esta como fator limitativo (critério de validade) daquele. Quanto ao ponto, as controvérsias são escassas. Ao revés, elegendo a sociedade determinado valor como moralmente relevante, sob um aspecto positivo, questiona-se se seria legítima a imposição de uma regra jurídica objetivando a tutela. E mais: se poderia possuir a norma natureza penal.

Necessário, nesse momento, invocar a teoria do bem jurídico-penal. Não basta a distinção conceitual entre Direito e Moral para delimitar o alcance do *jus puniendi* estatal. Reitere-se: uma regra jurídica que prescreva um agir, formalmente perfeita embora, não será idônea se contrariar valores maiores, notadamente de índole constitucional. Esta conclusão, no entanto e por si só, não impede a expansão da tutela da moral à esfera penal, protegendo valores sociais ou, mais comumente, de parcela da coletividade, cuja ofensividade inexistia ou seja inócua frente à gravidade punitiva e estigmatizante da sanção criminal.

Assim, fixe-se novamente: adotando-se uma perspectiva negativa de validade da norma, conclui-se que aquilo que imoral é, jurídico não pode ser. Paralelamente, aquela sociedade que perde o referencial moral, subverterá sua sistemática, deixando de legislar para o indivíduo/cidadão, aquele que é – e deve ser – o destinatário das normas, o fim último destas.

Como relembra Francisco de Assis TOLEDO, “embora não se possa afirmar a existência de perfeita coincidência entre o conteúdo da norma moral e da norma penal, fora de dúvida é que um ordenamento penal em contradição com a ordem moral que lhe é coetânea

¹²⁷ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 270.

¹²⁸ Prossegue o juriconsulto: “A nosso ver, duas são as condições primordiais para que a correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta: uma se refere ao conceito de *valor*, reconhecendo-se que ele desempenha o tríplice papel de elemento constitutivo, *gnoseológico* e *deontológico* da experiência ética; a outra é relativa à implicação que existe entre o valor e a história, isto é, entre as exigências ideais e a sua projeção na circunstancialidade histórico-social como valor, *dever ser* e *fim*. Do exame dessas duas condições é que resulta a natureza *dialética* da unidade do Direito”. (grifos do autor) (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 543).

não teria eficácia”. Acrescenta o jurista adiante e em complemento: “não é, por fim, o direito penal instrumento de depuração ou de salvação espiritual de quem quer que seja” ¹²⁹.

A Moral, assim, não pode servir isoladamente ao incremento de criminalizações, embora possa orientar quanto à validade de uma norma sob um aspecto negativo (legitimidade quanto à obediência ao preceito).

2.1. Apontamentos históricos sobre o tratamento penal das ofensas sexuais

O estupro, conforme a época em que se o observa, nem sempre foi considerado como o mais odioso dos delitos. Por vezes era até mesmo permitido, como quando cometido no seio da relação marital, ainda que não consentido o ato pela esposa. O tratamento variava maioritariamente conforme se alteravam os pressupostos que inspiravam a criminalização da conduta: se de índole religiosa, protetivos da moral ou em decorrência de ofensa à mulher (ou mesmo ao homem).

Assim, muito embora a noção do estupro possa se confundir com uma concepção genérica dos crimes sexuais, é de se observar que, historicamente, existiram variações de seu tratamento, merecendo observação histórica tanto vertical como horizontal.

Para os primitivos, o sexo era fundamentalmente visto como algo concomitantemente natural e divino. Vêm dos primeiros grupamentos humanos os mais antigos tabus, constitutivos de extensa gama de condutas proibitivas, despontando o incesto ¹³⁰. Cuida-se de época na qual prevalecia a tradição oral e, nesse sentido, os mitos continham importante fator explicativo e, mais ainda, influenciavam diretamente o comportamento social. Inúmeras são as narrativas nas quais a posse sexual decorre da força ou da fraude ¹³¹.

¹²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 12-13.

¹³⁰ Desenvolve João Daniel RASSI: “O primeiro e mais importante interdito é o incesto, cuja eficácia depende não apenas da força das normas, mas também da sua interiorização plena, inconsciente”. (RASSI, Daniel. *Comportamento da vítima no Direito Penal Sexual*. 2006. Op. cit p. 13, nota de rodapé nº 22).

¹³¹ “A mitologia da Grécia e de Roma revela uma extraordinária variação no tema da violência sexual: desde simples rapto de mulheres por deuses, rapto de mulheres para casarem com o raptor, rapto de mulheres para serem entregues a amigos, raptos não-castigados ou castigados, castigo de raptos com loucura e melancolia, dois homens raptando uma mulher e disputando-a com a sorte, raptos mortos, mulher raptada duas vezes, rapto de irmãs separadamente, mulheres raptadas e assassinadas, mulher raptada que enlouquece por punição divina, mulher raptando homens, homem raptado por mulher que se suicida, homem raptado por deus, homem raptado duas vezes por homens, mulher raptando mulher, até dois amigos raptando estátua de mulher”. Note-se que todos os raptos tinham cunho libidinoso, consentida ou não a relação decorrente. (CHARAM, Isaac. *O Estupro e o Assédio Sexual: como não ser a próxima vítima*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997. p. 19).

Inicialmente, eram as mulheres as chefes das famílias ou clãs, muito em decorrência da sublimação da maternidade. No entanto, no transcurso dos séculos, percebeu o homem seu papel determinante na geração da prole, convertendo tal conhecimento em ascendência sobre o gênero feminino ¹³². Disso resultou a tradição antiga de rapto às mulheres, com a violência indicando a força e supremacia do homem ¹³³.

Os Hebreus, por exemplo, aplicavam o Deuteronômio, impondo “a pena de morte ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento” ¹³⁴. Teria este a companhia feminina no trespasse se deitasse com ela, mulher casada ¹³⁵. Era nítida, também, a preocupação com a virgindade, havendo inclusive punição àquele que fizesse falsa notícia de não ser mais pura a moça ao tempo do matrimônio ¹³⁶ ou aqueloutro que, coabitando com moça virgem, fosse apanhado pelo pai desta, devendo então com ela se casar para o resto da vida ¹³⁷.

O Código de Hamurabi entendia, similarmente, que somente se cogitaria de estupro conquanto residisse a vítima virgem na casa de seu pai, cominando a pena capital ao agressor ¹³⁸. Era nítido o cuidado que cercava o trato à mulher, geradora da prole e responsável pelo lar ¹³⁹, embora a finalidade da proteção não objetivasse primariamente os interesses dela, mas antes os da família ou do varão. Havia preceitos também denotando preocupação com o adultério, igualmente presentes no Código de Manu ¹⁴⁰.

¹³² “Quando o homem descobre que é um elemento fundamental para a procriação, o que deve ter ocorrido provavelmente em sua observação aos animais domésticos presos que não procriavam, inicia-se a dominação masculina.” Acredita-se, conforme explica João Daniel RASSI, que foram os kurgos, invasores da Europa entre os anos de 5.000-4.000 a.C. os primeiros a mudar as estruturas de poder para o *pater familiaris*. (RASSI, Daniel Op. cit., p. 16).

¹³³ CHARAM, Isaac. Op. cit., p. 70. Nesse contexto, complementa o autor, “o poder de rapto se transformava em direito de posse”. Relata ainda que, com o decurso dos tempos, o rapto foi cedendo lugar ao pagamento à família, o dote. (p. 71).

¹³⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 3 v. p. 106. Explica ainda o jurista que, em se tratando de mulher virgem mas não “desposada”, cominar-se-ia a pena de multa cumulada com a obrigação de se casar com a vítima. No mesmo sentido, cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 8 v. p. 114.

¹³⁵ MÉDICI, Sérgio Oliveira. O sexo e a lei penal. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público, n. 78. jul/set 1972. p. 200.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 200-201.

¹³⁷ Consta do Deuteronômio que, em tal hipótese, deveria ainda o homem pagar ao genitor da moça cinquenta ciclos de prata. (CHARAM, Isaac. Op. cit., p. 53).

¹³⁸ MÉDICI, Sérgio Oliveira. Op. cit., p. 201.

¹³⁹ REHDER, Guilherme Augusto Corrêa. *Crimes sexuais: ensaios históricos*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=10473>. Acesso em: 20/04/2015.

¹⁴⁰ MÉDICI, Sérgio Oliveira. Op. cit., p.201. A pena era a lapidação de ambos adúlteros, anota Guilherme Augusto Corrêa REHDER.

A despeito de eventuais previsões deduzidas em códigos escritos ou orais, “o sexo era, então, tratado como coisa sobrenatural, divina, inexpugnável, acarretando doenças e loucuras quando não fosse devidamente respeitado. A violação das normas sexuais era muito mais uma ofensa à divindade do que à própria pessoa que a sofria”¹⁴¹.

Embora nos mitos o estupro (e mais comumente o rapto, do qual decorria a violação) fossem tema recorrente, em matéria de crimes sexuais desponta claramente que os helênicos abominavam tal prática no cotidiano.

Em um primeiro momento, punia-se a violação apenas com multa, o que logo foi abandonado, passando-se a invocar frequentemente a pena capital, “que veio a tornar-se invariável, abolindo-se a alternativa (anteriormente consentida) entre ela e o casamento sem dote”¹⁴².

Considerando-se a cultura grega com um todo, no entanto, não se concebia o sexo como “um mal ou atribuíram a sua prática como sendo uma imoralidade”, exceção feita “a alguns casos, como o adultério da mulher casada”¹⁴³. Também era punível, porquanto considerada criminosa, a prática do incesto¹⁴⁴.

A prostituição, de seu turno, não se revestia de carga moral negativa. Era de início praticada nos templos como forma de manifestação religiosa. Mais tarde, pela ação de Solon, passou a ter lugar também em “estabelecimento público e municipal [...], mantido às expensas do governo, o qual concedia a entrada, a um preço estabelecido, a quem desejasse, para, por uma hora, gozar dos amores dos jovens, revertendo parte dos lucros aos cofres do Estado”¹⁴⁵.

Roma adotou grande parte dos costumes gregos, isso significando que não se notou significativas inovações respeitantes às inter-relações havidas entre direito e moral¹⁴⁶. Curiosa, no entanto, enquanto um relato mítico (e mesmo religioso), é narrativa da fundação de sua Capital, que viria a ser o epicentro de um dos grandes impérios da humanidade. Conta-se o episódio:

Rômulo assassinou seu irmão Remo e construiu a cidade de Roma, onde não havia mulheres, só pastores e bandidos. Recorreu a um artifício, anunciou uma festa, e os sabinos para lá se dirigiram com suas mulheres, que foram raptadas. Quando os pais e maridos sabinos foram vingar-se, as mulheres raptadas colocaram-se entre os

¹⁴¹ Ibidem, p. 202.

¹⁴² HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 114.

¹⁴³ RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 18.

¹⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 73.

¹⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 73.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 74.

contendores, não deixando haver banho de sangue, e os sabinos e romanos se tornaram um só povo. A instituição original do casamento por estupro pode ser encontrada nesta lenda ¹⁴⁷.

Abandonando o campo das lendas e observando a sociedade latina, verifica-se que o contato homossexual, embora presente, foi durante vários períodos encarado com reservas ¹⁴⁸. De outro lado, o papel discriminatório de homens e mulheres na comunidade se manteve com poucas alterações, realçando-se a ascendência do *pater familias*. Dentre seus poderes estavam o de censurar e reprimir as condutas dos membros de sua casa que atentassem contra os costumes e a dignidade da família ¹⁴⁹ Era o patriarca – e não o real recipiendário da ação delitiva – considerado a vítima da ofensa ¹⁵⁰.

Saindo da esfera dos lares, mas ainda em relação ao sujeito passivo da ofensa sexual, as meretrizes não podiam ser vítimas do delito de estupro, fazendo o Código Justiniano referência tão somente à *virginum honestarum* ¹⁵¹.

Importante anotar ter origem romana o vocábulo “estupro”, enquanto derivando de “stuprum, [...] que equivalia a qualquer congresso sexual indevido, compreendendo inclusive a pederastia e o adultério” ¹⁵². Ou seja, em sua origem não tinha como pressuposto a violência ou o dissenso da vítima, mas a reprovação moral (social) ao enlace.

Dentro dessa perspectiva e sob o prisma de crime contra a liberdade, os latinos admitiam igualmente o homem enquanto vítima do delito, fundados “na ideia ampla de vis” ¹⁵³.

¹⁴⁷ CHARAM, Isaac. Op. cit., p. 22-23.

¹⁴⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 338.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: Reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005*. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p. 51. Explica o autor: “acontecia a intervenção penal não à vista da moral individual, mas fundamentalmente projetando a tutela da pureza dos costumes daqueles que estavam submetidos ao poder paterno ou marital – o fundamento da família romana, com forte conotação religiosa. [...] Nessa ordem de entendimento, a vítima dos crimes não era a pessoa que sofria da conduta delituosa, v. g., uma mulher estuprada, mas sim seu pai ou marido. Concomitantemente havia os crimes que atentavam contra a ordem familiar, como a bigamia e o adultério – onde figurava como vítima o ente família, de índole supra-individual”. O poder do homem, no âmbito do lar romano, permitia ao “marido traído, como juiz da mulher, [...] condená-la à morte, porém não tinha o direito de perdôá-la completamente, sendo forçado, em tais casos, a repudiá-la publicamente”.

¹⁵¹ FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estupro: enfoque criminológico. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público, n. 154 abr/jun 1991. p. 85.

¹⁵² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 673-674. No mesmo sentido, cf. NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 107. Já Isaac CHARMAM anota que “a palavra ‘estupro’ se origina do latim stupare, significando ‘estupefato’, ‘ficar imóvel’, ‘ficar atônito’. Em inglês é rape, do latim rapio, ‘ser atacado’. Em francês, é viol, do latim vis, de raiz grega, significando ‘força’”. (CHARAM, Isaac. Op. cit., p. 146).

¹⁵³ LISZT, Franz von. Op. cit., p. 122-123.

Vislumbrava-se no período românico, analisadas sobre um equivalente de bem jurídico, a incriminação de três grupos de condutas concernentes ao direito penal sexual,

um atinente à liberdade sexual, encontrado, v.g., nos casos de violação, tido como verdadeira *iniuria atrox*; o outro concernente à moralidade sexual ou ao conceito da sociedade sobre os limites das relações sexuais entre os seres humanos, como no caso de estupro ou fornicação (aqui se reprimiam os casos de bestialismo ou sodomia, sendo vistos este e aquele como *pecado negando*); e, por último, a categoria protética da ordem familiar, onde se encontrariam condutas como a bigamia e o adultério¹⁵⁴. (grifo do autor)

Vale acentuar, ainda, que a prostituição não era proibida. O imperador Calígula, a exemplo do outrora sucedido na Grécia, chegou a taxar tal atividade, aumentando expressivamente os lucros da Administração romana ¹⁵⁵. De outro lado, embora se criminalizasse o adultério e a bigamia, não se o fazia em relação ao incesto, permitido este pela religião ¹⁵⁶.

Avançando à Idade Média, verifica-se que o fundamento da punição dos crimes, notadamente os sexuais, derivava antes da transgressão à moral ou à ordem divina do que por ofensa concreta a outrem. Evidencia-se a assertiva quando da verificação de incidir o estupro somente sobre a defloração violenta da virgem, quando consubstanciando em atentado à imaculabilidade feminina elevada pelo cristianismo ¹⁵⁷. Não possuísse a vítima a pureza das vestais, descaracterizado estaria tal crime ¹⁵⁸, eventualmente incidindo outra espécie delitiva menos gravosa. Graduavam os práticos as modalidades de ofensas sexuais:

À conjunção carnal *per vim* chamaram *stuprum violentum*. Distingua-se entre *estupro simplex* (que, por sua vez, se dividia em *proprium* e *improprium*, conforme houvesse, ou não, *defloratio*) e *estupro qualificado*, isto é, quando intervinha o emprego de violência (real ou ficta) ou de *sedução*. A única diferença entre a primeira modalidade e a *fornicatio simplex* consistia em que esta se realizava com mulher desonesta (*cum meretrice*). O direito canônico (que punia até mesmo a *fornicatio simplex*) só admitia o *stuprum violentum* quando a paciente era virgem¹⁵⁹. (grifos do autor)

¹⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 154-155.

¹⁵⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 338.

¹⁵⁶ SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 51.

¹⁵⁷ De se realçar, por oportuno, que o “termo ‘estupro’, [...] etimológica e socialmente, também significa desfloramento da virgem, isto é, equivalia a uma ‘violação da virgindade da mulher’”. DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. *Crimes Sexuais com Adolescentes: Particularidades dos Artigos 174 e 175 do Código Penal Português*. Lisboa: Almedina, 2006. p. 93.

¹⁵⁸ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 106. No mesmo sentido, cf. MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Op. cit., p. 203.

¹⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 115. O vocábulo “admitia” deve ser compreendido na acepção de “reconhecia”.

Aliás, grande dificuldade remanesce às mulheres para provar o crime contra elas perpetrado. Além de terem sido vítimas do estupro, precisavam se humilhar para mostrar em público a violência sofrida e relatar o ocorrido ao magistrado, o que certamente desestimulava a denúncia da infâmia suportada ¹⁶⁰.

A prostituição, inicialmente tolerada enquanto um “mal necessário”, conforme Tomás de AQUINO, depois passou a ser reprovada e perseguida, bem como o homossexualismo ¹⁶¹. Punia-se, de uma forma geral, a “atividade sexual extra-matrimonial – à vista do fato que a religião apenas permitia o sexo dentro do ‘laço sagrado’ do matrimônio – e toda e qualquer atividade considerada ‘contra o pudor’” ¹⁶². Condenava-se a luxúria, o adultério, o incesto e a homossexualidade ¹⁶³.

Sucederiam, na História, épocas em que houve incremento ou tolerância quanto à punição de condutas em matéria sexual ¹⁶⁴, o que será melhor delineado a partir do estudo da legislação brasileira na tutela do direito sexual, mormente pelos instrumentos das ciências criminais ¹⁶⁵.

Iniciando-se em Brasil e Portugal com as Ordenações do Reino, de conteúdo fortemente influenciado por ideário medieval no qual profundamente arraigada uma moral religiosa radical, e nos demais países a partir dos respectivos processos de unificação, ainda hoje não se vislumbra o total abandono de tais inspirações, muita vez regredindo o legislador

¹⁶⁰ Narra detalhadamente Isaac CHARMAM o procedimento medieval: “o estupro era considerado um crime de sangue quando a vítima era virgem e nobre. Era necessário que ela tivesse a coragem de apresentar queixa [...]. A mulher deveria imediatamente após o ato ir às comunidades vizinhas e relatar o que acontecera e mostrar, aos homens de boa reputação, o sangue em suas vestes revoltas e rasgadas. Deveria, depois, procurar o magistrado do rei local e fazer sua reclamação. Seu recurso seria registrado palavra a palavra, exatamente como ela diria. No dia seguinte, deveria repetir sua reclamação nos mesmos termos feitos anteriormente, termos que não poderia mudar, sob pena de que o pedido fosse considerado contrário”. (CHARMAM, Isaac. Op. cit., p. 64).

¹⁶¹ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 339.

¹⁶² SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 51-52.

¹⁶³ RODRIGUES, Thaís de Camargo. *O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento*. 2012. 204 p. Dissertação – Mestrado em Direito Penal – Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 19.

¹⁶⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 339. Prossegue o autor: “Exemplificativamente, com o Renascimento, houve certa mitigação, mas com a Reforma religiosa, intensificou-se o controle. Já com o Romantismo e o desenvolvimento industrial, retornou-se a um momento de moderação. Após a Primeira Guerra Mundial, a seu turno, houve recrudescimento. Nos anos 1960-1970, novamente, deu-se um abrandamento, em razão da revolução de costumes e do movimento feminista”.

¹⁶⁵ Tadeu Antônio Dix SILVA faz breve recorte histórico, indicando cinco tópicos demarcatórios da evolução da tutela (do bem jurídico) no direito sexual: a) direito romano; b) direito canônico (período medieval); c) ideologia iluminista (século XVIII, período no qual os “*crimes sexuais deveriam ser colocados em conexão com a liberdade sexual das pessoas*”); d) filosofia idealista (século XIX, com realce à moralidade sexual, com conceitos como “bons costumes” e “honestidade”); e) revolução sexual (anos 1960-1970). (SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 51 e ss).

brasileiro e pretendendo tutelar condutas *a priori* sem qualquer danosidade/ofensividade ou não violadoras de quaisquer bens jurídico-penais, mas antes firmada em preceitos exclusiva ou predominantemente morais.

Os influxos medievais, profundamente moralistas, só iriam arrefecer no século XVIII. O iluminismo passou a observar o Direito Penal sob outro prisma, deitando reflexões no tratamento de condutas de índole sexual. BECCARIA, por exemplo, já advogava ser a lei penal antes um estímulo ao adultério (e não o meio para se o combater) e punir com excessivo rigor a pederastia ¹⁶⁶. Era um abolicionista, observando a necessidade da sanção penal (e mesmo a ameaça desta) ser proporcional face ao mal praticado pelo indivíduo à sociedade e à vítima ¹⁶⁷.

Já se notava, ali, um indicativo do que somente muitos séculos depois iria ocorrer, com parcial êxito: o afastamento da esfera de interesse do Direito Penal daquelas condutas a tutelarem meramente a moral, remanescendo apenas as incriminações objetivando proteger bens-jurídicos penais, na esfera sexual, de cunho individual. O êxito, como se verá, foi parcial.

2.2. Legislação estrangeira

Antes de adentrar a específica análise do ordenamento jurídico pátrio, compreendida a Colônia até a lei 12.015/2009, além de projetos de lei (nestes incluído o projeto de novo Código Penal), necessário um cotejamento com outras legislações, provenientes de países da Europa. De se notar que o Direito brasileiro, em matéria penal sexual, vem antes incorporando – no mais das vezes após feroz resistência de setores mais conservadores – tardiamente a

¹⁶⁶ Afirma o pensador: “O adultério é um delito que, observado sob o ponto de vista político, apenas é tão comum porque as leis não são fixas e porque os dois sexos são por natureza atraídos um pelo outro. [...] O adultério é produzido pelo abuso de uma necessidade permanente, comum a todos os mortais, que é anterior à sociedade; enquanto que os demais crimes, que tendem quase sempre à destruição do contato social, são antes a consequência das paixões do momento do que das necessidades da natureza. [...] O adultério é crime de momento; cerca-se de mistério; cobre-se com um véu que as leis mesmas fazem empenho em manter, véu necessário, porém de tal maneira transparente que apenas faz aumentar os encantos do objeto que esconde. As oportunidades são tão fáceis, os efeitos tão duvidosos, que é bem mais fácil ao legislador preveni-lo quando não foi praticado do que reprimi-lo quando já se estabeleceu”. Quanto à pederastia, anota: “A pederastia que as leis castigam com tanto rigor e contra a qual se utilizam facilmente esses tormentos atrozes que vencem a própria inocência, é menos a consequência das necessidades do homem isolado e livre do que o desvio das paixões do homem escravizado que vive em sociedade. Se em alguns casos é produzida pela saciedade dos prazeres, é muito comumente a consequência dessa educação que, para fazer com que os homens sejam úteis aos demais, principia por torna-los inúteis a si mesmos”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Exposição do Livro, [s.d], p. 82-83)

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 61.

evolução no campo dos delitos sexuais, motivo pelo qual opta-se por refletir elementos importantes primeiramente deduzidos na normativa alienígena, retomando-os à frente no aprofundamento das leis pátrias.

A eleição dos países cotejados estriba-se nas influências pretéritas já vislumbradas na legislação brasileira, bem como a precedência na efetivação de reformas legais quanto à matéria. Por questões sistêmicas, aborda-se apenas nações pautadas pela estrutura do direito penal continental.

2.2.1 Portugal

Portugal se tornou um Estado soberano apenas no século XII. Inicialmente fizera parte do reino de Leão, surgido após a lenta retomada da Península Ibérica invadida pelos mouros algumas centúrias antes. Assim, em 1143, era Afonso Henrique aclamado rei de Portugal, consolidando a independência que declarara quatro anos antes. Na ocasião surgiam as primeiras previsões jurídicas genuinamente lusitanas, as leis fundantes do reino¹⁶⁸. Dentre as proposições, em grande parte de índole penal, já se tutelavam os delitos sexuais: o adultério feminino, punível com a morte da esposa e do adúltero, salvo perdão do marido; e o “forçar virgem nobre”, ao qual se cominava a morte e expropriação dos bens do infrator em favor desta ou, não possuindo estirpe a vítima, deveria ela se casar com o ofensor, independentemente da linhagem deste¹⁶⁹.

Curioso é o fato de que, ao tempo, ainda prevaleciam os “forais”, ou seja, normativas intrinsecamente ligados a pequenos territórios dentro do reino, que dispunham sobre os usos e costumes daqueles locais. Acentuando a falta de uniformidade, verifica-se que ainda era comum o socorro ao Código Visigodo¹⁷⁰. Com o decurso do tempo, a legislação esparsa foi compilada, surgindo então as Ordenações Afonsinas, sucedidas pelas Manuelinas e, por fim, pelas Filipinas.

¹⁶⁸ Para maiores detalhes sobre a o Direito na Lusitânia, desde seus primórdios, passando pela formação do Reino até as Ordenações, cf. CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. rev. e adap. São Paulo: Revista dos Tribunais/Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 31-134.

¹⁶⁹ “[...] 2. A mulher se cometer adultério a seu marido com outro homem, e seu próprio marido denunciar dele à justiça, sendo as testemunhas de crédito, seja queimada viva, depois de o fazerem saber a el-rei, e queime-se juntamente o varão adúltero com ela. Porém se o marido não quiser que a queimem, não se queime o cúmplice, mas fique livre, porque não é justiça que ela viva e que o matem a ele.

3. [...] Se alguém forçar virgem nobre, morra, e toda a sua fazenda fique à donzela injuriada. Se ela não for nobre, casem ambos, quer o homem seja nobre, quer não”. (CAMARGO, Joaquim Augusto de. Op. cit., p. 72).

¹⁷⁰ CAMARGO, Joaquim Augusto de. Op. cit., p. 77.

As Ordenações Afonsinas, publicadas em 28 de julho de 1446, possuíam estruturação inspirada na coleção de Decretais de Gregório IX, com cinco livros, dispondo o último sobre delitos e penas ¹⁷¹. Nas infrações que exibem pertinência à dissertação, destaca-se o título 6º (“da mulher forçada, e como se deve provar a força ¹⁷²”). A transgressão resultava na morte do ofensor. Na sequência, aí sim de cunho puramente moral, punia-se o adultério e relacionamentos não permitidos pela sociedade da época, sob forte influência religiosa da Igreja Católica ¹⁷³. Emprestava-se grande significância à virgindade e, de uma forma geral, às condutas das mulheres, denotando um viés moralista e patriarcal.

Em 1521 o diploma seria sucedido pelas Ordenações Manuelinas. Com poucas mudanças quanto ao conteúdo e diretrizes, teve como objetivo maior acrescer à estrutura precedente aquelas determinações que vieram a lume no interregno da publicação das Afonsinas e o início de sua vigência ¹⁷⁴. Tocante à seara sexual (inclusive sob o aspecto moral), mantiveram-se as incriminações anteriores, alterando-se somente a ordem geográfica e sequencial dos dispositivos, com aditivos pontuais ¹⁷⁵.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 89.

¹⁷² “E vistas por nós as ditas leis, conformando-nos aos direitos imperiais, e Ordenações, ponhamos por lei, que todo homem, de qualquer Estado e condição que seja, que forçosamente, e por força dormir com mulher casada, ou religiosa, ou moça virgem, ou viúva, que honestamente vivesse, morra por isso, e não possa em tal caso gozar de nenhum privilégio.” (*Ibidem*, p. 96).

¹⁷³ Transcrevam-se as respectivas rubricas dos artigos, cuja compilação foi feita por Joaquim Augusto de CAMARGO (*Ibidem*, p. 89-90): “7º. Do que dorme com mulher casada por sua vontade; 8º. Que não traga algum homem barregã na Corte; 9º. Do que dorme com moça virgem ou viúva por sua vontade; 10º. Que não possam demandar virgindade depois que passarem três anos; 11º. DO que casa ou dorme com parenta, ou manceba, daquele com quem convive; 12º. Da mulher casada que saiu da casa de seu marido para fazer adultério; 13º. Do que casa com mulher virgem, ou viúva, que está em poder de seu pai, ou mãe, avô, ou tutor, sem sua vontade; 14º. Do homem que casa com duas mulheres ou com criada daquele com quem vive; 15º. Do oficial d’el-rei que dorme com mulher, que perante ele requer desembargo algum; 16º. Das alcoviteiras e alcaiotes; 17º. Dos que cometem pecado de sodomia; 18º. Do que matou sua mulher por achá-la em adultério; 19º. Das barregãs dos clérigos; 20º. Dos barregueiros casados; 21º. Do frade que é achado com alguma mulher, que seja logo entregue a seu maior; 22º. Dos rufiões que têm mancebas na mancebia pública para delas dependerem, e haverem delas o que ganham no pecado da mancebia; 23º. Do que dorme com a mulher que é casada de feito e não de direito, por causa de algum devido, ou cunhadia; 24º. Das berregas que fogem com aqueles com que vivem; 25º. Do judeu, ou mouro, que dorme com alguma cristão, ou do cristão que dorme com alguma moura, ou judia.”

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 102.

¹⁷⁵ Transcreva-se a compilação de Joaquim Augusto de CAMARGO quanto ao tema (CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Op. cit.*, p. 103). “Título XII. Dos que cometem pecado de sodomia. Título XIII. Dos que dormem com suas parentas e afinas. Título XIV. Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trata dela, ou a leva por sua vontade. Título XV. Do que dorme com mulher casada. Título XVI. Do que matou sua mulher por achá-la em adultério. Título XVIII. Do que casa ou dorme com parenta ou criada ou escrava branca daquele com quem vive. Título XIX. Do que casa com duas mulheres e vice-versa. Título XX. Do oficial d’el-rei que dorme com mulher que perante ele requer. Título XXI. Do judeu ou mouro que dorme com cristã, e vice-versa. Título XXII. Do que entra em mosteiro ou tira freira; ou dorme com ela ou a recolha em casa. Título XXIII. DO que dorme com moça virgem ou viúva, honesta por sua vontade; ou entra em casa de outro para com cada uma delas dormir; ou com escrava branca de guarda. E do que dorme com mulher que anda no paço. Título XXIV. Que não

Com sistemática e conteúdo estrutural muito assemelhados advieram as Ordenações Filipinas. Com vigência concomitante em Portugal e Brasil, são melhor examinadas no histórica da legislação pátria, valendo anotar, no entanto, que substancialmente em muito se assemelham aos diplomas antecedentes.

O Código de 1852, da mesma forma que as antecedentes Ordenações, ainda era orientado pela proteção à honestidade. Tal aspecto, de matiz intrinsecamente moral, perdurou no diploma de 1886 e sucessivas reformas. O Código de 1952, por exemplo, denotava claramente a opção pela tutela da honestidade ¹⁷⁶. Advieram, respectivamente em 1963 e 1966, projetos pretendendo rever as partes Geral e Especial da lei penal, depois submetidos à comissão revisora devido às turbulências políticas de antanho ¹⁷⁷.

Inicialmente, analogamente à evolução do direito penal sexual nas sociedades ocidentais, a repressão criminal em Portugal se fazia influenciada precipuamente por valores morais, cenário a se alterar somente a partir de reformas iniciadas em 1982, vigendo a inaugural a partir do primeiro dia do ano seguinte ¹⁷⁸. Desse momento em diante, passou-se de uma dimensão negativa da sexualidade (repressão ao sexo) para uma positiva, limitando a intervenção do domínio penal quando severamente vergastada a liberdade sexual ¹⁷⁹. A primeira constatação era quantitativa: a matéria, que antes era representada por trinta e seis artigos, foi reduzida exatamente à metade do número de tipos legais preteritamente havidos ¹⁸⁰. O desvirginamento (*defloratio*), por exemplo, deixou de ser elemento do tipo de estupro ¹⁸¹, embora ainda se concebesse exclusivamente a mulher como único sujeito passivo. Não

traga nenhum homem barregã na Corte. Título XXV. Dos barregueiros casados e de suas barregãs. Título XXVI. Das barregãs dos clérigos e dos outros religiosos. Título XXVII. Do frade que for achado com alguma mulher que logo seja entregue a seu maior. Título XXVIII. Das barregãs que fogem àquele com quem vivem e lhe levam o seu. Título XXIX. Dos alcoviteiros e alcoviteiras. Título XXX. Dos rufiões”.

¹⁷⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 59, nota de rodapé 151.

¹⁷⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 50.

¹⁷⁸ Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva DIAS discorre sobre o assunto, anotando: “com efeito, resulta da sucessiva legislação penal portuguesa analisada até essa data [31/12/1982], o direito penal funcionou como um instrumento coercivo a serviço de determinadas ideologias morais, sendo, inequivocamente, razões de ordem moral que fundamentaram a punição dos chamados crimes sexuais”. (DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Mezenes da Silva. Op. cit., p. 203). Foi apenas em 1982, como relembra Renato de Mello Jorge SILVEIRA, que se substituiu a epígrafe “crimes contra os costumes” por “crimes sexuais”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 51).

¹⁷⁹ Esclarece Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva DIAS discorre sobre o assunto, anotando: “Podemos afirmar que, a partir da entrada em vigor do CP na versão de 1982, a concepção negativa de sexualidade, até aí subjacente ao direito penal sexual, deu lugar a uma concepção positiva, no sentido de orientar e determinar que a intervenção penal apenas tivesse lugar quando fosse atacada (de forma grave e intolerável) a liberdade de expressão sexual”. (DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Mezenes da Silva. Op. cit., p. 204).

¹⁸⁰ SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 61.

¹⁸¹ QUEMBA, Celestino Bangula. *Crime continuado*: a problemática dos crimes sexuais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 109. Note-se, pois relevante, que aquilo que o legislador brasileiro alcunha enquanto

obstante perceptível a evolução em diversos pontos. Havia específica previsão da incriminação de “homossexualidade com menores”, a abranger a mera sugestão a que o infante com outrem, do mesmo sexo, praticasse “*acto contrário ao pudor*”¹⁸².

O legislador português promoveria, ainda, outras importantes atualizações quanto à matéria, isto com o advento do Código Penal de 1995, depois pontualmente alterado pelos Decreto-Leis 1998, 2001 e 2007. O novo diploma trouxe mudança quanto à localização geográfica dos crimes sexuais. Passaram estes a integrar a área “dos crimes contra as pessoas”, retirando-se-os do título contra os interesses da vida em sociedade¹⁸³. Disso resultou o aclaramento do objeto de tutela penal almejado: o bem jurídico penal individual liberdade de autodeterminação sexual¹⁸⁴.

Tocante à última mudança normativa, diferentemente da opção brasileira pela unificação de tipos penais, continuou a cuidar de dois crimes diversos: o atentado violento ao pudor – que na legislação lusitana recebeu o *nomen juris* de “coacção sexual”¹⁸⁵ – e o estupro – posto sob a epígrafe de “violação”¹⁸⁶.

“estupro”, para os portugueses significa “violação”. Sob a rubrica de “estupro”, compreendia-se, até o Código de 1982, a “cópula com maior de 14 anos e menor de 16 anos, abusando da sua inexperiência ou mediante promessa séria de casamento”, uma espécie de sedução, se cotejada com a legislação brasileira.

¹⁸² “Artigo 207º - HOMOSSEXUALIDADE COM MENORES: Quem, sendo maior, desencaminhar menor de 16 anos do mesmo sexo para a prática de acto contrário ao pudor, consigo ou com outrem do mesmo sexo, será punido com prisão até 3 anos”. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nverso=1&so_miolo=>>. Acesso em: 30/05/2015.

¹⁸³ No Código de 1982, eram encimadas as condutas em referência no Título III – “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, mais especificamente no Capítulo I – “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, denotando a tutela que se pretendia à época, ainda revestida de fortes contornos morais. Não se viam os crimes sexuais, perceba-se, como atentatórios ao indivíduo diretamente, mas antes como ofensivos à sociedade.

¹⁸⁴ Anota Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva DIAS “que os mesmos estão hoje preordenados à tutela do bem jurídico ‘liberdade e autodeterminação sexual’, agora tratado como valor individual e eminentemente pessoal e não supra-individual da comunidade ou do Estado, como sucedia na versão original do CP que entrou em vigor em 1/1/1983”. (DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Mezenes da Silva. Op. cit., p. 205).

¹⁸⁵ “Artigo 163º - COACÇÃO SEXUAL: 1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até dois anos”. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis> Acesso em: 30/05/2015.

¹⁸⁶ “Artigo 164º - VIOLAÇÃO: 1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de três a dez anos. 2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

Invertendo-se a ordem de tipos penais do diploma português, note-se que o dispositivo 164º entende que o estupro (violação) ocorre pelo coito vaginal, anal ou oral ¹⁸⁷. Abandonou-se, assim, a mulher como sujeito passivo exclusivo e, embora já se caracterizassem o coito anal e oral como figuras equiparadas, foram alçadas, ao lado da cópula, enquanto condutas conformadoras do tipo no próprio *caput* (Decreto-Lei 48/95); adiante, acresceu-se a questão hierárquica de quem praticasse as mesmas condutas, entendendo-se que essa prevalência teria o condão de retirar a voluntariedade plena da vítima, caracterizando-se também a violação quando alguém se prevalecesse de tal condição, embora com apenamento mais brando (Decreto-Lei 65/98); por fim, na redação ora vigente, equiparou-se a introdução de objetos nos orifícios anal e vaginal à figura da violação portuguesa (Decreto-Lei 59/07) ¹⁸⁸.

As alterações havidas na redação do artigo 163º seguiram a mesma lógica da violação. Acresceu-se o uso de ascendência hierárquica (podendo ser pessoal, familiar, profissional ou outras não previstas no parágrafo anterior do tipo) como um elemento a retirar a liberdade da relação sexual (Decreto-Lei 65/98) e, depois, com sutis mudanças na confecção do enunciado de forma a torná-lo mais claro e abrangente (Decreto-Lei 59/07).

Vale acrescentar que se emprestou significativa atenção àquelas condutas praticadas em face das crianças. Assim, positivou o Direito Penal Português, em seu artigo 171º, o delito de “Abuso Sexual de Crianças”, impondo como limite etário à caracterização do ilícito ser a vítima menor de 14 anos ¹⁸⁹. Ao lado disso, alargou o espectro de incidência da tutela penal prevista nos números 2 e 3 do dispositivo referido, embora deste tenha retirado “condutas que nada tinham que ver com a protecção de bens jurídicos relacionados directamente com a liberdade e autodeterminação sexuais, integrando-as agora num novo crime de pornografia de

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão até três anos”. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis> Acesso em: 30/05/2015.

¹⁸⁷ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. Op. cit., p. 95.

¹⁸⁸ “[...] estas formas de penetração sexual constituem, de acordo com os estudos de psiquiatria, violação da liberdade da vítima identicamente intensas e estigmatizantes.” (LOPES, José Mouraz. *Apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 53

¹⁸⁹ “Artigo 171º – ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS: 1 - Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 - Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos. 3 - Quem: a) Importunar menor de 14 anos, praticando acto previsto no artigo 170.º; ou b) Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos; é punido com pena de prisão até três anos. 4 - Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.” Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 30/05/2015.

menores, tipificado no artigo 176”¹⁹⁰. Há, ainda, previsões visando preservar aqueles menores com idade entre 14 e 18 anos que estejam sob a dependência de um adulto¹⁹¹ e salvaguardar adolescentes (entre 14 e 16 anos, nos termos do tipo) inexperientes nas relações com maiores¹⁹². Importante reparar que as penas para as condutas ofensivas à liberdade de autodeterminação sexual da lei portuguesa, se comparadas à brasileira, são substancialmente menores.

Questão não resolvida no ordenamento lusitano é o alcance do que seriam “actos sexuais de relevo”, no que se pode traçar um paralelo com a dificuldade há muito enfrentada no Direito Penal brasileiro quanto aos limites da expressão “outro ato libidinoso” excrescente da conjunção carnal. Tal indagação foi positivada por muitos na doutrina. Questionava-se a definição de ato sexual; qual seria seu alcance (abrangeria o ósculo, o apalpar do corpo alheio); a partir de que instante poderia ser considerado de relevo; se seria coerente punir assemelhadamente aquele que, utilizando-se da violência, obtenha um beijo ou contato libidinoso e aqueloutro que praticasse o coito não consentido¹⁹³.

Embora ainda existam autores que, ao buscar solucionar o impasse, se socorram de elementos permeados de contornos morais¹⁹⁴, a doutrina portuguesa caminha no sentido de, afastando juízos subjetivos, dividir os atos sexuais em 4 espécies: a) de especial relevo (“cópula, coito anal e oral e penetração vaginal e anal com objectos ou partes do corpo”); b) de relevo (“cópula vulvar ou vestibular”, “beijo lingual”, “excitação do clitóris de uma paciente na ocasião de um exame ginecológico”, “passar as mãos nas coxas, seios, órgãos sexuais e ainda todas as formas de manipulação”, entre outros); c) de contato sexual (“sem

¹⁹⁰ QUEMBA, Celestino Bangula. Op. cit., p. 104.

¹⁹¹ “Artigo 172º - ABUSO SEXUAL DE MENORES DEPENDENTES: 1 - Quem praticar ou levar a praticar acto descrito nos n.os 1 ou 2 do artigo anterior, relativamente a menor entre 14 e 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 - Quem praticar acto descrito nas alíneas do n.º 3 do artigo anterior, relativamente a menor compreendido no número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até um ano. 3 - Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até três anos ou pena de multa.” Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 30/05/2015.

¹⁹² “Artigo 173º - ACTOS SEXUAIS COM ADOLESCENTES: 1 - Quem, sendo maior, praticar acto sexual de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que ele seja por este praticado com outrem, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias. 2 - Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias.” Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 30/05/2015.

¹⁹³ QUEMBA, Celestino Bangula. Op. cit., p. 107.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 109.

gravidade objetiva”); d) de exibicionismo ¹⁹⁵, integrando as figuras típicas da violação e coação sexuais, respectivamente.

O que o legislador português erigiu como escopo, segundo a doutrina, for tornar penalmente puníveis apenas as condutas que, em algum grau, afetassem a liberdade de autodeterminação, excluindo aquelas inoportunas ou mesmo de mera reprovação social ¹⁹⁶.

Independentemente disso, fato é que o assunto, enquanto não pacificado pela doutrina e jurisprudência, ou ainda pendendo de ajuste legislativo, torna dificultosa a tarefa do intérprete e poderá levar, na dicção do direito no caso concreto, a julgamentos diversos, ofendendo-se a proporcionalidade quando da individualização da pena.

2.2.2. Alemanha

A Alemanha só se constituiu como uma nação unificada a partir de 1871, criando seu Código Criminal a partir da união dos diplomas prussiano e bávaro ¹⁹⁷. Surgia o RStGB, depois atualizado no decurso dos anos.

Esclarece Franz von LISZT que, tocante ao estupro, exigia-se à sua configuração o constrangimento da mulher mediante cópula, realizado fora do casamento, sendo púbere a vítima. Entendia-se imprescindível a violência, constantando-se-a pelos meios empregados para superação da resistência. Puniam-se na constância do matrimônio somente os atos libidinosos “contra a natureza”, acaso não consentidos. Havia já previsão de outras figuras infracionais, como a sedução, a libidinagem com ofensa de certas relações de dependência, entre outras ¹⁹⁸.

Constava a plêiade de tipos penais da rubrica “crimes e delitos contra a liberdade”, embora categorizados na espécie como “crimes e simples delitos contra a honestidade”. O

¹⁹⁵ Ibidem, p. 108.

¹⁹⁶ “ao exigir que acto sexual seja de relevo, a lei impõe ao intérprete que afaste da tipicidade não apenas os actos ‘insignificantes’ ou ‘bagatelares’, mas que investigue do seu relevo na perspectiva do bem jurídico protegido (função positiva), isto é, determine de um ponto de vista objectivo – se o acto representa um entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima. Assim, ficam excluídos do tipo de actos que, embora ‘pesados’ ou em si ‘significantes’ por impróprios, desonestos, de mau gosto ou depuradoras, todavia, pela sua pequena quantidade, ocasionalidade ou instantaneidade, não entrem, de forma importante, a livre determinação sexual da vítima.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Apud* QUEMBA, Celestino Bangula. Op. cit., p. 106).

¹⁹⁷ LISZT, Franz von. Op. cit., p. 81.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 123-126. Quanto ao homem, acrescenta Franz von LISZT que “O facto de constranger uma pessoa do sexo masculino (por exemplo, masturbação por violência, forçar a ato. de libidinagem contra a natureza) só pôde ser punido nos termos do art. 240”.

fundamento incriminador era a ofensa à moralidade geral da sociedade, valorando-se os elementos das figuras típicas “desonestidade” (*Unzucht*) e “ação desonesta” (*unzüchtigen Handlung*)¹⁹⁹.

Em 1962, considerando-se que datava o Código Penal Alemão de 1871, perdurando inclusive no entremeio do regime nazista²⁰⁰, elaborou-se um Projeto Governamental visando constituir um novo diploma criminal. Explicitava-se no documento orientação ideológica, profundamente moralista: “proibir penalmente também casos de comportamentos especialmente reprováveis do ponto de vista ético, ainda que de fato não seja imediatamente lesionado qualquer bem jurídico”²⁰¹. A rubrica eleita para abranger toda a gama de infrações de tal ordem era “Crimes contra a Honestidade”. Reprimiam-se ali condutas contrárias à moral sexual tradicional. Dessa feita, pretendia-se criminalizar, entre outros comportamentos, a homossexualidade entre adultos, a pornografia, a sodomia e a bestialidade²⁰².

Analisando os influxos então vigentes, verifica-se que a parcela da doutrina que estabeleceu as premissas do projeto governamental considerava que “a pureza e a saúde da vida sexual seriam extremamente importantes para a existência de um povo e a manutenção da ordem natural da vida, sendo imprescindível, pois, a normatização criminal da moralidade sexual”²⁰³.

Como contraposição, surgiu, em 1966, o “Projeto Alternativo”, elaborado por docentes de direito penal. Sua principal pretensão era diametralmente oposta à expectativa estatal: excluir do âmbito de tutela do Direito Penal condutas ofensivas a meros postulados morais²⁰⁴.

Não vingaram ambos os Projetos. Inobstante, a discussão promovida pelas ideias lançadas por um e outro resultaram em diversas leis a reformarem o Código Penal Alemão - StGB. A 1ª Lei de Reforma do Direito Penal, de 1969, retirou do âmbito de criminalização

¹⁹⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 57, nota de rodapé 151.

²⁰⁰ Renato de Mello Jorge SILVEIRA pontua a existência de tentativas de reforma no período: “Após a unificação alemã, deu-se, em 1871, a elaboração do Código Penal do Reich, especificando-se a norma penal como um todo. Lá, em sua Seção 13, dispunha-se sobre os crimes contra a moralidade, noção que durante anos perdurou. Tentativas de sua alteração já ocorreram em 1902, 1909, 1911, 1920, 1922 e 1925, sem grandes sucessos. Note-se, assim, a bastante sentida sobrevida deste Estatuto, já que perdurou mesmo em tempos do regime nazista, com as modificações tidas, em especial, em 1933. Em 1945, no momento pós-guerra, a intervenção das potências de ocupação proporcionou uma série de alterações pontuais em alguns dispositivos, mas o Código, como um todo, se mantinha”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 47).

²⁰¹ Quem transcreve os objetivos propalados no Projeto Governamental é Claus ROXIN. Op. cit., p.38.

²⁰² SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 58. Era o falacioso argumento: “o conhecimento indiscutível de que a pureza e a saúde da vida sexual é um pressuposto extraordinariamente importante para a existência do povo e para a manutenção da ordem natural da vida”. (BAUER, Fritz. *Apud* SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit.).

²⁰³ SILVA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 48.

²⁰⁴ SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 58.

condutas tais como homossexualidade entre adultos (§ 175 do StGB), a sodomia (§ 175, b), a intermediação para satisfação da lascívia alheia (§ 180). Como um todo, descriminalizavam-se condutas cuja reprovação era apenas de índole moral, sem referencial em um bem jurídico ameaçado ou lesionado ²⁰⁵.

Houve outra significativa mudança em 1973, através da 4ª Lei de Reforma do Direito Penal, destacando-se as alterações promovidas no tocante aos delitos sexuais, limitados “– salvo algumas incoerências – a lesões à autodeterminação sexual e à proteção dos jovens” ²⁰⁶. Foi nessa ocasião, inclusive, que cedeu lugar a rubrica “Crimes e simples delitos contra a honestidade” à atualização “Dos crimes contra a liberdade sexual” ²⁰⁷, elegendo-se, como consequência, o bem jurídico “autodeterminação sexual” (*sexuele Selbstbestimmung*) como aquele tutelado pela lei penal ²⁰⁸. Mais adiante, a 6ª Lei de Reforma do Direito Penal, por sua vez, reformulou o tipo da violação contido no § 177 do StGB ²⁰⁹.

Na década de 1990 sobrevieram mais alterações, merecendo destaque a unificação das figuras delitivas equiparáveis ao estupro e atentado violento ao pudor ²¹⁰, em 1997, agora sob a rubrica de “acesso carnal violento” ou “violação” ²¹¹. Por violação entende o diploma germânico a penetração no corpo da vítima. O enunciado a abranger todos os crimes de tal índole passou, em 1998, a ser “Crimes contra a autodeterminação sexual” ²¹²

Nos anos 2000, mais precisamente em 2001, 2003 e 2005, advieram modificações pontuais, notadamente no que tange à proteção de menores ²¹³.

²⁰⁵ Ibidem, p. 60. Transcrevem Alessandra Orcesi Pedro GRECO e João Daniel RASSI o posicionamento do Supremo Tribunal Federal alemão ao tempo: “o direito penal não tem a tarefa de impor um standart moral no plano sexual, senão simplesmente de proteger a ordem social da comunidade, frente às perturbações e incômodos graves. Em outras palavras, o direito penal deve ocupar-se somente da conduta socialmente danosa, não da conduta moralmente desvalorada”. (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Op. cit., p.58, nota de rodapé 151).

²⁰⁶ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 38.

²⁰⁷ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 82.

²⁰⁸ A lembrança é de Luís GRECO, lançada na introdução da obra da qual é um dos organizadores. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016. p. 2.

²⁰⁹ SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 60.

²¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 49

²¹¹ Existe tradução feita do alemão para o espanhol, datando de 1998 e disponível no sítio eletrônico do professor Juarez Tavares (Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 30/11/2016). Não abrange, no entanto, as reformas havidas após esta data, especialmente a entrante em novembro de 2016, a qual será transcrita adiante no original.

²¹² COSTA, Álvaro Mayrink da. Breves apontamentos sobre a reforma dos crimes contra a dignidade sexual da pessoa humana. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, 2010. p. 30.

²¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 50.

Mais recentemente, devido a fatos ocorridos na virada do ano de 2015 para 2016, quando diversas mulheres foram abordadas por indivíduos múltiplos que, em atuação concertada, lhes subtraíam bens ao mesmo tempo em que outros as molestavam mediante toques e contatos libidinosos, ganhou força movimento reformista sob a bandeira “não quer dizer não” (*nein heißt nein*) ²¹⁴. A discussão já ganhara volume em 2012, com decisão da Corte Federal Alemã entendendo inexistir estupro no caso de uma mulher que não resistira fisicamente à coação do marido à prática de relações sexuais para não acordar os filhos ²¹⁵, culminando com o episódio supra.

Sintetizadamente, a nova reforma, além de aumentar as penas, passou a exigir para a constituição do delito de violação a prática de ato sexual suprimindo-se a “vontade manifesta de outrem” que não desejava tal incursão em seu corpo. Abrange hoje a tutela, portanto, situações em que a vítima se sentia atemorizada por fatores não restritos ao medo de sofrer lesões corporais ou ser morta, bem como circunstâncias em que esta, surpreendida, não conseguiu externar o dissenso ao tempo ²¹⁶. A mudança entrou em vigor em 10/11/2016 ²¹⁷.

²¹⁴ LOBATO, José Danilo Tavares. Notas acerca da proposta de reforma do Direito Penal sexual alemão. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 287, p. 6, out. 2016.

²¹⁵ Notícia extraída do jornal El País, em sua edição brasileira de 7 de julho de 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/07/internacional/1467889192_686977.html>. Acesso em: 19/11/2016.

²¹⁶ LOBATO, José Danilo Tavares. Op. cit., p. 6. Anota ainda o autor: “A proposta original apresentada ao Parlamento foi alterada. Os parlamentares optaram por intensificar a carga repressiva do projeto. Decidiu-se, por exemplo, incluir, no raio de abrangência típica das violações sexuais, a conduta do agente que realiza atos sexuais passando por cima da ‘vontade manifesta de outrem’. Com essa inclusão, bastará que a vítima diga ou, de qualquer forma, exerça uma manifestação que deixe claro que a prática dos atos sexuais não fora desejada, para que se caracterize a prática de um crime de violação sexual. A partir da reforma, seu espectro de incidência ganhará uma considerável amplitude, já que o tipo penal não ficará limitado a reprovar apenas quem constrange outrem a praticar sexo mediante violência ou ameaça”.

²¹⁷ Disponível em: <<https://dejure.org/gesetze/StGB/177.html>>. Acesso em: 19/11/2016. Transcreva-se a nova redação no original:

(1) *Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.*

(2) *Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn 1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, 2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert, 3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt, 4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder 5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.*

(3) *Der Versuch ist strafbar.*

(4) *Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.*

(5) *Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter 1. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet, 2. dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder 3. eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.*

Trazia-se no bojo da inovação legislativa, também, criação de tipo penal criminalizando especificamente condutas perpetradas por pluralidade de agentes, uma espécie de violação coletiva, mediante a criação do artigo § 184j do StGB, conhecidas como “*Antänzer-Masche*”²¹⁸. As críticas quanto ao dispositivo exsurgiram da falta de clareza tocante aos limites à inculpação de coautores e partícipes, ainda mais quando estes tivessem apenas praticado atos não revestidos de ofensa sexual²¹⁹.

Questão relevante e conducente à reflexão, pois em sentido absolutamente dissonante das mudanças descriminalizantes promovidas nas últimas décadas no direito germânico, foi provocada por decisão da Corte Constitucional alemã. Esta, ao apreciar demanda versando sobre incesto havido entre casal de irmãos, assentou que a conduta deveria ser, sim, objeto de punição criminal, pois as “relações sexuais mantidas entre irmãos adultos, não dizem respeito somente a eles, mas, principalmente, a toda a sociedade e, mais ainda, aos filhos que da relação podem nascer”²²⁰. Ou seja: retomou uma pretérita tutela da moralidade, mormente a social, para punir episódio que, no mais, dizia somente com a intimidade dos intervenientes. Ademais, o argumento de provocar a ação consequências em possíveis filhos²²¹ não poderia

(6) *In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn 1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder 2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.*

(7) *Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter 1. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, 2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder 3. das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.*

(8) *Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter 1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder 2. das Opfer a) bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder b) durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.*

(9) *In minder schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 4 und 5 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 7 und 8 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.*

²¹⁸ Explica José Danilo Tavares LOBATO: “De um modo geral, a expressão “*Antänzer-Masche*” pode ser entendida como a abordagem surpreendente praticada por duas ou mais pessoas que cercam a vítima, tocando-a na busca de subtrair bens móveis por ela portados. No caso em questão, o debate volta-se a facilitar a caracterização criminosa de todos que se envolvam em condutas similares às ocorridas no último réveillon alemão. Em outros termos, como “*Antänzer-Masche*” ou “*Antänzererei*” tem-se tratado da hipótese em que mulheres são cercadas por vários homens que as tocam para satisfação da lascívia, enquanto cúmplices subtraem suas bolsas ou pertences que estejam em seus bolsos”. LOBATO, José Danilo Tavares. Op. cit., p. 7.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ A tradução e transcrição advêm de Nohara PASCHOAL. Op. cit., p. 75.

²²¹ Situação curiosa surge aqui: ao se proteger possíveis rebentos de um casal incestuoso (com maior propensão a serem afligidos por males em decorrência de redução na variabilidade genética), elimina-se hipoteticamente o próprio objeto da tutela, ou seja, os nascituros vindouros. É, em última instância, uma decisão a salvar a postura eugênica.

remanescer em se tratando de prática incestuosa levada a termo por consanguíneos do mesmo sexo.

2.2.3. Itália

A Itália iniciou seu processo de unificação na segunda metade do século XIX. Assim, o primeiro diploma já sob a égide do estado latino foi o denominado “Código Zanardelli”, o qual entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1890. Quanto aos crimes sexuais, previa-se-os nos artigos 331 a 339, sob a rubrica “*Dei delitti contro il buon costume e l’ordine delle famiglie*”. Eram estes, aliás, os bens jurídicos protegidos pelo diploma legal: os bons costumes e a ordem familiar ²²². Destacam-se nele os artigos 331 (*violenza carnale* ²²³) e 333 (*atti di libidine violenti* ²²⁴), ambos contendo a violência como elemento normativo do tipo.

A separação entre a tutela da moralidade e da família viria em 1930, com a instituição de um novo Código Penal ²²⁵. Alcançado de “Código Rocco” e com ideologia fascista, trazia capítulo concernente aos delitos contra a liberdade sexual precedendo aquele em que inscritos os delitos de ofensa ao pudor e à honra sexual, todos no mesmo título. O primeiro, com epígrafe “Dos delitos contra a moralidade pública e os bons costumes”, tratava dos crimes contra a liberdade sexual, incriminando-se ali as condutas de violência carnal (artigo 519), conjunção carnal cometida com abuso da qualidade de funcionário público (artigo 520), atos libidinosos violentos (artigo 521), além de várias modalidades de rapto (variando a finalidade do arrebatamento) e o delito de sedução, se cometido por pessoa casada ²²⁶. Já o capítulo seguinte cuidava das ofensas ao pudor e à honra sexual.

Com o decurso dos anos, restava claro que a legislação precisava ser atualizada, pois gerada em uma concepção de Estado cujos valores não mais eram condizentes com a sociedade italiana. Assim, iniciou-se discussão legislativa sobre a questão da violência sexual

²²² PUZZO, Carmela. *I reati sessuali*. Vila del Carpino: Maggioli Editore, 2010. p. 24-25.

²²³ “Chiunque con violenza e minaccia avesse costretto una persona dell’uno o dell’altro sesso a congiunzione carnale”. (Ibidem, p. 25).

²²⁴ “Chi con violenza e minaccia avesse comesso su una persona dell’uno o dell’altro sesso atti libidine non diretti a commettere il delitto di violenza carnale”. (Idem).

²²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 56.

²²⁶ Refere-se o tópico às 319 a 334 da compilação do *Codice Rocco* disponível para consulta, na íntegra, no site. Disponível em: <<http://www.davite.it/leggi%20per%20sito/Codici/Codice%20penale.pdf>>. Acesso em 22/11/2016.

ainda na segunda metade da década de 1970 ²²⁷, embora não se tenha atingido qualquer resultado concreto. Perceba-se que a proposta de 1977 já postulava a tutela da liberdade sexual em lugar da honra ou pudor ²²⁸.

Prosseguindo, no curso da década de 1980 foram apresentados oito projetos, depois unificados em um texto único, sugerindo significativas alterações na proteção da liberdade sexual. O arquivamento foi o destino da iniciativa, assemelhadamente ao ocorrido com proposições do Senado formuladas no final dos anos 80 e início dos 90, que definham após controversa e acidentada tramitação.

A concretização das mudanças viria alguns anos depois. No dia 15 de fevereiro de 1996, entrou em vigor a lei 66/96, perdurando até hoje. Revogou-se integralmente o capítulo 1 do título nono do Código Penal italiano ²²⁹, bem como o artigo 530 (*Corruzione di minorenni*) e outros ligados ao tema, concernentes eles à idade da vítima e procedimentos judiciais. Optou-se pela redefinição geográfica dos crimes contra a liberdade sexual, passando-se-os para o título 12 (*Dei delitti contro la persona*), capítulo terceiro (*Dei delitti contro la libertà individuale*), incluindo-se-os no início da segunda seção (*Dei delitti contro la libertà personale*), mediante a criação dos crimes previstos nos artigos 609–*bis* a 609–*decies* ²³⁰.

Remanesceram no capítulo 2 do título nono, no entanto, figuras como o ato obsceno e outras da mesma índole. A mudança foi fundamental, pois consentânea à concepção de que a liberdade sexual é uma vertente da liberdade propriamente dita; violada aquela, a liberdade é violada em sua totalidade ²³¹.

²²⁷ Tecendo breve esboço histórico sobre tal período: MATTENCINI, Giovanni. *I reati contro la libertà sessuale*. Milão: Giuffrè Editore, 2000; e BORGES, Paulo César Corrêa; CARVALHO NETO, Gil Ramos de. Estudo Comparado da Tutela Penal na Liberdade Sexual no Brasil e na Itália. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 46. 2009. p. 290-292.

²²⁸ MATTENCINI, Giovanni. Op. cit., p. 2.

²²⁹ Vale lembrar que o capítulo segundo do referido título já sofrera profundas alterações no decurso das décadas.

²³⁰ As mudanças promovidas pela lei 66/96, bem como os demais textos que realizaram alterações e acréscimos no Código Penal, especificamente na seção dos delitos contra a liberdade pessoal, foram extraídos do site, disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona>>. Acesso em: 23/11/2016. Vale lembrar que, em 1998, adveio a lei nº 269, “*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*”. Como anota Giovanni MATTENCINI, tal texto legal é, em conjunto com a lei 66/96, outra face de um mesmo poliedro, embora advindo de iniciativa legislativa diversa (MATTENCINI, Giovanni. Op. cit., p.1). Não obstante, centrar-se-á o estudo no diploma de 1996.

²³¹ Complementa Giovanni MATTENCINI: “*La libertà individuale o esiste e si afferma nella sua interezza oppure non è piu tale. L'entità della sua profanazione potrà al più valere in termini di misura di pena da irrogare non di essenza degli effetti dell'azione. Quest'ultima, in altre parole, non interviene su un bene protetto da sfera concentriche alla cui violazione progressiva corrispondano gradi diversi di lesività. La pellicola che protegge la libertà determinazione all'atto sessuale è única. Violatala, la libertà è violata nella sua interezza*”. (Ibidem, p. 6).

Ademais, a permanência dos delitos contra a liberdade sexual no título anterior implicaria, na interpretação da conduta, a um prévio (e duplo) condicionamento à moralidade e bons costumes, de forma que se observava antes se o agente havia agido de acordo com cânones absolutamente ortodoxos, do que a violência perpetrada à liberdade da vítima em si ²³². Já em relação aos menores, a situação das condicionantes moralistas era ainda mais grave: privava-se-os, à luz das previsões legais visando proteção à intangibilidade sexual, do direito fundamental ao desenvolvimento da própria sexualidade ²³³.

Dentro da perspectiva delineada pelas mudanças aduzidas pela lei 66/96, exsurgiu como bem jurídico tutelado na espécie a liberdade de autodeterminação sexual, abandonando-se a visão da vítima como mero objeto do agir ilícito ²³⁴.

Analisando-se o texto legal, verifica-se que o instrumento normativo unificou, sob a mesma epígrafe, “violência carnal” e “atos libidinosos violentos” ²³⁵, definindo-os como violência sexual. Pune-se aquele que forçar outrem a realizar atos sexuais por violência, ameaça ou abusando de sua autoridade. Ou ainda, em condutas equiparadas, quem se aproveitar de condição de inferioridade física ou psíquica da pessoa ao tempo do ato, ou mesmo se o agente se passar por outra pessoa ²³⁶. Esta última hipótese, no Brasil, tem tratamento autônomo (posse sexual mediante fraude), ao passo que na Itália é conduta equiparada ao crime de estupro ²³⁷.

A questão da junção dos tipos penais (*atti di libidine e congiunzione carnale*) sob a mesma epígrafe sofreu críticas, pois não haveria graduação entre as condutas ²³⁸. Como

²³² Ibidem, p. 35.

²³³ Ibidem, p. 36.

²³⁴ Ibidem, p. 37-38. No entanto, critica o autor a opção por colocar os tipos penais em questão na seção 2 (*Dei delitti contro la libertà personale*), julgando mais adequada sua inserção na seção seguinte (*Dei delitti contro la libertà morale*), pois “*Ciò perché la peculiarità di tati delitti sta nel proteggere un bene giuridico che è aggredito in pari misura per parte corporea e per parte immateriale. Un bene giuridico la cui connotazione ben avrebbe giustificato la collocazione dei delitti in parola in un’autonoma e specifica classe, quella, appunto, della libertà sessuale*”. (Ibidem, p. 39).

²³⁵ FÜHRER, Maximiliano Roberto. Op. cit., p. 153.

²³⁶ “*Articolo 609 bis. Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi*”.

²³⁷ A observação é de Paulo César Corrêa BORGES e Gil Ramos de CARVALHO NETO. Op. cit., p. 302.

²³⁸ “*La pluralità degli atti sessuali catalogabili (intesi come azioni del mondo fenomenico) costituisce la suggestione più forte a sostegno della tesi dell'indeterminatezza del termine utilizzato dagli articoli in esame. Si sottolinea l'enorme differenza che intercorre fra la vera e propria penetrazione eterosessuale o omosessuale e la mera palpazione del corpo altrui (a tacere della vexata quaestio sorta a proposito della natura del bacio)*.” (MATTENCINI, Giovanni. Op. cit., p. 48).

consequência, entendeu-se a opção do legislador foi por interpretar que a prática de qualquer ato sexual não consentido violaria o bem jurídico-penal liberdade de autodeterminação sexual²³⁹, houvesse invasão corpórea ou mero contato libidinoso. A diferenciação entre as condutas restaria ao encargo do magistrado quando da imposição de pena²⁴⁰.

A ação transitiva “constranger” decorreria do ato de forçar à submissão, obrigando-se a suportar uma inter-relação de natureza sexual tendo por objeto o corpo da vítima, sendo relevante para a aferição do caráter ilícito o dissenso desta²⁴¹.

O legislador italiano optou, ainda, por consignar expressamente no bojo do próprio artigo 609-*bis*, que nos casos de menor gravidade a pena poderia ser diminuída até dois terços. Tal mecanismo possibilita, por exemplo, que condutas não invasivas tenham apenamento sensivelmente abaixo daquelas concernentes à cópula, por exemplo.

O dispositivo subsequente cuida das circunstâncias agravantes, cujo rol inicial era constituído por cinco hipóteses: menoridade do sujeito passivo (fixada em quatorze anos), uso de arma, substâncias ou instrumentos prejudiciais à saúde da vítima, simulação da qualidade de funcionário público, se o agente está de alguma forma submetido à restrição de liberdade pessoal ou se este é ascendente, tutor, genitor biológico ou adotivo, se menor de dezesseis anos a vítima²⁴².

Depois, mediante quatro reformas (leis 94/2009, 93/2013, 119/2013 e 39/2014), foram acrescentadas outras cinco modalidades conducentes à exasperação da pena: se cometida a violência carnal em escola ou nas imediações; se a vítima está grávida ou se é cônjuge atual ou pretérita do agressor (ou tiver mantido qualquer relacionamento afetivo); se o delito é cometido por membro de associação criminosa visando facilitar suas atividades; ou ainda se

²³⁹ PUZZO, Carmela. Op. cit., p. 51.

²⁴⁰ MATTENCINI, Giovanni. Op. cit., p. 52.

²⁴¹ “*costringere a compiere non può che volere dire costringere ad essere parte di una interrelazione di natura sessuale, mentre costringere a subire, significherebbe costringere a sopportare gli effetti di una attività sessuale altrui che abbia ad oggetto il corpo della vittima*” (Ibidem, p. 63). Nesse diapasão, deve ser interpretada a violência inscrita no dispositivo como “*una violenza personale che è al tempo stesso modalità di condotta e mezzo di coercione, finalizzato al risultato che altri compia o subisca atti sessuali*”. (PUZZO, Carmela. Op. cit., p. 53).

²⁴² “*Articolo 609 ter. La pena è della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all'articolo 609 bis sono commessi: 1) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici; 2) con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa; 3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio; 4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale; 5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore. La pena è della reclusione da sette a quattordici anni se il fatto è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci*”.

cometido com grave violência ou de forma reiterada contra menor, causando-lhe graves ferimentos ²⁴³.

O artigo 609-*quarter* define como crime todo ato sexual cometido contra menor de quatorze anos ou, se for perpetrado por ascendente ou indivíduo outro que tenha relação ou dever, legal ou pessoal, sobre menor de dezesseis anos ²⁴⁴. O legislador, no entanto, expressamente afasta a punição ao agente se a diferença de idade entre este e o menor for igual ou inferior a três anos, desde que este possua ao menos treze anos completos. Houve ainda pontuais mudanças no artigo, realizadas pelas leis 38/2006 e 172/2012.

O dispositivo subsequente cuida da corrupção de menores. Neste, mais grave (pois denotando antes tutela de índole moralista do que ofensiva a um bem jurídico) foi a mudança promovida no artigo pela lei 172/2012, acrescentando ao *caput* a previsão de incriminar aquele que auxiliasse menor de quatorze anos à prática de atos sexuais ou lhe fornecesse material pornográfico para induzi-lo a tal objetivo.

O artigo 609-*sexies* afirma não ser possível alegar ignorância quanto à menoridade da vítima nos delitos precedentes, salvo se inevitável, matéria que deveria ficar restrita à parte geral do *codex*.

O artigo 609-*septies* estabelece a ação penal condicionada à representação como regra (será incondicionada quando menor a vítima e em outras específicas situações), instituindo ainda o prazo de seis meses para que o ofendido apresente sua querela.

²⁴³ “(...)5 bis) all’interno o nelle immediate vicinanze di istituto d’istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa.; 5-ter) nei confronti di donna in stato di gravidanza; 5-quater) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza; 5-quinquies) se il reato è commesso da persona che fa parte di un’associazione per delinquere e al fine di agevolare l’attività; 5-sexies) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave”.

²⁴⁴ “Articolo 609 quarter. Atti sessuali con minorenni. Soggiace alla pena stabilita dall’articolo 609-bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l’ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest’ultimo, una relazione di convivenza. Fuori dei casi previsti dall’articolo 609-bis, l’ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest’ultimo una relazione di convivenza, che, con l’abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni. Non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell’articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi. Si applica la pena di cui all’articolo 609-ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci.

O artigo 609-*octies* prevê a figura autônoma da violência sexual de grupo. Tal opção se afiguraria como uma vantagem à colocação desse especial concurso de agentes como uma agravante, pois nesta hipótese a pena poderia ser reduzida no cotejo com atenuantes, enquanto o tipo em si já prevê uma margem de pena em patamares mais elevados ²⁴⁵.

O artigo 609-*nonies* cria sanções acessórias e prevê outros efeitos penais, tais como perda permanente do pátrio poder, interdição temporária ao exercício de função pública ou suspensão ao exercício de profissão ou arte.

O artigo 609-*decies* cuida de questões procedimentais quando a vítima for total ou relativamente incapaz em decorrência da idade, tais como comunicação ao tribunal de menores e concessão de amparo psicológico no curso do processo.

O artigo 609-*undecies*, incluído pela lei 172/2012, pune o aliciamento de menores de dezesseis anos, definindo-o pelo meio de execução: mediante artifício, bajulação ou ameaça, perpetrados pela internet ou outro meio de comunicação.

O artigo 609-*duodecies*, inserido ao Código Penal pela lei 39/2014, instituiu como extravagante circunstância agravante o uso de instrumentais para evitar ou dificultar a identificação do acesso a redes telemáticas.

Dúvida ainda paira sobre o conceito de “*atti sessuale*”, pois tal expressão, empregada nos tipos penais em questão, foge à taxatividade recomendável à lei penal, flertando até com a inconstitucionalidade ²⁴⁶. Deixando de lado tal problemática e visando suprimir a lacuna, oferece a doutrina algumas definições, valendo destacar aquela compreendendo ato sexual enquanto manifestação de uma determinação da vontade, de um sentimento ou um impulso de um indivíduo tendo por objetivo um comportamento sexual ²⁴⁷.

O que se percebe claramente é que, após uma reforma despenalizadora, na qual foram retiradas da tutela do direito penal condutas que eram ofensivas tão somente à moral, há uma tendência de incremento das sanções, bem como inserção pontual de novas figuras penais. As ferramentas são, principalmente, a criação de circunstâncias agravantes, exasperando assim

²⁴⁵ MATTENCINI, Giovanni. Op. cit., p. 8.

²⁴⁶ MATTENCINI, Giovanni. Op. cit., p. 40-42.

²⁴⁷ No original italiano: “*atto sessuale come manifestazione percepibile di una determinazione della volontà, di un sentimento o di un impulso di un individuo che ha ad oggetto un suo comportamento attinente as sesso*”. (Ibidem, p. 43). Relembra Carmela PUZZO que, à luz da antiga legislação, já se concebera que “*ai fini della consumazione del delitto in questione, fosse sufficiente qualsiasi atto di manomissione del corpo altrui - no già soltanto delle parti intime - che sia diverso dalla congiunzione carnale e suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale. A titolo esemplificativo possono citarsi i toccamenti lascivi anche se non sulle carni nude, essendo del tutto irrilevante - ai fini di consumazione - che el soggetto attivo abbia o meno conseguito la soddisfazione erotica*”. (PUZZO, Carmela. Op. cit., p. 50).

condutas cuja tipo primário acaba por se tornar cada vez mais raro de se verificar na averiguação das infrações *in concreto*, ou ainda o aumento das sanções abstratamente previstas, remanescendo a estrutura delitiva.

2.2.4. Espanha

O primeiro Código Penal Espanhol data de 1822 e tem grande semelhança com as Ordenações do Reino de Portugal, por séculos comuns a ambos os países ibéricos. O Capítulo V, do Título Primeiro da segunda parte do diploma recebeu a rubrica “*Del adulterio y del estupro alevoso*”. Afora o trato do adultério, a maioria das condutas ali positivadas incrimina o ato daquele que “abusasse desonestamente” de mulher. Decorreria o abuso ou da ficção de um casamento que concretamente não existisse, ou do fingimento do agressor ao se passar por cônjuge da vítima, ou ainda quando incapaz de reagir esta aos avanços do infrator ²⁴⁸. Ressaltava-se nítido o caráter moralista da incriminação.

O diploma de 1848, embora dando maior ênfase ao adultério, já previa três figuras de delitos sexuais: violação, cometida contra mulher mediante força ou intimidação, se privada esta de razão ou sentido por qualquer motivo, ou ainda se menor de 12 anos completos; abuso desonesto, caracterizável nas mesmas circunstâncias do delito precedente, possuindo como vítima ambos os sexos; estupro, ligado ao desvirginamento da donzela entre 12 e 23 anos ²⁴⁹. No entanto, as punições eram afastadas quando as vítimas não atendiam à concepção de “honestidade” vigente à época ²⁵⁰.

Na mesma linha seguiu o Código de 1870, repetindo o teor dos dispositivos ²⁵¹. Sucederam ainda os Códigos de 1928, profundamente autoritário e com frequência impondo a morte como pena, e esparsas iniciativas nas décadas de 1930 e 1940, até advir o texto refundido de 1973. Com a Constituição promulgada cinco anos depois, mudou-se a lei penal na década de 1980. Persistia até então a honestidade como bem jurídico a ser tutelado, a

²⁴⁸ Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf>>. Acesso em: 22/11/2016 - Destaque para as páginas 141-142 do documento digital.

²⁴⁹ Disponível em: <<http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>>. Acesso em: 22/11/2016.

²⁵⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 58, nota de rodapé 151.

²⁵¹ Disponível em: <https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/codigo_penal/index.htm>. Acesso em: 22/11/2016.

despeito de inúmeras críticas ²⁵². Em termos evolutivos, denotava-se apenas a revogação dos crimes de adultério e amancebamento em 1978 ²⁵³.

A reforma da legislação espanhola para uma concepção mais atual do tratamento dos delitos sexuais se deu a partir da Lei Orgânica 3/1989, alterando significativamente o Código Penal então vigente. Compreendendo que a conduta afetava bem jurídico diverso daquele até então tutelado, a rubrica “Dos Delitos contra a Honestidade” cedeu lugar a “Dos Delitos contra a Liberdade Sexual”, bem como “desejos desonestos” transmudou-se em “desejos sexuais” ²⁵⁴. O homem se tornava também passível de ser vítima do delito de violação, cuja redação foi alterada e passou a tipificar, também, o acesso carnal por via oral e anal, além do vaginal, anteriormente previsto solitariamente ²⁵⁵. Em consequência, o dispositivo subsequente foi também modificado, invocando-se-o subsidiariamente e com penalidade menor, salvo nas hipóteses de introdução de objetos, nas quais as sanções eram equiparadas ao artigo precedente ²⁵⁶. Ao lado, suprimia-se do diploma legal diversas hipóteses cuja criminalização não mais se coadunavam com os novos postulados do direito penal sexual moderno ²⁵⁷, como as figuras como o “amancebamento” e o “escândalo público” ²⁵⁸, embora mantendo outras, a exemplo do rapto.

Em 1995 adveio um novo Código Penal. O diploma, tocante à sexualidade, elevou-a à condição de uma das formas em que se verificava a autorrealização do indivíduo ²⁵⁹.

²⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais...* p. 53-54.

²⁵³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Op. cit.*, p. 58, nota de rodapé 151.

²⁵⁴ Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-14247>>. Acesso em: 22/11/2016.

²⁵⁵ “Artículo 429. La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes: 1. Cuando se usare fuerza o intimidación. 2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación. 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-14247>>. Acesso em: 22/11/2016.

²⁵⁶ “Artículo 430. Cualquiera otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-14247>>. Acesso em: 22/11/2016.

²⁵⁷ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Op. cit.*, p. 61.

²⁵⁸ MELIÁ, Manuel Cancio. Delitos Sexuales. In: VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto y. (coord.). *Estudios sobre las reformas del código penal: operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Navarra: Civitas, 2011. p. 359. Anota o autor que operava-se, à época, profunda transformação, notando-se “el tránsito de una regulación centrada en una moral sexual colectiva asimétrica, orientada hacia la atribución de la esfera sexual de determinadas mujeres al ámbito patriarcal de determinados hombres (honestidad), absolutizadora del coito heterosexual (yacimiento) y de roles sexuales diferenciados (en perjuicio de la capacidad de la mujer para autodeterminarse en este contexto)”. (Idem).

²⁵⁹ PASCHOAL, Nohara. *Op. cit.*, p. 77.

Suprimia-se, assim, a tutela da moral, conforme assentado na própria exposição de motivos: “[...] Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos”²⁶⁰.

Dividia-se o título VIII (“*Delictos contra la libertad sexual*”) em seis capítulos: agressões sexuais; abusos sexuais; assédio sexual; exibicionismo e provocação sexual; prostituição e derivados; disposições gerais. O vocábulo “penetração” (antes expressamente referido) foi substituído por “acesso carnal”²⁶¹.

O tipo da agressão sexual mais grave (artigo 179) manteve o delineamento da reforma de 1989, tutelando sob um mesmo dispositivo, além do constrangimento da mulher à conjunção carnal e da pessoa à violação sexual, as hipóteses de constrangimento do homem a praticar coito vaginal em outrem, acrescentando-se ao próprio dispositivo a introdução de objetos no contexto de agressão sexual, puníveis as condutas com pena de quatro a dez anos de prisão. O de menor severidade (artigo 178), residual àquele e exigindo a verificação da prática de ato sexual mediante violência ou intimidação supressora da liberdade de outrem, era sancionado com um a quatro anos²⁶². O artigo 180 trazia as causas de aumento de pena.

No capítulo II, as mesmas condutas eram punidas quando, a despeito de inexistir violência ou intimidação, eram praticadas sem o consentimento da vítima. Considerava-se abuso sexual, assim, as hipóteses em que esta era menor de doze anos, privada de sentido ou se o agente se prevalecera do transtorno mental alheio. A punição era majorada conforme o ato sexual praticado, a exemplo e nos moldes do capítulo antecedente.

Em 1999, pela lei orgânica de número 11 daquele ano, modificou-se a rubrica do título VIII, agora referido como “Delitos contra a liberdade e indemnidade sexual”. Conceituou o Legislativo espanhol indemnidade sexual como o direito do indivíduo a não se ver envolvido em um contexto sexual sem um consentimento validamente prestado²⁶³.

²⁶⁰ Disponível em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 22/11/2016.

²⁶¹ FÜHRER, Maximiliano Roberto. Op. cit., p. 147.

²⁶² Explica Manuel Cancio MELIÁ que “*con la regulación establecida en el CP 1995 se abandonó el sistema de tipificación anterior en los delitos de mayor gravedad. Si en la regulación anterior existían – como formas más graves de atentado contra la libertad sexual – dos delitos, violación y estupro, incorporando sendos tipos de recogida, desde entonces se prevén dos tipos básicos (arts. 178 y 181) acompañados de modalidades agravadas (arts. 179 y 182). Más importante es, desde luego, que el contenido de estas infracciones también varió: el criterio rector es ahora la distinción en atención a que haya existido violencia o intimidación (agresiones sexuales, cap. I) o no (abusos sexuales y acoso sexual, caps. II y III)*”. (MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 363).

²⁶³ A definição é emprestada da exposição de motivos da lei orgânica 5/2010, a qual assenta ser indemnidade sexual “*el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado*”.

No artigo 178, substituiu-se a palavra “culpável” por “responsável”, ao passo que no artigo 179 se especificou de forma mais clara a conduta de introduzir objetos. Tocante a este dispositivo, corrigiu-se-o em 2003 (com vigência a partir de 2004), colocando ao lado do acesso carnal (com remissão ao membro peniano) a introdução de membros corporais, suprimindo-se assim possível omissão.

Mais recentemente, em 2010, a mudança se operou sobre o artigo 178, substituindo-se “com violência” por “utilizando violência”, o que se afigurou irrelevante, conforme explanado na doutrina espanhola ²⁶⁴. Mais significativa foi a criação do Capítulo II *bis*, sob o enunciado “Dos abusos e agressões sexuais a menores de treze anos”. Passou-se a cuidar exclusivamente das ilícitas condutas perpetradas contra menores, pois nestas, além da indemnidade sexual, violar-se-ia também a formação e desenvolvimento da personalidade sexual do menor ²⁶⁵.

Por fim, a lei orgânica número 1/2015 alterou novamente a legislação penal concernente aos crimes perpetrados contra os menores, agravando-se as sanções. Embora em sua maioria as inovações cuidem da prostituição, mais relevante para o cerne do presente estudo foi a elevação da idade do consentimento para dezesseis anos, uniformizando-se com a legislação da comunidade europeia quanto à particularidade ²⁶⁶. Assim, qualquer relação sexual com alguém abaixo de tal idade implicaria na prática de crime, salvo se realizada por alguém de faixa etária próxima ou em grau de desenvolvimento similar.

Analisando o período de forma equidistante, nota-se haver um movimento pendular de despenalização a atingirem seu auge nas reformas de 1989 e na superveniência do diploma de 1995, momento em que se viu o auge da retirada de incriminações protetivas antes da moralidade do que de bens jurídicos. Depois, observou-se a criação de novos tipos e o retorno

Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>>. Acesso em: 22/11/2016.

²⁶⁴ MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 367.

²⁶⁵ Preâmbulo da Lei Orgânica 5/2010. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>> Acesso em: 22/11/2016. A nota Manuel Cancio MELIÁ que a mudança adveio de decisão da comunidade europeia visando adoção de estratégias e regulamentações legais visando proteção contra a exploração e pornografia infantil. A íntegra do ato 2004/68/JAI está disponível no sítio eletrônico em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=URISERV:l33138>>. Acesso em: 23/11/2016.

²⁶⁶ Dispõe-se no preâmbulo da lei orgânica: “*Se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”. Disponível em: <https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439>. Acesso em: 22/11/2016.

ao *codex* de outros tantos anteriormente suprimidos, resultando em um endurecimento das punições, notadamente daquelas condutas que tenham como vítimas menores de treze anos ²⁶⁷. No entanto, a base dos delitos mais gravosos, apesar do reordenamento das infrações contra menores, não sofreu alterações quanto ao bem jurídico objeto da tutela, mas antes quanto ao incremento de sanções ²⁶⁸.

Importante pontuar o alcance que, tanto o legislador espanhol como a doutrina, emprestaram à questão do consentimento, até como forma de graduar as ofensas. Assim, nas agressões o consentimento é suprimido pela violência ou ameaça; no abuso ²⁶⁹, ele não é possível ser detectado na vítima pela privação de sentidos ²⁷⁰, transtorno mental ou supressão da pelo emprego de fármacos, drogas ou outras substâncias químicas, ou ainda quando o agressor se prevalece coativamente de manifesta superioridade ou da confiança; nas agressões e abuso contra menores, em virtude da idade inferior a 16 anos.

²⁶⁷ MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 361-362.

²⁶⁸ Transcreva-se, a seguir, os dispositivos (ou excertos destes) mais relevantes e sua redação atual:

“Artículo 178. El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.

Artículo 179. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.

Artículo 181. 1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. 3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. [...]

Artículo 182. 1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. [...]

Artículo 183. 1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. [...]”

²⁶⁹ Importante anotar que, na figura do abuso, se incluem “conductas sobre las que tradicionalmente se cuestionaba su correcta ubicación penal, tales como besos, tocamientos, etc., de contenido lúbrico y llevados a cabo por sorpresa o al descuido de la víctima, siempre que alcancen el grado suficiente para merecer la calificación como delito”. (MARTÍN, José Manuel Maza. Delitos Sexuales. In: *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia: Instituto de la Mujer, 2001. 2 v. p. 98).

²⁷⁰ “La ‘privación de sentido’ [...] debe tratar-se de un estado ocasional o aprovechado por el autor del abuso sexual, pues si fue originado por él para obtener su propósito libidinoso, nos hallaríamos antes una verdadera agresión sexual, de los arts. 179 y 180, en la que esa acción supondría el empleo de violencia”. (Ibidem, p. 100).

CAPÍTULO 3 – HISTÓRICO DA TUTELA DOS CRIMES SEXUAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Avançando o estudo ao ordenamento jurídico pátrio, possível notar movimento evolutivo quanto ao âmbito de tutela pretendido pela norma penal incriminadora, a qual passou da proteção à honorabilidade da família e da moralidade social – de indissociável matiz cristã – a enfim postular o abrigo à dignidade sexual, na opção legisferante a ser criticamente discutida nos capítulos posteriores, ou liberdade de autodeterminação sexual, conforme grande parte da doutrina defende, com referências à legislação estrangeira.

A pertinência da digressão histórica é inafastável: verificar os objetivos da incriminação de condutas ligadas à sexualidade no decurso da história nacional, verificando os objetivos do legislador com as opções criminalizantes e a situação presente. Conforme anota José Luis DÍEZ RIPOLLÉS,

a lei penal acumulou recentemente funções sociais significativamente distintas das que lhe eram peculiares, entre as quais podem-se citar a assunção, pelo Código Penal, na falta de melhores alternativas, do papel de código moral da sociedade, seu protagonismo na progressiva judicialização de quaisquer conflitos ou dilemas valorativos sociais, ou sua utilização para fins meramente simbólicos²⁷¹.

Assim, a investigação passa pelo escopo inerente à criminalização e à forma como esta se dá nos crimes sexuais. Mas não só se observará a adequação entre a ameaça da reprimenda e a punição com a sanção penal de determinadas ações humanas. Antes, também, se o *quantum* de pena atribuível à espécie é proporcional à ofensa causada. Observe-se, assim, o panorama evolutivo brasileiro.

3.1 Ordenações Filipinas

Embora datando do ano de 1603, mais de um século decorrido desde o aporte dos primeiros lusitanos na América, foram as Ordenações Filipinas a primeira legislação a verdadeiramente ser observadas no Brasil. Suas predecessoras, as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, embora plenamente aplicáveis nos séculos anteriores em Portugal, não tiveram respaldo na outrora colônia durante a centúria de 1500, funcionando à época com maior vigor

²⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 14.

o sistema das capitânicas hereditárias, pelo qual incumbiam-se os capitães-donatários também do exercício da Jurisdição ²⁷². Não obstante, mantinham a essência de suas geratrizes, caracterizando-se tais regras no mais das vezes como meras compilações entremeadas de atualizações pontuais ²⁷³.

Tornando-se às Ordenações Filipinas, apesar da tímida evolução no período, relevante notar que incluíram, como as precedentes Manuelinas, as meretrizes como sujeitos passivo dos delitos sexuais. Apontava isto mudança da concepção quanto à tutela almejada pela lei penal: retirou-se da família e afins a exclusividade da ofensa, compreendendo embrionariamente também as próprias mulheres e sua respectiva honorabilidade como maculadas pelo ato delitivo ²⁷⁴.

As Filipinas, no tocante aos delitos sexuais e condutas ditas ofensivas à moralidade na matéria, possuíam extensas previsões incriminadoras, englobando os títulos XIII a XXXIV do Livro V ²⁷⁵. Algumas tutelavam, indiscutivelmente, condutas individuais consideradas, sob um prisma exclusivamente moral, como atentatórias à sociedade. Outras já salvaguardavam direitos individuais, embora por via reflexa.

Faça-se breve referência apenas a alguns dos diversos dispositivos da legislação em comento, na medida em que aprofundamento no estudo das Ordenações, porquanto apaixonante, tornaria demasiadamente extensa a presente dissertação. Debruce-se também,

²⁷² PASCHOAL, Nohara. *O estupro: uma perspectiva vitimológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 7.

²⁷³ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. Op. cit., p. 29

²⁷⁴ Sobre a particularidade, acentua Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva DIAS: “As Ordenações Manuelinas e Filipinas [...] ampliaram a área de tutela típica desse crime quando passaram a incluir qualquer mulher.” (Ibidem, p. 30-31).

²⁷⁵ “Titulo XIII: Dos que cometem pecado de sodomia, e com alimarias Titulo XIV: Do Infiel, que dorme com alguma Cristã, e o Cristão, que dorme com Infiel Titulo XV: Do que entra em Mosteiro, ou tira Freira, ou dorme com ela, ou a recolhe em casa Titulo XVI: Do que dorme com a mulher, que anda no Paço, ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher virgem, ou viúva honesta, ou escrava branca de guarda Titulo XVII: Dos que dormem com suas parentas, e afins Titulo XVIII: Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade Titulo XIX: Do homem que casa com duas mulheres, e da mulher, que casa com dois maridos Titulo XX: Do Oficial do Rei, que dorme com mulher, que perante ele requer Titulo XXI: Dos que dormem com mulheres orfãs, ou menores, que estão a seu cargo Titulo XXII: Do que casa com mulher virgem, ou viúva, que estiver em poder de seu pai, mãe, avô, ou Senhor, sem sua vontade Titulo XXIII: Do que dorme com mulher virgem, ou viúva honesta por sua vontade Titulo XXIV: Do que casa, ou dorme com parenta, criada, ou escrava branca daquele, com quem vive Titulo XXV: Do que dorme com mulher casada Titulo XXVI: Do que dorme com mulher casada de feito, e não de direito, ou que está em fama de casada Titulo XXVII: Que nenhum homem Cortesão, ou que costume andar na Corte, traga nela barregã Titulo XXVIII: Dos barregueiros casados e de suas barregãs Titulo XXIX: Das barregãs, que fogem àqueles, com que vivem, e lhes levam o seu Titulo XXX: Das barregãs dos Clérigos, e de outros religiosos Titulo XXXI: Que o frade, que for achado com alguma mulher, logo seja entregue a seu superior Titulo XXXII: Dos Alcoviteiros, e dos que em suas casas consentem as mulheres fazerem mal de seus corpos Titulo XXXIII: Dos Rufiães e mulheres solteiras Titulo XXXIV: Do homem, que se vestir em trajes de mulher, ou mulher em trapos de homem, e dos que trazem máscaras.” Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>>. Acesso em: 25/07/2016.

pois a única efetivamente vigente no Brasil, apenas sobre as Filipinas, por coerência com o recorte metodológico adotado.

*Titulo XVIII: Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade*²⁷⁶ – Embora sem *nomen iuris*, utilizando a linguagem rebuscada e os sinônimos da época, cuidava a hipótese do estupro, conquanto consistente na conjunção carnal, sendo o “travar” caracterizado como “o ato de segurar, tomar ou agarrar a força”²⁷⁷. O casamento posterior não elidia a ilicitude ou tornava impunível o delito, diferentemente daquilo verificado na redação original do Código Penal de 1940. A “morte natural”, mesmo com o matrimônio, era a imposição, embora caindo em desuso a sanção extrema mesmo antes do advento do Código do Império²⁷⁸.

*Título XXIII: Do que dorme com mulher virgem, ou viúva honesta per sua vontade*²⁷⁹ – Perceptível de plano que a tutela pretendida pelo dispositivo não era a liberdade ou

²⁷⁶ “Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. Porém, quando for com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará a execução, até nol-o fazerem saber, e per nosso mandado. E essa mesma pena haverá qualquer pessoa, que para a dita força der ajuda, favor ou conselho. E postoque o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com Ella não houvesse casado. E toda esta lei entendemos em aquellas, que verdadeiramente forem forçadas, sem darem ao feito algum consentimento voluntario aindaque depois do feito consummado, consintão nelle, ou dêem qualquer aprazimento: porque tal consentimento, dado depois do feito, não relevará o forçador em maneira alguma dita pena. E se algum homem travar de alguma mulher, que for per a rua, ou per outra parte, não sendo para dormir com Ella, sómente por assidella travar, seja preso e até trinta dias na cadêa e pague mil reis para o Meirinho, ou o Alcaide, ou outra pessoa, que o acusar. Porém, se além de travar della, trabalhar para dormir com ella haverá a mais pena, que merecer, segundo disposição de Direito. E o homem, que induzir mulher virgem, ou honesta, que não seja casada, per dádivas, afagos ou prometimentos, e a tirar e levar fora da caza de seu pai, mãe, Tutor, Curador, senhor, ou outra pessoa, sob cuja governança, ou guarda stiver ou de qualquer outro lugar, onde andar, ou stiver per licença, mandado, ou consentimento de cada hum dos sobreditos, ou ela assi enganada, e induzida se for a certo lugar, donde assi levar, e fugir com ella, sem fazer outra verdadeira força a ella, ou aos sobreditos, e o levador for Fidalgo, ou pessoa posta em Dignidade, ou outra Honra grande, e o pai da moça for pessoa plebe, e de baixa maneira, ou Official, assi como Alfaiate, sapateiro, ou outro semelhante, não igual em condições, nem stado, nem linhagem ao levador, o levador será riscado de nossos livros e perderá qualquer tença graciosa, ou em sua vida, que de Nós tiver, e será degradado para a Africa até nossa mercê. Em qualquer outro de menor condição, que o sobredito fizer, morra por ello. E bem assi, haverá lugar a dita pena de morte nas outras pessoas, onde houver igualdade de linhagem. Porém, se o tal levador, que levou a dita mulher per sua vontade, postoqueella seja de muito menor condição que ele, a levasse contra a vontade do pai, mae, Tutor, Curador, ou senhor, com quem viver ou outra pessoa sob cuja governança, ou guarda stiver, sendo presente cada huma das ditas pessoas, mandamos que morra morte natural. E por quanto se muitos chamão Fidalgos, e tomão appellidos das linhagens, como lhes apraz, mandamos, que quando tal caso acontecer, e houver dúvida de sua Fidalguia, antes que o julguem, nol-o façam saber, para vermos e determinarmos as qualidades entre as pessoas.” Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>>. Acesso em: 25/07/2016.

²⁷⁷ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 9.

²⁷⁸ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 107.

²⁷⁹ “Mandamos que o homem, que dormir com mulher virgem per sua vontade, case com ella, se ella quizer, e se fôr convinhavel, e de condição para com ella casar. E não casando, ou não querendo ella casar com elle, seja condenado para casamento della na quantia que fôr arbitrada pelo Julgador, segundo sua qualidade, fazenda, e condição de seu pai. E se não tiver bens, per onde pague, se fôr Fidalgo, ou de qualidade, que não deva ser

autodeterminação sexual, pois a vontade da dita ofendida era legítima, inexistindo violência, ameaça, coação ou fraude. Preocupava-se o dispositivo, sim, em tutelar as relações sexuais dos membros da sociedade, colocando a mulher enquanto vítima, mas, principalmente, enquanto objeto sob a tutela de outrem (na alternativa da virgem) ou alguém cuja conduta íntegra em respeito ao falecido cônjuge interessaria a toda sociedade (na hipótese da viúva). Em síntese, visava-se pelo título epigrafado a preservação dos valores morais dominantes.

Perceptível é da leitura exemplificativa – e mesmo global – dos dispositivos concernentes aos crimes sexuais inscritos nas Ordenações serem os agentes sempre homens, da mesma forma que figurando como sujeito passivo invariavelmente as mulheres, não havendo, ainda, tipificação equivalente ao atentado violento ao pudor²⁸⁰. A vítima, aquela que consideravam verdadeiramente ofendida, era a sociedade ou a família, cuja moral fora vergastada com a conduta libidinosa infracional.

Acentue-se, a título de síntese da ideia norteadora da legislação renascentista, que as transgressões às Ordenações lusitanas, por sua persistente e renitente indissociabilidade dos valores cristãos erigidos no período medieval, “eram encaradas como ‘pecados infernais’, o que significava que ‘crime’ e ‘pecado’ se confundiam, consubstanciando-se aquele numa

açoutado, será degradado para Africa até nossa mercê. E se fôr pessoa em que caibão açoutes, seja açoutado com barão e pregão pela Villa e degradado para Africa até nossa mercê. E postoque lhe esta pena seja dada por não ter bens, se depois em vida della, ella houver alguns, será obrigado a pagar a metade da dita condenação sómente. Porém, sendo preso pela dita razão, e pondo caução em outro, ou prata, ou dinheiro em Juizo, que razoadamente possa bastar, segundo a qualidade das pessoas, à virgindade e satisfação de seu casamento, seja solto, e siga o feito pessoalmente, como se andasse per carta de Seguro. E sendo condonado per sentença final, seja satisfeita essa mulher de sua virgindade por a caução: e não bastando para a condenação e custas, pague-se pelos bens do Juiz, que tão pequena caução tomou. E sendo dada querela obrigatória de algum homem que per força corrompeo mulher de sua virgindade, responderá preso, até o feito ser findo e desembargado. E quando achado fôr, que foi querelado maliciosamente, seja-lhe satisfeito segundo fôr direito. Porém, se abertas e publicadas as inquirições, fôr achado, que a virgindade foi corrompida por vontade della, sem outra força alguma, pondo em Juizo caução idonea, de ouro, ou de prata, ou de dinheiro, segundo acima temos dito; seja solto, e siga pessoalmente o feito, até ser findo. Porém mandamos que as ditas mulheres, assi corrompidas sem outra força, demandem suas virgindades e satisfação até hum anno, contando do dia, que deixarem de ter affeição com ellas, e passado o dito anno, não possam mais demandar suas virgindades e satisfações dellas, salvo per via de restituição, se forem menores de vinte cinco annos, ou tendo justo impedimento, por onde no dito tempo não pudessem demandar. E tudo isto, que dito he em este título, haverá lugar em qualquer homem, que dormir com mulher viúva, que honestamente viver, que não passar de vinte cinco annos, stando em poder de seu pai, ou avô da parte do pai.” Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>>. Acesso em: 25/07/2016.

²⁸⁰ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 11. Acrescenta a Autora: “O crime de sodomia, previsto nas Ordenações Filipinas, no Título XIII, ‘Dos que commettem peccado de sodomia, e com alimarias’ não se tratava de uma figura similar ao que se conheceu por atentado violento ao pudor, na medida em que o crime caracterizava-se independentemente de violência e constrangimento”. (Ibidem, p. 11-12).

desobediência à vontade divina”²⁸¹. Isso denotava a acentuada confusão entre os limites da moral e religião, com respectivas implicações no Direito²⁸².

3.2 Código Criminal do Império (1830)

O Código Criminal do Império, primeira legislação em matéria penal de origem exclusivamente brasileira, veio a lume em 1830. Sob o Título II, epigrafado enquanto “Dos crimes contra a segurança da honra”, reuniu as mais gravosas transgressões sexuais na Seção I, sob a rubrica de “estupro”²⁸³, a abranger condutas várias excrementos à conjunção carnal²⁸⁴.

Comparando-se com as antecedentes Ordenações do Reino, há no Código Criminal o advento de uma idade (dezessete anos) como parâmetro para a iniciação sexual da mulher. Embora distinguindo cópula carnal violenta e defloração, presumiu-se a violência em hipótese tendo por vítima criança de três anos pela absoluta incapacidade desta em resistir²⁸⁵.

Uma vez mais, evidencia-se ser o sujeito ativo dos crimes sempre o homem. Este, no entanto, poderia ter extinta sua punibilidade pelo casamento com a ofendida, não fosse ele legalmente impedido pelo parentesco, hipótese na qual persistiria a sanção. Nessa mesma

²⁸¹ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. Op. cit., p. 30. Prossegue a Autora na mesma página, afirmando que isso seria explicado pois “valores como os de ‘virgindade’, ‘honestidade’, ‘bom nome’ e ‘honra da família’ eram equivalentes, espelhando o tipo de sociedade existente na época, que cultivava a ‘virtude’ e a ‘moral’”.

²⁸² MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Op. cit., p. 203. Acrescenta Nohara PASCHOAL que, nas Ordenações Filipinas, “o interesse que se visava proteger era a moralidade sexual, por si só, ainda que o comportamento incriminado não implicasse qualquer ofensa à liberdade sexual do indivíduo”. (PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 18).

²⁸³ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 107.

²⁸⁴ “Art. 219 – Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. Penas – de desterro para fora da comarca, em que residir a deflorada, por um a três annos, e de dotar esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas; Art. 220 – Se o que commetter o estupro tiver em seu poder ou guarda a deflorada. Penas – de desterro para fora da província, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar a esta; Art. 221 – Se o estupro for commettido por parenta da deflorada em grão, que não admita dispensa para o casamento. Penas – de degredo por dous a seis annos para a província mais remota da que residir a deflorada, e de dotar a esta; Art. 222 – Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por três a doze annos, e de dotar a ofendida. Se a violentada for prostituta. Penas – de prisão por seis mezes a dous annos; Art. 223 – Quando houver simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal. Penas – de prisão por seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, alem das que incorrer o reo pela ofensa; Art. 224 – Seduzir mulher honesta, menor de dezessete annos, e ter com ella copula carnal. Penas – de desterro para fora da comarca em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta; Art. 225 – Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as ofendidas”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 27/07/2016.

²⁸⁵ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 15-16.

diretriz, as punições foram significativamente abrandadas se cotejadas com as Ordenações pretéritas, não mais prevalecendo a morte como solução jurídica corriqueira ²⁸⁶.

Incriminações como o adultério e a poligamia persistiram, inseridas na Seção III, ao passo que a sodomia não mais constituía infração penal ²⁸⁷, evidenciando, de uma maneira geral, tímida redução na preocupação do Estado com as inter-relações dos indivíduos.

3.3 Código Penal de 1890

A partir do Código Penal Republicano, o homem passou a também poder ser vítima de condutas sexuais ditas anômalas, na expressão positivada por Benedicto Augusto Carvalho dos SANTOS em clássica obra de sua autoria ²⁸⁸. Ampliou-se o título pretérito, classificando-se os crimes de tal natureza sob a rubrica “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e ultraje público ao pudor” ²⁸⁹. Denotava ali o legislador republicano o alcance pretendido com a tutela penal na seara epigrafada.

Relevante para o presente estudo atentar precipuamente às figuras típicas reunidas sob a epígrafe “Da violência carnal”, inscritas nos artigos 266, 267, 268 e 269, pois referindo-se respectivamente ao posteriormente alcunhado atentado violento ao pudor, ao defloramento de menor de idade, ao estupro e à definição legal deste ²⁹⁰.

²⁸⁶ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 114-115.

²⁸⁷ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 18.

²⁸⁸ SANTOS, Benedicto Augusto Carvalho dos. *Sexualidade anômala no Direito Criminal*. 2. ed. cor. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1957. Embora assinasse o opúsculo como Beni Carvalho, o nome do autor era, em verdade, Benedicto Augusto Carvalho dos Santos, fazendo-se a opção pelo último nas citações bibliográficas.

²⁸⁹ Disponível o diploma em referência no endereço eletrônico do Senado Federal, em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 06/06/2015.

²⁹⁰ “Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena de prisão cellullar por um a seis annos. Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem. Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude: Pena de prisão cellullar por um a quatro annos. Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena de prisão cellullar por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena de prisão cellullar por seis mezes a dous annos. § 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte. Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos. Disponível o diploma em referência no endereço eletrônico do Senado Federal, em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 06/06/2015.

Nota-se que a opção legislativa por um tipo penal explicativo a determinar a conduta subsumível ao estupro levou à modificação do alcance emprestado à prática pelo Código Criminal do Império, retirando de tal figura o defloramento, a sedução e a própria ofensa pessoal para fins libidinosos diversos da cópula carnal ²⁹¹. Essa foi a posição predominante, compreendendo a figura do estupro apenas o coito vaginal. Houve embora quem discordasse de tal interpretação, conferindo ao termo “abusar” perspectiva mais ampla a abranger também atos outros, a saber, o concúbulo anal e a *fellatio in ore* ²⁹². A essas duas últimas condutas, regra geral, entendia a doutrina como adequada sua classificação enquanto o atentado ao pudor do artigo 266, à qual se somaria, por exemplo, o desvirginamento de menor promovido por meio mecânico, sem congresso direto entre os corpos da vítima e seu agressor ²⁹³.

De outra parte, o estupro marital ainda era admitido por parte da doutrina e jurisprudência. Não obstante, repudiavam-no diversos juristas, debatendo-se, no entanto, se tais atos caracterizariam a previsão inscrita no artigo 266 e quais o do artigo 268 ²⁹⁴.

Alguns autores alertavam, no entanto, que para a caracterização do atentado ao pudor, deveria estar o agente voltado à satisfação da lascívia, não restando típica a conduta quando movido o agressor pelo sentimento de vingança, por exemplo ²⁹⁵.

Necessário voltar a atenção, ainda, ao ingresso no Código Penal de 1890 da figura da corrupção de menores (artigo 266, § único), gerando-se polêmica quanto ao seu alcance, mormente no cotejamento com o delito de defloramento (artigo 267). A orientar sua interpretação quanto à discussão, Benedicto Augusto Carvalho dos SANTOS aduz julgado da Corte de Apelação do Ceará, a AC n° 5119, de 08/10/1934: “No defloramento, há uma modificação física da mulher, como caráter essencial; na corrupção, esse caráter consiste numa modificação moral e, em ambos os casos, a lei pune, precisamente, essa alteração” ²⁹⁶. Havia ainda quem, tocante à corrupção de menores, postulasse bastar à caracterização do

²⁹¹ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 25.

²⁹² Destaca Nohara PASCHOAL: “Interessante a destacar é que os autores que negavam o estupro na relação marital, por força do débito conjugal, defendiam, no entanto, a possibilidade de caracterização do atentado ao pudor na constância do casamento.” (Ibidem, p. 36), ou seja, a relação sexual forçada dita anormal. Contrariamente a tal corrente, afirmava Benedicto Augusto Carvalho dos SANTOS: “Pode consumir-se o estupro sobre partes outras da mulher, que não a vagina, uma vez que o vocábulo abusar tanto expressa o comércio sexual, a conjunção carnal normal, quanto a anormal”. (SANTOS, Benedicto Augusto Carvalho dos. Op. cit., p. 79).

²⁹³ SANTOS, Benedicto Augusto Carvalho dos. Op. cit., p. 124.

²⁹⁴ Benedicto Augusto Carvalho dos SANTOS defende, na sua linha de interpretação, que assim como a conjunção carnal, “a cópula anal, ou oral, violenta entre marido e mulher, caracteriza o crime de estupro, e não o de atentado ao pudor, como, em geral, se afirma”. (Ibidem, p. 97).

²⁹⁵ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 21.

²⁹⁶ SANTOS, Benedicto Augusto Carvalho dos. Op. cit., p. 32-33.

ilícito que se obrigasse o infante a testemunhar a prática de atos libidinosos em outrem, ainda que reputados lícitos ²⁹⁷.

Por fim, o tipo penal explicativo do artigo 269, além de conceituar o conteúdo do vocábulo “estupro” – não sem gerar controvérsias, como observado –, também buscou estabelecer o alcance de “violência”, introduzindo elementos excrescentes da submissão física, expondo exemplificativamente aqueles que privassem “a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthetics e narcóticos”. Deixou-se de fazer referência taxativa à violência moral, no que foi o Código objeto de veementes críticas, pois poderia esta, analogamente às demais formas descritas, minar a capacidade de resistência da agredida ²⁹⁸.

A legislação penal republicana viria a sofrer alteração em 1915, pela lei 2.992, não quanto ao conteúdo incriminatória, mas mediante a redução das penas comináveis ao atentado violento ao pudor ²⁹⁹.

Analisando-se o Código de 1890, percebe-se, como destaca Nohara PASCHOAL, uma nítida carga moral a permear as normas criminais, evidenciada na análise de que os coitos anal e oral, se cometidos na constância do matrimônio contra a vontade da mulher, eram considerados crime, ao passo que se o constrangimento objetivasse a conjunção carnal seria impunível, sob a alegação do direito ao débito conjugal e por constituir o ato em si como de natureza sexual “normal” ³⁰⁰.

Outro exemplo é a diferenciação entre as penas atribuíveis àquele que abusasse de mulher honesta ou virgem em comparação àqueloutro que praticasse as mesmas condutas deletérias contra uma prostituta, estes mais brandamente apenados.

3.4 Consolidação das leis penais

O Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, promoveu poucas inovações legislativas, satisfazendo-se em adir ao Código Penal as demais normativas esparsas. A exceção ficou por conta da mudança de redação do parágrafo primeiro (até então único) do

²⁹⁷ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 23.

²⁹⁸ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 28.

²⁹⁹ Ibidem, p. 22.

³⁰⁰ Ibidem, p. 37.

artigo 266 (violência carnal) e acréscimo de outro parágrafo. Ambas as disposições diziam com menores de 21 anos. Assim, passaram a ser puníveis as condutas de excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de qualquer dos sexos à prática de atos desonestos, viciando sua inocência ou pervertendo-se-lhe o senso moral e de corrupção à prática de atos libidinosos³⁰¹.

Assim, na particularidade dos crimes sexuais, notadamente no estupro e atentado violento ao pudor, manteve-se intacto o Capítulo I, inclusive quanto à numeração dos artigos, enunciados e penas.

3.5 Código Penal de 1940

O Código de 1940 pretendia tornar a legislação penal menos suscetível a outras influências, notadamente da Igreja. Embora propagandeasse uma mínima influência moral – cujo sucesso, na prática, é questionável – Nelson HUNGRIA ainda refletia em grande parte as preocupações de seu tempo: a proteção à família e à moral pública, acima até do próprio indivíduo (vítima). Atenção especial dedicava ao “pudor”. Assim, anotava já no introito de seus comentários sobre o Título VI da Parte Especial que, em um

Estado agnóstico, porém, o apoio jurídico-penal à moral sexual limita-se a reprimir os fatos que, sobre fugirem à normalidade do intercurso dos sexos, importam lesão de positivos interesses do indivíduo, da família e da comunhão civil, como sejam o *pudor*, a *liberdade sexual*, a *honra sexual*, a *regularidade da vida sexual familiar-social*, a *moral pública sob o ponto de vista sexual*. De todos êstes meios de adaptação do amor sexual ao ritmo da vida social, ressaí o *pudor*, que se pode dizer a essência dos demais, constituindo o principal objeto de proteção das normas jurídicas relativas à atividade genésica”³⁰². (grifo do autor)

Antes mesmo da própria letra da lei, abrigava a exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal diversas considerações a denotarem estar o diploma impregnado

³⁰¹ BORGES, Paulo César Corrêa; CARVALHO NETO, Gil Ramos de. Op. cit., p. 282.

³⁰² HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 88. Retoma o autor seu raciocínio adiante: “o prazer genésico, utilizado pela natureza como um engôdo à função perpetuadora da espécie, é freqüentemente procurado como um fim em si mesmo. Daí, os desvios viciosos, os escusos atalhos que se rasgam à margem da estrada real das conveniências e interesses sociais sob o ponto de vista sexual. Ora, o pudor exerce uma ação preventiva ou de resistência contra êsses descaminhos, porque traduz, no tocante ao indivíduo, um complexo psíquico de inibição em defesa dos critérios ético-sociais atinentes ao amor genésico, e, do ponto de vista coletivo, uma injunção de observância das formas de normalidade e reserva impostas, no que respeita à função sexual, pela experiência e necessidade sociais”. (HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 90).

por uma ideologia sexista: “nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior vítima dos seus pretendidos infortúnios sexuais”³⁰³.

A conceituação “crimes contra os costumes”, pelo próprio idealizador do Código Penal de 1940, “é empregada para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais”³⁰⁴. De se notar, inobstante, que embora profundamente preocupado com os reflexos sociais das condutas sexuais, mesmo se havidas na intimidade, Nelson HUNGRIA firmou clara sua posição no sentido de se manter alheia à esfera criminal a punição dos atos homossexuais³⁰⁵, nisso discrepando da maioria dos diplomas então vigentes em diversos países³⁰⁶. Também não criminalizou o bestialismo³⁰⁷ e o incesto³⁰⁸. O adultério continuou sendo punido, transpondo-se-o apenas a outro título, no “setor dos crimes contra a família”³⁰⁹.

A inspiração moralista, conquanto rechaçada sob um suposto manto positivista, ficava mais evidente na verificação das penas comináveis a cada um dos delitos postos no Título VI³¹⁰.

Objeto maior de tutela, perceba-se, não era da proteção da mulher (por seu gênero), ou mesmo do indivíduo, em leitura mais contemporânea, “mas sim dos interesses patrimoniais do

³⁰³ A lembrança é de Nohara PASCHOAL. Op. cit., p. 60.

³⁰⁴ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 103.

³⁰⁵ De se notar que, embora aparentemente atos sexuais “anormais” não seriam objeto de repressão mediante o Direito Penal, na prática ainda o eram. A respeito, Luciano Anderson de SOUZA faz pertinente ressalva quanto a um ficto orgulho do legislador pátrio quanto ao tema: “Muito embora a legislação genuinamente brasileira não tenha jamais criminalizado atos de ‘homossexualismo’, nota-se que a homossexualidade era, na prática, indiretamente reprimida mediante a utilização de outros tipos penais sexuais”. (SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 341).

³⁰⁶ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 104-106.

³⁰⁷ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 104.

³⁰⁸ Ibidem, p. 109.

³⁰⁹ Exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal, assinada pelo Ministro Francisco Campos. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinke.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 31/05/2015. Nelson HUNGRIA justifica a opção: “O objeto jurídico que o adultério ofende é o interesse da fidelidade conjugal, considerada esta, não como um fim em si mesma, mas como condição de segurança e estabilidade da organização familiar, fundada na ordem jurídica do casamento. Não há dúvida que, com o adultério, é também ofendida a moralidade social sob o ponto de vista sexual; mas esta, em cotejo com outro interesse jurídico lesado, passa para terreno secundário”. (Ibidem, p. 110).

³¹⁰ Thaís de Camargo RODRIGUES aponta tal influência ao comparar o quantum das sanções de diversos tipos: “Comparando o estupro e atentado violento ao pudor, embora a violência possa ser considerada de mesma intensidade, apenas no caso de estupro ela poderia gerar uma gravidez indesejada, fora do casamento. Daí a pena ser maior. Entre estupro e tráfico de mulheres, fica clara a prevalência da proteção dos costumes, já que o primeiro é cometido de forma violenta, e o último, na figura do caput, pode ser praticado com o consentimento da vítima. Essa diferença denota a intenção do legislador de sobrepor os bons costumes à liberdade individual” (RODRIGUES, Thaís de Camargo. Op. cit., p. 22).

pai ou da honra do marido, sendo aquela, portanto, colocada em segundo plano, ou tratada como mero objeto”³¹¹.

Inobstante, o Código Penal de 1940 não pode ser compreendido dissociado do momento histórico em que foi concebido. Veio a lume no entremeio do Estado Novo, governo de matiz autoritária, e abertamente contrário aos ideais propagados tanto pelo liberalismo como pelo comunismo. A liberdade – e a liberdade sexual, em consequência – não eram prioridades do regime de Getúlio Vargas, mais preocupado com obediência ao Poder central, manutenção da estrutura social patriarcal e proteção da moral atribuída a determinados núcleos, destacando-se a família³¹².

3.5.1 Estupro

A conceituação de estupro, interpretando-se o tipo outrora prescrito no hoje revogado artigo 213³¹³, implicava em conjunção carnal, compreendida como “a união sexual, a cópula vagínica, ou seja, a cópula secundum naturam, pois só a mulher pode ser sujeito passivo desse crime”³¹⁴. Ao revés, o homem era o único agente infrator³¹⁵, a despeito da possibilidade de

³¹¹ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 342.

³¹² Sobre a particularidade e criticando a subsistência de muito do ideário daquele diploma, discorre Tadeu Antônio Dix Silva: “Neste contexto evidencia-se que mais do que sua existência cronológica, o que torna o Código de 1940 descompassado com a realidade fática e com a fundamentação de legitimidade jurídico-penal possibilitada pela Constituição Federal de 1988, é sua opção ideológica, a política criminal por ele abraçada. Como as normas jurídicas são também meios para a consecução de objetivos políticos, o estatuto repressivo brasileiro reflete uma ordem constitucional outorgada em período de exceção, e carrega, inevitavelmente, matizações inerentes ao regime antidemocrático existente quando de seu nascedouro, matizes estes que se revelam, no âmbito da sexualidade, nos delitos contra os costumes”. (SILVA, Antônio Dix. Op. cit., p. 24).

³¹³ “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos”. Disponível o diploma em referência no endereço eletrônico do Senado Federal, em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>>. Acesso em: 06/06/2015. De se notar que o dispositivo em comento, na redação de 1940, não trazia parágrafo único. Este foi acrescido pelo artigo 263 Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, com a seguinte redação: “Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: Pena - reclusão de quatro a dez anos” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 06/06/2015). Fez-se o mesmo com o atentado violento ao pudor do artigo 214 do Código Penal. No entanto, pouco depois, foi aprovada a lei de crimes hediondos, a qual elevou as penas do estupro e atentado violento ao pudor para o *quantum* da sanção compreendido entre 6 e 10 anos. Resultou isso em anomalia, pois a pena mínima para o estupro, fosse menor a vítima, seria de 4 anos, cominando reprimenda máxima igual. Tal distorção atentava, ainda, contra os postulados do ECA, na medida em que se deveria privilegiar a proteção do infante. A discrepância veio a ser revogada pela lei 9.281/1996, a qual derogou os parágrafos únicos dos dispositivos em comento, igualando-se novamente as penas, isso até o advento da lei 12.015/2009, como adiante exposto.

³¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 82.

³¹⁵ Explicava à época, com as necessárias ressalvas e mais por hipótese teórica, E. Magalhães NORONHA: “Não obstante opiniões em contrário, muitos admitem que o coito entre mulheres é possível pela existência de clitóris hipertrófico. Tal cópula, entretanto, não integrará o delito em questão. [...] A expressão conjunção carnal, adotada neste artigo e nos 215, parágrafo único, e 217, significa exclusivamente congresso sexual, realizado por

coparticipação da mulher na prestação de auxílio. Reformava-se assim a orientação dos diplomas anteriores, no sentido de que configurava o estupro o “abuso da mulher”, de aceção mais ampla e englobando situações outras ³¹⁶ que passaram a ser tratadas enquanto atentado violento ao pudor no artigo 214 do Código Penal. O tratamento desigual entre as cominações e vítimas do estupro e atentado violento ao pudor se justificariam, aos olhos de Nelson HUNGRIA, pois

o valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que o da mulher, de modo que, em princípio, não se justifica para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos. Quando tal violência contra mulher resulta na cópula vagínica, e ainda que não se trate de *virgo intacta*, pode acarretar o engravidamento, consequência tão grave, no caso, que a lei autoriza a prática de aborto (Código Penal, art. 128, n.º II), embora este represente um sério perigo à saúde, quando não à vida da paciente. Pode ser menos vexatória ou repugnante à violentada a cópula normal do que a anormal, mas as consequências lesivas daquela podem superar, em gravidade, as desta ³¹⁷.

Já se percebe no emprego, pelo autor, da expressão “valor social” que o referencial de ofensividade não era o indivíduo, mas os costumes. Por outro lado, não era mais a prostituta discriminada, sendo o ilícito praticado contra ela apenas com igual rigor ³¹⁸, embora assumindo ainda relevo a figura da mulher honesta em alguns outros tipos penais ³¹⁹.

O estupro, em interpretação direta da lei, poderia ser caracterizado na constância da relação marital, embora houvesse autores célebres que excluía a hipótese sob o argumento de ser um dever conjugal recíproco do casal ³²⁰.

Grandes discussões foram suscitadas a respeito do dissenso, quanto à intensidade e persistência deste ³²¹, embora fossem comuns situações em que os tribunais afastassem o

meio do membro viril e do órgão sexual da mulher. É o coito normal, em que de um lado há o sujeito ativo – o homem – e do outro a vítima ou sujeito passivo – a mulher”. (NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 108).

³¹⁶ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 41.

³¹⁷ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 118.

³¹⁸ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 43.

³¹⁹ A figura da “mulher honesta” era vislumbrada em três dispositivos do Código Penal de 1940: “Posse sexual mediante fraude” (Art. 215); “Atentado ao pudor mediante fraude” (art. 216); “Rapto violento ou mediante” (Art. 219). A referência a “honestidade” era, como alerta Luciano Anderson de SOUZA, “conceito lacunoso e desconhecido, atrelado a simples moralismo subjetivo”. Op. cit., p.342. Acrescenta Ivan Luís Marques da SILVA que tal era errôneo: “o equívoco do legislador de 1940, salvo melhor juízo, foi imaginar a existência de uma associação direta entre a honestidade das mulheres e seu comportamento sexual. O fato da mulher perder a virgindade antes de casar era motivo suficiente para rotulá-la como desonesta, traidora dos bons costumes sociais e desmerecedora da proteção pública. Essa interferência legislativa masculina da época mostra a situação de inferioridade em que se encontrava a mulher, na primeira metade do século XX”. (SILVA, Ivan Luís Marques da. A presunção de honestidade da mulher – algumas reflexões sobre a lei nº 11.106, de 28/03/2016. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 150, mai. 2005).

³²⁰ A ressalva é de Antonio Scarance FERNANDES; Oswaldo Henrique Duek MARQUES. Op. cit., p. 85-86.

caráter ilícito da cópula forçada sob o argumento de que, a despeito de verificado dissenso inicial, este não persistiu ao longo do constrangimento, pois deixou a vítima de resistir ³²².

A importância do tema do consentimento ainda hoje é inafastável, pois serve ele à verificação da existência ou não de desvalor do resultado, o que conseqüentemente servirá à constatação do desvalor da ação ³²³.

Já no apagar das luzes da vigência dos dispositivos concernentes aos crimes sexuais na redação emprestada pelo Código Penal de 1940 ainda se discutia o alcance da norma do artigo 213 quanto ao sujeito passivo. O debate assumia novos contornos devido à diversidade de manifestações sexuais, notadamente o transexualismo. Defendiam alguns autores que os transgêneros a adotarem o sexo feminino poderiam, sim, ser sujeitos passivos do delito de estupro, uma vez que, aos olhos da lei e das pessoas, possuíam biologicamente todas as formas femininas ³²⁴. O curioso impasse acabou por não se avolumar, pois superado pelo advento da reforma de 2009 e conseqüente unificação dos dispositivos do estupro e atentado violento ao pudor.

3.5.2 Atentado violento ao pudor

³²¹ A respeito, tece precisas considerações Marcio Tadeu Pinheiro FERNANDES: “Ora, se há dissenso da mulher em face da conduta do homem, cuja finalidade específica é a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça idônea e apta ao constrangimento, pode-se concluir que o ato de execução se transforma em consumação no momento em que a vítima é efetivamente constrangida à conjunção carnal contra a sua vontade. Isso porque a mulher já estará desprovida de qualquer voluntariedade no momento da cópula vagínica, total ou parcial, sendo, por isso, irrelevante a ocorrência desse resultado para efeitos de consumação do delito de estupro”. (FERNANDES, Marcio Tadeu Pinheiro. Estupro. Crime formal ou material? *IBCCRIM*, 2003. Disponível em <<http://ibccrim.org.br/artigo/985-Artigo-Estupro-Crime-formal-ou-material>>. Acesso em: 20/04/2015).

³²² “O pensamento clássico informa que o dissenso da vítima tem de ser sincero e positivo, evidenciado através de inequívoca resistência; em momento algum, deve esta aderir à lascívia do sujeito ativo, sob pena de ocorrência do aforisma latino: *Fæminina quæ una tantum consentit vi strupata non est.*” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 242).

³²³ RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 120.

³²⁴ Aduzam-se, aqui, as reflexões de Lael FERREIRA NETO: “Como relatado anteriormente, os avanços médicos tornam cada vez mais semelhante a uma vagina natural, aquela construída por meio da ablação do membro. Também conforme relato anteriormente, todas as terminações nervosas são preservadas e a genitália construída mantém íntegra sua sensibilidade. Ora, se há sensibilidade, há prazer. Já definimos a conjunção carnal como o afastamento dos lábios e atrito com os órgãos externos, portanto, com a cirurgia de adequação sexual, tornou-se possível a conjunção carnal entre homem e transexual operado. Se dissermos que somente mulher pode ser vítima de estupro, estamos afastando a culpabilidade do agente que pratica conjunção carnal com transexual operado, por atipicidade da conduta, vez que o atentado violento ao pudor é claro ao afastar a conjunção carnal de sua esfera de incidência”. (FERREIRA NETO, Lael. Transexualidade: estupro ou atentado violento ao pudor? *IBCCRIM*, 2006. Disponível em: <<http://ibccrim.org.br/artigo/8497Artigo-Transexualidade-estupro-ou-atentado-violento-ao-pudor>>. Acesso em: 20/04/2015).

Diferentemente dos Códigos precedentes, o legislador de 1940 não mais exigia “o fim específico de saciar paixões lascivas ou de depravação moral”³²⁵, embora na realidade este fosse verificado na apreciação concreta.

Tocante à relação marital, admitia-se unanimemente a ocorrência do atentado violento ao pudor, pois as condutas sexuais tidas por “anormais” não compreenderiam o débito conjugal, não se podendo exigí-las à companheira ou praticá-las contra ela, vencida sua resistência.

O atentado violento ao pudor, em decorrência da “anormalidade” dos atos, poderia ter como autor e vítima indistintamente homens ou mulheres.

Mais importante – e quiçá mais controverso – era o debate quanto à compreensão do alcance do vocábulo “pudor”, bem como o conceito de “atos libidinosos diversos da conjunção carnal”. O amplo espectro de condutas subsumíveis às vagas expressões resultava, já ali, em tratamento nivelado a situação com ofensividade não equiparáveis. A discussão, no entanto, será retomada adiante, pois a novel legislação não solveu o impasse, pelo contrário: acentuou-o.

3.5.3 Crimes sexuais contra menores

As condutas previstas nos artigos 213 e 214 do Código Penal de 1940 não traziam previsões análogas quando envolvendo menores. A opção sistêmica da época foi pela disposição, em artigo próprio, de tais situações, as quais configurariam uma presunção de violência a ser tratada de forma mais severa pelo julgador.

A violência presumida não é originária do Código Hungria. No artigo 272 da legislação de 1890, presumia-se “commetido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos”³²⁶. Diferentemente da legislação de antanho, pressupunha-se a violência, nos termos do artigo 224 do *codex*, além da alternativa concernente à idade (agora reduzida para quatorze anos), as hipóteses de alienação ou debilidade mental quando conhecidas tais circunstâncias

³²⁵ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 44.

³²⁶ Disponível o diploma em referência no endereço eletrônico do Senado Federal, em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 06/06/2015.

pelo agente, bem como quando a vítima se encontrasse em situação na qual incapacitada de oferecer resistência ³²⁷.

A questão, não dirimida plenamente durante os quase setenta anos de vigência do dispositivo (viria a ser revogado pela lei 12.015/2009) era quanto à natureza da presunção, se absoluta ou relativa. A prevalência era quanto à primeira opção, embora não raro, nos casos em que o infante exercia a prostituição, se argumentasse que a perda pretérita da inocência teria o condão de afastar o caráter de ilícito da conduta do agente que com o menor se relacionasse a título oneroso ou gratuito ³²⁸. Não se conhecia da presunção de violência absoluta sob argumentos como ulterior perda da inocência.

3.6 Código Penal de 1969

O diploma criminal em epígrafe jamais superou o período de *vacatio legis*. Embora alterando o título correspondente para “Crimes contra a disponibilidade sexual”, não trazia inovações de relevo nos principais tipos penais – aqueles objeto do presente estudo –, embora mudando no mais das vezes as penas cominadas. O estupro, por exemplo, permaneceu com sua redação inalterada, ao passo que ao atentado violento ao pudor somente “foi incluído o núcleo ‘a presenciar’, eliminando uma lacuna do Código de 1940” ³²⁹. Vale acrescentar, pois revelando forte apelo moral, que criava a novel legislação um novo dispositivo, passando a

³²⁷ “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.” Disponível o diploma em referência no endereço eletrônico do Planalto Central, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 06/06/2015.

³²⁸ Causadora de enorme polêmica foi decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. A Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, pontuou no acórdão dos Embargos de Divergência em Recurso Especial sob número 1.021.634/SP, julgado pela 3ª Seção: “A prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado. [...]. O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em *um país de dimensões continentais*. Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”. A decisão é de 23/11/2011, publicada no DJe em 23/03/2012. (grifo da Relatora) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079892&num_registro=201100993132&data=20120323&formato=PDF>. Acesso em: 12/11/2016.

³²⁹ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Op. cit., p. 205.

considerar adúltera, também, aquela mulher que engravidasse mediante inseminação artificial com material biológico masculino de outrem, insciente o cônjuge³³⁰.

3.7 Lei 8.069/1990 (Estatuto da criança e do adolescente)

O Estatuto da Criança e do Adolescente acresceu aos artigos 213 e 214 do Código Penal parágrafos únicos, elevando a pena se a figura típica do *caput* de cada qual tivesse como ofendido menor de catorze anos. Passou a cominar reclusão de quatro a dez anos quando ocorresse estupro e de três a nove se havido atentado violento ao pudor. Inobstante, os incrementos foram revogados poucos anos depois pela lei 9.281/96.

Importante referir, embora cronologicamente situado em momento diverso, que a partir da edição da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), houve o incremento de novas figuras típicas que, sob o argumento de proteger a inocência e o desenvolvimento dos menores, voltavam-se à punição de condutas sem qualquer relevo penal, na medida em que desprovidas do referencial de um bem jurídico ameaçado ou lesado. Tal movimento, adjetivado de paternalismo, longe está de ser uma exclusividade brasileira. Mas, aqui, desponta com a criminalização de condutas a exemplo da posse “de montagens de fotos ou desenhos que simulem cena de sexo envolvendo criança ou adolescente (artigo 241-C e parágrafo único, da Lei nº 11.829, de 2008)”³³¹.

3.8 Lei 8.072/1990 (Lei dos crimes hediondos)

Realça-se, no tópico, a equiparação das penas de estupro e atentado violento ao pudor e majoração de ambas, com consequências na natureza da ação penal e na qualificação de hediondez da conduta.

No entanto, a técnica legislativa, uma vez mais, parece não ter sido a mais apurada. Anotam Alberto Silva FRANCO e Tadeu Antonio Dix SILVA que, à letra da redação original, mantida na alteração promovida pela lei 8.930/1994 (apenas com mudança

³³⁰ Prescrevia o dispositivo: “Permitir a mulher casada, sem que o consinta o marido, a própria fecundação artificial com sêmen de outro homem. Pena – detenção, até dois anos”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06/06/2016.

³³¹ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 345.

esquemática das hipóteses, que passaram a ser distribuídas em incisos)³³², somente se poderia interpretar como hediondas as figuras do estupro e atentado violento ao pudor quando combinadas com as formas qualificadas previstas no artigo 223 *caput* e parágrafo único do Código Penal. O raciocínio, pela clareza, merece integral transcrição:

Já houve interpretação no sentido de que o tipo básico (estupro e atentado violento ao pudor) também deva ser considerado crime hediondo. Não é a melhor exegese. O legislador, nesse caso, deixou antes e fora dos parênteses só o *nomen iuris* (estupro e atentado violento ao pudor); abriu imediatamente o parêntese, significando que introduziu esclarecimento, explicação a esses termos, obviamente por não lhe bastar a citação pura e simples do *nomen iuris* do tipo penal. aberto o parêntese, o legislador menciona os números dos artigos (213 e 214 respectivamente), mas não é só o que pretende explicar, pois acrescenta ‘e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único’. A novidade é esta expressão grifada, que formalmente (em virtude da conjunção aditiva e) parece somar aos arts. 213 e 214 as formas qualificadas do *caput* do art. 223 (resultado: lesão corporal grave) e do parágrafo único (resultado: morte)³³³.

Com o advento da lei 12.015/2009, a redação da Lei de Crimes Hediondos foi modificada, não só pela unificação das condutas de estupro e atentado violento ao pudor, mas também para corrigir a anomalia detectada por Alberto Silva FRANCO e Tadeu Antonio Dix SILVA. Todas as formas de constrangimento em matéria sexual tornaram-se práticas hediondas também à letra da lei.

3.9 Lei 11.106/2005

Após intensos debates, estimulados principalmente por uma crítica doutrinária ante a falta de atualização dos ainda então “crimes contra os costumes”³³⁴, restando envelhecido o arcabouço normativo concernente à incriminação de condutas ofensivas à liberdade de autodeterminação em matéria sexual, o legislador, enfim, modificou a compreensão legal sobre a temática. Consequência direta foi a abolição da incriminação de diversas condutas,

³³² Dizia o texto normativo: “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (...) V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único)”.

³³³ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³³⁴ De se notar que pouco antes, em 2001, editara-se a lei 10.224, de 15 de maio daquele ano, com uma única disposição, qual seja, criar o tipo legal do assédio sexual, com a seguinte redação: “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”, atribuindo-se à conduta pena de detenção de 1 a 2 anos.

revogando-se-as do Código Penal, principalmente do Título VI. Assim, suprimiram-se do diploma criminal os artigos: 217 (sedução), 220 (raptor consensual), 221 (raptor privilegiado), 240 (adultério) e 226, III (causa de aumento de pena quando casado o agente). Ao lado, o delito então inscrito no artigo 219 (raptor violento) passou a figurar enquanto modalidade do artigo 148, mais precisamente o inciso V do § 1º, caracterizando-se não mais como conduta atentatória aos bons costumes, mas à liberdade individual, podendo dela ser vítima qualquer pessoa³³⁵.

Inobstante aparentando reforma substancial, os avanços ficaram muito aquém do que se esperava, merecendo críticas da doutrina. Tadeu Antônio Dix SILVA, por todos, foi enfático:

A tibieza das modificações introduzidas por este diploma legal é realçada pelo fato de vir a permitir a manutenção de tipos penais que pouco ou nada possuem em comum com a liberdade ou a autodeterminação sexual do indivíduo, mas, pelo contrário, afrontam nitidamente esse bem jurídico³³⁶.

Apesar das pertinentes observações, de se rememorar que a ideia inicial, firmada no Projeto de Lei nº 117/2003, apresentado à Câmara dos Deputados pela congressista Iara Bernardi (PT-SP), era ainda menos ambiciosa: “objetivava apenas modificar os artigos 216 e 231 do Código Penal para ‘suprimir o termo mulher honesta’”³³⁷. Foi ampliado o documento legislativo, mediante a apresentação do substitutivo 1/2003 pela parlamentar Laura Carneiro (PFL-RJ), pretendendo retirar tal conjunção (“mulher honesta”) também dos artigos 217, 219, 220 e 222, bem como substituí-la pelo vocábulo “pessoa” nos dispositivos 215, 216 e 231³³⁸. Submetido a plenário, acresceu-se-lhe ainda um novo tipo penal (o artigo 231-A, que só na reforma de 2009 viria a ser aprovado, sob outra redação) e a adaptação do delito de raptor aos novos limites etários estabelecidos pelo Código Civil de 2002³³⁹. Remetido ao Senado Federal, recebeu a Emenda nº 1-CCJ, com natureza de um verdadeiro substitutivo, pelas mãos da Senadora Serys Slhessarenko (então do PT-MT), expandindo ela as reformas, em uma visão mais condizente com o Direito Penal atual na temática dos crimes sexuais. Reduzia-se

³³⁵ Especificamente sobre a reforma em comento, cf. SILVA, Tadeu Antônio Dix. Crimes Sexuais: Reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

³³⁶ Ibidem, p. 24.

³³⁷ Ibidem, p. 28.

³³⁸ SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 29. Reflete o autor, na sequência, que a deputada, embora referindo a anacronismo, manteve os delitos de sedução e raptor.

³³⁹ Ibidem, p. 30.

sobremaneira a influência da moral na determinação das condutas puníveis, bem como suprimia-se a diferenciação de gênero e, em consequência, transmudavam-se os tipos do estupro e atentado violento ao pudor em “violação sexual” e “abuso sexual”³⁴⁰. Tornando ao Senado, as inserções propostas foram quase que integralmente rejeitadas, por questões regimentais (inobservância dos procedimentos regulares de tramitação necessários para aprovação de novos dispositivos) ou mesmo por julgar a Câmara Baixa inadequadas as mudanças. Assim, finalizado o processo legislativo e encaminhado à Presidência, resultou o projeto na lei 11.106/2005, com tímida evolução, como antes evidenciado. A rubrica do Título VI permaneceu, no fim das contas, inalterada³⁴¹, tutelando-se de forma concomitante, como se complementares fossem, “a liberdade sexual e a moralidade pública, os bons costumes e o pudor público”³⁴².

Especificamente quanto à causa de aumento de pena do artigo 226, no que refere ao cônjuge, serviu para dissipar eventuais reminiscências da concepção de que o homem poderia dispor da força para consumir aludido “débito marital”³⁴³.

3.10 Lei 12.015/2009

³⁴⁰ Tadeu Antônio Dix SILVA assim sintetizou as profundas modificações propostas pela parlamentar: “a) tornava a ação penal ‘para esses crimes, pública condicionada à representação, para poupar a vítima do constrangimento adicional de ter que arcar com o processo penal’; b) revogava os dispositivos que tratam do rapto violento ‘para desloca-lo para o crime de sequestro e cárcere privado’, com uma redação atualizada, e igualmente procedia à revogação dos crimes de rapto consensual, rapto privilegiado e o dispositivo do art. 222, já que perdera o sentido com a ab-rogação dos dispositivos referentes às diversas modalidades de rapto; c) o Título VI da Parte Especial do Código Penal passaria a ser designado ‘Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual’, e o Capítulo V, do mesmo Título, seria agora denominado ‘Da Exploração e do Tráfico Sexual’; d) revogava ‘institutos anacrônicos, como os crimes de sedução e de adultério, que deixaram de ser aplicados por nossos tribunais, e a extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a vítima e desta com terceiro, que, de forma alguma, apaga a ofensa à dignidade sofrida’; e) incluía a figura do ‘cônjuge’ e do ‘companheiro’ nos tipos penais que se referem apenas ao ‘marido, proporcionando desta forma ‘o tratamento igualitário hoje vigente por força constitucional’; f) fazia uma ‘atualização de redação dos crimes de infanticídio e de abandono de recém-nascido, m face do obsoletismo de expressão como estado puerperal e desonra própria’; modificava os arts. 213 e 214, para substituí-los por novos tipos, o de ‘violação sexual’ e o de ‘abuso sexual’, respectivamente; em consonância com essas novas figuras penais, alterava os ‘nomen iuris’ do artigo 215 para ‘violação sexual mediante fraude’ e do art. 216 para ‘abuso sexual mediante fraude’; h) por fim, acatava as modificações introduzidas pelo projeto de lei da Câmara dos Deputados, no que concernia aos arts. 215, 231 e 231-A”. (Ibidem, p. 31-32).

³⁴¹ Insciente ainda de que a situação seria revertida, Tadeu Antônio Dix SILVA acentuou que, inobstante a persistência da epígrafe retrógrada, pelo menos não iniciara o legislador brasileiro modificações orientadas por concepções equivocadas, ou seja, a pretensão de se tutelar a dignidade sexual em lugar da liberdade (ou autodeterminação). (Ibidem, p. 39).

³⁴² SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 42.

³⁴³ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 55.

Mudança primeira promovida pela lei 12.015/2009 foi a tardia supressão da expressão “Dos crimes contra os costumes” a encimar o Título VI do Código Penal. Arcaica, remetia a rubrica revogada ao pudor, por muitos séculos compreendido como o limite humano aos desejos e desatinos animais na matéria sexual. Servia à lembrança de que um homem só poderia ser considerado um ser mais evoluído se fosse capaz de refrear seus instintos mais selvagens ³⁴⁴.

A nova epígrafe ficou aquém das expectativas de boa parte da doutrina. “Dos crimes contra a dignidade sexual” não atingiria o objetivo pretendido pela tutela penal, além de ser o termo um tanto quanto vago e indeterminado, sujeitando-se às mais variadas interpretações, com consequência direta na impossibilidade de se delimitar qual a abrangência da norma penal. Na medida em que o enunciado serve, em última instância, a auxiliar o intérprete na apreciação do dispositivo (introduz o escopo de tutela do capítulo ou título) ³⁴⁵, fez com que remanesce no trato dos crimes sexuais indesejável resquício de moralismo.

A junção dos tipos penais concretizada pelo legislador brasileiro longe está de ser inédita. É, antes, tendência verificada em diversos países. Inglaterra e Estados Unidos, por exemplo, designam a conjunção carnal e outros atos libidinosos sob o vocábulo “*rape*” ³⁴⁶, valendo o mesmo às legislações europeias (violação), como d’antes referido.

Positivamente, a novel legislação afinal aderiu à tendência europeia, considerando como sujeito passivo do crime do artigo 213 do Código Penal também o homem, embora tenha mantido o *nomen iuris* do tipo como “estupro” ³⁴⁷. Perdeu-se a oportunidade de atualizar a compreensão do tema e, pela junção com os atos libidinosos, atribuir a estes um alcance mais preciso, como violação.

Em sua forma básica, comina-se pena de 6 a 10 anos ao estupro. O crime possui duas qualificações pelo resultado (modalidades preterdolosas) nos parágrafos 1º e 2º, que podem elevar o limite máximo a 30 anos. Importante frisar que só incidirá uma ou outra se

³⁴⁴ Alamiro Velludo SALVADOR NETTO discorre sobre o *nomen iuris* revogado do Título VI do Código Penal: “Inegável que a antiga nomenclatura apontava para um aspecto cultural-naturalista, na medida em que o pudor, fruto do gradativo desenvolvimento da moral refletida nos costumes, contrapunha-se ao fervor sexual primitivo, próprio do ser humano atávico e associal, o qual, por isso mesmo, deveria ser contido pela norma”. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 202, p. 8-9, set. 2009).

³⁴⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 88.

³⁴⁶ PIMENTEL, Silvia. *Quando gritar não é suficiente*. O Estado de São Paulo, caderno Aliás, 30/08/2009. Entrevista concedida a Mônica Manir e Bruna Rodrigues. Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,quando-gritar-nao-e-suficiente,426652>>. Acesso em: 31/05/2015.

³⁴⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 163.

decorrentes da violência intrínseca ao estupro ³⁴⁸. Caso contrário, cuidando-se de desígnio autônomo (pois não ligado à satisfação da lascívia), responderá o agente por lesão corporal, tortura ou morte em concurso material ³⁴⁹.

Quanto à consumação, esta ocorre com a prática de qualquer ato libidinoso (dentre os quais a conjunção carnal) ³⁵⁰, restando à apreciação do julgador se o ato incriminado se reveste de relevo penal. Caso negativa a resposta, poder-se-á no máximo cogitar de tentativa.

A ausência de consentimento, como já o era na redação original do Código Penal de 1940, continua a ser fator norteador da aferição da ilegalidade do ato sexual. A exclusão da tipicidade se dará frente à constatação do consentimento eficaz ³⁵¹.

Ao lado de tais mudanças e em decorrência de discussões acaloradas na doutrina e jurisprudência respeitantes à presunção de violência nos crimes contra menores, houve a criação de novos tipos legais. A despeito da intenção aparentemente legítima de conferir especial proteção sobretudo às crianças (e também aos adolescentes), decorreram consequências deletérias do artigo 217-A, da mesma forma que antes sucedia com os parágrafos precedentes incorporados aos artigos 213 e 214 na redação emprestada pelo artigo 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente: tolhe-se ainda o desenvolvimento sexual do infante com a imposição de série grande de óbices à iniciação na vida sexual, alguns fundados em pressupostos exclusivamente de ordem moral.

O problema não é novo, insista-se. Nesse mesmo século, nos Estados Unidos da América, por exemplo, visando um balanceamento entre a proteção dos menores e a liberdade destes de descoberta da própria sexualidade, surgiram regionalmente diversos diplomas alcunhados de “*Romeo and Juliet laws*”. Tais diplomas legislativos consideram validamente consentido o intercuro amoroso quando a diferença de idade entre os intervenientes não

³⁴⁸ Ibidem, p. 162.

³⁴⁹ É constatação recorrente na jurisprudência a existência de crime de estupro e roubo no mesmo contexto fático. Como o bem jurídico afetado é diverso, considera-se-os praticados em concurso material.

³⁵⁰ Marcio Tadeu Pinheiro FERNANDES leciona: “Entretanto parece que o entendimento mais acertado é aquele em que se conclui pela ocorrência da consumação no momento em que a vítima é desprovida de sua voluntariedade, sendo, pois, a cópula vagínica, parcial ou total, mero exaurimento do crime”. (FERNANDES, Marcio Tadeu Pinheiro. Op. cit.).

³⁵¹ João Daniel RASSI, fundado em ROXIN, assenta: “a exclusão do tipo se dá com a ocorrência do consentimento eficaz já que não há desvalor do resultado e com isso o desvalor da ação. Até porque, na maioria das vezes o titular do bem se beneficia com a ação consentida que no mais é, socialmente normal e aceita pela sociedade. Da mesma forma, ainda que a ação consentida não provoque um bem estar no titular do bem jurídico ou não esteja no âmbito do que geralmente é aceito, não há que se falar em desvalor do resultado. Em sede de bem jurídico, o que vale é a vontade real de seu titular e não o ‘bem estar real’ do portador do bem, aliás, é exatamente ele quem vai dizer o que é bom para seu bem estar”. (RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 120-121).

superar os dois ou quatro anos, conforme o Estado ³⁵². Situação análoga possui a legislação italiana, como antes observado.

No Brasil, com o advento da lei 12.015/2009, o legislador deixou claro seu posicionamento sócio-ideológico quanto às relações amorosas infanto-juvenis: aquele menor de 14 anos não tem direito a uma vida sexual. Explique-se: a imposição de uma idade mínima da vítima para se reputar válido seu consentimento na matéria resulta na impossibilidade da prática de atos de natureza sexual com o menor, ainda que seja também o parceiro alguém que não tenha completado os dois setênios. A alternativa implicaria em estupro bilateral, na forma de ato infracional ³⁵³.

A compreensão precisa ser modificada. Os incapazes, isto é inegável, possuem direito ao desenvolvimento e à liberdade sexual. Dizer o contrário é negar-lhes a sexualidade ³⁵⁴. O cuidado a se tomar é quanto à intervenção indevida de terceiros no desenvolvimento, aproveitando-se da incapacidade (para efeitos de lei) do infante. Em outras palavras, é a instrumentalização do menor pelo adulto o que deve ser visto como passível de reprovação pela lei mediante a imposição de um interdito consubstanciado na criminalização da conduta.

A solução seria perquirir quanto ao conhecimento do agente da condição da vítima (idade ou deficiência mental), o que acabaria resultando na aferição concernente à forma como a conduta foi praticada: se estando o agente em erro ou não, com as nuances inerentes, o que só pode ser observado em um juízo concreto frente ao caso específico. Em outras palavras, seria necessário o aproveitamento da circunstância, o que pressupõe uma condição de relevante ascendência (etária ou intelectual) sobre o infante.

Tornando-se à normativa vigente, destaque-se que não se justifica a alusão solitária à “preservação da inocência” para impor óbices ao contato sexual com menores. Tal argumento poderia ser manipulado e, ao revés, ser aduzido no caso concreto em posição contrária aos interesses que pretende a lei penal salvaguardar, pois retiraria do âmbito de tutela aqueloutro

³⁵² “Cuida-se de uma alusão à obra de SHAKESPEARE, em que o personagem Romeu possuía 16 anos e Julieta 13 anos, quando iniciaram o romance. Um dos casos que ensejaram larga discussão que desembocou na edição de tais leis deu-se na Geórgia em 2003, quando George WILSON, de 17 anos, foi condenado a 10 anos de prisão por sexo oral consentido com sua namorada de 15 anos”. (SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 346).

³⁵³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 202, p. 8-9, set. 2009.

³⁵⁴ “[...] negar o caráter de presunção de violência decorrente da debilidade mental da vítima é condenar os portadores de doença mental, qualquer que seja ela, a uma vida de total abstinência sexual e, sobretudo, afetiva.” (PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 52).

menor que já possuísse histórico de violência sexual contra si praticada, pois já perdida a ingenuidade ³⁵⁵, ainda que pelo agir nefando alheio.

Inobstante, a reforma realizada pelo parlamentar brasileiro criou o artigo 217-A do Código Penal. De plano, já se verifica uma opção legislativa acertada: abordar os delitos cometidos contra aqueles considerados vulneráveis em capítulo próprio. Isto indica ao intérprete que o tratamento dado a estes irá diferir do conferido ao estupro, por exemplo, até mesmo por conta do bem jurídico-penal eleito à tutela de cada qual.

A constatação da “vulnerabilidade” é que define a invocação do artigo 217-A na espécie. Superando a discussão sobre a presunção relativa de violência, optou o legislador por criar um elemento normativo do tipo, caracterizado pela idade no “*caput*” e pela “enfermidade ou doença mental” supressoras da capacidade de discernimento (conduta equiparada do parágrafo 1º).

Maior dificuldade há em se compreender a extensão da parte final do parágrafo inaugural: “Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, *ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência*” (grifo nosso). Analisando-se gramaticalmente a redação, a primeira conclusão é a de que o trecho derradeiro concorda com o sujeito passivo “alguém”, constituindo em conduta alternativa cuja vítima não seja enferma ou portadora de deficiência mental.

O embaraço interpretativo reside, com maior realce, na extensão do alcance da expressão “qualquer outra causa”. Inicialmente, poderia se interpretar que o próprio constrangimento (na acepção penal) poderia caracterizar a espécie. No entanto, não parece ser esta a melhor solução.

O legislador, ao instituir a figura do artigo 213 do Código Penal, empregou a violência e a ameaça como elementos normativos do tipo. São, indiscutivelmente, formas de supressão do consentimento da vítima. Ao lado, no artigo 215, prevê-se a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso “mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”, figura esta denota que a vítima não era avessa ao ato sexual, mas sim à pessoa ou à forma com que este ocorreu ³⁵⁶. Já na parte final do tipo do

³⁵⁵ PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 54. Acrescenta a autora que ocorreria a problemática hipótese ainda que a violência pretérita fosse presumida.

³⁵⁶ Discorrem Alessandra Orcesi Pedro GRECO e João Daniel RASSI: “o que diferencia essa situação do crime do art. 217-A, § 1º, que também prevê a impossibilidade de a vítima oferecer resistência, é que, na violação

estupro de vulneral do artigo 217-A, sequer é oportunizado ao ofendido manifestação de vontade.

Analisando-se o tipo principal, verifica-se que dispõe: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Já se percebe que, diferentemente do artigo 213, não possui o constrangimento como elemento do tipo. A incriminação decorre do próprio ato em si, da instrumentalização da vítima que não pode consentir ou cujo consentimento não é reputado válido.

Conclui-se que pode haver estupro de vulnerável tendo como vítima pessoa adulta cuja capacidade de consentir tenha sido retirada por meio outro (tanto físico como psíquico) que não abrangido pelas hipóteses inscritas nos artigos 213 e 215 do Código Penal, e cuja ofensividade seja superior a estes, na medida em que a pena cominada pelo artigo 217-A é mais severa, o que poderia resultar em inadmissível desproporcionalidade sistêmica.

Quanto à pena, em comparação ao estupro contra adultos, o perpetrado em face do vulnerável é mais severamente punido, até em obediência à previsão constitucional inscrita no artigo 227, § 4º da Constituição Federal: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”, o que acabou se estendendo às demais figuras equiparadas.

mediante fraude, o ‘outro meio’ a que se refere o art. 215 é o de natureza fraudulenta, apto a enganar a vítima, enquanto no estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1º) o meio é físico, que torna a vítima inerte e sem capacidade de resistência, como, por exemplo, o administrar substância entorpecedora”. (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Dainel. Op. cit., p. 172).

CAPÍTULO 4 – BEM JURÍDICO TUTELADO

Feita a exposição um tanto quanto ampla da inter-relação entre espécies normativas e sua interpretação, Direito e Moral, abordando-se ainda a legislação atinente à matéria do direito sexual no Brasil e também em alguns países estrangeiros, transponham-se os conceitos especificamente à esfera Penal, mormente quanto aos limites da Moral enquanto influência à criação de tipos penais a tutelá-la. Ponto pacífico, a norma criminal traduz legítima a força coativa do Estado, com destaque para a imposição de penas privativas de liberdade. Ao lado e em consequência, agrega ao sancionado indelével estigma, rotulando-o como um transgressor da lei, um indivíduo pouco preocupado com as regras sociais e a própria comunidade.

O fator diferencial na incriminação será, portanto, a legitimidade da Administração de se imiscuir nas atividades das pessoas e grupos, tutelando relações interpessoais (de natureza sexual). O fator permissivo – e também a medida da ingerência – é o referencial a um bem jurídico-penal. Compartilhe-se, a título preliminar, da ressalva de Fábio Romeu CANTON FILHO: embora multifacetária, a teoria do bem jurídico, notadamente o penal, possui duas correntes, abrigando cada qual variações inúmeras.

A que entende que o bem jurídico é algo anterior ao próprio direito, cujo papel se resumiria em positivizar algo já dado externamente ao domínio jurídico e, do outro lado, a noção de que o bem jurídico emerge do próprio ato de positivação e, portanto, independe de fatores externos (sociais, políticos, morais, etc) à esfera do direito³⁵⁷.

A Moral, sob o primeiro aspecto, jamais poderia ser compreendida enquanto bem jurídico, pois não preexiste ao homem, salvo em uma acepção puramente religiosa do Direito; de outra parte, levando-se ao extremo a última perspectiva, conduzir-se-ia à conclusão de que decorrem da eleição da própria lei pura os bens jurídicos a serem resguardados pelo ordenamento jurídico, o que implicaria na prescindibilidade de qualquer juízo de valor, ofensividade e proporcionalidade, o que não é admissível³⁵⁸.

³⁵⁷ CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 6

³⁵⁸ Maximiliano Roberto Ernesto FÜHRER, trazendo a discussão quanto aos motivos que levaram à eleição da moralidade como bem jurídico e, assim, tutelar algumas condutas na esfera sexual, discorre: “parece haver um certo antagonismo entre a livre fruição do instinto sexual e a moral civilizada contemporânea. A repressão sexual, imposta pela sociedade através da moralidade, tem por objetivo a sublimação da pulsão sexual, transformando-se essa energia em atividades culturalmente úteis. Ocorre que – ora porque a própria repressão causa neuroses, e porque o enorme esforço empregado pelo indivíduo para dominar seus instintos produz um esgotamento – a medida se mostra pouco produtiva na prática. Ou seja, a moralidade sexual não vale o enorme

Por “bem” se entende, com supedâneo em Francisco de Assis TOLEDO, “coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’”³⁵⁹. O bem jurídico, assim, é daquele uma espécie, imbuída pela especial qualidade de ser protegido pela norma; o bem jurídico-penal, uma subespécie, cuja eleição pode ser extraída de variadas teorias a considerarem os fundamentos e legitimidade do Direito Penal (e da sanção criminal), moduladas conforme a forma e o grau da ofensa ou perigo.

Embora não aderindo às proposições extremas, exsurge essencial a adoção de uma teoria do bem jurídico como um limitador material à proliferação indiscriminada de tipos penais³⁶⁰.

Elege-se na presente dissertação, como adiante se verá pelos fundamentos deduzidos, a teoria constitucional do bem jurídico, pela qual são objeto de tutela aqueles bens inscritos e refletidos na Magna Carta enquanto consubstanciação de valores historicamente cristalizados por determinada sociedade. Mais ainda: adota-se-a em sua vertente restritiva, isto significando que somente será digna de proteção penal (e passíveis de levar o ofensor a suportar a incidência da sanção criminal) a violação a bem jurídico expressamente³⁶¹ consagrado na Constituição.

Necessário aqui, como alerta Luiz Régis PRADO, atentar-se às múltiplas funções que o bem jurídico exerce: a) de garantia ou limitação o direito de punir do Estado; b) teleológica ou interpretativa; c) individualizadora (da pena); d) sistemática³⁶². Perceba-se que, no curso da dissertação, haverá olhar mais dirigido a cada uma das funções, demonstrando a indispensabilidade do lastro teórico na concepção de bem jurídico-penal.

Isso não significa, é claro, que será imutável tal interpretação, precipuamente quando os valores se encontrarem em dissonância com o seu tempo pelo inexorável desenvolvimento

sacrifício que impõe” (FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais*: com a feição instituída pela lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35-36).

³⁵⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 15.

³⁶⁰ “A exigência de que exista um bem jurídico ofendido ou ameaçado por uma conduta contrária ao Direito, e reprovável, para que o Direito Penal possua legitimidade, é fundamental em um Estado Democrático de Direito à medida que impõe limites ao Direito Penal”. (DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106).

³⁶¹ O vocábulo “expressamente” é, aqui, empregado com as ressalvas quanto ao processo interpretativo feitas no início, ou seja: os bens jurídico-penais não necessariamente estão expressos no texto legal em si, mas nas normas que dele se extraem mediante um processo interpretativo circunscrito à Magna Carta.

³⁶² *Ibidem*, p. 62-63.

humano e social. A opção encimada, no fim das contas, não assumirá especial relevo na conclusão, embora fundamental à estrutura do raciocínio e desenvolvimento do tema proposto.

Veja-se, portanto, a evolução do conceito de bem jurídico penal, apresentada não de forma exauriente, mas aduzindo o necessário ao delineamento do panorama evolutivo.

4.1 Evolução do conceito de bem jurídico

Partindo dos ideais iluministas sintetizados por BECCARIA, o qual já referia a “dano social”³⁶³, e antecedendo o período positivista, o primeiro a se arriscar na busca pela fixação de limites materiais à incidência do Direito Penal foi Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH. Diferenciou as infrações de dever dos crimes propriamente ditos, restringindo a sanção criminal aos últimos. Tinham seus estudos por finalidade impor limites ao arbítrio estatal e à desmensuração na fixação das penas³⁶⁴.

O objetivo do teórico era enfrentar “um Direito Penal voltado a impor regras morais, como infração de uma norma ética ou divina, afirmando que ‘a conduta humana somente pode ser um injusto punível se lesiona um bem jurídico’³⁶⁵, isso implicando na existência de uma efetiva vítima. Não mais bastaria a mera “vulneração de uma norma ética ou divina”³⁶⁶, ou ao dever em relação ao Estado³⁶⁷.

Contraditoriamente, à categoria dos injustos sujeitos a sanções de natureza penal, acrescia as infrações de polícia (*polizeivergehen*), meras violações ao dever de obediência ao Estado, como anotavam os críticos³⁶⁸.

³⁶³ Cesare BECCARIA afirmava que, “tendo-se como necessária a reunião dos homens em sociedade, de acordo com convenções estatuídas pelos interesses opostos de cada particular, encontrar-se-á uma progressão de delitos, dos quais o maior será o que tende à destruição da própria sociedade. Os crimes menores são ofensas cometidas contra particulares. Entre estas duas extremidades ficarão compreendidos todos os atos que se opõem ao bem público, desde o mais criminoso até o menos incriminável. [...] Já notamos que a exata medida dos crimes é o prejuízo causado à sociedade” (BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 62-63).

³⁶⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

³⁶⁵ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. Op. cit., p. 106.

³⁶⁶ RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 60.

³⁶⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 90.

³⁶⁸ “Ainda que não se lesionassem direitos subjetivos, Feuerbach entendia ser justificável uma punição, já que tais condutas colocavam em perigo a ordem e a seguridade social. Desta feita, tanto as lesões a direitos quanto a manutenção dessa ordem e seguridade poderiam ser entendidas como socialmente danosas”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 38).

Vale situar o contexto histórico do autor, no qual vicejava a inspiração do contratualismo. Compreende-se, assim, a colocação de FEUERBACH: “aquele que viola a liberdade garantida pelo contrato social e pelas leis pratica um *crimen*. Por fim, crime é, em sentido amplo, uma lesão prevista numa lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada na lei penal”³⁶⁹.

Veio logo após, antecedendo o positivismo jurídico mas ainda em uma época marcada pela restauração da monarquia após a ascensão de Napoleão Bonaparte³⁷⁰, Johan Michael Franz BIRNBAUM, modificando um pouco a concepção aduzida por FEUERBACH e assentando que a violação seria não a um direito, mas a um valorado bem (interesse)³⁷¹, ou seja, um bem jurídico-penal preexistente³⁷². Dessa forma, embora sob um discurso explicitando se tratar de uma limitação ao poder sancionador penal do Estado, objetivava-se a extensão da intervenção deste para além dos direitos subjetivos³⁷³, incluindo na esfera da punição criminal os delitos contra a religião e a moral³⁷⁴.

Adentrando já o positivismo jurídico, Karl Ludwig Lorenz BINDING recepciona a tese do bem jurídico penal, embora emprestando-lhe contornos puramente formais enquanto expressão da própria lei, a qual “revela” o bem jurídico³⁷⁵. Aquela materializa o interesse (direito subjetivo) estatal³⁷⁶, reduzindo o conceito hipoteticamente limitante da incidência do Direito Penal a um mero elemento da norma³⁷⁷. O delito, para o filósofo, é compreendido como infração ao dever de obediência do cidadão frente ao Estado, convertendo-se aquele em mero destinatário da norma³⁷⁸. Em consequência, por ser “bem jurídico um conceito

³⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32.

³⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 40.

³⁷¹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. Op. cit., p. 107.

³⁷² CANTON FILHO, Fabio Romeu. Op. cit., p. 6.

³⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral - questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1 t. p. 115.

³⁷⁴ “Consoante sua formulação, ‘bem’ não era mais do que um objeto valorado pelo próprio Estado, aparecendo, pois, como um instrumento deste Estado, que levaria a permissão de incriminação de toda a conduta que pudesse perturbar as novas condições sociais que se delineavam na Restauração”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 40). Analogamente, escreve Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA: “A partir da formulação de BIRNBAUM, os objetos (bens) essenciais relacionados ao homem passaram a ter uma posição concreta, permitindo, inclusive, a diferenciação entre lesão e perigo; consumação e tentativa; e bens individuais e coletivos”. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 98).

³⁷⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 43.

³⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 35.

³⁷⁷ CANTON FILHO, Fabio Romeu. Op. cit., p. 7.

³⁷⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 101.

imane ao sistema”, é ele fruto da vontade do legislador, o qual atribui valor ao bem cuja tutela pretende ³⁷⁹.

De se realçar que não era importante para BINDING a qualidade do bem jurídico (se individual, supraindividual ou coletivo), compreendido antes enquanto um bem da comunidade, cuja tutela penal fora pretendida pelo legislador. Demonstra, assim, a índole positivista-normativista de seu pensamento ³⁸⁰.

Em momento posterior, no positivismo naturalista, destaca-se Franz Ritter von LISZT. Embora dependendo ainda a definição de bem jurídico de uma vontade estatal (política criminal) pelo jurista não expressamente admitida, entendia ele que, aquilo que se denominava enquanto bens jurídicos eram os interesses tutelados pelo Direito. Assim, “bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico” ³⁸¹. Isso se explica pois concebia o Direito como algo puramente humano e, nesse diapasão, voltado à “proteção de interesses humanos vitais – interesses jurídicos” ³⁸². Decorriam exatamente da inter-relação dos homens entre si e destes para com o Estado ³⁸³. Decorrendo o bem jurídico da “vida” e do homem, ao legislador se atribuía a tarefa de encontrá-lo, não criá-lo, pois era um “dado social preexistente” ³⁸⁴.

Von LISZT preocupava-se sobremaneira com a pena, a qual, ao lado do bem jurídico, servia de base à sua formulação do conteúdo material do delito, embora delegando à política criminal a definição daqueles bens cuja proteção se daria pela incriminação de condutas danosas ou perigosas ³⁸⁵.

Nas primeiras décadas do século XX, o positivismo foi cedendo espaço ao neokantianismo, com uma diferente visão de bem jurídico-penal. Desponta, a partir de 1920, a Escola de Baden (ou Escola Subocidental Alemã). Não mais bastava a fórmula racionalista-

³⁷⁹ RASSI, João Daniel. Op. cit., p. 66.

³⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 45.

³⁸¹ LISZT, Franz von. Op. cit., p. 93-94.

³⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 43-44.

³⁸³ Afirma Franz von LISZT: “Os interesses porém surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa. Onde há vida, há força que tende a manifestar-se, afeiçoar-se e desenvolver-se livremente. Em pontos inúmeros os círculos da vontade humana se tocam e se cruzam, colidem as esferas em que os homens exercem a sua ação. A essas relações corresponde o interesse de cada um à ação ou inação de outrem, quando a ação ou inação tem importância para a própria eficiência”. (LISZT, Franz von. Op. cit., p. 95).

³⁸⁴ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 37.

³⁸⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 102-103.

normativista pela qual seria o bem jurídico preexistente e alheio à evolução das vicissitudes do homem e da sociedade; necessário era considerar os valores culturais, em uma nítida espiritualização do conceito ³⁸⁶. O bem jurídico era o fim perquirido pelo legislador, defendia Richard HONIG, a *ratio* da norma, havendo indisfarçável aproximação entre valor e fim, a “criação de um critério de interpretação a partir do seu fim (valor) protegido” ³⁸⁷. Registre-se haver, paralelamente e inspirada por ideais análogos, a também alemã Escola de Marburgo. Para esta, igualmente consistia no núcleo do estudo do Direito Penal o fato de não mais servir o bem jurídico como limitador do *jus puniendi*, mas mero orientador interpretativo do sistema. Era o denominado conceito metodológico ³⁸⁸.

Quando da ascensão do nacional-socialismo alemão, estudiosos ligados ao regime remodelaram toda a sistemática penal germânica de forma a legitimar, enquanto Estado de Direito, um governo totalitário. A propaganda promovida pelo autoritarismo privilegiava uma identidade alemã, obtida mediante o conceito de comunidade do povo (*Volksgemeinschaft*). Integrariam esta aqueles ligados pelo sangue, raça, terra e honra. O valor prevalente, ao lado da lealdade ao *führer*, era o *são* sentimento do povo alemão, a lealdade para com a comunidade do povo ³⁸⁹.

A indeterminação dos conceitos levou o Direito Penal, em lugar de, como outrora, se colocar como *ultima ratio*, a adquirir finalidade diametralmente oposta em relação àqueles que resistiam ao domínio nazista: enquadravam-se suas condutas, enquanto ideologicamente subversivas e mesmo outras inócuas, como transgressoras ou de um bem jurídico propositalmente vago ³⁹⁰, ou, sobretudo, como uma infração ao dever para com a coletividade germânica ³⁹¹. Note-se que a Escola de Kiel inicialmente rechaçou a teoria do bem jurídico,

³⁸⁶ Esclarece adiante: “Reagindo contra a compreensão positivista do direito para a qual o conteúdo do delito é dado formalmente segundo o que está expresso na lei, referida concepção buscou a substância material de bem jurídico em uma realidade prévia ao direito, situada no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais, como entreposto entre os mundos do ser e do dever-ser. Fez-se, assim, dos bens jurídicos fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, capazes de resumir seu conteúdo. O objeto de proteção não existiria enquanto tal, concretizando-se somente quando são vistos nos valores da comunidade, como fim objetivo das prescrições penais”. (Ibidem, p. 106).

³⁸⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 48. Complementa Luiz Régis PRADO, assinalando que, para os teóricos do início do século passado, “bem jurídico vem a ser um valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal”. (PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 40).

³⁸⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 108.

³⁸⁹ “a vida da comunidade não pode ser limitada pelas leis, haja vista que o Direito está acima do ordenamento positivado, como expressão social, o que permitia aplicar ao caso concreto uma solução não normativa, mas jurídica”. (Ibidem, p. 109).

³⁹⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 111.

³⁹¹ Ibidem, p. 113.

pois de inspiração liberal e individual ³⁹²; mais tarde, adotou-a apenas como um dos elementos do sistema, situado abaixo do dever de lealdade e analisada sob um referencial coletivo (não individual, como antes). A Escola de Marburgo, embora não tenha abandonado a primazia daquele enquanto orientador das condutas penalmente tuteladas, modificou-o substancialmente de forma a legitimar a proteção de valores tais como a pureza de raças ³⁹³. Sob o viés autoritário, poder-se-ia dizer que prevalecia a proteção de um único valor (ou bem jurídico): a comunidade do povo ³⁹⁴.

Aderindo a uma linha profundamente influenciada pelas crueldades vivenciadas no contexto do conflito mundial, Hanz WELZEL adota uma concepção de bem jurídico ético-social, constituindo este “toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões” ³⁹⁵. Disso se refletiu que quanto mais evidente o consenso sobre a importância ou prevalência de determinado bem jurídico, mais grave deveria ser a pena atribuída a seu transgressor. Proteger-se-iam assim os crimes de lesão, estando os bens da comunidade juridicamente garantidos pela afirmação de seus valores ético-sociais ³⁹⁶. Para ele, aliás, a tutela de tais valores ético-sociais da ação caracterizaria a missão primordial do Direito Penal,

³⁹² TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 18. Afirmando mero enfraquecimento da posição do bem jurídico como objeto da ação punível, cf. BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no Direito Penal. In ASÚA, Luis Jiménez *et al.* *Estudios de Derecho e Proceso Penal em Homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 60.

³⁹³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 113. Também o professor Christiano Fragoso, em seu doutoramento, esmiuçou o contexto penal do nacional-socialismo alemão. Indica-se sua tese, “*Autoritarismo e sistema penal*” para aprofundamento do tema. Exposição oral do material por ele compartilhada em várias reproduções de sua pesquisa ao mundo acadêmico pode ser facilmente assistida em diversos vídeos, recomendando-se o disponível no endereço em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PoKXt-YzOr8>>. Acesso em: 15/07/2015.

³⁹⁴ Eugenio Raul ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA e Alejandro SLOKAR explicam as principais diferenças entre um sistema penal orientado por valores liberais e outro de matiz autoritária: “(a) *el derecho penal liberal trata de reducir el poder punitivo, mientras el autoritario trata de ampliarlo; (b) el liberal procura aumentar el poder de las agencias jurídicas para acrecentar su capacidad de decisión reductora; el autoritario intenta ampliar el poder de las agencias no jurídicas; (c) el primero refuerza los componentes limitadores del estado de derecho; el segundo refuerza las pulsiones del estado de policía que pugnan por neutralizar los anteriores; (d) el primero tutela los bienes jurídicos de todos los habitantes; el segundo reconoce un único bien jurídico, que es el poder del gobernante; el primero acota la tendencia verticalizante (jerárquica y corporativa) de la sociedad y permite la subsistencia de vínculos horizontales (comunitarios); el segundo procura destruir los vínculos horizontales (comunitarios) y verticalizar corporativamente a la sociedad*”. (grifo dos autores) (ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte general*. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 54).

³⁹⁵ *Apud* TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 16.

³⁹⁶ Explica o jurista alemão: “*El la función de los tipos de presentar la ‘muestra’ de la conducta prohibida se pone de manifestó que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, se refieren a la vida social, pero, por otra parte, son inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se advierte la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social*”. (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964. p. 53).

enquanto “só por extensão a proteção de bens jurídicos”³⁹⁷. Com maior ênfase, defendia H. MAYER que se deveria estender o abrigo criminal a condutas que provocassem extrema ofensa à ordem moral³⁹⁸.

A posição, embora tenha encontrado fartos adeptos, sem exceção do Brasil, longe está de ser pacífica, havendo teóricos a se colocarem de um e outro lado. Aqui, Everardo da Cunha LUNA, por exemplo, defendia uma visão teológica do assunto, concebendo o bem jurídico enquanto “uma síntese de valores”, ou seja: “o bem jurídico esgota a essência do crime, e, no conceito de bem, estão esses elementos referentes à qualidade da ação e do sujeito”³⁹⁹, isso significando que o bem protegido pela norma somente seria plenamente dimensionável *a posteriori*, após suportada a ofensa e na medida desta e do agente.

Em verdade, o conceito de bem jurídico se afigura como meramente operacional, o que contemporaneamente se convencionou por referir como “rendimento da teoria do bem jurídico”⁴⁰⁰. Jorge de Figueiredo DIAS⁴⁰¹, por exemplo, admite que talvez nunca seja possível determinar, com absoluta clareza, “a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”⁴⁰².

Situado no entremeio está Giuseppe BETTIOL e sua jurisprudência dos valores. Miguel REALE JÚNIOR evidencia tal parte o pensamento do teórico italiano: “Têm os valores um significado social próprio, decorrente da ordem imanente da realidade das coisas, mas quando tutelados por uma norma tornam-se, por isso, valores jurídicos”⁴⁰³. Ou, nas próprias palavras do jurista italiano,

O valor tutelado por uma norma é certamente um valor jurídico enquanto entra em contato com o mundo do direito, mas isto não significa que fora desta relação não tenha também um significado próprio: antes de ser um valor jurídico é um valor social, que decorre da ordem imanente à realidade das coisas⁴⁰⁴.

³⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 7.

³⁹⁸ Idem.

³⁹⁹ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. Recife: Imprensa Universitária, 1968. p. 35-36.

⁴⁰⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*. São Paulo: IBCCRIM, n. 1, mai/ago 2009.

⁴⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral - questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1 t. p. 112, observados os destaques do original. DIAS continua, deixando indubitosa a dicotomia e os limites do Direito Penal, afirmando que “as instâncias legitimadas para castigo do pecado e da imoralidade só podem ser, respectivamente, a divindade e a consciência”.

⁴⁰² DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., p. 114. Inobstante, Jorge Figueiredo DIAS entende fundamental o bem jurídico enquanto um limitador sistêmico, conceituando-o inclusive “como uma expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”. (Idem).

⁴⁰³ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 47.

⁴⁰⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1966. 1 v. p. 72.

Modernamente, defronta-se com novas perspectivas quanto ao bem jurídico (isso sem se cuidar de alguns autores a afastar tal referencial), dentre elas as teorias sociológicas, que podem ser representadas em seus polos opostos por Winfried HASSEMER de um lado e Günther JAKOBS no outro extremo ⁴⁰⁵, e as teorias constitucionalistas, bem recepcionadas no Brasil.

HASSEMER concebe a por ele mesmo denominada “teoria pessoal do bem jurídico”, pois visando o direito penal assegurar a autorrealização humana ⁴⁰⁶. Além de tal referencial, o bem jurídico deveria, para se revestir de legitimidade penal, ser aceito no meio social, o que seria aferível por alguns critérios: “a frequência de uma lesão a interesses, o grau de necessidade no que diz respeito ao bem lesionado e a intensidade de ameaça da lesão, percebida socialmente”, bem como o caráter subsidiário do Direito Penal, devendo sempre ser compreendido enquanto *ultima ratio* ⁴⁰⁷.

Já JAKOBS, para quem o Direito Penal atua como garantidor da manutenção da estabilidade social, elege a primazia e respeito ao ordenamento legal – notadamente às leis criminais – como premissas maiores, conferindo relevância jurídica a determinados papéis dos indivíduos na sociedade ⁴⁰⁸. Nesse contexto, e talvez mais importante, é o dever imposto

⁴⁰⁵ O própria HASSEMER enfatiza que, dentro das concepções sociológicas, haveria duas vertentes, conforme a função exercida: uma primeira, defendendo que o bem jurídico transcende o sistema (função crítica); a remanescente, redutora do conceito de bem jurídico a uma criação do legislador e, por isso, imanente ao sistema (função sistêmica). (PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 42).

⁴⁰⁶ Segundo o autor, “isso estabelece para a teoria do bem jurídico a exigência de assimilar teoricamente o desenvolvimento de estruturas sociais e de problemas sociais, sem com isso abrir mão da tradição personalista da teoria. Essa tradição consiste em funcionalizar os interesses da coletividade e do Estado a partir do indivíduo: bens jurídicos universais têm, nessa medida, somente uma base, quando comprovadamente forem interesses indiretos do indivíduo. Na origem dessa tradição está uma compreensão liberal de Estado, para a qual o Estado não é fim em si próprio, mas deve apenas promover o desenvolvimento e a garantia das possibilidades vitais do ser humano”. (HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016. p. 17).

⁴⁰⁷ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 20-21.

⁴⁰⁸ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. A imputação objetiva no direito penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Explica JAKOBS: “A responsabilidade jurídico-penal sempre tem como fundamento a violação de um papel. Entre os papéis cuja infração aqui se aborda podem diferenciar facilmente duas classes. Por um lado, estão os papéis especiais, os que uma determinada pessoa tem porque deve formar junto com outras pessoas um ente comum, mais ou menos completo; este é o caso, por exemplo, do papel de pai – os pais devem formar com os filhos uma comunidade; o papel do cônjuge – junto ao esposo ou à esposa se construirá um mundo conjugal comum; ou o de prestador de serviços assistenciais em casos de emergência – devem atuar em caso de necessidade no interesse de quem está desamparado” (Ibidem, p. 55). Ao lado, tem-se os “papéis comuns, ou explicando com maior precisão: trata-se da violação do único papel comum que existe, o papel de comportar-se como uma pessoa comum em Direito, é dizer, o de respeitar os direitos dos demais como contrapartida ao exercício dos próprios direitos”. (Ibidem, p. 56).

ao cidadão: de fidelidade ao ordenamento jurídico, implicando a transgressão em um “defeito volitivo” e a pena como instrumento para “restabelecer a fidelidade à norma”⁴⁰⁹. A elaboração de toda sua sistemática prescinde da compreensão de bem jurídico, até porque não o enxerga enquanto vulnerado pela transgressão, mudando o enfoque para o autor (ainda que potencial) do ilícito, compreendido como “um inimigo do bem jurídico”, o que, em sua opinião, justificaria uma expansão do Direito Penal à tutela da *cogitationes*⁴¹⁰.

Há ao lado aqueles que, a exemplo de Knut AMELUNG, pretendem a transmutação do bem jurídico em critério de “nocividade social”, servindo o Direito Penal à correção da disfuncionalidade do sistema⁴¹¹.

Roland HEFENDEHL, ao tempo em que reconhece figurativamente estar a teoria do bem jurídico em seu leito de morte⁴¹², assevera que isso não significa que ele se possa desprezá-lo como forma de legitimação penal. Afirma ser fundamental distingui-lo do conceito do objeto da ação⁴¹³. Só assim se obterá legitimidade para tutelar penalmente uma conduta cuja ação (ou omissão) incriminada apresente um equivalente material a um bem jurídico⁴¹⁴. Apenas depois é que se procederá a uma análise de conformidade constitucional do delito⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 36-38. Avançando em seu raciocínio, entende o autor que, “em um Estado moderno, não nos referimos à direção da vontade por meio do medo ante a pena, e sim ao fato de que o comportamento conforme a norma se converte em costume” (Idem). Não obstante, “o decisivo não é que o defeito seja percebido conscientemente na mente do autor, e sim que deva situar-se ali, e isto ocorre sempre que o autor impediu de haver concorrido uma motivação dominante de evitar infrações do direito” (Ibidem, p. 39).

⁴¹⁰ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 133. Explique-se: não defende o autor a punição da *cogitationes*, mas sim que, se analisado o Direito Penal sob o prisma da proteção exclusiva de bens jurídicos, inevitavelmente se legitimaria tal antecipação, pois aquele que é “inimigo do bem jurídico” já o é desde o início, permitindo-se em tais circunstâncias o apenamento.

⁴¹¹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 41.

⁴¹² HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016. p. 69.

⁴¹³ O autor exemplifica três hipóteses de correlação entre bem jurídico e objeto da ação: “primeiramente, o bem jurídico pode ser utilizado já na descrição do tipo, tornando-se idêntico ao objeto da ação (identidade formal e material). Um exemplo nos oferece o tipo do estelionato, em que o bem jurídico ‘patrimônio’ serve também para delimitar o objeto da ação; A segunda técnica é a da identidade apenas material. Nos delitos de homicídio, por exemplo, o bem jurídico é a ‘vida humana’, enquanto o objeto da ação é o ‘ser humano’. Ambos os conceitos acabam sendo interpretados de modo a terem um conteúdo idêntico. Na terceira técnica legislativa, não se apresenta identidade nem formal, nem material entre bem jurídico e objeto da ação. O legislador proíbe que se cause uma modificação que não representa uma lesão a bem jurídico. Por meio do conceito de resultado, pode-se designar um evento que se diferencia do comportamento e que ainda não se confunde com a lesão ao bem jurídico”. (Ibidem, p. 71).

⁴¹⁴ Ibidem, p. 92.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 94.

Ao lado e permeando algumas das proposições, em orientação ora adotada, figuram as teorias constitucionais do bem jurídico-penal ⁴¹⁶, adotando-se aqui as teorias críticas de Claus ROXIN e Luiz Régis PRADO.

4.2 Teorias constitucionais do Bem Jurídico-Penal

Tocante às teorias constitucionalistas do bem jurídico, há duplo aspecto: de um lado, há uma limitação material criminalizante àquilo expressa ou implicitamente protegido pela Constituição (valendo o mesmo para direitos e garantias processuais penais) e, de outra parte, determinados comandos impondo que certas matérias obrigatoriamente recebam a atenção penal do legislador pós-constituente. Cuida-se, em síntese, da observância do bem jurídico enquanto um fator negativo ou positivo de incriminação ⁴¹⁷.

Claus ROXIN defende que o referencial constitucional é fundamental, pois somente assim impede-se que o legislador sofra de forma irreversível os influxos de uma ou outra vertente ideológica ou político-crimeal, impondo uma opinião pessoal a um tema cujo tratamento já possui diretriz fixada ⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Leciona Maximiliano Roberto Ernesto FÜHRER, tocante às teorias constitucionais do bem jurídico, existem as amplas e as restritas: “as primeiras advogam que estes bens são somente aqueles citados diretamente na Constituição e os que se harmonizem com o regime do Estado Democrático de Direito. As outras buscam limitar ainda mais a escolha. Somente os bens apontados na Constituição com dignidade constitucional portanto – seriam merecedores de proteção penal. O mecanismo lógico das teses restritas é interessante. Só poderia ser submetido à supressão da liberdade (direito constitucional fundamental) aquele que também lesionasse bens jurídicos alheios fundamentais”. (FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Op. cit., p. 107).

⁴¹⁷ Explicando ambas as facetas do tema, notadamente o universo potencial incriminador e os limites impostos, escreve Celso DELMANTO *et al.* sobre a teoria constitucional do bem jurídico, “segundo a qual o poder criminalizador somente encontra legitimidade quando alinhado com os valores contidos na Constituição da República, os quais também impõem limites à intervenção penal. Como se sabe, se de um lado a Magna Carta determina ao legislador ordinário criminalização de determinadas condutas (como a tortura, o racismo, o tráfico ilícito de entorpecentes etc. – art. 5º, XLI, XLII, XLIII e XLIV), de outro impõe limites à intervenção penal, com proibição, por exemplo, de penas perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, XLVII), com a determinação da pessoalidade da sanção penal, na medida da culpabilidade do seu autor (art. 5º, XLV). Intervenção penal, essa, que deve ser excepcional [...], tendo como vetor a proporcionalidade entre bem jurídico violado ou ameaçado pela conduta incriminada, e a pena a ele imposta, levando-se em conta a sua danosidade social”. (DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. Op. cit., p. 107-108).

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016. p. 240. Prossegue adiante o autor, anotando que, embora historicamente o bem jurídico não tenha surgido sob a acepção de limite punitivo à intervenção estatal, este é o viés sob o qual ele hoje tem de ser interpretado, sob a visão iluminista que permeia os Estados Europeus e, por consectário lógico, muitos outros cujas respectivas constituições receberam tais influxos. (Ibidem, p. 241-242).

Luiz Régis PRADO, de seu turno, ao assentar que o Estado não é um fim em si mesmo, mas o meio à autorrealização dos cidadãos, coloca como medida interpretativa o homem. Em outras palavras, o Estado serve aos indivíduos, protegendo-lhes direitos próprios ou coletivos ⁴¹⁹. Os valores que servem aos homens estão positivados na Constituição, deles se extraíndo os bens jurídico-penais relevantes ⁴²⁰.

Certo é que a Lei Maior deve ser o parâmetro, a fonte primária e também o limite ⁴²¹. No entanto, não é a Carta Magna um diploma fechado. Serve, de um lado, como estrutura mínima, da qual extraídos os bens jurídico-penais cuja tutela seja relevante e, de outra parte, como diretriz interpretativa ao legislador e ao julgador. Discorre Martha de Toledo MACHADO a respeito:

vê-se que o constitucionalismo contemporâneo – se reduz à dimensão da dificuldade de dar solução democrática à problemática da coerência axiológica do ordenamento jurídico – não anula a *limitação inerente* ao ordenamento, relativa à contraposição de valores entre o primado de *legalidade* (como esteio da democracia moderna, pelo seu potencial de contenção dos poderes do Estado e pelo seu potencial de legitimidade advinda do voto popular) e o imperativo prático de *discricionariedade judicial* (como necessidade de operatividade do sistema que, materialmente, nunca alcança a completude da solução de cada caso concreto pela via legislativa)⁴²².
(grifo do autor)

Assim, importam também os princípios ⁴²³, dos quais se inferem valores tais como a dignidade da pessoa humana e aqueles outros consagrados enquanto direitos sociais (saúde,

⁴¹⁹ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 136.

⁴²⁰ Ibidem, p. 138. Explicita o autor: “O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal”. (Ibidem, p.139).

⁴²¹ Embora não adepto à teoria constitucional do bem jurídico, relevante o posicionamento de Winfried HASSEMER, em artigo já referido, quanto à particularidade: “ocorre que não se pode retirar do princípio do bem jurídico – e nessa medida também não da Constituição – um imperativo de criminalização; já a circunstância de que o legislador penal dispõe de ampla margem de decisão acerca de se e como alguma conduta será criminalizada impede isso. É preciso, porém, ter duas coisas em conta: que o princípio do bem jurídico não pode responder sozinho à questão do merecimento da pena e que ele é ambivalente, podendo, de acordo com a situação histórica da legislação penal, ser favorável tanto a uma criminalização como a uma descriminalização”. (HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 13).

⁴²² MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2008. p. 47.

⁴²³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 27-28. Explica Miguel REALE JÚNIOR: “Ademais, da mesa forma como a Parte Geral de 1984 e a Lei de Execução Penal deixaram-se de pautar pela Carta autoritária de 1969, editando uma Lei Penal e de Execução Penal garantista, pode o legislador incriminar condutas lesivas de valores não constantes do texto constitucional, mas de relevo para o tráfego social, como a fé pública. Igualmente, determinado valor constitucional, como o direito de autor, não pode vir a ser penalmente tutelado, ao se verificar que há outros ramos do Direito mais eficientes na proteção deste valor. O relevo constitucional de um bem não se reflete como dever do legislador ordinário de

educação, entre outros). Condutas que privam os indivíduos de alguma de suas qualidades que o fazem se identificar como tal, ou atentem contra valores humanos básicos, na medida da lesividade, devem, sim, receber a atenção do Direito Penal. Permite-se em complemento, sem a rigidez por alguns defendida, a maturação social de determinados valores, adequando-se-os à evolução da vida em comunidade e às inovações e conflitos próprios de cada época.

Embora não seja o objeto maior da dissertação, reitere-se: o bem jurídico-penal é aqui concebido sob matiz constitucional. Promana ele da Lei Maior, na medida em que estabelece esta como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e individualidade da pena⁴²⁴. Também por isso – e ao revés –, não se pode conceber que só por existir a colocação de determinado bem como relevante na Magna Carta que ele assuma a condição de bem jurídico penal. Aprofunde-se, portanto, a pesquisa, evidenciando-se aqueles bens jurídico-penais referenciados pela doutrina e jurisprudência como concernentes à tutela dos delitos sexuais.

4.3 Ilegitimidade da tutela penal exclusiva da moral

Aproximando-se do objetivo da parte preliminar da presente dissertação, considerando-se ainda o albergamento expresso pela Constituição Federal, enquanto passível de proteção legal, da Moral (destacadamente a “moralidade pública”), há de se perquirir quais são os limites de tutela desta pelo Direito Penal enquanto bem jurídico relevante. Imprescindível se torna aludir alusão a pontos já cuidados no capítulo inaugural.

Há situações limítrofes nas quais a tutela penal repousará, exclusivamente, sobre um valor moral, perdendo o referencial do bem jurídico, o que não se mostra adequado. Necessário se faz, evitando-se a anomalia, o tracejamento de fronteiras para a ingerência do Direito Penal, como explica Anabela Miranda RODRIGUES:

na verdade, a mais recente definição de bem jurídico, independentemente da diversidade de formulações, o ponto de partida é o de que o bem jurídico possui natureza social e o de que o direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais

criminalização”. Em outra passagem, tratando da temática sob a rubrica de “ancoragem constitucional”, alerta não se poder interpretar o parâmetro consubstanciado na Lei Maior de forma radical e hermética: embora por um lado funcione a Magna Carta enquanto limite negativo, devendo o Direito Penal “ater-se a estes princípios, não violando os valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se”, certo é que há valores ali não expressos, embora indubitavelmente convoquem a tutela criminal. Exemplo maior seria a “fê pública”, aceita unanimemente pela doutrina enquanto bem jurídico com relevo penal. (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 27).

⁴²⁴ Ver a respeito considerações firmadas no item 1.6 da presente dissertação.

e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentais⁴²⁵.

Alerta Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA que deveria a norma penal circunscrever sua atuação “a comportamentos externos, que ultrapassem o limite da liberdade de terceiros, conformando-se, na mesma medida, com o cumprimento externo-legal de suas disposições”⁴²⁶. Ou seja: há necessidade de se identificar um limite negativo à influência da Moral sobre o Direito Penal, para que não se distorçam os fundamentos deste, desvirtuando-o à persecução meramente e, conseqüentemente, distorcendo os limites do *ius puniendi*⁴²⁷.

Claus ROXIN envereda por raciocínio assemelhado, estabelecendo a necessidade de haver lesão aos “pressupostos de uma convivência pacífica” da sociedade para a incriminação de determinada conduta, considerando-se ainda o caráter subsidiário do Direito Penal na equação⁴²⁸. A moral, nesse contexto, não preencheria tal requisito.

Francisco de Assis TOLEDO conclui: “a criação de figuras delitivas que não impliquem lesão real, ou potencial, a bens jurídicos seria, com efeito, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar”⁴²⁹.

Jorge de Figueiredo DIAS é ainda mais enfático: “*Não é função do direito penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estadualmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um grupo social*”⁴³⁰ (grifo do autor).

⁴²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 268

⁴²⁶ Explica o limite Miguel A. Ramiro AVILÉS, para quem “*sólo cuando exista daño a terceras personas, está justificada la imposición coactiva de una conducta que restrinja la libertad de acción*”, não bastando a tanto eventual transgressão puramente da Moral. (AVILÉS, Miguel A. Ramiro. *A vueltas con el paternalismo jurídico. Derechos y libertades*. n. 15, época II, junio 2006, p. 310).

⁴²⁷ Ibidem, p. 212.

⁴²⁸ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 33. Mais adiante, tecendo sobre aqueles bens jurídico-penais sobre os quais “não é possível pensar nada de concreto” e, logo após, sobre a especificidade da denominada “paz pública” – não rechaçada enquanto bem jurídico, embora devendo ser compreendida de forma bem mais restritiva que a usual – complementa: “Continua não esclarecido como se deve imaginar a idoneidade para perturbar a paz pública nos casos em que inexistente lesão concreta à convivência pacífica. O fato de que algumas pessoas possam se irritar com um comportamento não basta para a punição”. (Ibidem, p. 50-51).

⁴²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 19.

⁴³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral - questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1 t. p. 112, observados os destaques do original. DIAS continua, deixando inquestionável a dicotomia e os limites do Direito Penal, afirmando que “as instâncias legitimadas para castigo do pecado e da imoralidade só podem ser, respectivamente, a divindade e a consciência”. Compartilha de tal conclusão Nohara PASCHOAL, para quem “o Direito Penal serve para proteger os interesses mais caros ao indivíduo, jamais justificando seu emprego com o fim de padronizar comportamentos, de acordo com a noção de moralidade sexual socialmente reinante”. (PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 55).

Atinge-se, aqui, conclusão preliminar: o julgamento quanto à legitimidade/necessidade de criminalização de determinada conduta e, reflexamente, em relação ao *quantum* da pena a ser abstratamente prevista deve ser despido de qualquer referencial moral. Daí porque, como adiante se verá, os crimes sexuais – e, no particular, destaca-se o estupro – devem ser observados unicamente em relação ao grau de ofensa praticado contra a vítima especiais circunstâncias pessoais ou fáticas do indivíduo (consentimento válido e/o, grau de desenvolvimento biopsíquico, idade, entre outros ⁴³¹), olvidadas as repercussões morais e sociais. Assim, remissão a bens jurídicos como honra da mulher ⁴³², da família ou mesmo a virgindade não justificam, por si sós, a tipificação de condutas. Não são, em suma, bens jurídicos com dignidade penal.

Raciocínio assemelhado vale para o sentimento de pudor e a tutela da normalidade das relações sexuais ⁴³³. Um e outra são, sim, valores impregnados de moralismo incompatível com os limites de um Direito Penal que se pretenda consentâneo com a evolução da sociedade. A tutela das ofensas sexuais não possui escopo em ditar quais são os atos sexuais ou as relações íntimas socialmente permitidas (viés moral), mas sim salvaguardar os indivíduos de condutas contra si praticadas, lesivas a direitos da personalidade.

4.4 Bem jurídico-penal dignidade sexual

A letra da lei, ao encimar o capítulo respectivo, faz referência expressa àquele bem jurídico cuja tutela julga adequada ⁴³⁴. Parcela significativa da doutrina adota “dignidade

⁴³¹ José Manuel Maza MARTÍN define consentir como “*um acto por el cual la persona expresa su voluntad y ejerce su libertad para aceptar algo que se le plantea o propone. Pero para que ese consentimiento sea válido además ha de ser prestado con plena libertad y voluntariedad, por lo que no resulta válido el que se presta por error, con precisión, bajo violencia, etc. O por persona sin capacidad psíquica suficiente*”. (MARTÍN, José Manuel Maza, Op. cit., p. 97).

⁴³² Há ainda quem entenda, mesmo sob os auspícios da lei 12.015/2009, que a honra da mulher ainda é um bem jurídico tutelado na espécie, como Flávio Monteiro de BARROS. *Crimes contra a dignidade sexual*. Araçatuba: Editora MB, 2010. p. 11.

⁴³³ Luciano Anderson de SOUZA assenta: “Desse modo, descartando-se a moralidade, o mesmo se diga relativamente ao pudor, que nada mais é do que a moral sexual vigente num contexto espaço-temporal. Normalidade sexual tampouco é aceitável, porque abstraindo-se da impossibilidade de uma conclusão precisa a respeito, sobre o que é normal ou não, fato é que não há alteridade, prejudicialidade a terceiros, requisito imprescindível a uma criminalização, ao que é feito consentidamente por pessoas maiores e capazes em sua privacidade”. (SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 341).

⁴³⁴ Antes de adentrar na análise propriamente dita do bem jurídico tutelado pela incriminação prevista nos artigos 213 e 217-A do Código Penal, oportuno o alerta de Francisco de Assis TOLEDO: “se o crime deve ser ofensa real ou potencial a um bem jurídico, tal ofensa não basta para a caracterização do ilícito penal. O crime tem uma estrutura jurídica complexa, devendo somar-se à ofensa ao bem jurídico outras circunstâncias, não menos importantes para o seu aperfeiçoamento. Pode-se, pois, afirmar que o bem jurídico orienta a elaboração do tipo,

sexual” como o bem jurídico-penal a ser protegido nos crimes de índole sexual, notadamente no estupro. Maximiliano FÜHRER, entre outros, explica a opção: “A dignidade da pessoa humana é a própria essência do homem, que não se confunde com a dos animais, nem com a das coisas. A palavra ‘dignidade’ está aqui empregada no sentido bíblico de *dignus qui imperat*, digno de comandar o mundo”⁴³⁵. Assim, decorreria a permissão (ou imperativo) à criminalização daqueles atos sexuais nos quais ocorresse “a transformação, pela força ou ameaça, do ser humano em mero instrumento do prazer alheio”⁴³⁶. Em suma, a desumanização da vítima, uma vez suprimido a possibilidade de fazer valer seu dissenso.

O conceito de dignidade sexual deriva, por certo, de dignidade da pessoa humana. Esta, no entanto, como anota Bruno Salles Pereira RIBEIRO, sequer tem categorização unânime no organograma jurídico, “questionando-se sua atuação como princípio [*Canotilho*], norma de dupla estrutura [*Alexy*] ou, ainda, derivando-se da construção de Humberto Ávila, como postulado normativo ou ‘metanorma’”⁴³⁷.

A indeterminação quanto ao conteúdo “dignidade da pessoa humana”, por óbvio, é prejudicial, notadamente quando se faz sua transposição ao direito penal sob o viés “dignidade sexual” (da pessoa humana). A falta de limites claros quanto à aplicabilidade do conceito traz não só insegurança jurídica, mas viola toda uma sistemática voltada à repressão tão somente daquelas condutas mais densas e que ofendam a bens jurídicos penalmente relevantes, em decorrência direta dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade.

Conturbando o contexto, frise-se que o problema mais grave sequer é este, pois há, ínsita ao termo “dignidade”, enorme carga valorativa, conduzindo a inevitável reaproximação com a moral sexual⁴³⁸. Roberto DELMANTO *et al.* entende equivocada a eleição, pela

esclarece seu conteúdo, mas não o esgota. Os elementos subjetivos do tipo são igualmente importantes. O mesmo se diga da antijuridicidade e da culpabilidade, sem as quais não há que se falar em crime. É um equívoco, porém, a nosso ver confundir-se dano, evento danoso, com ofensa ao bem jurídico”. (TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 20).

⁴³⁵ FÜHRER, Maximiliano. Op. cit., p. 132.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 133.

⁴³⁷ RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Dignidade sexual e liberdade de autodeterminação sexual. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 217, p. 14-15, dez. 2010.

⁴³⁸ RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Op. cit. Explica adiante o autor: “princípio da dignidade da pessoa humana aporta o significado de que o ser humano é um valor em si mesmo, devendo ser preservado independentemente de características históricas, políticas, sociais, econômicas ou de qualquer outra espécie, havendo-se de impedir a instrumentalização do homem, de modo que jamais perca sua essência de humanidade. Em outras palavras, quando se assenta sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, busca-se evitar que o homem deixe de ser homem, de que lhe sejam retiradas, alteradas ou modificadas suas características inerentes, transformando-o em objeto. Tal formulação não pode ser transposta para o valor da sexualidade. Conforme delineamos, a sexualidade é uma característica fundamental e inerente à pessoa humana e, como tal, deve ser protegida e tutelada pela esfera penal. Ocorre, entretanto, que a sexualidade jamais poderá ser tomada como um fim em si mesmo. Da

denominação inscrita no Título VI, da dignidade sexual enquanto bem jurídico tutelado, pois “a dignidade ou não de certo ato sexual é algo subjetivo e incerto, de forma que o que não é digno para um pode ser digno para outro, e vice-versa”⁴³⁹. Em sentido assemelhado posiciona-se Tadeu Antônio Dix SILVA:

Crimes contra a Dignidade Sexual não significam delitos contra a liberdade sexual. Essa expressão vincula-se à ideia-força da tutela penal a partir de um prisma *moralista*. [...] Na esfera da sexualidade [...] não é possível conceber uma prática sexual *digna* ou *indigna*, mas apenas fazer a distinção entre uma relação de cunho sexual, praticada livremente, daquela outra, que é levada a efeito por meio do emprego de violência ou coerção⁴⁴⁰. (grifo do autor)

Contribuindo ao debate, Claus ROXIN explana:

A situação muda, porém, se se considera possível a lesão à própria dignidade humana e se ela é tida por suficiente para legitimar uma punição. Desta maneira, a violação da dignidade humana recebe significado similar ao que antigamente tinha a já examinada reprovabilidade moral⁴⁴¹.

A moral, como já observado, não possui isoladamente relevo penal. Observa ROXIN, de forma crítica, o ideário paternalista da adoção da dignidade como bem jurídico, precipuamente quando em referência a adultos absolutamente capazes, só se justificando socorro a ela “em casos de déficits de autonomia da pessoa do afetado (ou seja, em caso de perturbação anímica ou espiritual, coação, erro e similares) ou para fins de proteção aos jovens (a qual também decorre de uma responsabilidade limitada)”⁴⁴².

Exemplo da temeridade de se eleger a dignidade da pessoa humana como o bem jurídico a ser tutelado foi dado, em aspecto negativo, pela Corte Maior Brasileira. Como a contrariar a doutrina e muitos de seus próprios precedentes, o Supremo Tribunal Federal assentou recentemente ser legítima a tutela da moral mediante norma criminal. Ao analisar o *Habeas Corpus* 104.467/RS, no qual se questionava a adequação entre a conduta típica descrita no artigo 229 do Código Penal (“casa de prostituição”) aos dias atuais e também a

mesma forma, será impossível tratar da sexualidade humana, destituindo-se de suas características histórico-sociais, sob pena se professar a existência de uma sexualidade ideal, a qual, certamente, se permearia de conteúdo moral e não poderia atender às condições de uma sociedade pluralista calcada no modelo liberal de Estado”. (Ibidem, p.15).

⁴³⁹ SILVA, Tadeu Antônio Dix Op. cit., p. 691.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 39.

⁴⁴¹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 39.

⁴⁴² Ibidem, p. 45.

ausência de ofensividade (nisso se incluindo o postulado do bem jurídico), a Relatora Ministra Cármen Lúcia indeferiu a ordem, no que foi acompanhada à unanimidade, sob o seguinte argumento: “os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância que, portanto, devem ser resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade”⁴⁴³.

O cerne da argumentação dos ministros era de que, em sendo a casa voltada à prostituição, haveria exploração; logo, em conclusão silogística, a meretriz teria sua dignidade, enquanto pessoa humana, violada, na medida em que o proxeneta auferiria lucro de sua atividade. Percebe-se que só pode dizer se digna ou não sua atividade – no mais, econômica – a própria prostituta. É moralismo exacerbado pretender tutelar o sentimento alheio sobre uma situação sem perquirir à própria pessoa (tida por vítima) a indignidade, pois ela pode analisar por si e se autodeterminar frente às circunstâncias.

O Direito Penal, insista-se, não deve aduzir a moral como justificativa para a criminalização primária. Serve a discussão jurídica ao afastamento de uma fundamentação incriminadora calcada única e exclusivamente em preceito moral pretendendo impor determinado comportamento sexual como o mais adequado ou, melhor dizendo, como aquele único verdadeiramente digno. Obviamente, tal comportamento não seria representado pelo comércio do corpo. Reputa-se, como explicitado, inadequada a tutela da dignidade sexual, não caracterizando esta bem jurídico. É, como discorrido em capítulo anterior, o princípio maior do sistema brasileiro, servindo aqui a rememoração, a partir de seu referencial, dos elementos e funções dos princípios deduzida por Humberto ÁVILA: a dignidade da pessoa humana possui caráter de finalidade, sendo prospectiva e servindo à avaliação se o estado de coisas almejado se correlaciona com os efeitos da conduta eleita à sua promoção⁴⁴⁴. Em suma, ela é

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no HC 104.467/RS. Rel. Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJE de 09-03-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 05/06/2015. O voto, na linha do parecer da Procuradoria-Geral da República, reitera por vezes que o comércio do corpo, quando envolve proveito auferido por terceiro, violaria a dignidade da pessoa humana, pois caracterizaria “exploração”. De salientar, conforme anota Luciano Anderson de SOUZA, ser comum na doutrina e jurisprudência confusão envolvendo a temática da prostituição, talvez por resquícios decorrentes de uma moral intrínseca à formação cultural e jurídica dos profissionais do Direito. Vale o mesmo para os responsáveis pela criação primária das normas. “O legislador brasileiro, assim, confunde os conceitos de prostituição e exploração sexual. Favorecer, isto é, prestar um favor, significa ocasionar uma vantagem à pessoa que se prostitui, e não um dano”. (SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p.347). Dessa forma, não se pode atribuir à meretriz – ou àquele pairando a seu redor – que contribuam para uma indignidade daquela, não se podendo cogitar de que o simples auferimento de vantagem de profissional do sexo se traduza em exploração.

⁴⁴⁴ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 112.

orientadora da apreciação de um fato concreto ou de uma tutela que se pretenda legítima. De outro lado, não se amolda “dignidade da pessoa humana” ao conceito de bem jurídico, sendo antes um valor ideal perseguido.

4.5 Bem jurídico-penal liberdade de autodeterminação sexual

A autodeterminação possui aceção mais adequada à hipótese, pois diz com a liberdade – e, sob outro viés, também com a capacidade, em aceção jurídica – para o indivíduo dispor do próprio corpo. Jorge de Figueiredo DIAS partilha de tal entendimento, não admitindo a punição de comportamentos sexuais entre maiores, ausente qualquer vício de consentimento e quando tendo lugar no âmbito privado⁴⁴⁵. O que a tutela da liberdade de autodeterminação objetiva, em síntese, é valorizar a autonomia dos indivíduos⁴⁴⁶, não impondo a eles restrições de ordem moral na busca por sua realização sexual. É “a capacidade de uma pessoa poder escolher sua disponibilidade sexual”⁴⁴⁷. Assim,

um comportamento de cunho sexual vai se revestir do caráter de ilícito penal quando vier a faltar o consentimento de uma das pessoas envolvidas na prática sexual – ou, dito de maneira breve, qualquer lesão à autodeterminação na esfera da sexualidade centra-se na *falta de consensualidade*⁴⁴⁸. (grifo do autor)

Assente-se que a liberdade, é aqui compreendida sob dúplici vertente, positiva e negativa, funcionando ambas em relação de complementaridade: aquela definível enquanto liberdade de ação, de disposição do próprio corpo para intercurso sexual de qualquer espécie; esta resultando no direito de não suportar contra si, provinda de outrem, qualquer violação ou prática de ato sexual não desejado⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 113.

⁴⁴⁶ BEM, Leonardo Schmitt de. O perigo da moralidade como bem jurídico. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 224, p. 8, jul. 2011.

⁴⁴⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 342.

⁴⁴⁸ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: Reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005*. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p. 24.

⁴⁴⁹ “A preocupação aqui é assegurar a liberdade sexual, como integrante do livre exercício da própria sexualidade, para que a função sexual individual possa ser exercitada livremente, em condições de total autonomia. Essa perspectiva se efetiva no exercício livre da sexualidade sem limitação, ressalvada a liberdade alheia (vertente positiva) e no direito ao não envolvimento, ativo ou passivo, em atividade de conteúdo sexual e no direito de poder repelir as agressões sexuais de terceiros (vertente negativa).” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1024).

Embora o viés da liberdade sexual seja mais facilmente detectável, pois sendo “uma parcela da liberdade que o legislador procura proteger em um capítulo especial, em destacado”⁴⁵⁰, não serve, isoladamente, à compreensão da magnitude da proteção que a lei criminal deve emprestar ao bem jurídico.

Adota-se, aqui, a posição externada por Renato de Mello Jorge SILVEIRA, inspirada na lei e doutrina portuguesas, de que o conceito de “liberdade sexual” ou o de “autodeterminação sexual”, isoladamente, não se bastam à compreensão global do que se pretende tutelar nos tipos penais em questão; antes, é preciso conceber o bem jurídico enquanto “liberdade de autodeterminação sexual”⁴⁵¹, dessa não resultando “nenhum efeito deletério [...] frente às unidades funcionais de outro indivíduos quanto ao livre desenvolvimento de suas personalidades, tampouco agredem a função da vida social”⁴⁵².

Nessa perspectiva, conforme leciona Luiz Regis PRADO *et al.*, há três planos diversos em que incide a tutela:

a especial vinculação com a autorrealização pessoal; a diferenciação de suas formas comissivas, tanto no que se refere às diversas condutas sexuais realizadas como no tocante às diversas modalidades de atentado à liberdade; e, por fim, os significativos condicionamentos normativos presentes nesses delitos⁴⁵³.

Consequência necessária da adoção do bem jurídico liberdade de autodeterminação sexual como o único legítimo a fundamentar a tutela penal contra determinadas condutas ofensivas à sexualidade alheias seria a mudança geográfica dos tipos penais, transpondo-se-os ao Título I (“Dos Crimes contra a Pessoa”), mais especificamente em seção do Capítulo VI (“Dos Crimes contra a liberdade”)⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Op. cit., p. 118.

⁴⁵¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 168-169.

⁴⁵² Ibidem, p. 171. O autor, no entanto, faz ressalva quanto à existência de críticas tocante a certo grau de indeterminação do conceito. (Ibidem, p. 164).

⁴⁵³ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1024. Complementam os autores: “a liberdade sexual, como objeto de tutela da lei penal sexual, relaciona-se com uma determinada percepção do que representa a dimensão sexual da vida humana. Busca-se garantir a toda pessoa que tenha capacidade de autodeterminação sexual que possa exercê-la com liberdade de escolha e de vontade, segundo suas próprias convicções”. (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. cit., p. 1024).

⁴⁵⁴ Tadeu Antônio Dix SILVA se posiciona em tal sentido: “Em se tratando a liberdade sexual como uma das manifestações da liberdade humana, encontra ressonância enquanto concretização da liberdade pessoal, e se traduz na liberdade do indivíduo ‘no campo do exercício da própria sexualidade, e, de certa maneira, da disposição do próprio corpo’”. (SILVA, Tadeu Antônio Dix. Op. cit., p. 40). O próprio autor adverte que tal sugestão não é nova. Fora proposta, por exemplo, no Relatório da 1ª Subcomissão de Reforma da Parte Especial

4.6 Bem jurídico-penal dos menores – livre desenvolvimento da personalidade do menor

O artigo 217-A do Código Penal prevê o estupro de vulnerável como uma figura autônoma. Afasta, com a opção legislativa da lei 12.015/2009, o discurso quanto à presunção de vulnerabilidade, erigindo a idade da vítima à categoria de elemento normativo do tipo. A escolha, nesse particular, foi adequada, ao menos sob a análise da perspectiva do bem jurídico-penal tutelado.

A Constituição Federal reconhece que as situações em que haja abuso do infante merecem tutela mais enfática. A determinação consta do parágrafo quarto do artigo 227 da Magna Carta: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. A orientação é clara: além do necessário apenamento, deve este sofrer sensível aumento em virtude do maior grau de severidade, denotando ofensividade superior da conduta ⁴⁵⁵. Nessa perspectiva, como anota Martha de Toledo MACHADO,

a constituição impõe (para o legislador e intérprete) proibição de relativizar o conteúdo material do bem jurídico tutelado nos crimes sexuais – qual seja, os direitos fundamentais (à integridade, dignidade e respeito) da criança ou adolescente vítima do crime –, por ‘classes’ ou ‘distintas categorias’ de pessoas (sob discriminações de raça, etnia, gênero, opção sexual, status social, status cultural, status econômico etc.)⁴⁵⁶.

Decorre também da sanção em patamar superior a ofensa a mais de um bem jurídico. Diferentemente dos delitos de índole sexual praticados contra adultos, os quais vulneram a liberdade de autodeterminação sexual, em relação aos menores não é este o bem jurídico prevalente, embora também se faça subjacente. Prepondera, sim, a liberdade de desenvolvimento das crianças e adolescente, no sentido de se permitir a estes o livre desenvolvimento ⁴⁵⁷.

No entanto, como adverte Mariângela Gama de Magalhães GOMES,

do Código Penal Brasileiro, capitaneada na temática dos crimes sexuais por Alberto Silva Franco e outras, mas que, por questões políticas, não pôde concretizar, em 1994, mudanças que ainda hoje não se consumaram.

⁴⁵⁵ MACHADO, Martha de Toledo. Op. cit., p. 76.

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 113.

⁴⁵⁷ Alessandra Orcesi Pedro GRECO e João Daniel RASSI entendem que o bem jurídico é a dignidade do menor. (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; João Daniel, RASSI. Op. cit., p. 71).

embora a individualização constitucional dos bens jurídicos penalmente importantes seja imprescindível para a avaliação da legitimidade da intervenção penal, somente ela não é suficiente para se apreender quais sejam as diversas intensidades que a tutela pode apresentar, ou seja, qual a intensidade necessária para que o bem jurídico encontre-se efetivamente protegido. Uma vez superada a verificação de que o bem jurídico apresenta-se digno de tutela penal, resta observar o requisito da lesividade ou periculosidade que deve caracterizar a conduta àquele afrontosa⁴⁵⁸.

Urge, portanto, analisar o próprio tipo penal com maior acuidade, bem como a questão da aplicação da pena no caso concreto.

⁴⁵⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 115.

CAPÍTULO 5 – AS VARIAÇÕES DAS CONDUTAS RELATIVAS AO TIPO DO ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Na redação primitiva do Código Penal, o estupro, como discorrido alhures, era o constrangimento ao coito vagínico realizado pelo homem sobre a mulher. Possuía inegável taxatividade. O atentado violento ao pudor, de seu turno, possuía, segundo parcela dominante da doutrina e jurisprudência, desígnio autônomo, pois seriam um e outro de espécies diferentes. Aplicava-se ordinariamente o concurso material ⁴⁵⁹.

Existindo uma pena final de considerável volume, não se perquiria aprofundadamente sobre o bem jurídico vulnerado, quantas vezes a lesão era perpetrada, se era a mesma ofensa e em que grau ela se daria. Era, em síntese, uma questão de política criminal punir severamente o estuprador, excrescendo muitas vezes os limites comumente atribuídos ao responsável por irreversível ataque ao bem jurídico mais relevante da área criminal: o homicida tinha sua ação de retirar a vida alheia mais brandamente apenada do que aquele que constrangeria a outrem à prática sexual não consentida.

Reflexo inicial de mínima reflexão seria verificar a existência de uma única conduta, como adiante se verá, principalmente sob análise sob conceitos jurídicos de conduta, ação e ato.

5.1 Conceitos de ato e conduta

Antes de adentrar o cerne da dissertação, imperioso analisar questão que assume ares de prejudicialidade à compreensão da ampla gama de incriminações contida no artigo 213 do Código Penal lei: qual a significação de “ato”, para efeitos penais e, mais precisamente, do específico dispositivo legal.

Estabelecida a premissa, só então se poderá perquirir quanto ao alcance da expressão “libidinosos” e, depois, analisar se a prática de mais de um ato caracteriza alguma forma de concurso ou se se constitui em crime único.

⁴⁵⁹ Exemplificativamente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, “Se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal não configura elemento constitutivo, conduta inicial ou meio para a realização do crime de estupro, deve o agente responder por este e pelo crime de atentado violento ao pudor. Nesse caso, por se tratar de crimes de espécies diferentes, aplica-se a regra do concurso material (art. 69 do CP), ainda que cometidos contra a mesma vítima”. (STJ, 3ª. Seção. EREsp 453.884 -DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, p. DJe 21/02/2005).

Tomem-se aqui como paradigmas doutrinários as considerações de Manoel Pedro PIMENTEL, ao discorrer sobre o crime continuado: “Dizendo que o crime continuado é uma forma especial de concurso de crimes, afirmamos implicitamente que o seu reconhecimento depende da existência de dois ou mais crimes completos, e não apenas de uma sucessão de atos componentes de uma só ação criminosa”⁴⁶⁰.

Ação, em direito penal, comumente é empregada como vertente positiva da conduta⁴⁶¹. Já ato com ambas não se confunde. Diversos delitos se consumam com um único ato; já outros necessitam de uma pluralidade destes para se atingir determinado resultado. Ao revés, mediante a prática de um único ato, poder-se-á praticar plúrima transgressão à lei penal. Daí se dizer unissubsistente na primeira hipótese e plurissubsistente na última⁴⁶². Nesse diapasão, “o ato voluntário é, portanto, o requisito mínimo do fato criminoso”⁴⁶³.

O estupro é um delito plurissubsistente. Inicia-se o *iter criminis* com o constrangimento (supressão da liberdade), consumando-se com a prática de qualquer ato libidinosos, nestes incluída a conjunção carnal. Se perpetrado mais um ato libidinoso, este deve ser havido como componente do mesmo itinerário (ideário delitivo), pois não sobreveio nova supressão da liberdade, mas sim a manutenção da vítima em estado de restrição à disposição quanto ao próprio corpo.

Estendendo-se o raciocínio do jurista ilustre (Manoel Pedro PIMENTEL aborda o tema tão somente sob o prisma do crime continuado), o concurso de crimes “exige para sua integração não uma sucessão de atos, mas uma sucessão de ações”⁴⁶⁴. Ação, em tal acepção, é ação típica⁴⁶⁵. A conduta diz com o caráter volitivo, a intenção do agente (afinal, só será típica, sob o aspecto subjetivo, se dolosa); o ato, com a forma que o agente pretende atingir seu desiderato criminoso. Aquela se situa no plano do ideário; este, o meio com que concretizado o ilícito.

⁴⁶⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 5.

⁴⁶¹ A omissão seria a acepção negativa. Daí se dizer conduta positiva ou negativa.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 11.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁶⁴ *Idem*. Adiante, em assertiva transponível também às demais espécies de concurso, afirma: “o crime continuado consta de uma pluralidade de ações ou omissões – portanto de condutas – e não apenas de uma pluralidade de atos, que nada mais são do que segmentos e partes da ação”. (*Ibidem*, p. 14).

⁴⁶⁵ Observando-se por outra vertente, tem-se Miguel REALE JÚNIOR, mas chegando ele também à mesma conclusão: “pode-se aceitar a consideração de que a unidade da ação deriva do sentido finalista a ela imprimido, como abrasadera ontológica que fornece sentido unitário, além de se exigir a contextualidade (*DEL ROSAL*), ou da unidade natural do escopo, para o qual a ação se dirige, e da unidade de valoração jurídico-penal da fattispecie (*BETTIOL*) ou do fato finalista, além do normativo, manifestado o juízo sociojurídico através dos tipos (*WELZEL*)”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Op. cit.*, p. 432).

Estabelecida a premissa, atente-se a duas particularidades do artigo 213 do Código Penal: emprega a expressão “ou”, isto significando que a conjunção carnal se enquadra como espécie de ato libidinoso e indicando justamente alternativas consumatórias; emprega o vocábulo “ato”, resultando na compreensão de que o constrangimento à vítima se dá mediante a prática singular de um “ato”, não uma pluralidade deles.

Aqui, faça-se comparação com outro dispositivo, promovendo-se interpretação sistemática. Ao se analisar gramaticalmente “ato libidinoso”, constata-se ser o primeiro vocábulo um substantivo e o segundo a respectiva adjetivação. Não se trata do único substantivo “ato” sucedido por uma qualificação no Código Penal, despontando prevalentemente uma hipótese análoga: “ato de ofício” (inerente a alguns crimes contra a administração pública, especialmente corrupção), precedido do mesmo verbo do artigo 213 do Código Penal, ou seja, “praticar”. Nesta particularidade, a quantidade de delitos perpetrados em detrimento da Administração é aferível frente ao número de corrupções (ofertas ou exigências de vantagem), não em relação à quantidade de atos de ofício praticados ou omitidos em decorrência daquelas.

Da mesma forma no estupro: o parâmetro para a quantificação de delitos será a quantidade de vezes que a vítima foi constrangida (que a possibilidade de consentir foi suprimida), não o número e forma de atos praticados após a supressão da liberdade de se autodeterminar.

Estabelecidas as premissas, retornar-se-á ao tema adiante, na abordagem das espécies de concurso.

5.2 Atos libidinosos

Antes de apreciação mais detalhada, necessário pontuar alguns outros conceitos adicionais, ainda que não seja possível fazê-lo com precisão absoluta, notadamente em relação a “atos libidinosos” diversos da conjunção carnal. Cuidando-se de um conceito normativo extrapenal, seu alcance varia conforme o intérprete, embora remanesça mínima estrutura comum subjacente.

Designa o termo “conjunção carnal” a “a relação sexual entre homem e mulher. Ou a posse carnal desta, por parte do homem. É, assim, sinônimo de coito, concúbito ou

ajuntamento carnal”⁴⁶⁶. No entanto, concernentemente ao vocábulo “coito”, exige como sujeito da ação um homem, pois depende a consumação da introdução, total ou parcial, do membro masculino na vagina (cópula), ânus (coito anal) ou na boca (*fellatio in ore*)⁴⁶⁷. Constitui a conjunção carnal, nestes parâmetros, elemento normativo do tipo⁴⁶⁸ específico ato libidinoso, embora não seja o único.

Questão polêmica de destaque é o alcance da expressão “ato libidinoso” (também elemento normativo extrajurídico do tipo⁴⁶⁹) para efeitos do delito inscrito no artigo 213 do Código Penal. Longe de ser novidade, já tinha lugar nas considerações respeitantes ao atentado violento ao pudor, o revogado artigo 214 do Código Penal.

A indeterminação do termo sofre críticas históricas⁴⁷⁰, pois inexistente efetiva orientação interpretativa dotada de algum substrato concreto. Não há, por exemplo, limitação à incriminação somente dos atos invasivos, ou mesmo de atos de contato próprio ou alheio. Daí a ampla margem de discricionariedade do julgador, passível de resultar em interpretações disformes da lei penal.

O problema se encontra na redação do tipo penal, o qual deveria, como preceitua Aníbal BRUNO, “definir cada espécie de fato punível, cada uma das ações violadoras de bens jurídicos especialmente tutelados, que a ordem de Direito veta sob a ameaça de sanção penal”⁴⁷¹. É esta, precisamente, a falha maior mantida na descrição da conduta proibida do artigo 213 do Código Penal.

Socorrendo-se à doutrina visando delimitar a abrangência do conceito de ato libidinoso, assenta Maximiliano FÜHRER caracterizar este “toda a manifestação do instinto sexual expressa em todas as formas de contato físico em que se pode explicitar a libido. São

⁴⁶⁶ SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 192. Maximiliano Roberto Ernesto FÜHRER adotada conceituação assemelhada. Para este, “*conjunção carnal* é exclusivamente o coito vagínico, assim entendida a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina, ocorrendo ou não a ejaculação”. (grifo do autor) (FÜHRER, Roberto Ernesto. Op. cit., p. 159).

⁴⁶⁷ A respeito, anota Celestino Bangula QUEMBA: “A cópula é o acto pelo qual o pênis de um homem é introduzido na vagina de uma mulher [...]. O coito anal consiste na introdução, total ou parcial, do pênis de um homem no ânus de outra pessoa [...]. O coito oral consiste na introdução, total ou parcial, do pênis de um homem na boca de outra pessoa”. (QUEMBA, Celestino Bangula. Op. cit., p. 105, notas 2, 3 e 4, respectivamente).

⁴⁶⁸ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1026.

⁴⁶⁹ Idem.

⁴⁷⁰ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. Op. cit., p. 692.

⁴⁷¹ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 55. Prossegue o autor adiante: “o pressuposto da sanção penal é a prática de um fato definido na lei como crime. A segurança de todos diante da ameaça penal exige uma precisão de fórmula definidora que permita à sanção alcançar somente o fato que o legislador quis realmente incriminar. Exige a tipificação dos fatos puníveis”. (Ibidem, p. 60).

todos os atos sexuais forçados diversos da conjunção carnal. [...] É fundamental que exista efetivo contato corporal com a vítima”⁴⁷².

Luiz Regis PRADO *et al.*, ao afirmar ser ato libidinoso “toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo de cunho sexual, que se consubstancia numa manifestação de concupiscência”⁴⁷³, exemplifica os atos que possam ser considerados para efeitos de incriminação, englobando dentre eles, inclusive, hipóteses em que sequer há contato ou automanipulação forçada:

a fellatio ou irrumatio in ore, o cunnilingus, o pennilingus, o annilingus (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal; o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros.

Indo-se ao outro extremo, persiste em parcela da doutrina quem compreenda o alcance do conceito de atos libidinosos a partir de referências morais. Flávio Monteiro de BARROS defende, por exemplo, afirma que “atos libidinosos diversos da conjunção carnal são os equivalentes ou sucedâneos fisiológicos desta (Exemplos: coito oral, coito anal, onanismo etc), outrossim, aqueles que contrastam com a moralidade sexual e, por isso, são tidos como depravações sexuais”⁴⁷⁴.

Indiscutível é que os atos libidinosos devem ser precedidos do constrangimento nas modalidades especificadas. Tomando as lições do capítulo inaugural, à leitura do dispositivo em questão, nota-se que, após a submissão (ainda que transitória), deve ocorrer uma das previsões elencadas no tipo. Destacam-se então os verbos “*ter*” (conjunção carnal), “*praticar*” ou “*permitir*” (que com ele se pratique outro ato libidinoso). As três alternativas indicam que estará caracterizado o delito quando sofra o corpo da vítima os efeitos de uma ação, exercida esta pelo agressor, pelo próprio sujeito passivo constrangido (presente o dissenso) ou por terceiro (esteja este também em situação de constrangimento ou não).

Daí a primeira conclusão de que deve haver contato para a caracterização do ato libidinoso, na linha da argumentação defendida por Maximiliano FÜHRER⁴⁷⁵. À letra da lei, este é o único elemento interpretativo, diferentemente do Direito Penal português, que adota a

⁴⁷² FÜHRER, Maximiliano. Op. cit., p. 160.

⁴⁷³ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1026.

⁴⁷⁴ BARROS, Flávio Monteiro de. Op. cit., p. 14.

⁴⁷⁵ FÜHRER, Maximiliano. Op. cit., p. 160.

expressão “acto de relevo”. Embora ainda vaga, possui menor grau de indeterminação que o verificado na lei brasileira.

É o excessivo espectro de atos possíveis de serem interpretados como ilícitos o objeto das maiores críticas. Alberto Silva FRANCO sintetiza a problemática quanto à amplitude do conceito, fazendo-o ao revogado artigo 214 do Código Penal, extensivo ao artigo 213 vigente, pois mantida na particularidade a expressão pouco taxativa

O julgador disporia, nesse caso, de um poder classificatório absoluto e poderia facilmente cair na mais pura subjetividade, formulando seu juízo de acordo com seu código de valores, de extrema rigidez ou de intensa liberalidade. Para obviar esse poder ilimitado, o legislador estabeleceu no tipo do art. 213 do Código Penal um exemplo-padrão, técnica que consiste em abrir espaços a circunstâncias não especificadas, mas que devem conter obrigatoriamente a mesma carga de censura da enumeração exemplificativa anteriormente relacionada. Ao referir-se a outro ato libidinoso, não ficou essa locução em aberto, idônea a abarcar todo e qualquer ato libidinoso praticado pelo agente. O exemplo identificado pelo legislador (conjunção carnal) identificou os limites que o julgador deve seguir para classificar outros atos de libidinagem⁴⁷⁶.

Faça-se, aqui, pertinente observação calcada no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que observa esta a intensidade da agressão ou do perigo⁴⁷⁷ e a modalidade de conduta⁴⁷⁸. Por um ou outro prisma, nítido se torna o fato de se estar a punir excessivamente determinados atos libidinosos, ofendendo-se o princípio da proporcionalidade. Ou, ao revés, pela necessidade de se desclassificar a conduta para não se punir em severidade desmedida, acaba-se por censurá-la insuficientemente enquanto contravenção penal. Enverede-se brevemente, portanto, sobre específicos dispositivos do Decreto-Lei 3688/1941.

5.2.1 Contravenções penais

⁴⁷⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 471

⁴⁷⁷ Anota Mariângela Gama de Magalhães GOMES: “ao expressar um específico desvalor do comportamento delituoso, muitas vezes relacionado ao resultado lesivo da conduta, é no próprio tipo incriminador que são encontrados os instrumentos para a valoração da proporcionalidade do tratamento sancionatório”. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 174).

⁴⁷⁸ Complementa Mariângela Gama de Magalhães GOMES: “Já foi dito que as lesões aos interesses tutelados se dão por diferentes formas de conduta, que não dizem respeito, necessariamente, à intensidade da agressão; isto implica que o específico comportamento descrito também recebe uma valoração do legislador, expresso por meio do grau de reprovabilidade contido na quantidade de pena prevista”. (Ibidem, p. 175).

Um dos cenários observados na jurisprudência, notadamente depois da mudança promovida pela lei 12.015/2009, é a desclassificação da conduta de estupro para a contravenção penal do artigo 61 ou a do artigo 65 do Decreto-Lei 3688/1941, em situações em que o julgador entende que a gravidade do delito não é condizente com a severa sanção do artigo 213 ou do artigo 217-A do Código Penal.

Inicialmente, verifica-se que o artigo 61 da Lei das Contravenções Penais era entendido como complementar à tipificação do atentado violento ao pudor⁴⁷⁹, abrangendo as condutas que não possuíam ofensividade significativa. Diferenciava-se do revogado crime do artigo 214 (e do vigente artigo 213) do Código Penal pela ausência do elemento normativo do tipo violência ou grave ameaça à vítima, embora possuindo por bem jurídico, como evidenciado no próprio *nomen iuris*, o pudor.

No entanto, com a igualdade de penas estatuída entre o estupro e o atentado violento ao pudor e a posterior unificação dos dispositivos, tornou-se comum observar a desclassificação à figura contravencional quanto, a despeito da constatação de violência ou grave ameaça, não se afigurava a gravidade da transgressão suficiente à conformação descrita no Código Penal⁴⁸⁰. Sua incidência se tornou ainda mais residual com a superveniente criação do delito de assédio sexual.

Dentre ações passíveis de se enquadrarem no dispositivo, segundo a jurisprudência, destacavam-se o encostar-se lascivamente, a trombada na vítima, o toque em partes pudendas de moça recatada, o passar as mãos nas nádegas ou beliscar a vítima, os convites de caráter lascivo⁴⁸¹.

Importante pontuar: só resta caracterizável a transgressão ao artigo 61 da Lei de Contravenções Penais se o fato ocorrer em lugar público ou acessível ao público, por expressa descrição posta no tipo. Daí porque muitos julgados, pretendendo reconhecer uma conduta atentatória ao pudor havida em local particular como de menor gravidade, esbarrando no óbice do elemento normativo do tipo, acabam por desclassificar o estupro para outra figura contravencional, esta inscrita no artigo 65⁴⁸².

⁴⁷⁹ “Os bons costumes, no sentido do pudor. Não o pudor público, caso em que o sujeito responde por crimes de ultraje público ao pudor, descritos nos arts. 233 e 234 do CP”. (JESUS, Damásio de. *Lei das contravenções penais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 275.)

⁴⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. In: SALVADOR NETO, Alamiro Veludo (coord.) *Comentários à lei das contravenções penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 284-285.

⁴⁸¹ JESUS, Damásio de. Op. cit., p. 276.

⁴⁸² É esta, aliás, a diferenciação defendida por Damásio de JESUS. Op. cit., p. 196.

Diferentemente da precedente, a “perturbação da tranquilidade” não possui como referencial o pudor, constituindo antes conduta visando provocar terceira pessoa, incomodando ou vexando-a ⁴⁸³. No que tange aos delitos sexuais, verifica-se sua aplicação pelos tribunais de forma residual à contravenção do artigo 61, que já é residual ao estupro. Assim, empresta-se-lhe uma faceta excrescente do próprio tipo, chegando as cortes a reputar ocorrido o fato típico na conduta de beijar lascivamente alguém, o beijo roubado, contra a sua vontade; dar tapas nas nádegas da vítima, apalpadelas ligeiras nos seios e partes genitais da vítima ⁴⁸⁴.

Tornando ao tema do cotejamento com o estupro, breve debruçar sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já evidencia a divergência quanto à desclassificação da conduta ou manutenção da amoldagem típica ao estupro. Os casos são absolutamente similares, referindo-se ao toque das partes pudendas de menor sobre as vestes e julgados ambos em 2016. Em um primeiro episódio, expôs-se a seguinte narrativa dos fatos, negando-se a desclassificação:

não há que se falar em desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 61 ou 65, da Lei de Contravenções Penais, isso porque, não se trata apenas de importunar alguém, publicamente, de modo ofensivo ao pudor (art.61 da LCP) ou, simplesmente, perturbar sua tranquilidade (art.65 da LCP). [...] o delito visa preservar a liberdade física e psíquica sexual do menor. A conduta praticada pelo réu consistente em apalpar o pênis do infante, ainda que sobre a calça, já configura o tipo penal em comento, eis que houve violação do objeto jurídico tutelado⁴⁸⁵.

Divergentemente, a outra conclusão chegou a 10ª Câmara do mesmo sodalício, desclassificando para a figura contravençional:

Com efeito, a prova oral demonstra que o apelante somente passou a mão nas nádegas e vagina da vítima sobre as vestes. Ainda que evidentemente reprováveis, os atos praticados pelo apelante não se revestem da gravidade exigida para a tipificação do delito de estupro. Sendo assim, os atos perpetrados melhor se amoldam ao tipo previsto no artigo 65 da Lei das Contravenções Penais⁴⁸⁶.

O que se constata, portanto, é a incapacidade de se uniformizar um vácuo deixado pelo legislador, em decorrência de ofensa ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito: ao

⁴⁸³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 294.

⁴⁸⁴ JESUS, Damásio de. Op. cit., p. 296-297.

⁴⁸⁵ Apelação Criminal 0001603-56.2012.8.26.0142 – 3ª Câm. Criminal – Rel. Des. Geraldo Wohlers. j.04/10/2016.

⁴⁸⁶ Apelação Criminal 0012716-27.2015.8.26.0554 – 10ª Câm. Criminal – Rel. Des.Fábio Gouvêa. j.04/10/2016.

mesmo tempo que não se pode exceder na punição de determinada conduta frente ao desvalor da ação no caso concreto, também é vedada a proteção insuficiente (sob a perspectiva da vítima). O conflito – não parece haver solução adequada – tem que ser resolvido no âmbito legislativo. Enquanto não solvido o impasse, devem os julgadores aplicar a alternativa mais favorável ao réu, ou seja, desclassificar. Ainda assim a alternativa é precária, pois o bem jurídico de uma e outra incriminação é diverso.

5.3 Crime complexo

Embora parcela relevante da doutrina conceitue o estupro enquanto um crime complexo, tal classificação não se afigura adequada em relação ao *caput* do artigo 213, tampouco tocante ao artigo 217-A, ambos do Código Penal.

Certo é que, após a lei 12.015/2009, a forma de transgressão à norma não é mais única, podendo a violação a outrem ser praticada mediante atos diversos da conjunção carnal. Inobstante, importante realçar: o caráter de complexo de um delito deriva do fato de reproduzir duas ou mais condutas que, autonomamente, são consideradas crime. São os clássicos exemplos do roubo (furto perpetrado com ameaça) e latrocínio (roubo e homicídio).

A mera junção de dois dispositivos sob a mesma égide não tem o condão de torná-lo um crime complexo. Caracteriza-se este, em verdade, quando na “composição normativa entram dois ilícitos penais autônomos, sejam como elementos constitutivos do tipo seja um tipo básico e outro como circunstância agravante”⁴⁸⁷. Em acréscimo, devem lesionar ou colocar em perigo mais de um bem jurídico, pois pluriofensivos⁴⁸⁸, embora se aceite que na constatação *in concreto* prevaleça um sobre outro mediante um juízo de ponderação.

A existência de ações concernentes à conjunção carnal e atos libidinosos outros, em um mesmo contexto fático (circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução) e contra

⁴⁸⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Apontamentos sobre o crime complexo. *Revista Ciência Penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, v. 1, 1973. p. 59. Esta é a definição de crime complexo em sentido estrito, restrição esta aqui adotada. Alguns autores, como Julio Fabbrini MIRABETE e Renato N. Frabbrini, defendem a tese de que se deve, ao lado, aceitar a interpretação em sentido amplo, quando “em uma figura típica, abrangem um tipo simples, acrescido de fatos ou circunstâncias que, em si, não são típicos”. (MIRABETE, Julio; FRABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*, arts.1º a 120 do CP. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. 1 v. p. 120-121.

⁴⁸⁸ QUEMBA, Celestino Bangula. Op. cit., p. 55. Estabelecendo uma distinção do crime complexo com o continuado, fixa o autor que, diferentemente daquele, neste “as diversas acções são homogêneas e representam a ofensa de um mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que, fundamentalmente, protejam o mesmo bem jurídico, sem contudo originar um novo tipo de crime autónomo”.

uma mesma vítima não tornam o estupro um crime complexo, pois o bem jurídico afetado pelas diferentes condutas previstas no artigo 213 do Código Penal é o mesmo. Quanto a isto, discussão não há.

Divergência surge quando se considera a violência ou grave ameaça e a conjunção carnal, como advogam Julio Fabbrini MIRABETE e Renato N. Frabbrini. Nessa hipótese, o crime seria complexo pois “encerra também a violência e a ameaça e, como outro fato, a conjunção carnal”⁴⁸⁹. No entanto, como esta, assim como os atos libidinosos, em si não são ilícitos à luz do artigo 213 do Código Penal, não se afigura razoável (ou mesmo útil) sua caracterização como crime complexo⁴⁹⁰. Com relação ao artigo 217-A, é o ato libidinoso (contra incapaz) a conduta incriminada, mas inexistente na hipótese a exigência do constrangimento.

Situação diferente ocorre com as figuras dos parágrafos 1º e 2º do artigo 213, bem como dos parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A Código Penal. Nestas hipóteses, sobrevindo o resultado lesão corporal ou morte, evidencia-se a complexidade, pois cuidando-se de bens jurídicos diversos decorrentes de violação plúrima a dispositivos que, se isoladamente considerados, exibiriam ofensa aos respectivos enunciados.

Tem pertinência a breve digressão pois, estabelecido que o estupro, em seu tipo básico, não é um crime complexo, será sobre tais parâmetros que se fará ou não o cúmulo das penas (e a forma com que isso se dará) quando for verificada, no caso concreto, a prática de diversos atos libidinosos, em um mesmo contexto fático, em prejuízo de uma única vítima.

5.4 Análise do tipo misto: cumulativo ou alternativo

Aquela que talvez hoje consista, ainda hoje, na maior celeuma decorrente da mudança aduzida pela lei 12.015/2009 é quanto à natureza do tipo incriminador do artigo 213 do Código Penal, pois prevendo ele uma série de atos passíveis de caracterizarem, cada qual isoladamente considerado, estupro. Debatem-se doutrina e jurisprudência se seria um tipo misto (neste ponto há consenso) alternativo ou cumulativo.

⁴⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FRABBRINI, Renano N. Op. cit., p. 121.

⁴⁹⁰ Ricardo Antunes ANDREUCCI denomina tal espécie de “crime falsamente complexo”, apontando o estupro (mesmo na égide anterior) como um dos exemplos, concluindo: “em que pese a importância de uma construção e de uma análise de seu ordenamento interior, não pode ser confundido com o crime complexo, que é sempre resultado da fusão de dois crimes. A diferença, além de derivar da imposição de uma construção legal rígida, encontra razão de ser na própria composição interna, com diversidade de tratamento a ser dado à ação, ao nexo causal, ao evento e ao elemento subjetivo”. (ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Op. cit., p. 60).

Valha-se, inicialmente, do escólio de Vicente GRECO FILHO,

Os tipos, mistos ou conjuntos, de acordo com o ensinamento de Binding, Wertheimer, Mezger etc., podem ser de duas espécies: alternativos, quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; cumulativos, quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crime (material, formal, crime continuado) ⁴⁹¹.

Transpondo-se a definição ao caso sob análise na dissertação, Guilherme de Souza NUCCI defende, a nosso ver com razão, que a unificação promovida pela lei 12.015/2009 evidenciou que aquele agente que praticar contra uma mesma pessoa, em iguais circunstâncias de tempo e lugar, vários atos libidinosos, neles incluída ou não a conjunção carnal, responderá por um único crime. A conjunção “ou”, empregada analogamente à redação do constrangimento ilegal – do qual o tipo do artigo 213 do Código Penal é espécie mais gravosa –, assim o indica ⁴⁹². O apenamento mais reduzido pela impossibilidade do concurso de crimes, pois não se tratando de um tipo misto cumulativo, mas sim alternativo, como explicitado pela referida conjunção.

O estupro, na tônica atual, se caracteriza com a ofensa ao bem jurídico liberdade de autodeterminação sexual mediante a prática de ato libidinoso, do qual a conjunção carnal é espécie. Dentro desse pressuposto, a realização de qualquer ato àquele atentatória resultará em supressão à liberdade sexual, restando a verificar o grau de afetação.

Há vários e respeitáveis contra-argumentos. Destaca-se o escólio de Vicente Greco Filho, para quem é possível o concurso formal e o material, pois

⁴⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21, n. 11, nov. 2009. p. 60. Eduardo Viana se posiciona no mesmo sentido: “No primeiro (alternativo) as ações são fungíveis; ao contrário, não sendo ações marcadas pela fungibilidade, temos a pluralidade de delitos. Assim sendo, a se adotar a tese de que o novo crime de estupro é um tipo misto cumulativo, se praticadas ambas as condutas descritas no tipo, haverá punição individualizada para cada uma delas, somando-se as penas. Do contrário, compreendendo-o como tipo misto alternativo é de se reconhecer a continuidade delitiva”. (VIANNA, Eduardo. Duas controvérsias em torno do crime de estupro. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 235, p. 7-8, jun. 2012).

⁴⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. Estupro, legalidade e política criminal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 214, p. 7-8, set. 2010. Desenvolve Guilherme de Souza Nucci seu raciocínio: “Constranger é o verbo principal, condutor do objeto e dos demais verbos dependentes do primeiro. Em ambas as construções, o agente constrange alguém, sob o meio violência ou grave ameaça, a duas possíveis condutas, associadas pela partícula alternativa ou. Logo, aquele que constrange outrem, violentamente, a deixar de fazer o que a lei permite e, na sequência, a fazer o que a lei não manda, comete um único crime de constrangimento ilegal. Não há que se fugir da mesma interpretação, no tocante ao crime de estupro. O agente que constrange alguém, violentamente, a manter um ou mais atos libidinosos, no mesmo cenário, à mesma hora, pratica um único delito de estupro. Lembre-se que a conjunção carnal não passa de um ato libidinoso, logo, não se constitui em objeto completamente dissociado da segunda possibilidade elencada no art. 213 (outro ato libidinoso)”. (Ibidem, p. 8).

o tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão. Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos⁴⁹³.

Sob o raciocínio do respeitado professor, compreender o estupro de forma contrária à cumulatividade resultaria em ofensa ao princípio da proporcionalidade (na vertente da proteção insuficiente/deficiente). Discorda-se do posicionamento, pois tal matéria não é afeita ao julgador, responsável pela criminalização secundária; demanda antes atividade legisferante a corrigir a distorção sistêmica (criminalização primária). Ao magistrado caberia, dentro da margem de 6 a 10 anos, fixar a pena base de acordo com a multiplicidade e o grau das ofensas (prática de um ou mais atos libidinosos, duração do delito, nível da violência, dentre outros elementos), diferenciando-os e tratando individualmente de acordo com o caso concreto, aduzindo os demais elementos no decurso do processo trifásico de atribuição da reprimenda.

Assim, a alternatividade resta evidente, observando-se a questão sob o prisma da diferenciação entre ato e conduta. A incriminação resta concretizada mediante a prática de um só ato, vulnerando-se a partir de então o bem jurídico. A persistência na subjugação (estupro) ou no contato sexual (estupro de vulnerável) nada mais são do que o aumento da intensidade da ofensa ao bem jurídico e, como tal, devem ser considerados na atribuição de sanção.

Exsurge, assim, que a junção das figuras do estupro com o atentado violento ao pudor em um único tipo penal evidenciou o mais premente problema existente nos crimes sexuais: a ausência de uma figura intermediária, cujo grau de ofensividade não seria tão elevado quanto o dos atos inscritos no artigo 213 do Código Penal mas, de outro lado, não seria de tão pouca monta quanto a contravenção do artigo 61 do Decreto Lei 3.688/1941 (“importunação ofensiva ao pudor”).

⁴⁹³ GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21, n. 11, nov. 2009. p. 60. Exemplifica o autor adiante: “Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos artigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido”. (GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 61).

Necessário se faz observar a questão, portanto, sob o prisma do concurso de crimes. Remontando aos práticos italianos ⁴⁹⁴, as regras para aplicação do concurso de crimes consagrado no artigo 71 do Código Penal objetivam, por meio da construção de uma ficção jurídica, evitar penas extremas. Embora exista quem entendesse ser a alternativa do estupro acompanhado do atentado violento ao pudor um crime progressivo ⁴⁹⁵, mais comumente era observado que, frente à constatação de um mesmo contexto, interpretava-se como existentes ofensas diversas a ensejarem tratamento distinto, unificando-se-as somente quando da fixação de pena.

Silvia PIMENTEL entende não se tratar de um concurso de crimes. E o fato de, retirando-se essa possibilidade – mais jurisprudencial que legal, diga-se de passagem – a pena não atingir patamares como outrora não é algo negativo. A mais importante modificação é a clareza maior emprestada ao alcance do novo tipo penal do artigo 213 do Código Penal ⁴⁹⁶, feita a ressalva da expressão “ato libidinoso” diverso da conjunção carnal a ainda persistir.

Embora aderindo a tal posicionamento, imprescindível estabelecer alguns aspectos legais e doutrinários sobre o concurso de crimes.

5.4.1 Concurso material

O estupro, por consistir antes da vigência da lei 12.015/2009 tão somente na conjunção carnal, quando era praticado em um mesmo contexto fático em que também se visualizasse a então ação típica de atentado violento ao pudor, com aquela era cumulado. Reconhecia-se, no mais das vezes, o concurso material, previsto no artigo 69 do Código Penal: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais

⁴⁹⁴ Como assinala Celestino Bangula QUEMBA, a elaboração teórica do instituto surge enquanto “derivada de um sentimento de humanidade e benignidade que tinha por finalidade evitar a pena de morte cominada ao terceiro furto”. (QUEMBA, Celestino Bangula. Op. cit., p. 18).

⁴⁹⁵ O posicionamento era de Heleno FRAGOSO, conforme lembrado por Antonio Scarance FERNANDES e Oswaldo Henrique Duek MARQUES. Op. cit., p. 83.

⁴⁹⁶ Afirma Silvia PIMENTEL a certa altura da referida entrevista que, “em termos de Direito Penal, não me preocupo tanto com a quantidade da pena, e sim com uma tipificação clara, com uma penalização razoável e uma punição efetiva”. Critica a persistência do termo “ato libidinoso”: “Se você quer saber se eu acho essa linguagem boa, eu vou dizer não. Não acho. Primeiro, precisamos ler duas ou três vezes para entender quem é esse ‘ele’. Depois, ‘ato libidinoso’ é muito amplo. No direito, muitas vezes existe indeterminação numa norma legal. Onde está a definição de ato libidinoso? Não está”. *Quando gritar não é suficiente*. O Estado de São Paulo, caderno Aliás, 30/08/2009. Entrevista concedida a Mônica Manir e Bruna Rodrigues. Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,quando-gritar-nao-e-suficiente,426652>>. Acesso em: 31/05/2015.

crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido”.

Entendia-se que existiam duas ações, na medida em que o agente almejava escopos distintos: a conjunção carnal (ato sexual normal) e a prática de atos libidinosos (atos sexuais anormais). A posição e os fundamentos podem ser visualizados, exemplificativamente, em julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Não se consubstanciando os atos libidinosos em *praeludia coiti*, ocorre crime de atentado violento ao pudor em concurso material com o estupro, não podendo, dessa forma, ser aplicada a regra insculpida no art. 71 do Código Penal, por serem crimes de espécies diversas”⁴⁹⁷.

Tal solução jurídica, se antes já poderia suscitar controvérsias, atualmente não mais é factível de ser adotada, respeitados os posicionamentos contrários.

Não se pode, na particularidade do delito de estupro, reconhecer o concurso material sob o simples argumento de que a vontade do legislador era tornar mais grave o apenamento. Após inserida a norma no ordenamento jurídico, ela se desvincula do mundo das ideias e sua aplicabilidade é depreendida da inter-relação com as demais normas. É uma questão de interpretação do tipo, mais precisamente interpretação teleológica: descobre-se o valor tutelado pela norma e, em consequência, por meio da visão sistêmica, se aplicam as soluções já contidas no regramento criminal⁴⁹⁸.

Na medida em que o bem jurídico-penal vulnerado é único (liberdade de autodeterminação sexual), não pode a conduta praticada no mesmo contexto ser cindida em duas ou mais, pois componente todo o *iter* do mesmo ideário delitivo, com escopo único (satisfação da lascívia), variando somente os atos executados e ponderando-se, depois, a gravidade conjunta destes.

Poder-se-ia argumentar, então, que o concurso material subsistirá quando o agente constranger mais de uma vítima, em um mesmo contexto fático. Isto porque o constrangimento, embora possa ser simultâneo, na medida em que a agressão sexual não se esgota nele e é perpetrada individualizadamente sobre o corpo de cada qual das vítimas, exigindo a subsequente prática de atos libidinosos contra uma e outra.

⁴⁹⁷ STJ, 5ª Turma. Recurso Especial 1.080.909/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. j. 16/06/2009.

⁴⁹⁸ Como alerta Miguel REALE JÚNIOR, “este sentido não se vai obter por via da pesquisa da ‘vontade do legislador’, pois editada a norma ganha ela vida própria, visto que, malgrado seja ilustrativo e importante saber qual o objetivo pretendido pelo legislador (exposição de motivos e atas dos trabalhos legislativos), esta compreensão subjetiva cede espaço ao entendimento objetivo, de vez que além de poder receber um significado impensado pelo legislador, a norma passa a existir no tempo e no espaço, sujeito, como tudo, às mudanças culturais provocadas pela história”. (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 89).

Há, aqui, que se atentar à diferença entre bem jurídico e objeto material do crime. Assim, inobstante aquele seja o mesmo considerando-se ambos os sujeitos passivos do ilícito (liberdade de autodeterminação sexual), o objeto material não o é, pois os corpos de um e outro não podem ser compreendidos unitariamente. Daí porque haverá duas condutas ⁴⁹⁹. O raciocínio está correto, embora inadequado tecnicamente à solução jurídica. Por expressa determinação do parágrafo único do artigo 71 do Código Penal,

Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Pela taxatividade da lei, havendo pluralidade de vítimas em um mesmo contexto fático, deve prevalecer a continuidade delitiva na especificidade do parágrafo único, aumentando-se a pena nos patamares ali previstos.

5.4.2 Continuidade delitiva

O crime continuado, à luz do artigo 71 do Código Penal, exige três requisitos explícitos, além de outros um tanto quanto vagos, a saber: “condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”. Assim, reconhecer-se-á em continuidade delitiva o agente que praticar mais de uma ação ou omissão, ofendendo-se com as condutas um único bem jurídico mediante incursão por mais de uma vez no mesmo tipo penal ⁵⁰⁰.

Ao lado do que prescreve a norma, a doutrina e jurisprudência tradicionalmente e por questões de política criminal (embora não de forma unânime), vem crescendo como elementos ínsitos à continuidade delitiva a “unidade de desígnios” e que a ofensa não se perfaça contra bem jurídico personalíssimo, excepcionando da incidência da hipótese legal de

⁴⁹⁹ Explica Francisco de Assis Toledo: “Não se deve confundir bem jurídico tutelado com objeto material do crime. No crime de homicídio, por exemplo, objeto material é o corpo humano, bem jurídico é a vida”. (TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 20).

⁵⁰⁰ Complementa Miguel REALE JÚNIOR que tal homogeneidade ocorre “independentemente das circunstâncias que qualifiquem ou privilegiem. A identidade jurídico-penal decorre dos fatos se adequarem ao tipo fundamental, em seus elementos essenciais”. (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 438-439).

diminuição da culpabilidade também o delinquente profissional que faz do crime seu meio de vida ⁵⁰¹.

Na especificidade do estupro, à luz do já conceituado significado jurídico de ação e omissão enquanto respectivamente vertentes positiva e negativa da conduta, bem como diferenciando-se-as de atos, resta claro que, se perpetrados diversos atos libidinosos (nos quais incluída ou não a conjunção carnal) contra uma mesma vítima, em um mesmo contexto fático, não se lhes considerará como em continuidade delitiva, pois realizados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, bem como sob uma mesma unidade de desígnios e ofendendo em tal situação somente um bem jurídico, ainda que personalíssimo (liberdade de autodeterminação sexual).

O que deverá, como determina a lei, ser considerado caso a caso são as circunstâncias de tempo e lugar. Assim, na medida em que o estupro demanda como ato prévio no *iter criminis* o constrangimento, uma vez cessado este, ainda que em caráter transitório, a superveniência de novo ato sexual deve ser considerado como uma conduta autônoma, pois restaurada no entremeio a liberdade de autodeterminação da vítima, ainda que por fugaz momento. Seria a hipótese, por exemplo, de pessoa sequestrada e submetida a violações que, depois, consegue empreender fuga mas é logo após recapturada, vulnerando-se-a uma vez mais.

Solução diversa pode ser verificada no PLS 236/2012 (Projeto de Código Penal). Este sugere mudanças quanto à continuidade delitiva. Embora mantendo o conceito já arraigado, inovou nos parágrafos primeiro e segundo: naquele modificou alguns requisitos do atual parágrafo único do Código Penal para a permissão de aumento da pena até o triplo em se tratando de crimes cometidos contra a pessoa mediante violência e grave ameaça; neste,

⁵⁰¹ Ibidem, p. 439. Note-se que a solução doutrinária e jurisprudencial guarda consonância com o que expressamente prevê o ordenamento português, por exemplo, que institui, como anota Celestino Bangula QUEMBA, a “identidade da resolução criminosa”, acrescentando ainda que “se o agente tomar, apenas, uma decisão criminosa de realização de violações plúrimas do bem jurídico, comete um só crime. O mesmo acontecerá se, durante a execução de um crime, o agente alargar o âmbito da atividade criminosa, pelo facto de a situação exterior criar esse alargamento, não já, nesta situação, crime continuado, pelo simples facto de o dolo ser único e contemporâneo”. (QUEMBA, Celestino Gangula. Op. cit., p. 36-37). Prescreve o dispositivo lusitano mencionado: “Artigo 30, n.º 2: Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”.

pertinente à dissertação, criou uma exceção para não se aplicar a continuidade delitiva nos crimes dolosos contra a vida e no estupro, hipóteses nas quais haveria concurso formal ⁵⁰².

A opção do projeto legislativo guarda muita semelhança com o diploma espanhol. Este excepciona os bens de natureza eminentemente pessoal, mas aduzindo ainda uma “exceção da exceção” ⁵⁰³ no que concerne aos delitos contra a honra e liberdade de autodeterminação sexual ⁵⁰⁴. Isto significa, na prática, se deferir ao julgador a opção pela continuidade delitiva, por exemplo, nos crimes sexuais que tenham uma única vítima, mas contra a qual se teriam praticado diversas condutas libidinosas.

À guisa de fecho do tópico e em conformidade com a legislação hoje vigente, assente-se que só se poderá reconhecer a continuidade delitiva tratando-se de uma mesma vítima e constatando-se ter cessado a violação (ainda que transitoriamente) e, em algum grau, restaurada a liberdade de autodeterminação para, ao depois, ocorrer nova submissão (constrangimento) à prática de outros atos libidinosos, na medida em que perfazendo estes outra conduta.

De maneira análoga, tratando-se do estupro de vulnerável, haverá continuidade delitiva quando o agente realizar atos sexuais nos quais ausente o consentimento válido da vítima, fazendo-o de forma reiterada. É situação verificada, sobretudo, no âmbito familiar, em que um dos genitores ou pessoa próxima ao núcleo se aproveita da proximidade com o infante para satisfazer sua lascívia em dias diversos.

5.5 Tratamento jurisprudencial

⁵⁰² “Crime continuado Art. 88. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. § 1º Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do fato, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do concurso formal de crimes. § 2º Aplicam-se cumulativamente as penas dos crimes dolosos que afetem a vida, bem como as do estupro”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em: 11/11/2016.

⁵⁰³ QUEMBA, Celestino Bangula. Op. cit., p. 99.

⁵⁰⁴ “3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”. Artigo 74, parágrafo terceiro do Código Espanhol. Disponível em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 22/11/2016.

A lei 12.015/2009, como se verificou, mudou a estrutura dos delitos sexuais, incorporando ao mesmo tipo duas condutas que, tradicionalmente, eram tratadas isoladamente. Consectário lógico, antes da superveniência da novel legislação, transgredindo o artigo 213 e o 214, embora no mesmo contexto, incorreria o agente na prática de dois crimes, impondo-se-lhe o concurso material na fixação da reprimenda. O cenário se alterou com a unificação.

5.5.1. Levantamento de agosto de 2008 a agosto de 2010

Nohara PASCHOAL, em obra já citada na presente dissertação, fez detalhada pesquisa jurisprudencial, abordando tanto os doze meses anteriores à entrada em vigor da lei 12.015/2009, como igual período após o início da vigência. O foco da pesquisa era a verificação do tratamento jurídico-penal conferido pelas Cortes nas hipóteses de múltiplas violações (estupro e outro ato libidinoso), praticados contra uma mesma vítima, em um mesmo contexto fático ⁵⁰⁵.

As estatísticas obtidas por PASCHOAL demonstraram que, antes da alteração do Código Penal havida em 2009, era praticamente pacífico o reconhecimento da existência de dois crimes nos casos de múltiplas violações, caso um destas fosse a conjunção carnal ⁵⁰⁶. A divergência remanesca quanto à modalidade de concurso de crimes aplicada pelo julgador.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgara, no período, 161 (cento e sessenta e um) casos de agressões múltiplas contra uma mesma vítima, verificando o concurso material em 126 (cento e trinta e seis) deles, um índice de 85% (oitenta e cinco por cento) ⁵⁰⁷. Quanto aos 25 (vinte e cinco) julgados remanescentes, aplicou-se a continuidade delitiva, representando 15% (quinze por cento) dos acórdãos da Corte Bandeirante ⁵⁰⁸.

No mesmo período, o Superior Tribunal de Justiça publicou 9 (nove) arestos versando sobre múltiplas violações sexuais nos termos já expostos, aplicando o concurso material em 6 (seis) deles, ou seja, em 66% (sessenta e seis por cento) das situações analisadas, pois não se verificaria “homogeneidade quanto ao modo de execução dos delitos” ⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Nohara PASCHOAL. Op. cit., p. 165-215.

⁵⁰⁶ Nohara PASCHOAL. Op. cit., p. 167.

⁵⁰⁷ Nohara PASCHOAL. Op. cit., p. 167-168

⁵⁰⁸ Ibidem, p. 171.

⁵⁰⁹ Ibidem, p. 173-174.

O único sodalício a possuir uniformidade de decisões (mas não necessariamente acórdãos com votação unânime) antes da vigência da lei 12.015/2009 era o Supremo Tribunal Federal. Dos 9 (nove) casos que reclamaram apreciação da Corte Maior, em todos a decisão foi pela aplicação do “concurso material quando praticados estupro e atentado violento ao pudor contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático-temporal”⁵¹⁰.

Até então, não houve, em qualquer grau de Jurisdição, o reconhecimento de crime único ou a subsunção, prevalecendo o concurso material e persistindo corrente minoritária defendendo a continuidade delitiva.

Avançando aos doze meses imediatamente posteriores às alterações promovidas pela lei 12.015/2009 no Código Penal, a Corte Bandeirante recepcionou 133 (cento e trinta e três) casos que envolviam a prática de estupro e atentado violento ao pudor contra uma única mulher⁵¹¹ e no mesmo contexto fático. Destes acórdãos, em 23,30% (vinte e três virgula trinta por cento) se manteve a aplicação do concurso material⁵¹²; em 18,04% (dezoito virgula quatro por cento) foi reconhecida a continuidade delitiva⁵¹³; e, na maioria, em um total de 58,64% (cinquenta e oito virgula sessenta e quatro por cento), interpretou-se como crime único. Quanto a estes últimos, representando 78 (setenta e oito) arestos, em 36 (trinta e seis) deles não houve majoração da pena-base em razão da multiplicidade de violações, ou seja, a prática de conjunção carnal e outros atos libidinosos diversos, outrora equivalentes ao atentado violento ao pudor em um mesmo contexto e única vítima⁵¹⁴.

O Superior Tribunal de Justiça se pronunciou sobre 6 (seis) casos de múltiplas violações perpetradas contra uma única vítima. Reconheceu em 4 (quatro) deles o concurso material e nos demais o crime único. Em nenhum se aplicou a continuidade delitiva. A divergência se dava quando separados os Ministros da 3ª Seção. Embora a 5ª Turma “tenha se

⁵¹⁰ Ibidem, p. 179.

⁵¹¹ Inicialmente, anota Nohara PASCHOAL que a busca retornou 992 (novecentos e noventa e dois) acórdãos, dos quais 199 (cento e noventa e nove) “diziam respeito a estupro e atentado violento ao pudor contra uma única vítima” (Ibidem, p. 180). No entanto, 24 (vinte e quatro) deles ignoravam a vigência da nova lei e em outros 42 (quarenta e dois) sequer houve pronunciamento “sobre as implicações da novel legislação na punição de casos de abusos sexuais de múltiplas agressões” (Ibidem, p. 181), por (controversa e não uniforme) inadequação da via recursal/revisional eleita (Ibidem, p. 182-183). Daí a resultante de 133 (cento e trinta e três) acórdãos, objeto de análise pela pesquisadora.

⁵¹² O argumento era de que, como objetivava o legislador o recrudescimento das sanções aos crimes sexuais, imperativo o concurso material, pois do contrário se estaria criando situação mais favorável aos delinquentes (Ibidem, p. 183-184).

⁵¹³ Anota Nohara PASCHOAL sobre os fundamentos de tais julgados: “Ressalvou-se, ademais, que considerar crime único violações múltiplas praticadas em um mesmo contexto seria, sobretudo, injusto com a vítima, já que implica desconsiderar parte dos atos sexuais forçados a que restou subjugada” (Ibidem, p. 187).

⁵¹⁴ Nohara PASCHOAL. Op. cit., p. 189-190.

posicionado pelo cúmulo material quando envolto situação de múltiplos atos sexuais, contra uma mesma vítima”⁵¹⁵, a 6ª Turma pacificou o entendimento quanto ao delito singular, no que viria a ser acompanhada por aquela apenas em 2012⁵¹⁶.

Ainda cuidando do mesmo recorte temporal, o Supremo Tribunal Federal só foi provocado uma única vez no entremeio a se posicionar quanto aos reflexos da mudança legislativa, reconhecendo a continuidade delitiva, pois as figuras (múltiplas violações, dentre as quais conjunção carnal) seriam da mesma espécie⁵¹⁷. Frente à exiguidade do resultado, Nohara PASCHOAL ampliou o período de abrangência da pesquisa na Corte Maior em mais dois anos, disso resultando a verificação de mais 6 (seis) acórdãos com situações abrangidas pelo levantamento. Em todos houve a aplicação da continuidade delitiva.

5.5.2. Atualização estatística – dados de 7 de agosto de 2015 a 6 de agosto de 2016

Como se verificou do levantamento realizado por Nohara PASCHOAL, não havia entendimento solidificado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora se apontasse uma tendência à interpretação das múltiplas violações enquanto crime único. O Superior Tribunal de Justiça, de seu turno, após divergências iniciais, aderiu à corrente majoritária que já se desenhava na Corte Bandeirante.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal adotava posição particular, impondo a continuidade delitiva. Tal discrepância, possuindo a Corte Constitucional o entendimento dissonante na orografia do Judiciário, gerava insegurança jurídica.

Assim, passados seis anos do período dos dados coletados, surgem indagações sobre o artigo 213 do Código Penal: a ocorrência de múltiplas violações sexuais, contra uma mesma vítima, já possui interpretação pacificada? Se sim, qual seria esta?

Realizou-se, portanto, adotando os mesmos parâmetros de Nohara PASCHOAL, pesquisa nos três degraus da Jurisdição⁵¹⁸. Alerta-se desde já que não se fez diferenciação

⁵¹⁵ Divergindo do entendimento majoritário os Ministros Jorge Mussi e Arnaldo Esteves Lima, conforme anota Nohara PASCHOAL (Ibidem, p. 201).

⁵¹⁶ A 5ª Turma, primeiramente, em abril de 2011, mudou seu posicionamento no REsp 970.127/SP ao adotar a continuidade delitiva, embora, um ano depois, tenha afinal reconhecido tais hipóteses como crime único, isto no HC 242.925/RS (Ibidem, p. 206).

⁵¹⁷ Ibidem, p. 209.

⁵¹⁸ Faça-se única ressalva: antes, o estupro tinha somente como vítima a mulher e, na verificação vertente, não foi possível manter isolado o gênero, até porque muitos dos acórdãos não fazem referência ao sexo da vítima, preservando-se muita vez o nome, em decorrência do caráter sigiloso dos feitos visando proteção ao ofendido.

entre o crime de estupro e o de estupro de vulnerável, englobando a análise os resultados obtidos em ambas as hipóteses fáticas. Isto porque o cerne da questão é saber se, quando da fixação da pena, a pluralidade de atos ofensivos à dignidade sexual foram sopesados para exasperação da reprimenda, o que pode ser observado tanto em um como no outro tipo incriminador.

5.5.3. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A pesquisa na Corte Bandeira, com a expressão “estupro e atentado e violento e pudor”⁵¹⁹ retornou 805 resultados. Excluiu-se inicialmente aqueles acórdãos que não diziam respeito a ofensas plúrimas em relação a uma mesma vítima, bem como aqueles cujos fatos analisados se davam em contextos diferentes. O universo foi reduzido para 85 arestos⁵²⁰.

Desses, 63 (sessenta e três) reconheceram a tese do crime único (inclusive decisório que desclassificava para a hipótese de contravenção penal), o que representa percentual de 74,12% (setenta e quatro virgula doze por cento), outros 20 (vinte) acórdãos aderiram à tese do concurso material, resultando em 23,53% (vinte e três virgula cinquenta e três por cento) e apenas dois arestos optaram pela continuidade delitiva, estatisticamente representando 2,35% (dois virgula trinta e cinco por cento). Quanto às duas últimas interpretações (pelos artigos 69 e 71 do Código Penal), reconhecem ambas a pluralidade de delitos em um mesmo contexto fático, variando somente a forma do concurso aplicado pelo julgador.

Conclui-se que a tendência observada na pesquisa da professora Nohara PASCHOAL se confirmou: os acórdãos aplicando o crime único passaram de 58,64% (cinquenta e oito virgula sessenta e quatro por cento) para 74,12% (setenta e quatro virgula doze por cento), aumento este obtido em detrimento da faixa que antes representava a continuidade delitiva, a qual caiu de 18,04% (dezoito virgula quatro por cento) para 2,35% (dois virgula trinta e cinco por cento). Curiosamente, o número de decisões optantes pelo concurso material oscilou de

Daí mínima divergência quanto aos critérios usados por Nohara PASCHOAL, mas que não influenciam na comparação estatística proposta.

⁵¹⁹ A persistência da expressão “atentado violento ao pudor” na busca visou manter uniforme a comparação, não gerando prejuízo estatístico no retorno dos resultados, pois invariavelmente os acórdãos fazem referência à junção dos tipos penais e, como consequência, ao *nomen iuris* do revogado artigo 214 do Código Penal.

⁵²⁰ O universo atingido pode guardar alguma imprecisão, pois diversos acórdãos são dúbios quanto à existência de mais de um contexto ou mesmo quanto a que atos foram considerados como libidinosos para efeitos da lei. O recorte apresentado buscou esmiuçar os casos postos sob o máximo possível, pretendendo assim obter uma análise estatística bem próxima da realidade.

23,30% (vinte e três vírgula trinta por cento) para 23,53% (vinte e três vírgula cinquenta e três por cento), ainda respondendo por aproximadamente um quarto dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Várias das decisões obtidas na pesquisa correspondem à reforma de acórdãos ou sentenças anteriores, prolatados sob a égide da precedente redação do título VI do Código Penal, quando estupro e atentado violento ao pudor ainda eram tipificados separadamente em dispositivos próprios.

Enveredando no teor dos éditos, relevantes alguns fatos observados. Inicialmente, tocante às decisões que se pautam pelo concurso material, estruturam-se invariavelmente em dois aspectos: na intenção do legislador ao promover a reforma de 2009 (o escopo era, indiscutivelmente, de acidular o apenamento); na consideração dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor como componentes de um tipo misto cumulativo e, por consequência, possuir cada qual autonomia e específica unidade de desígnios.

Quanto ao primeiro aspecto, destaque-se excerto de julgado:

Acrescente-se, ainda, ser notório que a Lei nº 12.015/09 constitui fruto da CPI da Exploração Sexual e tinha como objetivo principal unificar, na expressão estupro, todas as hipóteses de ataques sexuais, tornando a lei mais rígida, e não conferir tratamento menos severo aos estupradores, o que é óbvio, data vênua⁵²¹.

Referentemente ao tipo misto cumulativo, realça-se outra decisão:

O que ocorre de fato é que o atual artigo 213 do Código Penal passou a ser um tipo misto cumulativo. As condutas nele previstas têm autonomia funcional e visam resguardar espécies valorativas diversas. Não há homogeneidade entre as ações⁵²².

Já em relação à continuidade delitiva, o argumento é semelhante ao concurso material (há, inclusive, citação do mesmo suporte doutrinário), mas a conclusão quanto à aplicação da modalidade de cúmulo de penas que se difere. Exemplificativamente, leia-se:

Consoante se infere dos autos, os atos libidinosos diversos da conjunção carnal praticados pelo agravante, não se encontram, logicamente, dentro do mesmo desdobramento causal da conjunção carnal - também perpetrada, na hipótese -, a impedir que se cogite de absorção, pura e simples, sobretudo porque não pode ser

⁵²¹ Habeas Corpus nº 0054600-49.2015.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Juvenal Duarte. j. 28/01/2016.

⁵²² Agravo de Execução Penal nº 0062207-16.2015.8.26.0000. 13ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Augusto de Siqueira. j. 02/06/2016.

considerado o sexo oral como meio necessário e preparatório da relação sexual vaginal.

Ao reverso, uma prática não depende da outra, não é decorrência lógica da outra e uma não pressupõe a outra. Porém, é inegável, tais atos foram praticados contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático. Portanto, inexorável o reconhecimento da hipótese de crime continuado, nos termos do artigo 71, caput, do Código Penal⁵²³.

Percebe-se em uma e outra hipóteses o equívoco sobre o qual já se dissertou: ausência de diferenciação entre ato e conduta. Os atos libidinosos diversos da conjunção carnal não são preparatórios ao coito vaginal, isto é certo; são eles mesmos atos típicos, exatamente como aquele.

Observando-se outro prisma, o que se verifica quanto à pena base, nas hipóteses em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu o crime único, é não ser regra fixá-la acima do limite legal em decorrência da pluralidade de atos ofensivos à liberdade de autodeterminação sexual perpetrados contra a mesma vítima em contexto singular. Apenas em 29 (vinte e nove) dos 85 (oitenta e cinco) acórdãos tocante à unidade delitiva houve exasperação na fase inaugural em decorrência da prática de mais de um ato libidinoso (incluindo ou não a conjunção carnal)⁵²⁴, determinação a que o Juízo das Execuções o faça⁵²⁵ ou, ainda, reconhecimento da impossibilidade de reforma do decisório no sentido indicado pela ausência de recurso acusatório firmado em tal pleito⁵²⁶.

Considerando que em alguns julgados não é possível aferir se houve o incremento e em outros tantos não se vislumbra o motivo do aumento da reprimenda, é seguro afirmar que em menos da metade dos casos a pena é elevada em razão da prática de mais de um ato ofensivo à vítima.

5.5.4. Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça a pesquisa obteve 15 (quinze) acórdãos. Todos adotavam o entendimento que, com o advento da lei 12.015/2009, a prática de mais de uma

⁵²³ Agravo de Execução Penal nº 0060151-10.2015.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Juvenal Duarte. j. 26/11/2015.

⁵²⁴ Entre outros, apelação 0000496-80.2015.8.26.0106. 9ª. Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Roberto Solimani. j. 28/07/2016.

⁵²⁵ Entre outros, agravo de execução penal 9000201-48.2015.8.26.0506. 14ª Câmara Criminal. Rel. Des. Hermann Herschander. j. 04/08/2016.

⁵²⁶ Entre outros, apelação 0050608-17.2014.8.26.0000. 9ª Câmara Criminal. Rel. Des. Lauro Mens de Mello. j. 28/07/2016.

ofensa à liberdade sexual, se perpetrada em um mesmo contexto fático, demandaria o reconhecimento do crime único. Ambas as Turmas se posicionaram reiteradamente dessa forma, superando a antiga divergência existente e cumprindo a função precípua da Corte: unificar o entendimento para fins de orientar a jurisprudência nacional.

O paradigma adotado no Superior Tribunal de Justiça foi positivado no julgamento do Agravo Regimental ao Agravo em Recurso Especial 233.559/BA, de Relatoria da Ministra Assusete Magalhães, da 6ª Turma. Além de estabelecer a interpretação, no mesmo decisório a Ministra oferece o caminho para aplicação, pelas demais Cortes, das mudanças deduzidas na novel legislação:

como a Lei 12.015/2009 unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo tipo penal, deve ser reconhecida a existência de crime único de estupro, caso as condutas tenham sido praticadas contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático [...] Deve o Tribunal a quo redimensionar a pena aplicada, tendo em vista que a atual jurisprudência desta Corte Superior sedimentou-se no sentido de que, ‘como a Lei 12.015/2009 unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo tipo penal, deve ser reconhecida a existência de crime único de estupro, caso as condutas tenham sido praticadas contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático’⁵²⁷.

Na 5ª Turma, o paradigma advém do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.262.650/RS, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa:

I - A Lei n. 12.015/2009 promoveu a fusão, em um único delito, dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, outrora tipificados nos arts. 213 e 214 do Código Penal, respectivamente. II - Pela nova disciplina normativa, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero e da mesma espécie, razão pela qual, quando praticados no mesmo contexto e contra a mesma vítima, devem ser reconhecidos como crime único. III - A Referida alteração aplica-se, inclusive, a fatos praticados anteriormente à sua vigência, em atenção ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao réu ⁵²⁸.

Tocante às mais recentes decisões, pertinente se faz separar trechos de acórdãos elucidativos da pacificação interpretativa, com vistas à observância da fundamentação adotada. Aderiram todos aos precedentes colacionados, tecendo considerações acessórias. Exemplificativamente, o acórdão resultante do *Habeas Corpus* 344.224/RS, da 6ª Turma e relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, pontuou:

⁵²⁷ j. 10/12/2013, p. DJe 10/02/2014.

⁵²⁸ j. 05/08/2014, p. DJe 14/08/2014.

Como visto, a prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, com relação à vítima, deu-se em um mesmo contexto, no mesmo momento, configurando, após a alteração legislativa, crime único. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores [...]. Com o reconhecimento de crime único, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e dos atos libidinosos diversos em um mesmo momento, em relação à vítima. Poderá, portanto, se assim entender, fixar as penas-base em patamar superior ao anteriormente estabelecido, observando, por óbvio, o limite do quantum final da sanção, em razão da vedação da reformatio in pejus⁵²⁹.

Na mesma linha, pontuou o Ministro Ribeiro Dantas, da 5ª Turma, no HC 263.840/RJ:

Diante da situação fática descrita no acórdão impugnado, verifica-se a ocorrência de crime único, pois os atos praticados pelo paciente (relação sexual normal, coito anal e carícias) ocorreram em mesmo contexto fático contra a mesma vítima. Desse modo, caberá ao Juízo da Execução, ao aplicar retroativamente a Lei n. 12.015/2009, realizar as novas dosimetrias das penas, observado as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não estando vinculadas às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento⁵³⁰.

Acresça-se ainda que a continuidade delitiva e o concurso de crimes são, agora, expressamente rechaçados na Corte, conforme assentou o Ministro Nefi Cordeiro, da Sexta Turma, ao julgar o HC 288.606: “não há falar que se em concurso material ou continuidade delitiva quando em um mesmo contexto fático ocorrer o cometimento dos crimes de estupro e ato diverso da conjunção carnal contra a mesma vítima”⁵³¹.

Admite-se a continuidade delitiva (e não o concurso material) quando cometido os atos em contextos fáticos diversos mas nos quais presentes os requisitos do artigo 71 do Código Penal. Foi esta a posição externada por Og Fernandes, ao relatar, na Sexta Turma, o HC 114.054/MT:

2. Após as inovações trazidas pela Lei nº 12.015/09, os arts. 213 e 214 do Código Penal hoje estão condensados no mesmo dispositivo legal, constituindo, dessarte, crimes da mesma espécie, o que viabiliza a aplicação da regra do art. 71 da Lei Penal. 3. No caso presente, o intervalo entre os acontecimentos é de aproximadamente um mês. As condições de lugar (residência do acusado) e maneira de execução (aproveitava-se do fato de a vítima estar dormindo em casa) são

⁵²⁹ j. 18/02/2016.

⁵³⁰ j. 19/11/2015.

⁵³¹ j. 20/11/2014.

absolutamente semelhantes, o que conduz ao reconhecimento do crime continuado⁵³².

Verificada a sedimentação do entendimento, fica a ressalva quanto ainda não se ter reconhecido repercussão geral quanto ao tema. Disso resulta a constatação de que Tribunais locais (exemplificados na Corte Paulista) não têm se curvado à orientação advinda da Corte sediada em Brasília.

5.5.5 Supremo Tribunal Federal

No período pesquisado, a Corte Maior não teve acórdãos publicados no período. Assim, visando verificar a tese prevalente no STF, expandiu-se a busca a decisões monocráticas, detectando-se apenas dois julgados. Ambos são taxativos ao afirmar que trata-se de crime único.

Na decisão monocrática proferida no Recurso Especial 818.389/DF, o Ministro Dias Toffoli assentou:

A jurisprudência desta Corte fixou o entendimento de que o advento da Lei nº 12.015/09 alterou de forma substancial a disciplina dos crimes pelos quais o agravado foi condenado (arts. 213 e 214 do Código Penal). Com efeito, essa alteração fez cessar o óbice ao reconhecimento das condutas como crime único⁵³³.

A Ministra Rosa Weber, quando se debruçou sobre o Recurso Extraordinário com Agravo 866.515/DF, decidiu:

Com efeito, essa alteração fez cessar o óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, os quais, no caso concreto, foram cometidos antes da vigência da lei em questão. 6. Habeas corpus concedido de ofício para determinar ao juízo competente que examine, como entender de direito, a eventual aplicação retroativa da Lei nº 12.015/09 ao caso concreto⁵³⁴.

Da mesma forma que observado no STJ, o Supremo Tribunal Federal reconhece o crime continuado quanto ao delito de estupro (havendo conjunção carnal e outros atos libidinosos, ou somente uma pluralidade destes), desde que os contextos delitivos sejam diversos. Na essência, aplica exatamente o que disciplina o artigo 71 do Código Penal. Essa

⁵³² j. 05/04/2010.

⁵³³ j. 27/11/2015.

⁵³⁴ j. 26/10/2015.

orientação pode ser observada no *Habeas Corpus* 100.612/SP, da 1ª Turma, relatado inicialmente pelo Ministro Marco Aurélio mas cuja confecção do acórdão foi atribuída ao Ministro Luis Barroso, com voto condutor do entendimento majoritário:

De modo geral, durante longo período de tempo, a Corte não admitira o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado (CP, art. 71) entre os referidos delitos, diante da caracterização do concurso material (CP, art. 69). Essa discussão, contudo, teria perdido relevância com a edição da Lei 12.015/2009, que unificou em um mesmo tipo incriminador as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor. Diante dessa inovação legislativa, o STF teria passado a admitir o reconhecimento da continuidade delitiva entre os referidos delitos, desde que preenchidos os requisitos legais⁵³⁵.

Verifica-se, portanto, que as Cortes Superiores estão com o entendimento alinhado: ambas interpretam a lei no sentido de ser o estupro, sob os auspícios da novel legislação, crime único ainda que cometida pluralidade de atos em um mesmo contexto fático; afastam a incidência, sob quaisquer circunstâncias, do concurso material; permitem a aplicação do crime continuado, acaso as infrações ocorram em contextos diferentes, nos quais incida a previsão do artigo 71 do Código Penal.

5.5.6 Explicações, análise e conclusões parciais

Destaque-se preliminarmente que a pesquisa realizada por NOHARA Paschoal tinha objetivo um pouco diverso do cerne da presente dissertação. No entanto, os resultados cuidadosamente amalhados servem aqui como parâmetro.

A primeira verificação é que, quando ocorre o aumento da base em razão da pluralidade de atos ofensivos, este se dá na primeira fase do processo de individualização da reprimenda.

Outro aspecto relevante, também resultando em insegurança jurídica, é observar que a Corte Paulista já definiu, em agravo de execução, que a apreciação da unificação dos tipos penais deveria ocorrer em revisão criminal ⁵³⁶; em outra oportunidade, julgando esta

⁵³⁵ As referências foram extraídas do Informativo 835 da Corte Superior. O *Writ* foi julgado em 16/08/2016, mas o respectivo acórdão ainda não está disponível para consulta, pois pendente de publicação, em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=estupro+atentado&pagina=1&base=INFO>>. Acesso em: 05/12/2016.

⁵³⁶ Por exemplo, no Agravo em Execução Penal 7005615-02.2015.8.26.0073 – 6ª Câ. – Rel. Des. Marco Antônio Marques da Silva, j. 17/03/2016.

modalidade recursal, entendeu que tal matéria seria pertinente àquela espécie de insurgência
537.

A mesma insegurança jurídica, nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é principalmente evidenciada em outro ponto: ausência de uma figura intermediária, optando o julgador às vezes por aplicar a proporcionalidade em sentido estrito em sua vertente da vedação ao excesso, outras tantas invocando a proibição da proteção deficiente.

Outro aspecto relevante: a inexistência de uma figura intermediária, tipificando de forma menos gravosa algumas condutas no cotejamento com o estupro (seria a hipótese de contato sexual ou contato libidinoso), revela a desproporcionalidade entre julgados cujos fatos postos sob análise eram, *a priori*, assemelhados. E assim deveriam ter sido considerados.

Na apelação sob número 0003645-30.2013.8.26.0082, da 1ª Câmara de Direito Criminal, o acórdão relatado pelo Desembargador Márcio Bartoli chegou à conclusão de que a condenação por estupro aplicada no primeiro grau deveria ser reformada, operando-se a desclassificação para o delito do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais:

Ato contínuo, após o ingresso da criança no veículo, ordenou que ela se deitasse em seu colo e passou a acariciar seus seios, bem como sua vagina, passando as mãos por baixo da calcinha da vítima, praticando, assim, atos libidinosos, contra sua vontade.
[...]

Mas é caso de parcial provimento do apelo defensivo para desclassificar a conduta atribuída ao apelante para o artigo 61 da Lei das Contravenções Penais LCP. Isso porque não se pode considerar que os fatos praticados pelo agente (toques indesejados sobre o corpo da vítima) constituíssem plenamente o delito de estupro, pois das narrativas das ações ilícitas não há demonstração clara e precisa da presença de satisfação de lascívia, nem de elemento indicativo de ação violenta, ou de grave ameaça, para constranger a vítima a permitir a prática de atos libidinosos. Nesse sentido, as condutas praticadas são razoavelmente pouco idôneas sexualmente⁵³⁸.

No entanto, o acórdão proferido no julgamento, pela 9ª Câmara de Direito Criminal, da apelação 0006944-11.2014.8.26.0266, sob relatoria do Desembargador Roberto Solimete, adotou entendimento diametralmente oposto:

Já naquele local fez a mulher levantar a camisa e, para satisfazer a própria lascívia, beijou-lhe os seios, obrigou-a a beijá-lo na boca e, pior, de modo violento, tocou-lhe a vagina.
[...]

⁵³⁷ Por exemplo, na Revisão Criminal 0017062-68.2014.8.26.0000 – 4º Grupo de Câ. – Rel. Des. Lauro Mens de Mello, j. 28/01/2016; Revisão Criminal 0042855-09.2014.8.26.0000 – 2º Grupo de Câ. – Rel. designado Des. Geraldo Wohlers, j. 15.12.2015. Neste caso, o voto do Relator vencido, Des. Ivan Sartori, reconhecia que a pluralidade de delitos em um mesmo contexto serviria ao aumento da pena base, elevando-a a 10 anos.

⁵³⁸ j. 20/06/2016.

Como paradigma para rejeitar a pretensão defensiva (desclassificação), até porque as situações fáticas são muito próximas, bastante oportuna a invocação do escólio do E. Des. Amaro Thomé, desta mesma 9ª Câm. de Direito Criminal, por ocasião do recentíssimo julgamento, em 28.1.2016, do recurso de apelação n. 0067684-40.2010.8.26.0050, da Comarca de São Paulo: “[...] Deve ser rechaçada, ainda, a tese de desclassificação dos crimes de estupro para a contravenção de perturbação da tranquilidade, ou importunação ofensiva ao pudor, pois restou comprovado o efetivo contato corporal, com evidente intuito libidinoso, com o que se tem por plenamente configurados os elementos do tipo penal mais grave, pelo qual se viu e deve ser condenado o apelante, em prestígio do princípio da especialidade [...]”⁵³⁹.

O problema, insista-se, tem origem na formulação do tipo penal, pois abrange o conceito vago e indeterminado de “atos libidinosos”, disso resultando um arbítrio ao julgador em limites não recomendáveis ⁵⁴⁰, provocando insegurança jurídica e, em casos particulares de excessivo apenamento ou significativo abrandamento da reprimenda, a sensação de injustiça.

O que se percebe, na verdade, é que acabam os julgadores constatando que a lei não é adequada, pois tratando de forma igualitária situação que, sob a perspectiva da ofensividade, são diversas. Indistintamente, socorrem-se da proporcionalidade. Reside, aí, a diferenciação (ainda que inconsciente): optam uns por aplicá-la sob a vertente da vedação à proteção insuficiente e, assim, recrudescer a sanção ao tipificar a conduta à luz do artigo 213 do Código Penal, olvidando-se que tal aspecto da proporcionalidade, pelo princípio da taxatividade em matéria penal, deve se restringir ao âmbito legislativo; outros, ao revés, elegem a proibição de excesso como fundamento à desclassificação para a contravenção do artigo 61 do Decreto-Lei 3688/1940 (ou mesmo o artigo 65 do referido diploma legal).

Ainda, como já dissertado, percebe-se nítida relutância do Tribunal Bandeirante em se inclinar à jurisprudência já consolidada nas Cortes Superiores, fato agravado por não se ter detectado o reconhecimento da repercussão geral quanto à matéria. Tal mecanismo procedimental certamente poderia auxiliar na uniformização da dicção do direito nas situações fáticas.

⁵³⁹ j. 14/03/2016.

⁵⁴⁰ Discorre Aníbal Bruno quanto à função e importância da limitação do tipo penal: “Para o fim a que visa, deve o tipo formular-se em termos claros e precisos, traçando um limite firme em redor da figura típica. O tipo assegura a apreciação justa da criminalidade do fato contra todo arbítrio. Quanto mais fechado é o tipo, isto é, quanto mais restrita a sua compreensão, maior é a garantia que dele decorre para as liberdades civis. Na submissão do fato ao tipo, o julgador está limitado pela linguagem terminante em que o traçou o legislador. Há mesmo um princípio de técnica legislativa que proíbe definir-se os crimes em termos que deem lugar à incerteza sobre os fatos que são realmente vedados. O tipo deve constituir-se de modo tal que reduza ao mínimo, nesse particular, o arbítrio do julgador” (BRUNO, Aníbal. *Sobre o tipo no Direito Penal*. In: ASÚA, Luis Jiménez *et al. Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 61).

Por fim – e um dos aspectos mais preocupantes – é a constatação de que a pena base é majorada em menos da metade dos casos em razão da prática de mais de um ato libidinoso, contra a mesma vítima em um contexto fático singular. Isto revela que o objetivo do legislador não foi atingido na particularidade. Não se lhe pode debitar solitariamente a culpa pela situação constada na pesquisa jurisprudencial, devendo os tribunais, sim, atentarem à particularidade, quiçá sumulando a matéria para facilitar a uniformização de decisões e garantir aos acusados dicção do direito consentânea com casos semelhantes.

Ainda, verificou-se na jurisprudência hipótese em que um jovem foi constrangido por uma mulher a com ela praticar coito vaginal, circunstância esta impensável à luz da antiga concepção do estupro (e mesmo do atentado violento ao pudor) antes de 2009. Até então, a hipótese poderia se constituir em fato atípico.

Outro fato verificado: tratando-se de crimes cometidos contra menores, os tribunais, regra geral, não tecem qualquer juízo adicional de censura quando detectado, além do ato sexual vedado por força da idade, o constrangimento a tal prática, que certamente deveria conduzir ao incremento da sanção.

CAPÍTULO 6 - PENA

A pena acompanha o Direito Penal desde suas origens. No mais antigo período foi classificada como vingança privada, pois era nesse sentido que o ofendido se insurgia contra o ofensor ⁵⁴¹. Evoluiu para a denominada vingança divina, na qual se vislumbrava sua função reparatória. A transgressão era vista como ofensa a seres superiores e divindades, recaindo sobre toda a comunidade a ira sobrenatural caso não houvesse a expiação do mal praticado. Não se cogitava sequer da proporcionalidade entre infração e punição, excrescendo às vezes a sanção do próprio transgressor ⁵⁴².

Na Grécia, no decurso do tempo a pena perdeu seu caráter sacral, tornando-se pública. Assim, guardava consonância com o delito praticado, respeitada a proporção de valores da época. Isto significa que maior reprimenda recaía sobre delitos contra o Estado e a religião, sancionando-se com menor severidade ações ilícitas contra particulares ⁵⁴³.

Em Roma, apesar do referencial divino da pena nos primórdios da civilização latina, tornou-se laica a sanção com o advento da Lei das XII Tábuas. Surgia ali diferenciação entre delitos públicos, considerados mais graves e puníveis até com a morte, e particulares, dos quais incumbiam-se as famílias da punição e poderiam postular na seara pública reparação civil ⁵⁴⁴.

Na Idade Média, enquanto fragmentados os povos após as invasões bárbaras, a pena assumiu inicialmente o viés particular, predominando as vinganças de sangue. Somente depois o caráter estatal da reprimenda seria retomado, após a consolidação de um poder público organizado ⁵⁴⁵.

Com a Idade Moderna, a partir do século XVI, frente ao crescimento da delinquência, a pena, como decorrência do Direito Punitivo, se converteu em instrumento de segregação social ⁵⁴⁶. Sob os auspícios da nova ordem capitalista, os detentores do poder se valiam

⁵⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

⁵⁴² Ibidem, p. 24-25.

⁵⁴³ Ibidem, p. 29.

⁵⁴⁴ Idem.

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 30.

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 32.

inclusive daqueles retirados do convívio social como mão de obra, disso decorrendo os trabalhos forçados ⁵⁴⁷.

Mais tarde, a Escola Positiva mudou a concepção, erigindo o homem como fator principal do Direito Penal e imbuindo a pena de caráter ressocializador, objetivando reintegrar o ofensor ao convívio comunitário e retirando da sanção a função única de castigo ⁵⁴⁸. A partir desse momento, se tornou mais nítida sua correlação com o bem jurídico. À época, Franz von LISZT afirmava que “a pena é ofensa de um bem jurídico, pertencente ao delinquente e tem por fim lesá-lo nesse seu interesse. Se a ofensa não recai sobre o delinquente ou se somente o atinge indiretamente, não se dá pena” ⁵⁴⁹.

6.1. Fundamentos e critério trifásico

Apresenta-se hoje a sanção sob vários prismas: do condenado, da sociedade e do próprio Estado, adquirindo significância particular sob cada qual, assumindo finalidades diversas conforme diferente também sua natureza ⁵⁵⁰. Disso decorrem os fundamentos da pena.

Modernamente, entende-se que o fundamento da pena é a culpabilidade do autor e sua finalidade “prevenir e reprimir as condutas ilícitas e culpáveis” ⁵⁵¹.

A própria exposição de motivos preludiando a parte geral do Código Penal reformada em 1984 é clara ao ligar a finalidade da sanção à tutela de bens jurídicos: “sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”.

Francisco de Assis TOLEDO afirma: “por meio da cominação de penas [...] visa o legislador atingir o sentimento de temor (intimidação) ou o sentimento ético das pessoas, a fim de que seja evitada a conduta proibida (prevenção geral)” ⁵⁵².

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 34.

⁵⁴⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. cit., p. 33.

⁵⁴⁹ LISZT, Franz von. Op. cit., p. 401.

⁵⁵⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 41.

⁵⁵¹ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 433.

⁵⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 3.

Já Miguel REALE JÚNIOR faz ressalva: “Não se objete que o fim intimidativo, de prevenção geral, instrumentaliza o homem, pois é punido para que os outros não delinquam. A punição não deve ser imposta para dar exemplo, mas aplicada de forma justa pode ter força intimidativa”⁵⁵³.

Já se percebe que, por um ou outro fundamento, embora se fazendo necessária a pena, seja sob um aspecto da prevenção geral ou especial, seja pelo caráter retributivo ou mesmo segundo a índole ressocializador da reforma de 1984⁵⁵⁴, deve ela ser compatível com o mal praticado e o bem que se objetiva salvaguardar. Não obstante, para efeitos da presente dissertação, mais importa do que o merecimento em si (indiscutível em se tratando de violações à liberdade de autodeterminação sexual) é o quanto de pena se atribuirá ao transgressor. Como anota Mariângela Gama de Magalhães GOMES: “Assim, seguindo a ordem de que a ofensa do delito deve corresponder ao dano da pena, é possível reconhecer a necessidade da pena mínima com base no princípio da ofensividade”⁵⁵⁵.

Nesse cenário, afigura-se inegável a importância atribuída a um bem jurídico, devendo a reprimenda com ele guardar correspondência. Mais complicado será equalizar cada conduta dentro de um organograma, conforme a ofensa ínsita a cada qual. É como alerta Luiz Régis PRADO:

Em termos constitucionais, a desproporcionalidade – entre o bem jurídico e espécie/medida da pena – encontra seu veto nos preceitos que amparam a justiça e a igualdade em sentido substancial, a partir do momento em que uma sanção desproporcionada seria uma evidente injustiça comparativa, contrária a ambos os princípios⁵⁵⁶.

⁵⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 54. Prossegue o autor: “a pena é vivida e sentida por todos, réu, vítima, sociedade, operadores do Direito, como um castigo, e este dado de cunho retributivo concretamente aferido não pode deixar de ter seu peso na análise do significado e fim da pena, que não constitui um instrumento de experimentação nos gabinetes dos penalistas, mas que é um fenômeno da realidade a ser compreendido”. (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 57).

⁵⁵⁴ Já alertavam Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro ALAGIA e Alejandro SLOKAR: “*Las teorías preventivas de la pena llevan al desconocimiento de este principio, en la razón de que, invocado inverificables efectos preventivos, las agencias políticas – y aun las judiciales, con condenas ejemplarizantes – se atribuyen la facultad de establecer penas en forma arbitraria, desconociendo cualquier jerarquía de bienes jurídicos afectados. Esta es otra de las formas en que la falsa (o no verificada) idea de bien jurídico tutelado o protegido (fundada en cualquier teoría preventiva de la pena) neutraliza el efecto limitativo u ordenador del concepto de bien afectado o lesionado*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte general*. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 131).

⁵⁵⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 162. Complementa a autora: De outro lado, “a existência de um máximo de pena in abstracto caracteriza a mais importante garantia decorrente do princípio da legalidade penal, representando uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual”. (Ibidem, p. 163).

⁵⁵⁶ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 148.

Dentro desse panorama exsurge o processo trifásico. O Código Penal adotou-o para individualização da pena, externando a opção no artigo 68⁵⁵⁷. Por tal forma de fixação da reprimenda, tem-se as seguintes etapas: a) 1ª fase – pena-base, estruturada nas denominadas circunstâncias judiciais; b) 2ª fase – agravantes e atenuantes; c) 3ª fase – causas gerais e especiais de aumento de pena.

Tocante à primeira etapa, entende Miguel REALE JÚNIOR cuidar-se da culpabilidade normativa, representada pela análise dos antecedentes do agente, conduta social, personalidade do agente e motivos que o levaram à transgressão da lei penal⁵⁵⁸. É esta a mais importante no cenário vertente, pois é nela que deve ser valorada a pluralidade de atos e a intensidade do dano, bem como a persistência da ofensa, além de outras variáveis inscritas no artigo 59 do Código Penal.

6.2 O problema da fixação da pena no crime de estupro e a proporcionalidade

Além da proporcionalidade ser um princípio regente de toda a sistemática jurídica, especificamente quanto às sanções penais, possui viés específico. Nesse diapasão, “a pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do autor da conduta típica e ilícita. Em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar uma possível relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal da ação (ou omissão)”⁵⁵⁹.

Transpõem-se, aqui, as considerações já lançadas no capítulo inaugural. A pena deve guardar consonância com o mal praticado, na medida do referencial do bem jurídico. Eugenio Raul ZAFFARONI *et al.* discorre quanto ao ponto

Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau de lesão que tenha provocado. Temos aí o *princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão*. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o direito penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima racionalidade, por meio

⁵⁵⁷ “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

⁵⁵⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 406.

⁵⁵⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 441.

do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou⁵⁶⁰. (grifo do autor)

O que se verifica na legislação brasileira de hoje, conforme várias vezes pontuado, é a ausência de proporcionalidade entre determinados atos em relação à pena a eles cominada. Assim, uma violação anal, vaginal ou oral pode receber a mesma reprimenda que uma “apalpadela” ou o desnudar alheio não consentido. Possuem todos os atos referidos sanção mínima de 6 anos (ou mesmo 8, se menor a vítima). Revelam uma vez mais o problema da inexistência da figura intermediária.

Afora tal questão, abordando-se o tipo como hoje vigente, há outros problemas. Na equação punitiva entram também não só o *quantum* máximo e mínimo da sanção, mas a margem entre um e outro. Assim, o elastério não pode ser excessivo, pois isto implicaria, também, em desproporcionalidade, como alerta Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

A predeterminação de um espaço entre a mínima e a máxima pena legalmente prevista constitui verdadeiro ponto de equilíbrio entre as exigências da legalidade e de individualização da pena, cabendo ao aplicador da lei escolher a pena proporcional a cada específico fato concreto⁵⁶¹.

Por exemplo, sob a ambiguidade da lei vigente, em uma situação hipotética em que um réu ostentasse antecedentes e sua personalidade fosse avaliada negativamente (primeira fase – artigo 59 do Código Penal), mas cujo ato praticado consistisse em toque nos seios, praticado com abuso de autoridade e ausente atenuante qualquer (segunda fase – artigo 61 do Código Penal), mas presente uma segunda pessoa (terceira fase – artigo 226 do Código Penal), chegar-se-ia facilmente a uma reprimenda estipulada muito acima do mínimo cominável à espécie. Outro agente que, inobstante tenha praticado conjunção carnal mediante ameaça de uma arma de fogo, se inexistirem elementos passíveis de elevarem a reprimenda nas demais etapas do processo, fatalmente será sancionado com pena inferior àqueloutro cuja conduta em si era menos gravosa.

Uma solução que se poderia sugerir, consistiria em atribuir ao julgador o sopesamento entre a gravidade das condutas passíveis de vulnerar o bem jurídico já na primeira fase. No

⁵⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1 v. p. 231. No mesmo sentido, Heloisa Estellita: “Há necessidade de se observar que a contraposição entre os bens jurídicos envolvidos — de um lado a liberdade, restringida pela pena; de outro, o interesse tutelado pela norma — deve manter coerência com a hierarquia constitucional de valores”. (ESTELLITA, Heloisa. Op. cit.).

⁵⁶¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 160.

entanto, isso geraria incongruência na fixação da pena no caso concreto, até porque também teria que ser considerado em tal etapa a prática de um ou mais atos libidinosos em um mesmo contexto fático. A margem de discricionariedade seria excessiva dentro de um limite de sanção que não a comportaria. Em sentido assemelhado, Nohara PASCHOAL faz interessante analogia:

De toda forma, enquanto o tipo penal da lesão corporal comporta a figura qualificada por um maior grau de lesão à integridade física, no estupro, o maior grau de lesão à dignidade sexual pela multiplicidade de atos não implica caracterização de figura qualificada. Ao contrário, a figura qualificada tem por elemento definidor a lesão ao bem jurídico integridade física e não uma maior extensão de lesão à dignidade sexual da vítima⁵⁶².

Inegável que uma solução depende da modificação legislativa. Esta pode adotar como parâmetro, por exemplo, as gradações existentes na lesão corporal dolosa ou simplesmente diferenciar condutas invasivas (todas as formas de coito, além da introdução de objetos e partes do corpo enquanto figura equiparada) daquelas não invasivas (de contato), excluindo ainda da incidência da lei penal outras hipóteses de cunho mais atentatório à moral ou à honra, tratando-as conforme o grau de ofensividade e atentando-se aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. É como leciona Mariângela Gama de Magalhães GOMES:

Nas hipóteses em que a proteção de um mesmo bem jurídico constitucional se dá pela incriminação de condutas bastante diferenciadas, resta natural, também, a diferenciação no tocante às penas respectivamente cominadas⁵⁶³.

Retomando-se alguns pontos, é possível realizar o diagnóstico de que o maior problema visualizado hoje, no trato aos crimes contra a liberdade de autodeterminação sexual, se concretiza na primeira fase do processo de individualização da pena. Ofende-se a proporcionalidade, conforme constata Benedicto Arthur de FIGUEIREDO NETO:

Assim, o princípio da proporcionalidade, que é corolário do garantismo penal, e que este é corolário do princípio da individualização da pena, contido no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, deve ser utilizado no momento da aplicação da pena-base como meio interpretativo moderador de fixação da mesma, a fim de que a pena-base seja fixada de maneira que não haja um excesso, e tampouco insuficiência para a repressão e prevenção do crime, isto como forma de concretizar o princípio da

⁵⁶² PASCHOAL, Nohara. Op. cit., p. 198.

⁵⁶³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 173.

proporcionalidade em seu sentido estrito, alcançando-se, assim, consciência constitucional no momento de sua fixação⁵⁶⁴.

É esta, aliás, a posição já sedimentada nas Cortes Superiores, como discorrido alhures. Feita a constatação da precariedade (e desproporcionalidade) da legislação brasileira, dirige-se a dissertação ao próximo passo: verificar se o Congresso possui projetos de lei que solucionem tal situação.

⁵⁶⁴ FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Op. cit, p. 14.

CAPÍTULO 7 – PROJETOS DE LEI PRETENDENDO MUDAR O TIPO DO ESTUPRO

A mudança no Código Penal, sabe-se muito bem, é recente. No entanto, isto longe está de significar que o assunto foi pacificado com o advento da lei 12.015/2009. O legislador brasileiro, fértil na confecção de projetos, continua na empreita de alterar o título VI do diploma criminal. O motivo tem explicação concreta, conforme leciona DÍEZ RIPOLLÉS:

O processo sociológico desencadeado por uma decisão legislativa tem início com o êxito de um agente social em tornar *crível* a existência de uma disfunção social, e que necessita, portanto, de algum tipo de intervenção penal. Por disfunção social deve-se entender, em linhas gerais, a falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico, nesse caso o Direito Penal⁵⁶⁵. (grifo do autor)

Na particularidade do crime de estupro, os fatores propulsores da mudança de 2009 foram as conclusões obtidas pela CPI da Pedofilia. Orientavam ao recrudescimento da punição em matéria penal sexual. No entanto, a técnica legislativa provocou consequências opostas à expectativa: a junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo tipo levou à redução, na maior parte dos casos, das penas impostas aos agressores quando as vítimas eram mulheres, pois obstado o reconhecimento do concurso material frente à interpretação de que a prática de conjunção carnal seria uma espécie (conquanto mais grave) de ato libidinoso.

Assim, entendeu grande parte da sociedade que o Parlamento criara uma disfunção social em lugar de solucioná-la. Foram as Casas de Leis brasileiras, então, compelidas a remediar as consequências de sua própria atividade legisferante.

Às vezes com acerto, noutras oportunidades equivocadamente ou imbuídos os legisladores de inegável matiz ideológica ou religiosa, existe uma gama de textos legais passíveis de ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, faz-se necessário debruçar sobre alguns das reformas sugeridas no Congresso Nacional após o advento da lei 12.015/2009⁵⁶⁶. A abordagem se dá pelas propostas de autoria dos parlamentares das Casas respectivas e, dentro de cada qual, em ordem cronológica.

⁵⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. cit., p. 21.

⁵⁶⁶ Sabe-se que o legislativo brasileiro é prolífico na apresentação de projetos de lei, muitas vezes atendendo a eventos pontuais que reclamam atenção midiática ou mesmo sob pressão dos denominados gestores atípicos da moral. Entre os temas que reclama reivindicação de certos setores da sociedade, com menor ou maior dose de motivação, está o tratamento dos delitos de índole sexual. Assim, não se perdendo o norte da presente

O congressista brasileiro é pródigo na propositura de alterações, embora pobre na técnica e na pertinência de se o fazer. Isto, inclusive, resulta na incongruência verificada no sistema de penas. As legislações de ocasião, aquelas mesmas que atendem aos reclamos populares e midiáticos, ou são estimuladas pelos gestores atípicos da moral, acabam por criar figuras cujos limites punitivos são mais elevados se comparadas a outras de igual ou maior gravidade, ou ainda com o recrudescimento pontual de específicos tipos penais, sem maiores cuidados com a harmonia da orografia legislativa ⁵⁶⁷. Daí o necessário recorte, acompanhado de algumas críticas e considerações.

7.1 Senado Federal

A Câmara Alta possui, quanto à matéria, menor quantidade de projetos se comparada à Câmara Baixa. No entanto, as proposições daquela advindas possuíam, regra geral, maior amplitude, convertendo-se em textos legais em vigência ou dando impulso à inspiração de outros projetos e substitutivos depois promulgados. Certo é que, na particularidade, se faz necessário retroagir alguns poucos anos na apreciação das ideais surgidas no Senado Federal]

7.1.1 PLS 253/2004

A inserção de tal projeto de lei, com data muito anterior até mesmo à mudança de lei havida em 2009, tem explicação simples. Surgiu no Senado Federal, sob a rubrica epigrafada, o texto normativo que resultaria, depois, na lei 12.015, embora esta tenha sido promulgada a

dissertação, realizou-se a busca em cada uma das casas legislativas federais, de forma isolada, pelos vocábulos “estupro”, “sexual” e “pudor”. Na Câmara dos Deputados, refinou-se ainda a procura, restringindo-a apenas a projetos de lei, fazendo-se um recorte temporal a partir do ano de 2009, para verificar qual foi ali a recepção das mudanças trazidas pela lei 12.015. As duas primeiras palavras são autoexplicativas, pois inerentes ao tema da pesquisa acadêmica. A última restou mais como um registro da persistência, ainda que velada, de uma pretensão de se tutelar o pudor, em lugar de um bem jurídico de relevo penal, a exemplo da liberdade de autodeterminação sexual, ou a própria liberdade sexual, como preferem alguns autores. A seguir, deixou-se de lado aqueles projetos legisferantes de natureza processual. Mais uma vez a opção diz com o tema abordado, de índole penal material. Por fim, pois se cuidando de tópico paralelo ao cerne do escrito, não se dedicou maiores detalhes àquelas proposições legislativas que envolviam apenas a tutela de menores, focando-se naqueles que abordavam tipificação de condutas cujas vítimas eram pessoas adultas ou a sociedade, tampouco àqueles que só previam mudança na quantificação da pena, desde que mantida a redação vigente. Note-se que são plúrimos, ainda, projetos com o escopo de impor a denominada “castração química” como forma de oferecer ao sentenciado forma de redução da reprimenda, o que ofende a Constituição Federal e o próprio Código Penal.

⁵⁶⁷ GOMES, Mariângela Gama de MAGALHÃES. Op. cit., p. 178.

partir do substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados. Dentro de tais conjunturas, relevante se torna mostrar a inicial divergência de concepção entre as duas Casas.

A principal diferença residia no nome que se dava ao título VI do Código Penal. Enquanto prevaleceu “Dos crimes contra a dignidade sexual” na lei vigente enquanto rubrica, pretendiam os senadores, ao tempo, que fosse outra: “Dos crimes contra a liberdade do desenvolvimento sexual”. Já se percebe que, embora não a mais adequada, certamente a opção da Câmara Federal foi mais feliz que a eleita pela Casa vizinha. Se aplicada somente aos menores, seria adequada. E os problemas desta surgem de plano, pois o termo “desenvolvimento” conduz às mais díspares interpretações, a começar pela ideia de que, uma vez “desenvolvida” a pessoa, não seria possível ser ela vítima do fato típico, restringindo-se em excesso a tutela penal e deixando desprotegidas condutas gravosas. Ao lado, ficaria extremamente difícil identificar qual seria o bem jurídico-penal protegido, pois dotado de imprecisão o conceito deduzido pela Câmara Alta.

Há ainda diferença quanto à margem de punição para crimes de natureza sexual praticados contra os menores, bem como uma opção por colocar no tipo penal a constatação da vulnerabilidade com remissão ao passado (“tinha” e “poderia”, em lugar de “tem” e “pode”, estes da lei vigente).

7.1.2 PLS 656/2011

O projeto de lei epigrafado, em um primeiro momento, aparentaria ser aquele que melhor captou os problemas advindos da unificação dos tipos penais dos artigos 213 e 214, promovida pela lei 12.015/2009⁵⁶⁸. Propõe a Senadora Marta Suplicy a separação da conduta em dois tipos penais. O primeiro, mantendo-se o *nomem iuris* “estupro”, puniria aquele que constrangesse “alguém, mediante violência ou grave ameaça, a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, conjunção carnal, coito anal ou felação”. Já o artigo 213-A incriminaria os demais “atos libidinosos”, retomando a rubrica “atentado violento ao pudor”.

⁵⁶⁸ Fundamenta a Senadora: “A aglutinação do ‘atentado violento ao pudor’ com o ‘estupro’ visava, pois, evitar que a prática forçada de atos libidinosos não análogos à conjunção carnal fosse caracterizada como mera contravenção penal. Ocorre que, contrariamente ao almejado, ao aglutinar em um só tipo penal os crimes de ‘estupro’ e de ‘atentado violento ao pudor’, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, produziu o efeito imprevisto de aumentar a impunidade com relação a essas condutas” – Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/98586.pdf>>. Acesso em: 10/11/2015.

No entanto, fazem-se necessárias algumas críticas. Afora a manutenção das nomenclaturas “estupro” e “ato violento ao pudor”, cujas respectivas cargas semânticas não mais se coadunam com o bem jurídico tutelado (maior a discrepância da última do que da primeira), melhor seria caso a equiparação de outras condutas igualmente invasivas, diferenciando-se das ações nucleares propostas tão somente por não serem praticadas diretamente com o corpo. É o caso, por exemplo, da introdução de objetos ou membros humanos nas partes pudendas do indivíduo ⁵⁶⁹.

Outro equívoco reside no retomar *ipsis litteris* da redação do revogado artigo 214 do Código Penal. Como já se viu, os próprios conceitos de “pudor” (constante da rubrica) e “ato libidinoso” (elementar do tipo incriminador) permitem um juízo moral de reprovabilidade, dissociado de lastro na ofensa concreta ao bem jurídico-penal liberdade de autodeterminação sexual (ou mesmo dignidade sexual).

Assim, o tradicional equívoco de tutelar analogamente condutas que afetam em intensidade diversa a vítima, persistiria, não servindo a propositura da novel legislação à correção de tal distorção. No entanto, dentre todas as propostas, é a que melhor se coaduna com as demandas sociais, ao mesmo tempo que busca preservar um mínimo de coerência sistêmica. O projeto foi apensado ao PLS 236/2012, tramitando conjuntamente com este (estão atualmente na relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania).

7.1.3 PLS 236/2012

Trata-se do projeto de reforma do Código Penal, de cuja relatoria foi incumbido o então Senador José Sarney. O texto veio a lume após apenas sete meses de reuniões, debates e audiências públicas. Escrito por uma comissão de juristas e depois subscrito pelo parlamentar referido, foi alvo de intensas críticas pela quase unanimidade da doutrina ⁵⁷⁰. Dos temas concernentes à dissertação, já foram cuidados nos tópicos respectivos, na forma de sintéticos comentários, bem jurídico, continuidade delitiva e fixação da sanção. Assim, dissequem-se agora os dispositivos abrangendo a tutela penal da “dignidade sexual”, rubrica mantida no título V da propositura legislativa.

⁵⁶⁹ Esta é, relembre-se, a opção de algumas legislações europeias.

⁵⁷⁰ Os questionamentos são sintetizados em diversas manifestações e reportagens. Disponível exemplificativamente em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-13/senado-analisa-pior-codigo-penal-historia-dizem-especialistas>>. Acesso em 10/11/2016.

O Projeto tem um mérito. É, como ele mesmo se afirma, descriminalizador no trato da matéria, sugerindo a supressão dos crimes de “violação mediante fraude”, “mediação para satisfazer a lascívia de outrem”, “casa de prostituição”, “rufianismo”, “ato obsceno” e “escrito ou objeto obsceno”⁵⁷¹. Assim, retiraria do âmbito de incidência da seara criminal condutas ofensivas exclusivamente a preceitos morais ou que não assumam relevo penal.

Tipifica sete formas de ofensa à liberdade (de autodeterminação) sexual: o estupro, a manipulação ou introdução sexual de objetos, a violação sexual mediante fraude, o molestamento sexual, a exploração sexual, o assédio sexual e a transgenerização forçada. Abordar-se-á, aqui, as três primeiras figuras.

Tocante ao estupro, redefiniu-se a redação do tipo vigente, especificando-se as condutas incriminadas: “Estupro. Art. 180. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato sexual vaginal, anal ou oral”.

O uso da expressão “sexual” é salutar, pois por muitos anos ateu-se o legislador brasileiro ao socorro de eufemismos como “conjunção carnal” e “ato libidinoso”⁵⁷². No entanto, a opção de se empregá-la na expressão “ato sexual”, calcada na tentativa de tornar a redação compreensível mesmo àqueles não versados na ciência do direito⁵⁷³, resultou em imprecisão. “Ato sexual” é conceito demasiadamente aberto, possibilitando interpretar como tipificadas ali condutas várias que não somente as mais ofensivas. Em consequência, o

⁵⁷¹ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>> p. 32. Acesso em 10/11/2016. No entanto, o parecer da Comissão do Senado Federal, relatado pelo parlamentar Pedro Taques, pretende reinserir a violação sexual mediante fraude, conforme verificado a p.194.

⁵⁷² “É de bom tom que a palavra “sexo” apareça mais vezes de modo mais explícito. Afinal, boa parte da vida se move pela desrazão dessa experiência. Os termos atos libidinosos e conjunção carnal escondiam a sexualidade do ato e, em derradeiro, suavizava a própria violência. Tornava o estupro asséptico, o que ele evidentemente não é. Por exemplo, a introdução do pênis do homem na vagina da mulher é sexo vaginal. Afinal, conjunção carnal só é prazer e dor, dor no prazer, violência pelo prazer, por pura convenção jurídica. Dogmatismo dos brabos. Conjunção carnal pode ser qualquer coisa sem a violência da pretensão de significado. É possível que se traduza em um abraço, um aperto de mão ou um beijo. Enfim, é uma associação das carnes, dos corpos, daquilo que nos faz levantar e seguir em frente, mesmo quando estamos desencantados”. (PEREIRA, Igor. O crime de estupro no anteprojeto de Código Penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 246, p. 6, mai. 2013).

⁵⁷³ Argumentou-se na exposição de motivos: “O artigo 213 em vigor usa os termos ‘conjunção carnal’ para designar o ato sexual vaginal e ‘atos libidinosos diversos da conjunção carnal’ para designar o ato sexual anal e oral, além de outros contatos libidinosos de menor intensidade. Ocorre que essa formulação é geradora de uma série de dificuldades na aplicação da lei, a começar pela nomenclatura adotada que é demasiadamente erudita e de difícil compreensão pelas pessoas não familiarizadas com termos jurídicos. Desta forma, optou-se pela simplificação da redação, de modo a tornar a lei de fácil compreensão. Dando-se às práticas sexuais os nomes que elas realmente têm, não há mais o risco de interpretações equivocadas ou exageradas, como considerar ‘estupro’ o afago sexual nas partes íntimas da vítima, tendo em vista tratar-se de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>> p. 322>. Acesso em: 10/11/2016.

problema de desproporcionalidade quando da imposição de pena se manterá sem o adequado enfrentamento legislativo.

Melhor seria especificar quais ações nucleares seriam incriminadas, não as partes visadas pelo agir ilícito. Ou seja: definir como estupro o constrangimento à cópula, coito anal e coito oral, como o fazem legislações alienígenas, ou mesmo empregar o verbo “violação”, com carga semântica mais estrita.

Analisando-se conjuntamente com a figura de manipulação ou introdução de objetos na vagina ou ânus, entende-se que esta, reformada a redação, não deveria constituir um tipo penal autônomo, mas uma conduta equiparada ao estupro, até porque as penas comináveis são idênticas.

O texto do artigo proposto dispõe: “Manipulação ou introdução sexual de objetos. Art. 181. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a suportar a manipulação ou a introdução vaginal ou anal de objetos”.

Inicialmente, o verbo “manipular” deveria ser retirado do dispositivo, como originalmente apresentado pela Comissão de juristas, pois muito amplo e podendo abranger condutas menos ofensivas ao bem jurídico-penal protegido⁵⁷⁴. Valeria o mesmo para sua exclusão do *nomen iuris* do artigo proposto.

O tipo deveria incriminar condutas invasivas de uma maneira geral, colocando-se, ao lado dos objetos, partes do corpo (membros do ofensor ou terceiro por este também coagido), pois possuindo similar grau de ofensividade.

Por fim, de se notar que foi criada uma modalidade delitiva nova: molestação (ou molestamento) sexual, equiparável ao revogado atentado violento ao pudor, mas retomando à lógica anterior às reformas da década de 1990. Preceitua o dispositivo sugerido: “Molestamento sexual. Art. 182. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou se aproveitando de situação que dificulte a defesa da vítima, à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal e oral”. O problema é o mesmo já há muito verificado com relação à expressão “ato libidinoso”: ausência de taxatividade, permitindo-se interpretar que até mesmo constranger outrem à prática de *striptease* serviria à caracterização do delito⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Note-se que tal verbo foi inserido a partir do parecer da Comissão designada no Senado Federal, não constando originalmente do Anteprojeto de Código Penal. Além disso, substituiu-se ali a conjunção aditiva “e” pela alternativa “ou”, explicável pois antes, inobstante a epígrafe, só havia uma forma de consumação do delito. p. 193 do referido parecer, disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=>>. Acesso em: 10/11/2016.

⁵⁷⁵ PEREIRA, Igor. Op. cit., p. 7.

A tipificação de condutas cujo grau de ofensa ao bem jurídico-penal seja inferior ao verificado no estupro e figuras equiparadas é absolutamente necessária. No entanto, a técnica do legislador, aqui, não foi a mais acurada. Ao inserir a hipótese de dificuldade de defesa da vítima, contraria-se o próprio sentido semântico e morfológico do verbo “constranger”⁵⁷⁶. Infere-se que a motivação do enxerto foi estender o alcance do dispositivo àquelas situações ligadas ao contato não consentido, com intuito libidinoso, havidos no transporte público⁵⁷⁷. No entanto, optando-se por punir penalmente tal agir, melhor seria a criação de um tipo penal próprio, visando coibir não só as ocorrências em transporte público, como também outras situações ainda sem apelo midiático.

Ademais, observando-se outro equívoco na elaboração do tipo incriminador, verifica-se prescrever o parágrafo único que “se o molestamento ocorrer sem violência ou grave ameaça, a pena será de um a dois anos”⁵⁷⁸. Ou seja: pretende-se corrigir a distorção do tipo primário mediante uma diminuição de pena da figura equiparada, o que revela uma anomalia sistêmica, embora tenha sido esta a opção da lei italiana. Afinal, a equiparação serve justamente para conduzir ao tratamento igual de situações que, embora não idênticas, guardem semelhança entre si. Em complemento, registre-se que tal verificação deveria ocorrer na primeira fase da fixação da pena, logo após a tipificação, não no decurso do processo trifásico.

7.1.4 PLS 740/2015

Com escopo assemelhado a projeto de lei tramitando na Câmara (embora possua menos verbos nucleares comparativamente àquele e haja diferenciação quanto ao dolo específico), a proposta do Senador Humberto Costa objetiva tutelar especificamente episódios

⁵⁷⁶ Explica Aníbal Bruno, ao abordar o artigo 146 do Código Penal, que “constranger alguém” significa impor a outrem, “por qualquer dos meios previstos na lei, ao fazer ou não-fazer imposto pelo agente e que o coagido não tenha o dever legal de cumprir. O núcleo da ação está em violentar a vontade do outro, em submeter ao querer do coator a sua capacidade de resolver, decidir e transpor essa decisão de comportamento no meio exterior. É um atuar deliberadamente encaminhado a um fim específico, que é a ação ou omissão a que a vítima é levada, uma vez cedendo à compulsão que sobre ela se exercita”. (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1966. 3 t. p. 350).

⁵⁷⁷ Apresenta-se na exposição de motivos a justificativa: “A previsão de ‘aproveitar-se de situação que dificulte a defesa da vítima’ como condição alternativa à prática de violência ou grave ameaça procura abranger abusos sexuais ocorridos, com extrema frequência, nos metrô, trens ou ônibus lotados, dentro dos quais a proximidade dos corpos facilita a ‘bolinagem’”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>. p. 323. Acesso em: 10/11/2016.

⁵⁷⁸ Os senadores, nesta particularidade, elevaram a pena cominável para o intervalo dois a três anos.

crecentes havidos no transporte público. Assim, sugere criação de um tipo penal para punir aqueles indivíduos que tocam nas partes íntimas das vítimas sem consentimento destas, às vezes com a própria genitália ⁵⁷⁹.

Padece de dois graves equívocos o projeto: a utilização do verbo *constranger*, enquanto conduta típica, sem referência à conduta subsequente. Explique-se: o Código Penal possui alguns delitos cuja ação incriminada é a de “*constranger*”: artigo 146 (constrangimento ilegal); artigo 158 (extorsão); artigo 197 (atentado contra a liberdade do trabalho); artigo 198 (atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta); artigo 199 (atentado contra a liberdade de associação); artigo 213 (estupro) e artigo 216-A (assédio sexual).

Em comum, os tipos enunciados se valem da ação transitiva “*constranger*” atrelada a uma ação ou omissão subsequente, por exemplo: “a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda” (artigo 146); “a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa” (artigo 158); “a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (artigo 213). Em termos gramaticais, constitui-se a conduta incriminada enquanto verbo transitivo indireto, exigindo em um primeiro momento ação do autor visando supressão do consentimento da vítima e, depois, a prática por esta de conduta comissiva ou omissiva ⁵⁸⁰. A exceção ficaria por conta do assédio sexual. Ainda assim, quanto a este, inobstante o erro de construção do tipo, poderia se vislumbrar, por uma interpretação lógico-sistemática, que se estaria a *constranger* alguém a praticar ato libidinoso.

Diferente é a situação do projeto de lei, pois emprega “*constranger*” enquanto verbo intransitivo, ou seja, uma conduta esgotativa nela mesma. Não há margem para a vítima fazer ou deixar de fazer, consumando-se o crime com o simples agir do infrator. Daí não se poder interpretar o verbo enquanto sinônimo de “*obrigar*” ou “*impor*”, mas sim na acepção de submissão a uma conduta vexatória, sexualmente *constrangedora*. Em consequência, o objeto de tutela não será mais a liberdade de autodeterminação sexual (ou dignidade sexual), mas sim a honra.

⁵⁷⁹ “Constrangimento ofensivo ao pudor em transportes públicos: Art. 216-B. Constranger alguém, em transporte público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacaomateria?id=124057>>. Acesso em: 10/11/2016

⁵⁸⁰ Inexistindo a conduta comissiva ou omissiva da vítima, estar-se-ia frente a um delito na modalidade tentada.

7.2 Câmara Federal

Na Câmara dos Deputados há multiplicidade de projetos de lei em tramitação, muitos pretendendo o incremento da punição ou criação de novas figuras. Não há uma única proposição despenalizadora, embora subsistam raras sugestões de gradação de condutas ofensivas à liberdade de autodeterminação sexual, diminuindo a desproporcionalidade das penas.

7.2.1 PL 177/2009

Trata-se de outro projeto derivado da CPI da pedofilia, realizada em 2008. Sua propositura igualmente antecede a própria promulgação da reforma havida em 2009. Daí porque explicável que, em sua redação, ainda se seccionava como condutas autônomas e com tipificação própria o estupro e o atentado violento ao pudor. No que mais interessa, propunha-se aumento do apenamento, com sanção de 10 a 14 anos, se cometidos os delitos contra menor, proposta esta que acabou sendo satisfeita pelo advento do artigo 217-A do Código Penal, mudando-se apenas a margem inculpatória, fixada no intervalo de 8 a 15 anos atualmente vigente. Diferentemente da opção da lei 12.015, que revogou o artigo 223 do Código Penal, no PL epigrafado as formas qualificadas seguiam a lógica de constar de um artigo próprio, não sendo encontradas nos parágrafos do próprio tipo incriminador⁵⁸¹. Previa, ainda, mudanças em questões processuais, além de uma causa de aumento de pena, de metade, se do estupro resultasse gravidez. O projeto atualmente está sob relatoria do Senador Randolfe Rodrigues, aguardando pauta na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal⁵⁸².

7.2.2 PL 6831/2010

⁵⁸¹ “Formas qualificadas. Art. 223. (...)§ 1º Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave e o ofendido é criança: Pena – reclusão, de doze a dezesseis anos, e multa. § 2º Se da violência resulta morte: Pena – reclusão, de doze a vinte e cinco anos, e multa. § 3º Se da violência resulta morte e o ofendido é criança: Pena – reclusão, de dezesseis a trinta anos, e multa”. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90944>>. Acesso em: 08/11/2016.

⁵⁸² Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90944>>. Acesso em: 08/11/2016.

O projeto propõe uma única alteração, a ser promovida igualmente nos artigos 213 e 217-A do Código Penal. Inserir-se-ia um parágrafo em cada qual dos tipos incriminadores, com a seguinte redação: “§ 2º Se a vítima for mulher e além da conjunção carnal ocorrer a prática de outro ato libidinoso. Pena - reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos”. Trata-se, na verdade, de um retorno velado à concepção anterior, de que a vítima prevalente seria a mulher. O equívoco maior está na fundamentação da mudança: atender a um suposto clamor popular decorrente da unificação realizada pela lei 12.015/2009 e da significativa redução das hipóteses em que era possível a aplicação do concurso material entre o estupro e o revogado atentado violento ao pudor ⁵⁸³.

São diversos os equívocos, alguns ligados à própria sistemática do Direito Penal: inicialmente, por permitir que apenas em sendo mulher a vítima sobrevenha a agravação da pena em decorrência de violações múltiplas; também por pretender positivar um concurso anômalo (material) de crimes enquanto uma espécie qualificadora, o que ofende a lógica do diploma criminal; por fim, por decorrer a agravante de conduta intimamente ligada à própria realização dos verbos nucleares do tipo. De autoria do Deputado Paes de Lira, o projeto recebeu parecer aprovando-o na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara Federal em 27/10/2016.

7.2.3 PL 7688/2010

De autoria do Deputado Federal Carlos Sampaio, o projeto visa retorno à legislação anterior à reforma de 2009, com a dicotomia dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. O fundamento, uma vez mais, é o desejo de um maior agravamento das sanções mediante a possibilidade de concurso material entre os tipos penais ⁵⁸⁴.

7.2.4 PL 4347/2012

⁵⁸³ Preocupante, sim, foi a justificativa para a alteração legislativa, destacando excerto: “Com a revogação do Art. 214 avocou-se para o texto legal o instituto da *novatio legis in melius* que é uma terminologia empregada quando há a publicação de uma nova lei que revoga outra anteriormente em vigência, beneficiando de alguma forma o condenado. *Eis que a lei contrariou o clamor público*, uma vez que milhares de condenados alcançaram no direito à revisão criminal a conseqüente diminuição de suas sentenças” (grifo nosso). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=736083&filename=PL+6831/2010>. Acesso em: 08/11/2016.

⁵⁸⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=792013&filename=PL+7688/2010>. Acesso em: 08/11/2016.

O projeto do Deputado Ricardo Izar tem como escopo, mais uma vez, retomar à divisão entre estupro e atentado violento ao pudor, com a diferença de empregar às duas hipóteses, indistintamente, o vocábulo “alguém”, não fazendo distinção de gênero ⁵⁸⁵. A Mesa Diretora da Câmara Federal determinou o apensamento ao PL 4399/2016, aguardando-se remessa à apreciação pelo Plenário.

7.2.5 PL 6735/2013

De autoria do então Deputado Romário (hoje Senador), visa, especificamente, incrementar as sanções do delito de estupro tanto na forma prevista no *caput* como parágrafos primeiro e segundo, embora não altere os respectivos preceitos primários. O fundamento do agravamento da punição decorre do aumento do número de delitos de tal jaez e da concepção de que o *quantum* de reprimenda ordinariamente previsto não serviria para demover os delinquentes sexuais de praticar as infrações previstas no título VI do Código Penal ⁵⁸⁶. Sugere a criação de um parágrafo terceiro, acrescentando-se duas causas especiais de aumento de pena: “§3º A pena é aumentada de um terço se ocorrer: I – a prática de conjunção carnal com sexo oral ou anal; II – ejaculação na boca, no ânus ou na genitália da vítima” ⁵⁸⁷. Tocante ao primeiro inciso, a aferição da prática de mais de uma das formas de execução do tipo penal deveria restar ao alvedrio do magistrado, no início do processo trifásico, elevando-se já ali a base da reprimenda em virtude da multiplicidade de condutas ofensivas perpetradas; tocante ao inciso remanescente, entende-se da mesma maneira que tal circunstância deveria ser

⁵⁸⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1020751&filename=PL+4347/2012>. Acesso em: 08/11/2016.

⁵⁸⁶ Percebe-se novamente aqui que o argumento para o incremento penal, no fundo, diz com a finalidade da pena. Adota-se na propositura a prevenção geral negativa, inibindo-se que indivíduos sejam dissuadidos da delinquência em virtude da elevada sanção. O motivo do aumento dos crimes sexuais, sabe-se-o bem, deve-se antes a questões de índole social, de gênero e, também, do sentimento de impunidade, que nada tem a ver com a existência de um preceito secundário no tipo penal, severo de tal forma que inibiria a superveniência de novos casos. Transcreva-se o falacioso fundamento: “A pena atual não tem inibido a prática desse crime de tão graves consequências. Este projeto tem por objetivo assegurar punição mais severa aos estupradores e criar novas causas de aumento de pena, afastando até dúvidas na hora de aplicação da pena. Assim, a presente proposição aumenta a pena se o crime ocorrer com a prática de sexo anal ou oral. Também se punirá com maior rigor a conduta de ejacular na vítima. Com a alteração proposta, a norma terá potencializado seu efeito inibidor sobre a prática desse crime ao afastar a sensação de impunidade, razão pela qual solicito o apoio dos nobres Pares para a aprovação dessa proposição”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1176911&filename=PL+6735/2013>. Acesso em: 08/11/2016.

⁵⁸⁷ Guindado à Câmara Alta, Romário apresentou propôs o PLS 73/2015. O texto sugerido aumenta de uma forma geral as perspectivas de reprimenda comináveis aos ilícitos, criando ainda no parágrafo terceiro causa especial de aumento de pena visando especificamente as condutas acessórias previstas no inciso II da propositura em comento.

sopesada no momento inicial, constituindo também uma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Não há fundamento concreto para retirar do magistrado um mínimo de poder discricionário, permissivo este da individualização da pena no caso concreto e imposição de tratamento condizente com a gravidade do caso concreto posto a lume no cotejamento com outras situações análogas. Além disso, não se vê concreto motivo pelo qual a ejaculação seria mais ofensiva somente nas partes do corpo enumeradas. O projeto fora arquivado com o encerramento da legislatura de 2014. Desarquivado no início do ano subsequente, permanece sem movimentação desde então.

7.2.6 PL 7372/2014

A proposta legislativa possuía um grande mérito: propunha a criação de figura típica intermediária entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor, denominando-a “contato físico com fim libidinoso”. Equiparava ainda a tal conduta a divulgação de material contendo a prática de ilícito de tal jaez. Prescreve o autor, atualmente Senador, Romário: “Art. 216-B. Constranger alguém, mediante contato físico com fim libidinoso. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”⁵⁸⁸. A inspiração advém dos episódios em que pessoas, no mais das vezes mulheres, são aviltadas em sua intimidade quando se valendo do transporte público. As condições de superlotação dos coletivos muita vez lhes impede qualquer espécie de reação ou busca por auxílio.

Efeito imediato do incremento legislativo seria abranger aquelas situações cujo enquadramento no artigo 213 do Código Penal seria excessivamente gravoso, ao mesmo passo em que subsumi-la à previsão da Lei de Contravenções Penais um beneplácito ao delincente. No entanto, o *quantum* da pena não se afigura adequado pois, a título de comparação, equivaleria à injúria real (artigo 140, parágrafo segundo do Código Penal), da qual se aproxima pela existência de contato, mas cujos respectivos bens jurídico-penais são nitidamente diversos. De outro lado, tem-se também o “constrangimento ilegal” do artigo 146 do mesmo *codex*, de igual previsão sancionatória mas divergindo quanto ao bem jurídico-penal tutelado. No entanto, a acepção que se dá ao vocábulo “constranger” e sua inserção no tipo penal não parecem a melhor solução, pois diversa a situação daquela tutelada pelo delito

⁵⁸⁸Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1242233&filename=PL+7372/2014>. Acesso em: 08/11/2016.

de estupro e mesmo o constrangimento ilegal. Padece, ademais, o verbo “constranger”, no contexto em que inserido, de um complemento, conforme explanado na análise do PLS 740/2015. Com o findar da legislatura, foi arquivado no início de 2015. Guindado ao Senado Federal, o parlamentar propôs texto parecido, o qual recebeu o número PLS 64/2015, aguardando-se designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Alta

589

7.2.7 PL 7596/2014

O projeto, em síntese, transpõe ao Código Penal, mediante a criação do artigo 234-A, a redação do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, substituindo a pena neste prevista, que é de multa, pela de detenção de 1 a 2 anos⁵⁹⁰. Embora se reconheça não ser a sanção de multa condizente com a gravidade de certas condutas enquadráveis enquanto contravenções pela ausência de uma figura intermediária, a proposta legislativa evidencia estar dissonante do próprio objeto de proteção por ela pretendido, pois não parece ser subsumível ao verbo nuclear do tipo, “importunar”, o ato de registrar, sem autorização, por fotografia ou gravação, partes ou atos íntimos de alguém. A ação “expor” se afiguraria mais adequada.

No entanto, mais preocupante que a estruturação na elaboração da própria da norma incriminadora é o fundamento deduzido pelo Deputado Wladimir Costa quando da propositura da transmigração da norma punitiva para o Código Penal. Assenta o parlamentar ser ela fundamental “diante de ações contrárias à decência, propomos o presente projeto de lei, *objetivando que atos imorais e grosseiros como esses tenham sanções mais rigorosas*, passando a serem considerados crimes, com pena de detenção, de um a dois anos” (grifo nosso). A pertinência, com as ressalvas enunciadas, não gera grande discussão. Inobstante, conforme já se observou com maior vagar, o Direito Penal não se presta à tutela de condutas que ofendam exclusivamente a moralidade ou que constituam “grosseira”. Deve ele se preocupar, sim, com exclusiva tutela de situações em que haja ofensa a bens jurídico-penais. Daí a imprestabilidade do fundamento, a contaminar a criação da própria lei. O projeto foi desarquivado no início da atual legislatura, estando pendente de tramitação desde então.

⁵⁸⁹ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=119861>>. Acesso em: 10/11/2016.

⁵⁹⁰ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1255804&filename=PL+7596/2014>. Acesso em: 08/11/2016.

7.2.8 PL 7640/2014

De autoria do Deputado Henrique Oliveira, postula o projeto a criação de um novo crime, consistente em “Violência sexual em meio de transporte público”, tipificando-se o ato de “constranger, molestar, assediar ou manter contato físico com pessoa sem sua anuência, com fim libidinoso, em meio de transporte público. Pena – reclusão, de três a seis anos, e multa”⁵⁹¹. Possui no parágrafo único figura equiparada visando punir quem exhibe, divulga ou publica tais práticas.

Inicialmente, verifica-se um excesso de pena em comparação com diversas condutas, entre elas o assédio sexual, punível com detenção de 1 a 2 anos. A distonia se verifica de plano por ser o verbo nuclear deste igual a uma das ações alternativas da proposta, restando nítida violação ao princípio da proporcionalidade. O autor defende tal rigor tão somente para evitar a incidência das medidas despenalizadoras previstas na lei 9.099/95⁵⁹², o que é uma anomalia. A quantificação da reprimenda deve ter como norte tão somente o grau de ofensa ao bem jurídico-penal, jamais evitar ou permitir a incidência de uma ou outra medida penal ou processual.

Ademais, a figura “constranger” não parece adequada, conforme já explanado ao discorrer sobre o PLS 740/2015. Por fim, restringir tais hipóteses à ocorrência em “meio de transporte público” pode significar implícita anuência a que ocorram em outros lugares, o que seria inaceitável.

7.2.9 PL 1842/2015

Outro projeto de lei visando retorno à concepção anterior à reforma de 2009, quando estupro e atentado violento ao pudor possuíam tratamento penal em artigos autônomos, permissivos do concurso material. Conforme praxe, argumenta-se ser necessário retroagir

⁵⁹¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1258594&filename=PL+7640/2014>. Acesso em: 08/11/2016.

⁵⁹² Defende o parlamentar: “A fixação de pena mínima de três anos para o crime de violência sexual em meio de transporte público impedirá que este seja tratado como delito de menor potencial ofensivo, processado e julgado segundo o procedimento estabelecido pela Lei nº 9.099/95, o que atualmente permite a aplicação de penalidades brandas, incapazes de coibir sua prática, ou mesmo não implicar qualquer punição”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1258594&filename=PL+7640/2014>. Acesso em: 08/11/2016.

para incremento da punição ⁵⁹³. No entanto, afora a pretensão de retomar a uma concepção ultrapassada, em relação à legislação revogada apresentaria o texto da Deputada Rosângela Gomes singela vantagem ao conceituar o atentado violento ao pudor: “§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por ato libidinoso o coito e a violação anal, a felação, a masturbação, ou qualquer outro que represente contato de caráter sexual”. A tentativa logrou fracassada. Percebe-se nitidamente que a margem de dubiedade, no fim das contas, foi mantida na redação, embora sob outras palavras. De qualquer maneira, a tramitação prossegue até o presente momento.

7.2.10 PL 2265/2015

Apresentado pela bancada feminina da Câmara dos Deputados, possui o projeto, hoje apensado ao PL 5.649/2016 e em tramitação na Casa, novidade consistente na previsão do estupro de autoria coletiva: “Estupro Compartilhado ou em Dupla de Agentes § 6º Aplicam-se as penas em dobro, se o crime é cometido de forma compartilhada, por ação de dois agentes. Estupro Coletivo § 7º Aplicam-se as penas em triplo, se o crime é praticado por três ou mais pessoas” ⁵⁹⁴. Não se discute, aqui, a questão da maior ou menor reprovabilidade dos crimes cometidos sob os influxos dos ânimos de um grupo de agentes, mas tem-se a convicção de que o próprio Código Penal possui mecanismos para tornar mais gravemente reprimidas as situações em que a violação de índole sexual contar com a participação de mais agentes, tanto na fixação da pena, quanto no eventual concurso com delito contra a paz pública.

Por fim, a sugestão legislativa padece de outro equívoco, ao intentar a criação de uma figura equiparada, punindo-se igualmente aquele que “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao cometimento de estupro”. A aceitação de tal alternativa implicaria em um grave descompasso, por exemplo, se comparada à posição daquele sujeito que incitasse ao crime, fazendo-o nos termos do artigo 286 do Código Penal. Embora um propague a ilicitude a agente indeterminado, não se mostra razoável punir com pena no mínimo dez vezes superior aquele que estimula indivíduo específico. Ademais, a punibilidade ficaria condicionada à realização, por terceira pessoa, do ilícito do artigo 213 do Código Penal, violando-se a concepção de

⁵⁹³Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1346183&filename=PL+1842/2015>. Acesso em: 08/11/2016.

⁵⁹⁴Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1358368&filename=PL+2265/2015>. Acesso em: 08/11/2016.

autoria adotada pelo Direito Criminal brasileiro. Melhor seria manter a atual lógica legal: tal agente responderia, conforme o caso, como coautor ou partícipe, na medida da culpabilidade aferida pelo magistrado no caso concreto.

7.2.11 PL 2385/2015

Mais uma sugestão legislativa de retorno ao tratamento diferenciado, em tipos penais autônomos, do estupro e atentado violento ao pudor ⁵⁹⁵. De autoria do Deputado Lincoln Portela, foi apensado ao já referido PL 6831/2010, tramitando com aquele.

7.2.12 PL 5435/2016

Pretende o PL epigrafado, além de incremento na sanção de tipos penais violadores da liberdade de autodeterminação sexual já existentes, a criação da figura do “estupro compartilhado”, justificando-se-a em virtude de eventos recentes nos quais mulheres foram vítimas de agressões sexuais perpetradas por agentes múltiplos ⁵⁹⁶. O problema de redação assoma nítido, pois “compartilhado” é um vocábulo que, em termos de Direito Penal, não é utilizado como sinônimo de concurso de agentes ou coautoria. Além disso, transmite uma ideia de divisão, incompatível com o conceito pretendido pelo legislador de que se deve somar o mal da conduta praticada por um com o mal realizado pelo comparsa. Não fosse isso, padece a propositura de problema já verificado na sugestão de textos anteriores, ao equiparar aquele que induz, auxilia ou instiga ao executor da violação ao bem jurídico-penal. Foi proposto pelo Deputado Weverton Rocha, estando em tramitação.

7.2.13 PL 5476/2016

De autoria da Deputada Gorete Pereira, visa a criação de um tipo autônomo, o artigo 215-A, para prever a punição da conduta de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato

⁵⁹⁵ Curiosamente, aqui o relator do projeto não fundamentou a tipificação autônoma na impossibilidade de concurso material entre as condutas, mas sim na necessidade de se reconhecer a continuidade delitiva quando o agente praticasse com a vítima conjunção carnal e outro ato libidinoso. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362375&filename=PL+2385/2015>. Acesso em: 08/11/2016.

⁵⁹⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1462703&filename=PL+5435/2016>. Acesso em: 09/11/2016.

libidinoso com alguém, sem consentimento, mediante sedação”⁵⁹⁷. Os problemas são dois: inicialmente, a pena cominável a tal conduta seria igual à já atribuível ao delito do artigo 213 do Código Penal, o que ofende o princípio da proporcionalidade, pois nitidamente mais grave aquela alternativa; derradeiramente, melhor seria atender proposta de diversos juristas, tutelando com maior rigor situações conhecidas popularmente como “boa noite cinderela” mediante alteração do artigo 217-A do Código Penal, reconhecendo também tal alternativa enquanto situação de vulnerabilidade. Apensado ao PL 1925/2015, está hodiernamente sob apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara, estando aguardando encaminhamentos para votação pelo Plenário da Casa.

7.2.14 PL 5649/2016

Proposto pelo Deputado Mário Heringer, muda o *nomen iuris* do artigo 215 do Código Penal de “violação mediante fraude” para “estupro mediante fraude”, inserindo ainda outras condutas no tipo incriminador, aumentando ainda a pena: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude, uso de substância psicotrópica ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima ou altere seu estado psíquico: Pena: reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos”⁵⁹⁸. Embora advinda a sugestão legislativa do argumento de subsistir tutela insuficiente de uma específica situação, qual seja, das hipóteses em que a possibilidade de consentimento da vítima é suprimida ou reduzida mediante uso de químicos⁵⁹⁹, a forma pretendida para a alteração se revela equívoca. A uma, porque a mudança deveria ocorrer no próprio artigo 213 do diploma criminal, também demandando outras alterações como já enunciado no presente trabalho; a duas, porque ao pretender tornar proporcionais os tratamentos penais frente a situações graves, acabou tutelando com excessivo rigor as condutas já anteriormente previstas no artigo 215 do Código

⁵⁹⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1464606&filename=PL+5476/2016>. Acesso em: 08/11/2016.

⁵⁹⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1469955&filename=PL+5649/2016>. Acesso em: 08/11/2016.

⁵⁹⁹ Justifica o parlamentar: “No Brasil, o tratamento emprestado pelo Código Penal ao tema da violência sexual por uso de psicotrópico, desde 2009, é o de que a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso mediante fraude não configura estupro, mas crime menor – violação sexual –, punido de forma muito mais branda que aquele: dois a seis anos de reclusão”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1469955&filename=PL+5649/2016>. Acesso em: 08/11/2016.

Penal ⁶⁰⁰. Inobstante, apensou-se a proposição parlamentar ao PL 2.265/2015, por similitude de matérias, aguardando-se apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara.

7.2.15 PL 5796/2016

Trata-se de outro projeto versando sobre o “estupro coletivo”. Acrescentaria um artigo ao Código Penal, numerado como 226-A, prevendo tratamento diferenciado, especificamente para que, “Nos casos dos arts. 213 e 217-A deste Código, aumenta-se a pena de um a dois terços se o crime é praticado em concurso de duas ou mais pessoas” ⁶⁰¹. Note-se que já existe, no inciso I do artigo 226 do diploma vigente, causa especial de aumento de pena para os delitos sexuais, de quarta parte. Melhor seria mudar tal dispositivo, pois todos os crimes enumerados nos capítulos I e II do título VI do Código Penal, embora com suas particularidades, tutelam a liberdade de autodeterminação sexual (ou dignidade sexual, conforme opção do legislador pátrio). Idealizado pela Deputada Tia Eron, foi também apensado ao PL 2265/2015, tramitando conjuntamente.

7.2.16 PL 6082/2016

Talvez a mais interessante das propostas legislativas concernentes à matéria, não visa alterar o artigo 213 ou criar novo dispositivo, mas insere uma norma penal explicativa, pretendendo direcionar a interpretação pelo julgador no caso concreto. Acrescenta, assim, um parágrafo terceiro ao crime de estupro: “O tipo descrito no *caput* deste artigo é cumulativo” ⁶⁰². No entanto, equivoca-se o autor do projeto, Deputado Simão Sessim, com a finalidade das normas explicativas. Eles servem à conceituação de determinados vocábulos, dimensionando-se-lhes o alcance que terão para fins de interpretação da lei penal. Assim é, por exemplo, com a “violação de domicílio”, cuja respectiva conceituação de “casa” encontra previsão no

⁶⁰⁰ O mesmo Deputado possui outro projeto de lei, de número 5579/2016, com idêntica redação, diferenciando-se entre si tão somente pelo número do inciso a ser acrescido

⁶⁰¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1476447&filename=PL+5796/2016>. Acesso em: 08/11/2016.

⁶⁰² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1488644&filename=PL+6082/2016> Acesso em: 08/11/2016.

parágrafo quarto do artigo 150 do Código Penal. Contrariamente, a proposta objetiva incluir na lei criminal a interpretação que se deve dar ao tipo penal, o que caracterizaria incursão em tarefa pertencente à doutrina e jurisprudência, não àqueles imbuídos do poder legisferante. Aceitar-se-ia tal norte interpretativo somente se incluído na exposição de motivos da normativa pertinente, mas não enquanto dispositivo legal.

CONCLUSÕES GERAIS

1. As normas se diferenciam do texto legal. São vislumbradas a partir da interpretação deste, em conjunto com o restante do ordenamento jurídico. Os princípios pertencem a uma das três categorias normativas.

2. Os princípios constitucionais podem ser expressos ou implícitos. A proporcionalidade é da segunda espécie, defluindo da concepção de Estado Democrático de Direito inscrita no *caput* do artigo 1º da Magna Carta e da dignidade da pessoa humana, expressa no inciso III do dispositivo em epígrafe. Especificamente em relação à proporcionalidade da pena, extrai-se-a dos incisos XLVI e XLVII do artigo 5º da Constituição Federal.

3. A Moral por muitos anos se confundiu com o Direito, orientando incriminações sem referencial em um bem jurídico. Isto pôde ser observado com ênfase no tratamento das ofensas à sexualidade, conforme diversos apontamentos históricos. Presentemente, na inter-relação com o Direito, pode ser observada somente sob um aspecto negativo (limite): conferir licitude a condutas moralmente aprovadas.

4. Na esfera sexual, especificamente quanto ao estupro, sua incriminação decorria inicialmente da ofensa à divindade, passando, depois, à desonra à família, principalmente pela perda da virgindade da filha. Na Idade Média predominaria a ofensa à moral como fator legitimador da incriminação, bem como à ordem divina, cenário que só arrefeceria gradualmente a partir do século XVIII.

5. Portugal, Alemanha, Itália e Espanha, historicamente, entendiam ser a proteção da honestidade e dos bons costumes os fatores a justificarem a punição do estupro, sendo também relevante no contexto a virgindade como elemento da honestidade. A moralidade, nesse cenário, orientava a criminalização.

6. O panorama só mudaria a partir dos influxos do Projeto Alternativo, ofertado em 1966 à proposta governamental de reforma do Código Penal Alemão. Mudanças significativas ocorreriam nos países europeus a partir de então, com maior força no ocaso da década de 1980 e início da seguinte. Diversas condutas ofensivas exclusivamente à moral foram excluídas dos diplomas criminais e o referencial passou a ser a ofensa ao bem jurídico-penal liberdade sexual, notadamente sob o viés da autodeterminação. Como consequência, o estupro deixou de possuir como sujeito passivo apenas a mulher.

7. O Brasil, tradicionalmente, reagiu às concepções advindas da Europa, embora fazendo-o tardiamente no mais das vezes. Os bons costumes, a proteção à família e a moralidade foram, por séculos, os referenciais para incriminar diversas condutas, inclusive o estupro. Diferenciava-se também a punibilidade conforme a honestidade da vítima.

8. Subsistiu tradicionalmente diferenciação entre estupro (imposição à mulher de conjunção carnal) e atentado violento ao pudor (prática de atos libidinosos diversos daquela). A primeira era entendida como ato sexual “normal”, criminalizada pela violência (salvo se na constância do casamento) e os demais como “anormais”, punidos mais por esta acepção moralista do que por uma ofensa individual em si.

9. Primeira mudança com algum relevo no ordenamento jurídico brasileiro adveio com a lei 11.106/2005. Embora tenha se restringido à retirada de algumas incriminações do Código Penal, sustentou inalterada a rubrica “Crimes contra os Costumes”, evidenciando manutenção da interpretação quanto ao bem jurídico calcado em aspectos moralistas.

10. Significativa reforma sobreviria somente com a lei 12.015/2009. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram unificados no artigo 213 do Código Penal e também passaram a ser previstas como estupro de vulnerável todas as formas de ato sexual (libidinoso, no termo legal) praticadas contra menores de 14 anos, superando-se a presunção de violência.

11. Tocante ao bem jurídico-penal tutelado, adotando-se influxos hodiernos, deve ser vislumbrado a partir de um referencial constitucional. Nessa medida, o legislador optou por elevar “crimes contra a dignidade sexual” como o bem jurídico tutelado. Expressou-se-o mediante sua aposição como *nomen iuris* do título VI do Código Penal. Embora mais adequado do que o predecessor, maior coerência adviria da opção por “liberdade de autodeterminação sexual” em relação aos adultos e “liberdade de desenvolvimento sexual” tocante aos menores. A escolha legislativa, inobstante preferível a “crimes contra os costumes”, ainda possui carga semântica a denotar julgamento moralista sobre quais condutas seriam ou não seriam dignas.

12. Embora a reforma de 2009 tenha avançado em alguns pontos, remanesceram diversos problemas. Destaca-se entre eles o conceito vago de “atos libidinosos diversos da conjunção carnal” persistente na incriminação de estupro. Assim, pela interpretação literal da lei, diversas condutas com diminuta ofensividade ao indivíduo (ou meramente ofensivas ao pudor) podem ser punidas assemelhadamente a severas violações sexuais, considerando-se

ainda o altíssimo patamar em que estipulada a pena mínima cominável. Há ofensa ao princípio da proporcionalidade, verificada já na primeira etapa do processo trifásico de fixação da reprimenda.

13. As contravenções penais, embora anacrônicas (pois tutelando a moral), servem como recurso jurisprudencial no tratamento de condutas de menor gravidade, desclassificando-se-as para os artigos 61 ou 65 do Decreto-Lei 3688/1941.

14. Outra consequência defendida por parte da doutrina e julgadores é que a possibilidade de cumulação material remanesceria nas hipóteses de conjunção carnal e outro ato libidinoso perpetrados contra uma mesma vítima em um mesmo contexto fático. Isto se mostra inviável sob uma diferenciação entre ato, ação e conduta, afastados ainda os requisitos do artigo 69 do Código Penal e também evidenciado que há escopo único no agir. Trata-se de um tipo misto alternativo, impedindo a cumulação de penas. Também sob o mesmo raciocínio e no cenário evidenciado se afasta a continuidade delitiva.

15. As Cortes Superiores fixaram entendimento, ainda não sumulado ou submetido a repercussão geral, no sentido de que praticado mais de um ato libidinoso (incluída ou não a conjunção carnal), contra uma mesma vítima e em contexto fático único, a majoração da sanção deve ser realizada na primeira etapa do processo trifásico, afastando-se qualquer modalidade de concurso de penas. Verifica-se resistência de alguns julgadores em fazê-lo, aplicando até continuidade delitiva ou reconhecendo o cúmulo material.

16. Verificou-se que a pluralidade de ofensas, muita vez, não é considerada na elevação da pena-base. Em outros casos analisados, situações similares recebem tratamento diverso, ora mantida a incriminação quanto ao delito de estupro do artigo 213 do Código Penal, ora desclassificando-se-as para modalidade contravencional.

17. Conclui-se, assim, que a mudança legislativa ofendeu o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, seja sob o prisma da proibição de excesso, seja pela proteção insuficiente. Condutas de menor gravidade por ora são punidas severamente; outras vezes tutela-se deficientemente ofensas relevantes.

18. O cenário legislativo não é alvissareiro na solução do problema. Os projetos de lei em tramitação acabam por ignorar a questão da proporcionalidade. Não dedicam maior atenção ao dimensionamento da ofensividade da conduta, acentuando a discrepância na punição das ofensas sexuais (e especialmente do estupro conforme hoje concebido) em relação ao restante do ordenamento jurídico.

19. A solução seria retirar as condutas de menor ofensividade do âmbito de punição do estupro, criando-se um tipo penal autônomo para tutelá-las. Atualmente, nos projetos em tramitação, isto não é feito adequadamente. Melhor seria a divisão entre dois tipos incriminadores: um punindo todas as formas de coito, além da introdução de objetos e partes do corpo enquanto figura equiparada; outro sancionando, de forma residual, condutas centradas no contato sexual não consentido.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Apontamentos sobre o crime complexo. *Revista Ciência Penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, v.1, 1973.
- _____. *Direito penal e criação judicial*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AVILÉS, Miguel A. Ramiro. A vueltas con el paternalismo jurídico. *Derechos y libertades*. n. 15, época II, junio 2006.
- BARBOSA, Aldeleine Melhor. Proporcionalidade no direito penal e processual penal: da teoria à prática. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 217, dez. 2010.
- BARROS, Flávio Monteiro de. *Crimes contra a dignidade sexual*. Araçatuba: Editora MB, 2010.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Exposição do Livro, [s.d.].
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2014.
- _____. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*. São Paulo: IBCCRIM, n. 1, mai/ago 2009.
- BEM, Leonardo Schmitt de. O perigo da moralidade como bem jurídico. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: [editora], n. 224, p. 8, jul. 2011.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. 1 v.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal - parte especial*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. 4 v.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: Setor Técnico de Imprensa, n. 92, 1997.
- BORGES, Paulo César Corrêa; CARVALHO NETO, Gil Ramos de. Estudo Comparado da Tutela Penal na Liberdade Sexual no Brasil e na Itália. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v.12, n. 46. 2009.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1966. 4 t.

_____. Sobre o tipo no Direito Penal. In: ASÚA, Luis Jiménez *et al.* *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. rev. adap. São Paulo: Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CHARAM, Isaac. *O Estupro e o Assédio Sexual: como não ser a próxima vítima*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 1. ed. São Paulo: Ática, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Breves apontamentos sobre a reforma dos crimes contra a dignidade sexual da pessoa humana. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do Direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, editor, 1959.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral - questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1 t.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. *Crimes Sexuais com Adolescentes: Particularidades dos Artigos 174 e 175 do Código Penal Português*. Lisboa: Almedina, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. *O caso dos denunciadores invejosos. Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DWORKIN, Roland. The Model of Rules. Chicago: *The University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, 1967.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ESTELLITA, Heloisa. Direito Penal, constituição e princípio da proporcionalidade. IBCCRIM, 2003. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2383-Direito-penal-constituicao-e-principio-da-proporcionalidade>

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estupro: enfoque criminológico. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público, n. 154, abr/jun 1991.

FERNANDES, Marcio Tadeu Pinheiro. *Estupro. Crime formal ou material?* IBCCRIM, 2003. Disponível em: <<http://ibccrim.org.br/artigo/985-Artigo-Estupro-Crime-formal-ou-material>>.

FERREIRA NETO, Lael. *Transexualidade: estupro ou atentado violento ao pudor?* IBCCRIM, 2006. Disponível em <<http://ibccrim.org.br/artigo/8497Artigo-Transexualidade-estupro-ou-atentado-violento-ao-pudor>>.

FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. Consciência constitucional na aplicação da pena-base à luz do princípio da proporcionalidade. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 160, mar. 2006.

FRAGOSO, Christiano. *Autoritarismo e sistema penal*. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=PoKXt-YzOr8>>. Acesso em: 23/11/2014.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais: com a feição instituída pela lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GORDILLO, Agustín. *Fuentes del Derecho Administrativo*. [S.l.: S.n.], [s.d.]. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf> Acesso em: 12/12/2015.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21, n. 11, nov. 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 8 v.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JESUS, Damásio de. *Lei das contravenções penais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2006. 1 e 2 v.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Notas acerca da proposta de reforma do Direito Penal sexual alemão*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 287, p. 6-7, out. 2016.

LUNA, EVERARDO DA CUNHA. *Estrutura jurídica do crime*. Recife: Imprensa Universitária, 1968.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2008.

- MATTENCINI, Giovanni. *I reati contro la libertà sessuale*. Milão: Giuffrè Editore, 2000.
- MARIÁS, Julián. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MARTÍN, José Manuel Maza. Delitos Sexuales. In: INSTITUTO DE LA MUJER. *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia: Instituto de la Mujer, 2001. 2 v.
- MÉDICI, Sérgio Oliveira. O sexo e a lei penal. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público, n. 78, jul/set 1972.
- MEINBERG, Guido Henrique. Das relações entre a moral e o direito. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público, n. 77, out/dez 1972.
- MELIÁ, Manuel Cancio. Delitos Sexuales. In: VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto y. (coord.). *Estudios sobre las reformas del código penal: operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Navarra: Civitas, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.
- MELLO, Sebastian Borges Albuquerque. A matiz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, v. 2, p. 159-175, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRABETE, Julio; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral, arts.1º a 120 do CP*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. 1 v.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 3 v.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. Estupro, legalidade e política criminal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 214, p. 7-8, set. 2010.
- _____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PASCHOAL, Nohara. *O estupro: uma perspectiva vitimológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Igor. O crime de estupro no anteprojeto de Código Penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 246, p. 6-7, mai. 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 14, p. 89-109, 2005.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

PIMENTEL, Silvia. *Quando gritar não é suficiente*. O Estado de São Paulo, caderno “Aliás”, 30/08/2009. Entrevista concedida a Mônica Manir e Bruna Rodrigues. Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,quando-gritar-nao-e-suficiente,426652>>.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PUZZO, Carmela. *I reati sessuali*. Vila del Carpino: Maggioli Editore, 2010.

QUEMBA, Celestino Bangula. *Crime continuado: a problemática dos crimes sexuais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, editor, 1961. 1 v.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. 1 v. 1 e 3 t.

RASSI, João Daniel. *Comportamento da vítima no Direito Penal Sexual*. 2006. 183 p. Dissertação – Mestrado em Direito Pena – Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O direito como experiência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 1968.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REHDER, Guilherme Augusto Corrêa. *Crimes sexuais: ensaios históricos*. IBCCRIM, 2010. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=10473>.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Dignidade sexual e liberdade de autodeterminação sexual. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 217, p. 14-15, dez. 2010.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. *O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento*. 2012. 204 p. Dissertação – Mestrado em Direito Penal – Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 202, p. 8-9, set. 2009.

_____(coord.). *Comentários à lei das contravenções penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SANTOS, Benedicto Augusto Carvalho dos. *Sexualidade anômala no Direito Criminal*. 2. ed. cor. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIDEKUM, Antonio. *Direitos e valores morais em Kant*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9676&revista_caderno=15>.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ivan Luís Marques. A presunção de honestidade da mulher – algumas reflexões sobre a lei nº 11.106, de 28/03/2016. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 150, mai. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: Reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005*. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOLER, Sebastián. *La solidez ideal del derecho*, in *Fe em el derecho y otros ensaios*. 1. ed. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1956.

SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übertmassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Filosofia do Direito*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, editor, [s.d]. 1 t.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANNA, Eduardo. Duas controvérsias em torno do crime de estupro. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 235, p. 7-8, jun. 2012.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte general*. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1 v.

APÊNDICE 1 - Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a natureza do crime de estupro quando há violações plúrimas no período de 07 de agosto de 2015 a 06 de agosto de 2016

Número do Recurso	Data de Julgamento	Meio de Impugnação	Câmara	Relator	Entendimento	Observações	Pena (somente do estupro, quando houver concurso com crimes diversos)
0004095-51.2014.8.26.0077	03/08/2016	Apelação	11ª Câmara de Direito Criminal	Maria Tereza do Amaral	Crime único (menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática conjunta dos verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	12 anos (aumento na pena base)
0002677-60.2014.8.26.0374	27/07/2016	Apelação	12ª Câmara de Direito Criminal	Amable Lopez Soto	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base por fatores diversos que não a prática conjunta dos verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	6 anos + 1/6 (aumento na pena base, depois reduzida novamente a 6 anos na segunda fase)
0052878-41.2006.8.26.0114	27/07/2016	Apelação	12ª Câmara de Direito Criminal	Amable Lopez Soto	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Vários atos libidinosos no mesmo contexto.	9 anos (aumento de 1/2 por ser genitor - artigo 226)
9000201-48.2015.8.26.0506	04/08/2016	Agravo em Execução Penal	14ª Câmara de Direito Criminal	Hermann Herschander	Crime único (não há menção expressa); determinou-se a readequação da pena pelo Juízo das Execuções em	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo	Redefinição a cargo do Juízo das Execuções

					razão da prática conjunta dos verbos do tipo.	contexto fático	
0050608-17.2014.8.26.0000	28/07/2016	Apelação	9ª Câmara de Direito Criminal	Lauro Mens de Mello	Crime único (não há menção expressa); Pena-base fixada no mínimo em razão de ausência de recurso do Ministério Público (menção expressa no voto). Aumento não diria com pluralidade de atos	Vários atos libidinosos e conjunção carnal no mesmo contexto fático	6 anos (estupro) e 8 (estupro de vulnerável)
0000496-80.2015.8.26.0106	28/07/2016	Apelação	9ª Câmara de Direito Criminal	Roberto Solimemi	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Vários atos libidinosos e conjunção carnal no mesmo contexto fático	8 anos (estupro de vulnerável) aumentado da metade, acrescida continuidade delitiva em relação ao estupro anterior, limitada nos termos do artigo 70 CP
7005636-75.2015.8.26.0073	30/06/2016	Agravo em Execução Penal	10ª Câmara de Direito Criminal	Rachid Vaz de Almeida	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Atos libidinosos e conjunção carnal no mesmo contexto fático.	9 anos, aumentando-se a pena base em decorrência da pluralidade de condutas
0003436-48.2014.8.26.0075	28/06/2016	Apelação	15ª Câmara de Direito Criminal	Ricardo Sale Júnior	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Atos libidinosos e conjunção carnal no mesmo contexto	6 anos

						fático.	
0003645-30.2013.8.26.0082	20/06/2016	Apelação	1ª Câmara de Direito Criminal	Márcio Bartoli	Crime único	Atos libidinosos diversos e conjunção carnal em um mesmo contexto fático.	Desclassificação para contravenção penal - pena de 11 dias-multa
7007869-45.2015.8.26.0073	16/06/2016	Agravo em Execução Penal	6ª Câmara de Direito Criminal	Marco Antonio Marques da Silva	Crime único	Atos libidinosos diversos e conjunção carnal em um mesmo contexto fático.	10 anos (pena base) para ambos delitos de estupro
0106570-30.2011.8.26.0000	09/06/2016	Revisão Criminal	8º Grupo de Direito Criminal	Leme Garcia	Crime único	Crime único (não há menção expressa); readequação da pena a cargo do Juízo das Execuções em razão da prática conjunta dos verbos do tipo.	Remessa ao Juízo das Execuções
0062207-16.2015.8.26.0000	02/06/2016	Agravo em Execução Penal	13ª Câmara de Direito Criminal	Augusto de Siqueira	Tipo Misto Cumulativo	Atos libidinosos e conjunção carnal no mesmo	Não há referência à pena base ou definitiva

						contexto fático caracterizam concurso material	
0010264-04.2015.8.26.0050	18/05/2016	Apelação	11ª Câmara de Direito Criminal	Guilherme G. Strenger	Crime único	Não houve atos invasivos	Pena base aumentada em 1/6 (maus antecedentes), e mais 1/6 na segunda fase (reincidência)
0019787-11.2012.8.26.0223	18/05/2016	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Julio Caio Farto Salles	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da personalidade do agente (a pluralidade de atos também levaria a acréscimo, mas não houve recurso do Ministério Público)	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Pena base (e definitiva) de 7 anos para cada estupro
0020410-94.2014.8.26.0000	19/05/2016	Revisão Criminal	4º Grupo de Direito Criminal	Louri Barbiero	Tipo Misto Cumulativo (concurso material) - Há também continuidade delitativa, mas em decorrência de contextos diferentes	Pena do estupro somada à do atentado violento ao pudor cometidos em um mesmo contexto	
0001629-03.2014.8.26.0104	11/05/2016	Apelação	11ª Câmara de Direito Criminal	Maria Tereza do Amaral	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	8 anos (estupro de vulnerável) aumentado da metade por força do artigo 226, II CP

9000049-98.2014.8.26.0032	12/05/2016	Agravo em Execução Penal	7ª Câmara de Direito Criminal	Reinaldo Cintra	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Atos libidinosos e conjunção carnal no mesmo contexto fático.	10 anos (pena base)
9000087-12.2015.8.26.0506	12/05/2016	Agravo em Execução Penal	7ª Câmara de Direito Criminal	Reinaldo Cintra	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático.	Penal base elevada em 1/3 pela pluralidade de atos
0013047-33.2008.8.26.0302	10/05/2016	Apelação	3ª Câmara de Direito Criminal	Luiz Antonio Cardoso	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	8 anos na penal base (estupro de vulnerável) aumentado da metade por força do artigo 226, II CP
0001722-37.2011.8.26.0082	05/05/2016	Apelação	9ª Câmara de Direito Criminal	Roberto Solimani	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Penal base de 8 anos (artigo 213 § 1º CP)
0010260-46.2002.8.26.0268	02/03/2016	Apelação	1ª Câmara Criminal Extraordinária	Luis Augusto de Sampaio Arruda	Crime único em relação a cada um dos eventos (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo, mas sim das consequências do crime	Crime cometido em diversas datas; prática de atos libidinosos e conjunção carnal no mesmo	Penal base 9 anos, 7 meses e 6 dias (em relação a cada vítima), depois aumentadas pela continuidade

						contexto fático de cada uma das ocasiões.	
0000770-08.2008.8.26.0068	19/04/2016	Apelação	3ª Câmara de Direito Criminal	Luiz Antonio Cardoso	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	6 anos (pena base), aumentada na terceira fase em 1/2 por força do artigo 226, II CP
0006944-11.2014.8.36.0266	14/04/2016	Apelação	9ª Câmara de Direito Criminal	Roberto Solimani	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Atos libidinosos (não invasivos) diversos e conjunção carnal em um mesmo contexto fático	Penal de 6 anos
0009517-46.2013.8.26.0625	11/04/2016	Apelação	2ª Câmara de Direito Criminal	Alex Zilenovski	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Atos libidinosos e conjunção carnal em um mesmo contexto fático.	8 anos na pena base (estupro de vulnerável)
0007270-72.2014.8.26.0006	12/04/2016	Apelação	2ª Câmara Criminal Extraordinária	Laerte Marrone	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	8 anos na pena base (estupro de vulnerável) aumentado da metade por força do artigo 226, II CP

0000758-66.2011.8.26.0301	12/04/2016	Apelação	16ª Câmara de Direito Criminal	Leme Garcia	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático.	Aumentada em 1/4, 7 anos e seis meses (pena base), e na terceira fase em 1/4 por força do artigo 226, I CP
0002258-38.2014.8.36.0213	30/03/2016	Apelação	11ª Câmara de Direito Criminal	Guilherme G. Strenger	Crime único (não há menção expressa); aumento da pena-base foi por motivos diversos; reconhecida reincidência (segunda fase) e continuidade delitiva por 5 contextos diversos (terceira fase).	Vários atos libidinosos em diversos contextos fáticos.	18 anos e 8 meses
0009443-31.2005.8.26.0347	31/03/2016	Apelação	13ª Câmara de Direito Criminal	Cardoso Perpétuo	Crime único (não há menção expressa); não há qualquer informação sobre o aumento da pena-base (acórdão mal fundamentado).	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	9 anos e 4 meses (não se sabe em qual fase houve elevação da pena)
0004763-28.2014.8.26.0269	31/03/2016	Apelação	13ª Câmara de Direito Criminal	Cardoso Perpétuo	Crime único (não há menção expressa); pena no mínimo legal	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	8 anos
0062100-69.2015.8.26.0000	31/03/2016	Agravo em Execução Penal	10ª Câmara de Direito Criminal	Rachid Vaz de Almeida	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base de 10 anos, chegando-se depois a 16 anos e 8 meses devido ao aumento pela continuidade

							delitiva
0063566-98.2015.8.26.0000	31/03/2016	Agravo em Execução Penal	8ª Câmara de Direito Criminal	Louri Barbiero	Crime único em relação a cada um dos eventos (há menção expressa);	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Aumento pena base 1/6, além de possuir a vítima entre 14 e 18 anos (CP 213, § 1º). Reconhecida a reincidência. Sanção final de 11 anos e 8 meses para cada delito
7003004-13.2014.8.26.0073	25/02/2016	Agravo em Execução Penal	15ª Câmara de Direito Criminal	Camargo Aranha Filho	Crime único (há menção expressa); não houve readequação da pena por razões processuais, determinando-se remessa ao juízo competente (Execuções) para que este analise redimensione a pena-base.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Remessa ao Juízo das Execuções
0755305-02;2007.8.26.0577	17/02/2016	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Silmar Fernandes	Crime único (não há menção expressa); o réu foi submetido a medida de segurança (internação) no período de 1 ano.	Vários atos libidinosos não invasivos em um mesmo contexto fático.	Houve imposição de medida de segurança
0004310-19.2013.8.26.0091	17/02/2016	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Silmar Fernandes	Crime único (não há menção expressa); consumado em um dia e tentado em outro	Dois atos libidinosos em um mesmo contexto fático	Elevação da pena base por outros motivos, bem como na segunda fase, com sanção final de 11 anos e 8 meses pela

							continuidade delitiva (consumado e tentado)
0118780-45.2013.8.26.0000	27/01/2016	Apelação	6º Grupo de Direito Criminal	Guilherme G. Strenger	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Aumento pena base em 1/3 pela pluralidade de atos, a qual tornada definitiva em 8 anos
0001069-03.2014.8.26.0091	04/02/2016	Apelação	6ª Câmara de Direito Criminal	Marco Antonio Marques da Silva	Conjunção carnal foi tida como um crime de estupro. No entanto, como o réu, em seguida, amarrou a vítima e a submeteu a vários atos libidinosos, considerados como estupro de vulnerável que, por ser mais grave, foi aumentado em 1/6 em razão da continuidade delitiva	Atos libidinosos diversos e conjunção carnal em um mesmo contexto fático.	Pena base do estupro de vulnerável de 9 anos e 9 meses, elevada em 1/6 (continuidade delitiva), perfazendo 11 anos, 4 meses e 15 dias
0054600-49.2015.8.26.0000	28/01/2016	Habeas Corpus	5ª Câmara de Direito Criminal	Juvenal Duarte	Tipo Misto Cumulativo	Indeferimento da unificação das penas referentes aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor pelo Juízo das Execuções. Impetrou-se habeas	Não há referência à pena base ou definitiva

						corpus, que foi denegado.	
7005060-53.2013.8.26.0073	02/01/2016	Agravo em Execução Penal	11ª Câmara de Direito Criminal	Paiva Coutinho	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base fixada em 12 anos, aumentada em 1/4 por conta do artigo 226, II CP e em 1/6 pela continuidade delitiva
0043306-28.2009.8.26.0576	21/01/2016	Apelação	13ª Câmara de Direito Criminal	De Paula Santos	Crime único (não há menção expressa); aumento da pena-base foi devido ao reconhecimento de maus antecedentes	Atos libidinosos diversos da conjunção carnal em um mesmo contexto fático.	7 anos
0065381-67.2014.8.26.0000	14/12/2015	Revisão Criminal	1º Grupo de Direito Criminal	Francisco Orlando	Crime único (não há menção expressa); exasperação foi por conta da reincidência	Atos libidinosos diversos da conjunção carnal em um mesmo contexto fático.	7 anos
0000338-93.2009.8.26.0022	09/12/2015	Apelação	11ª Câmara de Direito Criminal	Ivana David	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base por outros fatores que não a prática de mais de um ato libidinoso.	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	8 anos
0007071-06.2014.8.26.0344	04/11/2015	Apelação	12ª Câmara de Direito Criminal	João Morengi	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da	Vários atos libidinosos e conjunção	Pena base de 9 anos, 7 meses e 6 dias, tornada

					prática dos dois verbos do tipo, além de outros fatores.	carnal em um mesmo contexto fático.	definitiva
0033235-56.2012.8.26.0577	26/11/2015	Apelação	1ª Câmara Criminal Extraordinária	Airton Vieira	Crime único (não há menção expressa); pena -base mantida por ausência de recurso da acusação. No entanto, o Desembargador cita que na primeira fase a reprimenda deveria ter sido aumentada em razão da multiplicidade de atos libidinosos.	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Penal base no mínimo legal para estupro de vulnerável - 8 anos
0002146-81.2014.8.26.0306	26/11/2015	Apelação	6ª Câmara de Direito Criminal	Marco Antonio Marques da Silva	Crime único (não houve menção expressa) em relação a cada um dos eventos, reconhecida, no entanto, a continuidade delitiva entre eles; houve exasperação da pena-base, não sendo claros os motivos (utilização da expressão "circunstâncias").	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático por diversas vezes.	12 anos, 05 meses e 10 dias, não constando o percentual de elevação da pena base
0060151-10.2015.8.26.0000	26/11/2015	Agravo em Execução Penal	5ª Câmara de Direito Criminal	Juvenal Duarte	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de continuidade delitiva e não de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Não há referência à pena base, apenas determinação ao reconhecimento da continuidade delitiva
0000354-80.2012.8.26.0268	12/11/2015	Apelação	7ª Câmara de Direito Criminal	Freitas Filho	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base também em razão da prática dos dois verbos do tipo, dentre outros	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Penal base de 8 anos (aumento de 1/3), definitivamente fixada em 9

					fatores.		anos, 7 meses e 6 dias
0004252-71.2014.8.26.0126	13/11/2015	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Julio Caio Farto Salles	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base por outros fatores que não a prática de mais de um dos verbos do tipo.	Atos libidinosos e conjunção carnal ("penetração parcial) no mesmo contexto fático.	Pena base de 10 anos e 8 meses (aumento de 1/3), a qual, acrescida de 1/6 pela reincidência, restou fixada em 12 anos, 5 meses e 10 dias
7006759-79.2013.8.26.0073	13/11/2015	Agravo em Execução Penal	9ª Câmara de Direito Criminal	Sérgio Coelho	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Não há referência à pena base ou definitiva
0001160-69.2014.8.26.0099	10/11/2015	Apelação	4ª Câmara de Direito Criminal	Edison Brandão	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base por outros fatores que não a prática de mais de um dos verbos do tipo.	Atos libidinosos e conjunção carnal no mesmo contexto fático.	Pena definitiva de 10 anos e 06 meses
0017940-85.2010.8.26.0047	10/11/2015	Apelação	4ª Câmara de Direito Criminal	Edison Brandão	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Pena base de 8 anos, aumentada em 1/6 pela continuidade delitiva, definitivamente fixada em 9 anos e 4 meses
3002149-54.2013.8.26.0456	05/11/2015	Apelação	13ª Câmara de	Cardoso	Crime único (não há menção	Ato libidinoso	Pena base fixada

			Direito Criminal	Perpétuo	expressa); não houve exasperação da pena-base.	(beijo lascivo) e conjunção carnal no mesmo contexto fático.	no mínimo (8 anos), elevada a 9 em decorrência da reincidência
0002358--80.2014.8.26.0281	05/11/2015	Apelação	13ª Câmara de Direito Criminal	Cardoso Perpétuo	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Pena base fixada no mínimo (8 anos), tornada definitiva em tal patamar
7007539-82.2014.8.26.0073	05/11/2015	Agravo em Execução Penal	5ª Câmara de Direito Criminal	Sérgio Ribas	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Não há referência à pena base ou definitiva
0020944-38.2014.8.26.0000	21/10/2015	Revisão Criminal	6º Grupo de Direito Criminal	João Morengi	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base de 11 anos, 10 meses e 10 dias (aumento de 1/6 do delito do artigo 213 § 1º CP), acrescida de 1/6 pela reincidência, tornada definitiva em 13 anos, 10 meses e 1 dia
0005680-78.2014.8.26.0000	21/10/2015	Revisão Criminal	6º Grupo de Direito Criminal	João Morengi	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da	Ato libidinoso e conjunção carnal no	Pena base fixada em 9 anos e 4 meses (aumento

					prática dos dois verbos do tipo.	mesmo contexto fático	de 1/6), tornada definitiva
0002157-05.2013.8.26.0126	05/11/2015	Apelação	10ª Câmara de Direito Criminal	Francisco Bruno	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base fixada em 9 anos (aumento da 1/2), tornada definitiva
0026335-37.2015.8.26.0000	03/09/2015	Agravo em Execução Penal	15ª Câmara de Direito Criminal	Encinas Manfré	Crime único (não há menção expressa); determinou-se a readequação da pena pelo Juízo das Execuções em razão da prática conjunta dos verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Remessa ao Juízo das Execuções
0036239-81.2015.8.26.0000	22/10/2015	Revisão Criminal	4º Grupo de Direito Criminal	Freitas Filho	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Pena base fixada em 6 anos, tornada definitiva
0055715-72.1999.8.26.0451	23/10/2015	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Júlio Caio Farto Salles	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base fixada em 10 anos (aumento da 1/5), tornada definitiva em 11 anos e 6 meses (aumento de 1/6 pela reincidência)
0002426-81.2010.8.26.0471	23/10/2015	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Júlio Caio Farto Salles	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Atos libidinosos em um mesmo	8 anos (pena base), aumentada na terceira fase

						contexto fático.	em 1/2 por força do artigo 226, II CP
0105421-72.2013.8.26.0050	23/10/2015	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Júlio Caio Farto Salles	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base de cada 1 fixada em 6 anos e 4 meses, reduzidas em 2 meses na fase seguinte, tornadas definitivas após
0169938-76.2012.8.26.0000	20/10/2015	Revisão Criminal	2º Grupo de Direito Criminal	Cesar Mecchi Morales	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	2 penas de 14 anos por estupro (cada qual consistente em conjunção carnal em concurso com outro ato libidinoso, este em continuidade delitiva)
0002158-87.2013.8.26.0126	23/10/2015	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Zorzi Rocha	Tipo Misto Cumulativo. Entendeu-se haver crime único em relação a ato libidinoso (sexo oral) e conjunção carnal (pena-base fixada no máximo pela pluralidade de atos); depois, reconheceu-se que a prática de sexo oral logo em seguida configuraria crime autônomo, em concurso material.	Atos libidinosos e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base no máximo legal (10 anos), acrescida de 1/5 pela continuidade delitiva
0001245-11.2008.8.26.0408	15/10/2015	Apelação	7ª Câmara de Direito	Freitas Filho	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso	Ato libidinoso e conjunção	Pena base de cada um dos

			Criminal		material.	carnal no mesmo contexto fático	delitos fixada em 8 anos (aumento de 1/4 pelo concurso de agentes do 226, I CP) que, somadas, alcançam 16 anos
0269152-40.2012.8.26.0000	19/10/2015	Embargos de Declaração	2ª Câmara de Direito Criminal	Diniz Fernando	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base de 7 anos (acréscimo de 1/6 pela pluralidade de atos), tornada definitiva
0184137-69.2013.8.26.0000	28/09/2015	Revisão Criminal	1º Grupo de Direito Criminal	Bandeira Lins	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático (depois reconhecida a continuidade com relação a outro cometido em contexto diverso)	Pena base acrescida de 3/5, resultando em 9 anos, 7 meses e 6 dias, tornada definitiva (depois reconhecida a continuidade com relação a outro cometido em contexto diverso)
0083624-59;2014.8.26.0000	29/09/2015	Revisão Criminal	2º Grupo de Direito Criminal	Ivan Sartori	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base elevada em 1/2 pela pluralidade de atos, ficando em 9 anos, a qual se tornou definitiva

3010154-18.2013.8.26.0299	14/09/2015	Apelação	2ª Câmara de Direito Criminal	Bandeira Lins	Crime único (há menção expressa); houve exasperação da pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base elevada em 1/2 pela pluralidade de atos, ficando em 9 anos, a qual se tornou definitiva
0190434-92.2013.8.26.0000	24/09/2015	Revisão Criminal	4º Grupo de Direito Criminal	Freitas Filho	Tipo Misto Cumulativo (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base individualmente para cada um dos crimes	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Penas base em 9 anos (aumento da 1/2), reduzidas depois em 1/6 pela menoridade relativa, resultando cada qual em 7 anos e 6 meses
0028413-09.2012.8.26.0000	17/09/2015	Habeas Corpus	8ª Câmara de Direito Criminal	Marco Antonio Cogan	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Ordem denegada. Condenação em concurso material mantida
0005240-19.2008.8.26.0477	17/09/2015	Apelação	6ª Câmara de Direito Criminal	Marco Antonio Marques da Silva	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Pena base fixada em 6 anos (pois incidia à época a legislação antiga), tornada definitiva
0026335-37.2015.8.26.0000	03/09/2015	Agravo em Execução Penal	15ª Câmara de Direito Criminal	Encinas Manfré	Crime único (não há menção expressa); determinou-se a readequação da pena pelo Juízo das Execuções em razão da prática conjunta dos	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto	Remessa ao Juízo das Execuções

					verbos do tipo.	fático	
0001780-81.2013.8.26.0369	15/09/2015	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Silmar Fernandes	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Cada ato libidinoso (3, se incluído o em coautoria) foi fixado no mínimo, em 6 anos, depois somado em concurso material, atingindo 18 anos
0075220-19.2014.8.26.0000	03/09/2015	Agravo em Execução Penal	8ª Câmara de Direito Criminal	Alcides Malossi Junior	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Não há referência à pena base ou definitiva
0097039-18.1998.8.26.0050	01/09/2015	Embargos de Declaração	3ª Câmara de Direito Criminal	Luiz Antonio Cardoso	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Não há referência à pena base ou definitiva
0002741-70.2008.8.26.0539	27/08/2015	Apelação	9ª Câmara de Direito Criminal	Ivana David	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de continuidade delitiva e não de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Pena base de cada qual fixada em 7 anos (acréscimo de 1/6), e aumentadas em mais 1/6 pela continuidade delitiva, sendo a

							sanção final de 8 anos e 2 meses
0012587-50.2012.8.26.0126	13/08/2015	Apelação	8ª Câmara de Direito Criminal	Ely Amioka	Tipo Misto Cumulativo - Só não houve reconhecimento de concurso material em razão da ausência de recurso do ministério público (menção expressa). Em primeira instância entendeu-se que havia crime único.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Não há referência à pena base ou definitiva
0001049-24.2014.8.26.0281	27/08/2015	Apelação	7ª Câmara de Direito Criminal	Freitas Filho	Crime único (não há menção expressa); houve exasperação da pena-base por outros fatores que não a prática de mais de um ato libidinoso.	Atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Pena base fixada acima do mínimo legal, mas, devido à confissão, fixada em definitivo em 8 anos
02222499-77.2012.8.26.0000	27/08/2015	Revisão Criminal	4º Grupo de Direito Criminal	Amaro Thomé	Tipo Misto Cumulativo - neste caso há de fato continuidade delitiva, no entanto, o desembargador pontuou sua posição mesmo assim.	Atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Pena de 6 anos, elevada a 12 em razão do concurso material
0007281-37.2013.8.26.0071	21/08/2015	Apelação	3ª Câmara Criminal Extraordinária	Silmar Fernandes	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Pena base de 8 anos, tornada definitiva
0036890-16.2015.8.26.0000	20/08/2015	Agravo em Execução Penal	14ª Câmara de Direito Criminal	Miguel Marques e Silva	Crime único (há menção expressa); determinou-se que o Juiz das Execuções	Ato libidinoso e conjunção carnal no	Remessa ao Juízo das Execuções

					readeque a pena-base em razão da prática dos dois verbos do tipo.	mesmo contexto fático	
0039340-73.2008.8.26.0000	20/08/2015	Revisão Criminal	3º Grupo de Direito Criminal	Marcos Correa	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de concurso material.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático	Não há referência à pena base ou definitiva
0006104071.2009.8.26.0655	17/08/2015	Apelação	2ª Câmara Criminal Extraordinária	Claudia Lucia Fonseca Fanucchi	Crime único (não há menção expressa); não houve exasperação da pena-base.	Atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Pena fixada em 6 anos, tornada definitiva (artigo 226, III CP havia sido revogado pela lei 11.106/05)
7002174-13.2015.8.26.0073	13/08/2015	Agravo em Execução Penal	8ª Câmara de Direito Criminal	Lauro Mens de Mello	Tipo Misto Cumulativo	Atos libidinosos em um mesmo contexto fático.	Não há referência à pena base ou definitiva
0015039-52.2014.8.26.0000	13/08/2015	Revisão Criminal	7º Grupo de Direito Criminal	Cardoso Perpétuo	Tipo Misto Cumulativo - Reconhecimento de continuidade delitiva.	Ato libidinoso e conjunção carnal no mesmo contexto fático; vários atos libidinosos em um mesmo contexto fático	Não há referência à pena base ou definitiva

