

O CRIME DE ESTUPRO E SUA CORRELAÇÃO COM A EVOLUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DAS MULHERES

MAIA. Adrieli Gonçalves¹

1 INTRODUÇÃO

O ser humano, tal como existe, é cercado de direitos e garantias que lhes são fundamentais, estes reiteradamente apregoados por juristas e pela sociedade em geral.

Apesar de não serem efetivamente aplicados, os chamados direitos e garantias estão vinculados ao ser humano de forma intrínseca, sendo indissolúveis a existência digna do indivíduo e o respeito àqueles.

Segundo Lenza, há diferenças entre os termos “direitos” e “garantias”. O primeiro trata-se de “bens e vantagens prescritos na norma constitucional”, enquanto o segundo “são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados” (2010, p. 741). Desta forma, temos que ambos são indispensáveis ao ser humano a fim de garantir sua existência digna.

Com a devida vênia, ressalte-se, no entanto, que os chamados “direitos” vão muito além daquilo expressamente ou implicitamente previsto em qualquer Constituição. Estes encontram-se, como já dito, de forma inerente à pessoa humana, sendo um direito natural de cada indivíduo.

Sendo assim, os direitos humanos, mais que uma “tendência jurídica” atual, são valores e limites que devem ser respeitados para que cada um possa viver com o mínimo de dignidade.

Todavia, com relação a direitos e garantias, há interessante apontamento que se pode observar. Apesar de impropriamente serem colocados dessa forma, visto que não existe qualquer hierarquia entre todos os direitos do ser humano, que devem ser vistos e respeitados de maneira igualitária, alguns destes merecem destaque em sua tutela. É o caso, por exemplo, do direito à vida e ao sigilo de correspondência. Impossível compactuar que ambos merecem a mesma repressão. Com efeito, ao cominar as penas relativas aos delitos que os afetam, o Código Penal respeita tal proporcionalidade, dando ao Homicídio punição mais grave frente à cominada ao crime de Violação de Correspondência.

¹ Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário de Araras “ Dr. Edmundo Ulson” – UNAR.
Email: adrieligm@hotmail.com

Sob outra perspectiva, historicamente, alguns direitos são, de certa maneira, mais presentes que outros, tal como o direito à vida, à liberdade, à saúde. Nesse rol está incluída também a sexualidade.

Como expõe Greco, no que tange à proteção dos aspectos sexuais dos indivíduos, esta seria, na realidade, direito à dignidade sexual, intrínseca ao conceito de dignidade da pessoa humana (2011, p. 611). Sendo assim, mais que liberdade de escolha de como, quando e com quem se dará a prática de qualquer ação de cunho sexual, o ser humano possui direito à dignidade de sua sexualidade, da forma como quiser exprimi-la.

Contudo, para adquirir a proteção atualmente existente, passou-se por diversos momentos históricos que fizeram com que tal crime tivesse o conceito, proporção, repercussão e repressão conhecidas.

A evolução da punição ao estupro acompanha o desenvolvimento das garantias que o ser humano adquiriu paulatinamente frente ao Estado e, de maneira particular, caminhou junto com o progresso da mulher na sociedade, seu papel e relevância.

2 IDADE ANTIGA

Sabe-se que desde os primórdios da humanidade há a divisão entre macho e fêmea, homens e mulheres, motivo pelo qual advém conosco a questão da sexualidade.

Entretanto, os relatos de maior verossimilhança traçados sobre as relações entre os sexos e as questões sexuais em si vem da chamada “Idade Antiga”.

Apesar da existência de diversas sociedades distintas no decorrer desse período histórico, algumas características lhes eram comuns. A composição das comunidades em clãs familiares, patriarcais; o grande contraste entre a vida no campo e na cidade, onde residiam os indivíduos de maior nível cultural são exemplos de situações idênticas entre as civilizações.

No tocante à justiça, cada sociedade era regida por leis de sua criação, guardando a semelhança de geralmente serem aplicadas pelos indivíduos mais velhos do sexo masculino, os patriarcas, que possuíam superioridade e domínio sobre os consanguíneos de sua tutela, principalmente sobre as mulheres. A “justiça” máxima ficava nas mãos do rei, que, na maioria das civilizações antigas, era visto como autoridade de Deus ou dos deuses na Terra, a quem todos deviam completa submissão.

Focaremos apenas em algumas sociedades desse período histórico, exemplificativamente, a fim de analisar a violação a liberdade sexual, do contrário, o presente artigo tomaria dimensões além de sua proposta.

2.1 Direito Germânico

De acordo com Oliveira

para o Direito Germânico, era imprescindível que a mulher ofendida fosse virgem. Exigia-se também o uso da violência para com a ofendida. Definitivamente o crime de estupro não era consumado se a violência empregada fosse contra mulher “deflorada”. [sic] (OLIVEIRA, 2008)

2.2 Direito Mesopotâmico: O Código de Hamurabi

Diz-se que o Código de Hamurabi foi a primeira aglutinação de normas escritas de toda a humanidade.

A lei trazia previsões acerca da violação sexual. Segundo a lei 130º da compilação, “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre” (CÓDIGO DE HAMURABI).

Notória é a forma pela qual a mulher era tratada, como propriedade do indivíduo masculino. Depreende-se tal situação da leitura dos termos “que vive na casa paterna”; havia a posse do patriarca sobre as pessoas do sexo feminino que tutelava.

Ademais, ainda da detida leitura daquele trecho, é possível visualizar o que, de fato, a norma em questão buscava proteger: a moral do patriarca frente à sociedade, pouco importando a situação do ofendido e sua sexualidade.

Por fim, como incansavelmente será visto, apenas poderia ser sujeito ativo do crime em comento o homem; em contrapartida, apenas a mulher virgem, que vivia na casa do pai e, desta forma, era pura aos olhos da comunidade, ocuparia o polo passivo do delito. Excluídas estavam todas as pessoas que ostentavam características diferentes destas.

2.3 Direito Hebraico: A Bíblia e Os Dez Mandamentos

Desconsiderando qualquer aspecto religioso, a Bíblia, como livro cujo conteúdo relata acontecimentos históricos, traz diversos regramentos estipulados pelos integrantes da sociedade hebraica.

Perceptível também a posição inferior com que a mulher era considerada, devendo submissão ao homem.

Por outro lado, a sexualidade era rigorosa; para que uma mulher pudesse se casar, o requisito essencial é que nunca tivesse tido relações sexuais, do contrário, improvável que contraísse matrimônio.

A virgindade era tida como um “presente” ao futuro esposo, além de sinal de pureza e respeito. Por conseguinte, o “objetivo” de uma moça era se casar e dar filhos a seu marido.

Ressalte-se ainda que os casamentos na sociedade eram negociados pelos genitores do futuro casal.

Tendo em vista tais considerações, semelhantemente ao Código de Hamurabi, o que se percebe nessa civilização é que a proteção que recaía sobre a sexualidade tutelava a honra do patriarca a quem a mulher pertencia, sua palavra e promessa a outro patriarca, de que entregaria a moça virgem, própria para o matrimônio.

A princípio, prevê “Os Dez Mandamentos” em Deuteronômio 5:18 e 21:

E chamou Moisés a todo o Israel, e disse-lhes: Ouve, ó Israel, os estatutos e juízos que hoje vos falo aos ouvidos; e aprendê-los-eis, e guardá-los-eis, para os cumprir.

[...]

Não adulterarás.

[...]

Não cobiçarás a mulher do teu próximo (BÍBLIA).

Outras passagens bíblicas trazem, especificamente, a punição para aquele que violasse a liberdade sexual da vítima, como podemos notar a seguir, no livro de Deuteronômio 22:22-29:

Quando um homem for achado deitado com mulher que tenha marido, então ambos morrerão, o homem que se deitou com a mulher, e a mulher; assim tirarás o mal de Israel.

Quando houver moça virgem, desposada, e um homem a achar na cidade, e se deitar com ela,

Então trareis ambos à porta daquela cidade, e os apedrejareis, até que morram; a moça, porquanto não gritou na cidade, e o homem, porquanto humilhou a mulher do seu próximo; assim tirarás o mal do meio de ti.

E se algum homem no campo achar uma moça desposada, e o homem a forçar, e se deitar com ela, então morrerá só o homem que se deitou com ela;

Porém à moça não farás nada. A moça não tem culpa de morte; porque, como o homem que se levanta contra o seu próximo, e lhe tira a vida, assim é este caso.

Pois a achou no campo; a moça desposada gritou, e não houve quem a livrasse.

Quando um homem achar uma moça virgem, que não for desposada, e pegar nela, e se deitar com ela, e forem apanhados,

Então o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinquenta siclos de prata; e porquanto a humilhou, lhe será por mulher; não a poderá despedir em todos os seus dias (BÍBLIA).

Apenas figurava como sujeito passivo a mulher virgem. Cabe demonstrar a relevância do consentimento ou não da vítima, visto que, caso a mulher gritasse na cidade, local onde haviam pessoas que poderiam escutá-la, apenas o homem infrator seria punido. Do contrário, se permanecesse silente, dar-se-ia seu consentimento, ocasião em que a punição recairia sobre ambos.

Ademais, havia ainda a presunção da violência, nos casos em que o delito ocorria no campo. Tendo em vista que se tratava de local onde, ainda que a moça chamasse por socorro, dificilmente seria ouvida, a punição apenas recairia sobre o sujeito ativo, presumindo-se, desta forma, que a mulher não consentira com a prática sexual.

Por fim, interessante relato encontra-se no Livro de Gênesis, Capítulo 19, caso em que, além do incesto, houve ainda a violação sexual praticada por duas mulheres face ao próprio genitor. É a história de Ló, conforme descrita por Marino e Cabette:

Narra a passagem bíblica, em Gênesis, capítulo 19, a história de Ló e a destruição de Sodoma e Gomorra, cidade considerada moralmente degradada. Conforme a palavra, Ló era juiz no local e tinha uma esposa e duas filhas, tendo sido livrado do lugar destrutivo pela misericórdia divina, levando consigo sua família, para que não perecesse em meio as injustiças. [...]

Ao sair de Sodoma e Gomorra, Ló fugiu para um monte, numa cidade chamada Zoar [...] e o local que habitara foi destruído por enxofre e fogo[...]. A mulher de Ló olhou para trás e se converteu numa estátua de sal [...].

Ló, então, subiu de Zoar e habitou no monte com suas duas filhas em uma caverna [...]. Como seus futuros maridos haviam perecido na destruição [...], elas, para perpetuar a descendência, mantiveram relações sexuais com o próprio pai, alcoolizando-o com vinho [...].

[...]

Ambas engravidaram, dando a luz Moabe e Ben-Ami [...] (MARINO; CABETTE, 2012, p. 276-277).

Ainda segundo os autores, as condutas das filhas, atualmente, poderiam ser tipificadas no art. 217-A, parágrafo 1º, segunda parte, do Código Penal, pois o pai apresentava-se alcoolizado e inconsciente, tendo, desta forma, sua resistência completamente retirada (MARINO; CABETTE, 2012, p. 277).

2.4 Direito Grego e Romano

Conhecidas por “Antiguidade Clássica”, Grécia e Roma são as principais influências daquela época no atual Direito brasileiro.

No que tange às questões sexuais, em ambas as civilizações era aceito pela população a diversidade em suas práticas.

A Grécia é marcada pela divergência dentro de sua própria constituição social. Com surgimento das chamadas pólis, as antigas cidades gregas, algumas legislações específicas foram criadas para atender a necessidade de cada uma delas. Visível exemplo de tal contraste está na comparação entre Atenas e Esparta. Apesar disso, a maior parte das pólis respeitava a legislação geral grega (PORTINHO, 2005).

A violência sexual, a princípio, era punida apenas com multa. Posteriormente, a lei fora modificada, agravando a pena para a violação, aplicando a morte (PORTINHO, 2005).

De acordo com Margolis, “alguns ainda argumentam que na Grécia Antiga o estupro era direito de domínio do homem” (2006, p. 30).

Roma é caracterizada por estar voltada para o estudo jurídico. Enquanto na Grécia valorizava-se a filosofia, em Roma os estudos do Direito eram o foco da comunidade.

Nas relações entre os gêneros, notório o poderio que o homem exercia sobre a mulher. O “*pater familias*” exercia espécie de direito de propriedade sobre os membros de seu clã. O marido tinha o mesmo domínio sobre sua esposa.

Roma foi a responsável pelo surgimento do termo “*stuprum*”. “A palavra ‘*stuprum*’ na referida lei [...] designava como crime a conjunção carnal ilícita com mulher virgem ou viúva honesta, mas tal conjunção não poderia ter violência” (PORTINHO, 2005).

Segundo Capez, “Em Roma, passou-se a punir os crimes contra a moral, cabendo ao *pater familias* a repressão” (2011, p. 19).

2.5 Aspectos Gerais

Apesar de todas as previsões e proteções legais durante a Antiguidade, difícil era a efetiva repressão da violência sexual. A mulher era vista como responsável pela ocorrência do delito, além de, por muitas vezes, haver a acusação de ela ter consentido com a prática sexual.

Além disso, a posição superior do homem fazia com que as punições fossem afastadas. A alta posição social do infrator também gerava desinteresse em apurar, de fato, o ocorrido, culpando-se a vítima pelo crime.

3 IDADE MÉDIA

Marcada pelo predomínio do pensamento religioso, a Idade Média é considerada por muitos como “Idade das Trevas”, onde o pensamento científico era,

além de desvalorizado, também punido. A mentalidade da época era governada pela Igreja, que também tratava das questões legislativas.

Ademais, o fim das cidades e a criação de “feudos” fazia com que cada um desses núcleos tivesse seu próprio regimento, criado pelo senhor feudal.

Capez afirma que, nessa época, “o direito canônico atingiu a repressões nunca dantes cogitadas, punindo até o mero pensamento e o desejo” (2011, p. 19).

O indivíduo do sexo feminino ainda era visto como inferior, acrescentando-se a elas o rótulo de causadoras dos males da humanidade. Dela provinha todo o comportamento animalesco, vil, devendo ser subjugada por ser naturalmente perversa (BUENO; SOUZA, 2012).

Diz-se que, nesse período, apenas os delitos de cunho sexual praticados contra crianças eram efetivamente punidos; quanto às mulheres, por vergonha, devido ao *status* social do agressor ou por medo de sofrer represálias e penalidades, acabavam por manter em segredo tais acontecimentos.

De outra banda, a virgindade era exaltada, símbolo de autocontrole, pureza e santidade.

Quanto ao homem, salvo em questões de homossexualidade e de danos imateriais, era isento de culpa.

[...]

Além do mais, a filosofia da época pregava que contrariar a natureza causava danos à saúde, devido a isso, muitos casos de estupros não eram censurados, e principalmente, um sinal de virilidade (ROSSIAUD *apud* BUENO; SOUZA, 2012).

Figurava como sujeito passivo do estupro tão somente a mulher virgem. Elemento subjetivo para a consumação do delito era o efetivo emprego de violência física. “Portanto, a mulher já casada ou que já tivesse praticado ato sexual com homem caracterizando a conjunção carnal, estava proibida de ser sujeito passivo deste delito” (HUNGRIA *apud* PORTINHO, 2005).

4 IDADE MODERNA

Após o lento fracasso da forma de governo do período feudal, trazendo a ascensão da burguesia nas sociedades, passou-se também à desvalorização do pensamento religioso. O despontar do pensamento racional é a grande característica da Idade Moderna, em que o conhecimento era a base para todo e qualquer assunto, inclusive o Direito.

Neste período histórico surgem os primeiros esboços da defesa dos direitos humanos. Chamados pela doutrina de Direitos Humanos de Primeira Geração, documentos históricos datados a partir do século XVII trazem a ideia da garantia à liberdade, com ênfase na questão civil e direitos políticos (LENZA, 2010, p. 740).

Apesar da grande evolução apresentada, a maioria destes direitos conquistados restringiam-se à pessoa do homem.

Sob tal perspectiva, quanto ao crime de estupro, temos que ainda era eivado de preconceitos que cercavam a mulher, como podemos ver adiante.

Segundo Capez, por influência de alguns renomados pensadores racionalistas, como Voltaire, “houve intenso movimento de descriminalização de vários delitos sexuais” (2011, p. 19).

Em seu estudo, Marino e Cabette levantam alguns apontamentos, de acordo com a doutrina de Nelson Hungria, relatando as ideias de Voltaire sobre a dificuldade na ocorrência de conjunção carnal quando apenas um homem constrangia a mulher ao ato. Segundo tal pensamento, a vítima conseguiria livrar-se da agressão iminente com apenas alguns movimentos da bacia, de um lado para outro.

Os autores ainda expõem:

Ratificando essas afirmações, Vigarello traz comentários de Fournel, Voltaire e Diderot, vale conferi-los:

“Qualquer que seja a superioridade das forças de um homem sobre as de uma mulher, a natureza forneceu a esta inumeráveis recursos para evitar o triunfo de seu adversário.” (FOURNEL, 1775, p. 82-83 *apud* VIGARELLO, 1998, p. 47-48)

“Quanto às mocas ou mulheres que se queixassem de ter sido esturpadas, penso que bastaria contar-lhes como uma rainha evitou outrora a acusação de uma queixosa. Ela tomou uma bainha de espada e, movimentando-a continuamente, mostrou a dama que seria impossível por a espada na bainha. Ocorre com o estupro o mesmo que com a impotência; há certos casos que os tribunais nunca devem conhecer.” - a física dos corpos bastaria para convencer os juízes; o argumento do consentimento e naturalizado, a anatomia intuitiva transformada em critério de verdade. (VIGARELLO *apud* MARINO; CABETTE, 2012, p. 273)

5 O BRASIL: HISTÓRICO DE LEGISLAÇÕES

A legislação brasileira, de modo geral, seguiu rumos parecidos com os de outras sociedades. Há a influência direta de Portugal, por conta da colonização que, por sua vez, inspirou-se em outros países da Europa, principalmente no Direito Italiano.

Sabe-se também que antes mesmo da colonização, a população indígena já habitava em nosso país. Contudo, os relatos históricos concretos sobre a aplicação de regramentos no Brasil datam de período posterior ao descobrimento.

5.1 Direito Indígena: Primórdios

Bueno relata que o Direito Penal brasileiro começa ter seus esboços nas atitudes de enfrentamento de conflitos dos antigos indígenas. “Supõem alguns autores que as condutas violadoras de valores comuns como, *verbi gratia*, a covardia em combate, o incesto, etc. estariam sujeitas à punição” (BUENO, 2008, p. 141).

Notória a previsão do crime de incesto, sendo possível afirmar, desta forma, a existência de punição à violação sexual, ainda que timidamente, pelos antigos indígenas. Entretanto, difícil delimitar de que forma ou quais motivos ensejavam tal reprimenda.

5.2 Período Colonial

5.2.1 As Ordenações do Reino: Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

O Brasil, enquanto colônia, não possuía liberalidade para criar legislações próprias, sendo regido pelas leis vigentes em Portugal. Nesse período, o país tinha por legislação as Ordenações, respectivamente, as Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

No que tange a estes regramentos, não houve sua efetiva aplicação no território brasileiro, que acabara de ser descoberto (BUENO, 2008, p. 142-145). Apesar disso, sabe-se que havia a previsão do crime de estupro.

É relevante apontar que, neste período, a virgindade da mulher não era requisito essencial para a configuração do crime, visto que as referidas leis não faziam essa distinção.

Todavia, fato é que raros eram os casos onde havia a efetivação da norma na sociedade. Em se tratando de codificação feita sob governo monárquico, é sabido que pessoas ocupantes de altos cargos eram, muitas vezes, isentas de quaisquer penalidades.

5.3 Brasil Império: O Código Criminal do Império, de 1830

A legislação penal advinda no ano de 1830 é marcada pelas mudanças legislativas. Conforme dispõe Bueno, alguns autores a consideram a melhor lei penal já criada no Brasil. Após grave erro judiciário ocorrido na vigência deste código, atribui-se também ao período o banimento da pena de morte de nosso ordenamento jurídico, salvo exceções, sendo substituída pela pena de galés (BUENO, 2008, p. 147-150).

O Código Criminal de 1830, no capítulo dos crimes contra a segurança da honra, compreendia o coito com mulher virgem, menor de 17 anos (art. 219), a cópula, mediante violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta (art. 222) e a sedução de mulher honesta, menor de 17 anos, com cópula carnal (art. 224). A pena do estupro, mediante violência ou ameaça, era a mais grave: prisão de 3 a 12 anos e, cumulativamente, dote da ofendida. O art. 222

estabelecia a redução da pena para 1 mês a 2 anos se a vítima fosse prostituta (SIQUEIRA *apud* MOLINA, 2008).

Desta forma, podemos notar o despontar da previsão do atual crime de Estupro de Vulnerável, visto que o crime apresentava reprimenda mais severa caso a vítima possuísse menos de dezessete anos de idade. Sob outra ótica, houve o regresso no tocante à menor penalidade imposta ao infrator que violasse vítima prostituta.

5.4 Direito Penal Republicano: O Código Penal de 1890

Com o advento da República, nova legislação penal fez-se necessária a fim de exterminar determinados crimes que tinham por tutela o poder imperial, além da necessidade psicológica da população sobre a certeza em não serem mais regidos por algo que remetesse ao período monárquico.

Neste período histórico, impulsionado pela Revolução Industrial, o mundo vivenciou a preocupação com a tutela dos “Direitos Humanos de Segunda Geração”, que “privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade” (LENZA, 2010, p. 740). Ilusório é, no entanto, imaginar que essa igualdade era aplicável a todo e qualquer ser humano.

Surge aqui o movimento de abrandamento das penas, buscando-se a ressocialização do condenado, conforme tendência mundial (BUENO, 2008, p. 151).

Com relação à violência sexual, adotava-se o título “Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e Ultraje Público ao Pudor”. As penas estipuladas para esses delitos eram de prisão celular, de um a seis anos e dote, sendo reduzidas para seis meses a dois anos caso a ofendida fosse meretriz (MOLINA, 2008).

Esse código, no entanto, é carregado de falhas, sendo utilizada legislação extravagante para corrigi-lo. Em virtude disto, no ano de 1932, o Desembargador Vicente Piragibe condensou tais leis, transformando-a em Consolidação das Leis Penais. Quanto ao estupro, sua penalidade não foi modificada (BUENO, 2008, p. 150-153).

5.5 O Código Penal de 1940

Atualmente vigente, o Código Penal de 1940 é o que se prolongou por maior tempo no Brasil.

É o momento da história em que surgem os “Direitos Humanos de Terceira Geração”, em que “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade” (LENZA, 2010, p. 740).

Cabe lembrar que, em todas as codificações até agora expostas, inclusive na de 1940, o crime de estupro era visto como ofensa à moral da sociedade e das famílias. Assim, a dignidade sexual da vítima era colocada em segundo plano, pois a proteção da norma versava apenas sobre a moral e reputação da família perante a

sociedade, principalmente com relação às mulheres. Completamente desconsiderados os aspectos pessoais e de dignidade da vítima.

Intitulado de “Dos Crimes contra os Costumes”, o Título VI do Código Penal de 1940 previa, em sua redação original, no art. 214, *in verbis*: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Inexistente, então, a necessidade de a vítima ostentar a condição de virgem ou “honesta”. O constrangimento de qualquer mulher à cópula vagínica contra sua vontade configurava o crime em comento. A pena era de reclusão, de três a oito anos (CÓDIGO PENAL, 1940).

Contudo, inadmissível a figura do homem como sujeito passivo, bem como da mulher como sujeito ativo. Em se tratando de conjunção carnal, a possibilidade da ocorrência do delito restringia-se ao homem como autor e à mulher ofendida. Alguns autores afirmam que era possível, no entanto, a autoria mediata de mulher, ou ainda sua participação.

Já as práticas sexuais diversas da conjunção carnal faziam parte do extinto crime de “Atentado Violento ao Pudor”.

Por fim, importante ressaltar, ainda, a existência da presunção de violência, caso a vítima fosse menor de 14 anos, possuísse deficiência mental ou se não pudesse oferecer resistência no momento dos fatos.

6 O CRIME DE ESTUPRO NA ATUALIDADE

Com as modificações implantadas, primeiramente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e após pela Lei nº 12.015/09, o Código Penal inovou o Título VI, nomeando-o de “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual” e, em seu primeiro Capítulo, trouxe a nomenclatura “Dos Crimes contra a Liberdade Sexual”.

Dessa maneira, evidente o deslocamento do âmbito da proteção à honra, família, moral e bons costumes para a proteção da dignidade sexual da vítima, trazendo-a como centro protetor da norma.

Ademais, outras modificações pela Lei de 2009 podem ser apontadas.

O estupro, antigamente abrangendo apenas a prática de conjunção carnal, agora abarca qualquer ato sexual diferente da cópula vagínica, de acordo com a redação atual do art. 213, que prevê: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (CÓDIGO PENAL, 1940).

Nesse prisma, note-se que o delito de Atentado Violento ao Pudor fora extinto, falando-se em estupro, quer trate-se de conjunção carnal, quer seja outro ato libidinoso.

Qualquer mulher pode figurar como vítima, sem distinção. Mas a verdadeira inovação penal surge na possibilidade de a mulher ser autora imediata do estupro,

constrangendo também o homem a praticar ato libidinoso, inclusive, à introdução peniana em seu órgão genital.

Desta situação, no entanto, diversos paradigmas fáticos podem ocorrer, como, apenas a título de exemplo, sobre qual seria a proteção jurídica dada ao homem ofendido caso a autora engravidasse.

Além disso, de acordo com o artigo 217-A, também introduzido na legislação penal brasileira com a modificação de 2009, qualquer ato sexual praticado com menor de 14 anos é considerado estupro, tendo violência presumida, independentemente de consentimento da vítima. Aplicar-se-ão estas penas, ainda, caso o ofendido seja indivíduo que não possui discernimento para a prática do ato por enfermidade ou deficiência mental ou que, naquele momento, não pode oferecer resistência.

A presunção de violência é absoluta.

“A tendência na doutrina era emprestar valor relativo a essa presunção. (*juris tantum*), corrente esta minoritariamente partilhada pela jurisprudência” (NORONHA et al. *apud* CAPEZ, 2011, p. 83).

Contudo, após polêmico julgado realizado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2012, em que se decidiu pela absolvição de homem que praticou ato sexual com prostitutas que contavam, à época dos fatos, com 12 anos, usando como argumento as circunstâncias das ofendidas, tal relativização tornou-se aberração jurídica, tendo sido totalmente reformado o acórdão pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, dificilmente a relativização será novamente aplicada.

A seguir, nota pública emitida pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República em repúdio ao ato do STJ:

Sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que inocentou um homem da acusação de ter estuprado três meninas de 12 anos de idade, sob a alegação de que a presunção de violência no crime de estupro pode ser afastada diante de algumas circunstâncias, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) informa que encaminhará solicitação ao procurador Geral da República, Roberto Gurgel, e ao Advogado-Geral da União, Luiz Inácio Adams, para que analisem medidas judiciais cabíveis para reversão desta decisão.

Entendemos que os Direitos Humanos de crianças e adolescentes jamais podem ser relativizados. Com essa sentença, um homem foi inocentado da acusação de estupro de três vulneráveis, o que na prática significa impunidade para um dos crimes mais graves cometidos contra a sociedade brasileira. Esta decisão abre um precedente que fragiliza pais, mães e todos aqueles que lutam para cuidar de nossas crianças e adolescentes.

Sobre o acórdão do TJ de São Paulo, que manteve a absolvição do acusado, com a justificativa de que as vítimas, à época dos fatos, “já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e

desinformadas a respeito do sexo”, consideramos inaceitável que as próprias vítimas sejam responsabilizadas pela situação de vulnerabilidade que se encontram. Confiamos que o Poder Judiciário brasileiro fará uma reflexão sobre os impactos dessa decisão e terá condições de revertê-la, garantindo os Direitos Humanos de crianças e adolescentes (NUNES).

Apesar dos respeitáveis entendimentos, em algumas situações específicas, no entanto, a aplicação da presunção absoluta é sinônimo de completa injustiça. O que dizer de casos em que vítima e autor mantêm relacionamento estável e, apesar da pouca idade, têm completo discernimento dos atos que praticam? Seriam puníveis pela prática do crime em tela?

7 NOVO CÓDIGO PENAL: O QUE VIRÁ?

De acordo com o Projeto de Lei para um novo Código Penal, há a continuação da defesa da integridade sexual das vítimas. Há, ainda, a previsão de novos tipos, quais sejam, a “Manipulação e Introdução de Objetos” e o “Molestamento Sexual”, em sua forma simples e também no tocante aos vulneráveis.

TÍTULO IV

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Capítulo I

Crimes contra a liberdade sexual

Estupro

Art. 180. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato sexual vaginal, anal ou oral:

Pena – prisão, de seis a dez anos.

Parágrafo único. Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no *caput*, a pena será aumentada de um terço a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.

Manipulação e introdução sexual de objetos

Art. 181. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a suportar a introdução vaginal ou anal de objetos:

Pena – prisão, seis a dez anos.

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:

Pena – prisão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o molestamento ocorrer sem violência ou grave ameaça, a pena será de um a dois anos.

[...]

Estupro de vulnerável

Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos:

Pena – prisão, de oito a doze anos.

§ 1º Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.

Aumento de pena

§ 2º A pena será aumentada de um sexto até a metade se resultar gravidez ou doença sexualmente transmissível.

§ 3º Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no *caput*, a pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.

Manipulação ou introdução de objetos em vulnerável

Art. 187. Realizar manipulação vaginal ou anal ou introduzir objetos em pessoa que tenha até doze anos:

Pena – prisão, de oito a doze anos.

Molestamento sexual de vulnerável

Art. 188. Constranger alguém que tenha até doze anos à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal ou oral:

Pena – prisão, de quatro a oito anos.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento (ANTEPROJETO, 2012).

Note-se que, para que haja a configuração de estupro de vulnerável, houve a diminuição da idade da vítima de quatorze para doze anos. Contudo, tal diminuição não soluciona a problemática que envolve a questão, conforme retro exposto.

8 CONCLUSÃO

O desenvolvimento histórico do crime de estupro caminha com a consolidação dos direitos que versam sobre a dignidade da pessoa humana e ainda, intimamente, com a afirmação do papel da mulher na sociedade.

Conforme visto, a mulher possuía caráter de mero objeto ou posse de seu tutor ou patriarca, sendo considerada inferior ao indivíduo do sexo masculino. Por conseguinte, figurava como elemento secundário dos delitos sexuais, sendo o ofendido imediato o homem a quem era subordinada.

No transcorrer das diversas épocas da história da humanidade, o indivíduo do sexo feminino passou a ser reconhecido, paulatinamente, como “ser humano”, dotado de dignidade a ser resguardada, pleno possuidor de direitos. Neste prisma

encontram-se as modificações quanto à tipificação do Estupro, que passou a atribuir à mulher o papel de legítima vítima da violação sexual.

Ademais, tamanha fora a evolução que, em nossa legislação atual, o sujeito ativo do crime pode, inclusive, ser do sexo feminino. Da análise deste pequeno ponto podemos concluir pelo grande avanço da figura típica que, apesar de ainda eivada de preconceitos, começa a moldar-se de forma a efetivamente proteger o ofendido.

Apesar disso, ainda estamos longe de alcançar a verdadeira justiça, se é que possível, quanto a este crime, visto que remanescem diversas questões em que doutrina e jurisprudência não foram ainda capazes de solucionar de maneira propícia.

Casos em que as vítimas são subjugadas, expostas à humilhação por não apresentarem reações típicas de quem sofrera violência sexual ou simplesmente por não se adequarem a um protótipo pré-concebido de sujeito passivo são extremamente comuns. São notórias também as inúmeras situações em que as vítimas precisam submeter-se a fim de apurar a materialidade do delito, tais como exames de corpo de delito, extremamente constrangedoras e que geram à vítima novo molestamento, fenômeno este denominado “vitimização secundária” no processo penal.

Sob outra perspectiva, as punições previstas para o delito ganham desproporcionalidade ante algumas questões, como a já levantada invalidade do consentimento da vítima chamada “vulnerável”. Sabe-se que em incontáveis circunstâncias há o pleno discernimento das atitudes tomadas por parte do menor tido como vulnerável.

Os progressos adquiridos através dos tempos, resultado de lenta evolução e renovação de pensamentos não podem perder-se ou estagnar-se. Faz parte do Direito, como fruto das relações sociais, a constante modificação, atendendo às necessidades do todo. Desta forma, resta à sociedade e aos juristas a solução de todos estes impasses. Ainda que objetivo utópico, o escopo da construção do Direito deve ser a justiça; nestes casos, a existência de efetiva punição aos verdadeiros criminosos e o amparo às vítimas de forma a, ao menos, tentar reduzir os impactos físicos e psicológicos por elas sofridos.

9 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍBLIA. Português. Tradução Almeida Corrigida e Revisada fiel. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf/dt/5>>.

BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2008. 455p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 31 mar. 2013.

ANTEPROJETO de lei. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro, Brasília, DF, jul. 2012.

BUENO, Rodrigo Poreli Moura; SOUZA, Cesar Augusto Neves. **O Tema da Sexualidade na Longa Idade Média: Concepções de Masculino e Feminino**, 2012. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=artigos&ID=210>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: Parte Especial**. 9ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011. 3v.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias *et. al.* **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. 582p.

CÓDIGO DE HAMURÁBI [s.l.]. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 1098p.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Especial**. 20ª edição. Saraiva, 2011. 3v.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. 1023p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. 452p.

MARGOLIS, Jonathan. Myriam Campello. **A História Íntima do Orgasmo.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2006. 367p. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=1IC5UhXI8fMC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

MARINO, Aline Marques; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A Mulher como Sujeito Ativo do Crime de Estupro: Aspectos Doutrinários, Possíveis Hipóteses Médico-Legais e Consequências nas esferas Civil E Penal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 2, p. 263-289, out. 2012.

MOLINA, Victor Matheus. **O Tratamento Jurídico-Penal Do Estupro**, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/695/714>>. Acesso em 29 mar. 2013.

NUNES, Maria do Rosário. Disponível em: <<http://www.naoentendodireito.com/2012/03/nota-publica-sobre-decisao-do-stj-que.html>>. Acesso em 31 mar. 2013.

OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávaro de. **A Mulher como Sujeito Ativo no Crime de Estupro**, 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-mulher-como-sujeito-ativo-no-crime-de-estupro,24881.html>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

PORTINHO, João Pedro de Carvalho. **História, Direito e violência: do estupro e atentado violento ao pudor - Aspectos gerais**, 2005. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&ID=10>>. Acesso em: 30 mar. 2013.