

ELISÂNGELA SALES SOARES

Lei 12.015/2009

Bacharel em Direito

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO E ASSIS
ASSIS
2010**

ELISÂNGELA SALES SOARES

Lei 12.015/2009

Monografia apresentada ao Departamento do curso de direito do IMESA (Instituto Municipal de ensino Superior, como requisito parcial para a conclusão de curso, sob a orientação específica do Prof. Fábio Pinha Alonso e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO E ASSIS
ASSIS
2010

Folha de Aprovação

Assis, 09 de agosto de 2010

Assinatura

Orientador: Professor Fábio Pinha Alonso _____

Examinador: Professor Carlos Ricardo Fracasso _____

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus pais, Francisco Soares Sobrinho e Rosangela Maria Sales, que com luta, mas principalmente com muita dedicação e amor, me deram a educação sem a qual eu não teria chegado a lugar algum.

Aos meus irmãos, Cristiano Sales Becheli e Rodrigo Sales Becheli pela amizade, carinho, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta e de outras caminhadas.

Ao meu marido, Fábio Pinheiro de Goes que mesmo privado da minha companhia aos finais de semana, soube compreender e me apoiou durante a elaboração deste trabalho. Agradeço todos os dias por ter você em minha vida.

Amo vocês!

Elisângela

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pela força e estímulo nas horas de desânimo, fazendo com que se transformasse em inspiração e também por me conceder através de sua bondade infinita e sabedoria, o potencial de concretizar mais uma conquista em minha vida.

A todos os professores do Curso, pelos ensinamentos, e contribuição em minha formação profissional.

Em especial, ao Professor Fábio Pinha Alonso pela sua dedicação, pelo suporte, encorajamento e pelo incentivo proporcionado ao longo dessa jornada..

Grata,

Elisângela

RESUMO

A lei 12.015 surgiu no ordenamento jurídico, e com ela surgiram muitas polêmicas, e há quem diga que ela trouxe mais erros do que acertos. Não pode-se negar que ela não conseguiu sanar as dúvidas no tocante ao atentado violento ao pudor, mas, ela veio garantir o que há muito já se aceitava em nossa sociedade, a tão falada Dignidade Sexual. Esta lei garante a igualdade de todos, de homens e mulheres.

De acordo com a Lei nº 12.015/2009, a ação penal no crime de estupro é (agora) pública condicionada à representação do ofendido (CP, art. 225), e não mais de ação penal privada, à exceção do estupro contra menor de 18 (dezoito) anos ou vulnerável, de ação pública incondicionada. Em razão disso, alguns autores vêm defendendo que, no caso de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, a instauração da ação penal não dependeria de representação.

Palavras chaves: 1) Lei 12.015/2009, 2) Estupro, 3) Violência Sexual

ABSTRACT

The law 12.015 appeared in the juridical, and with her a lot of controversies appeared, and there is who says that she brought more mistakes than successes. It cannot refuse that she didn't get to heal the doubts concerning the violent attack to the shame, but, she came to guarantee what there is it was very already accepted in our society, the so spoken Sexual Dignity. This law guarantees the equality of all, of men and women.

In agreement with the Law n° 12.015/2009, the criminal procedure in the rape crime is (now) public conditioned to the representation of the offended (CP, art. 225), and not more of deprived criminal procedure, except the rape against smaller of 18 (eighteen) years or vulnerable, of action public incondicionada. In reason of that, some authors are defending that, even in the case of qualified rape for serious bodily harm or death, the instauração of the criminal not procedure would depend on representation.

Key words: 1) law 12.015/2009, 2) I Rape, 3) Sexual Violence

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
2 A VIOLÊNCIA E SUAS FACETAS.....	11
2.1 Violência na perspectiva da Lei Maria da Penha	18
2.2 A Constituição Federal e o Código Penal Brasileiro.....	22
2.2.1 A Constituição Federal.....	22
2.2.2 Código Penal Brasileiro.....	23
2.3. Lei antiga do Estupro <i>versus</i> Lei nº 12.015/2009.....	29
2.4 O Silêncio Gritante das Vítimas de Violência Sexual.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERENCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde-OMS (2001) diferentes pesquisas internacionais e nacionais estimam que uma entre quatro mulheres vivencie alguma forma de violência sexual cometida por parceiro íntimo, e quase um terço das adolescentes teve sua primeira experiência sexual forçada. Drezett (2001) diz que vários estudos vêm apontando o comprometimento da saúde da mulher por conta desse tipo de violência.

Para Lopes *et al* (2006 *apud* Putnam, 2003) a violência sexual é considerada como qualquer forma de atividade sexual não consentida. Representa sério problema de saúde pública e tem no estupro a pior das formas de agressão que a mulher pode sofrer. As definições utilizadas para conceituar os diferentes tipos de crimes sexuais apresentam dificuldades na adequação quanto aos aspectos médicos, éticos, psicológicos e legais que eles freqüentemente envolvem.

Lopes *et al* (2006 *apud* Heinrich, 1987) explica que do ponto de vista legal, o conceito de violência sexual varia de acordo com o país, embora a maioria das definições inclua o uso da força física ou de intimidação, o contato sexual e o não consentimento da vítima.

Minayo (2006) diz que a violência é histórica, cada sociedade, dentro de épocas específicas, apresenta formas particulares. Por exemplo, há uma configuração peculiar da violência social, econômica, política e institucional no Brasil, na China, na Holanda. Da mesma forma, a violência social, política e econômica, da época colonial brasileira não é a mesma que se vivencia hoje, num mundo que passa por grandes transformações.

Estudos populacionais realizados em diversos países demonstram que 20% das mulheres revelaram terem sido abusadas sexualmente quando crianças. Nos Estados Unidos, as taxas variam de 12,9 a 28%, estimando-se que ocorra uma agressão a cada 6,4 minutos. (DREZETT, 2001, p. 67).

Kerr *et al* (2000) relata que no Brasil o tema ainda é pouco estudado, sendo estimada taxa de 7% de Violência Sexual na população geral. Não existem dados confiáveis da violência sexual no país. O registro em boletins de ocorrência,

ponto de partida para a investigação, é muito inferior ao número de agressões pelo fato de que muitas vítimas evitam a exposição pública e a constrangedora coleta de provas do crime realizadas na grande maioria dos casos, no Instituto Médico Legal (IML), instituição pública responsável pela classificação de todos os crimes de abuso sexual e físico.

Escolhi o tema a nova Lei 12015/2009, tendo em vista que em nossa sociedade muita gente ainda acha que o melhor jeito de resolver um conflito é a violência e que os homens são mais fortes e superiores às mulheres. É assim que, muitas vezes, os maridos, namorados, pais, irmãos, chefes e outros homens acham que têm o direito de impor suas vontades às mulheres. Embora muitas vezes o álcool, drogas ilegais e ciúmes sejam apontados como fatores que desencadeiam a violência contra a mulher, na raiz de tudo está a maneira como a sociedade dá mais valor ao papel masculino, o que por sua vez se reflete na forma de educar os meninos e as meninas. Enquanto os meninos são incentivados a valorizar a agressividade, a força física, a ação, a dominação e a satisfazer seus desejos, inclusive os sexuais, as meninas são valorizadas pela beleza, delicadeza, sedução, submissão, dependência, sentimentalismo, passividade e o cuidado com os outros. Sempre acreditei que a violência estabelece-se em uma transgressão dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, principalmente ao atentado de direito físico e ao controle de sua capacidade sexual e reprodutiva. Especificamente no caso do estupro, segundo o Código Penal artigo 213, "Constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Pena: reclusão, de 6 a 10 anos". Ou seja, qualquer relação homem/mulher sem consentimento é definida como estupro, com o advento da nova Lei muda-se o foco, pois entra em conflito com a norma constitucional.

Este trabalho tem como objetivo:

- Discutir a legalidade da Lei 12015/09 à luz da Constituição Federal, ressaltando os aspectos conflitivos da referida lei.

Este trabalho constituir-se-á de pesquisa bibliográfica, de acordo com Marconi e Lakatos (1999) que consiste basicamente na recuperação dos dados impressos ou dos arquivos eletrônicos. Tais dados podem ser obtidos tanto em bibliotecas físicas ou virtuais, como é o caso da própria Internet, com suas listas de discussão, acesso online direto à literatura científica, correio eletrônico, listas de discussão, etc. Da mesma maneira com que devemos nos familiarizar com os

mecanismos de busca de informações nas bibliotecas físicas, devemos também saber como procurar informações nos computadores.

A pesquisa consistiu-se na procura dos descritores nos *sites* de direito. Depois foram estabelecidos critérios para refinar os resultados: a abrangência temporal dos estudos definida entre os anos de 1990 e 2010 e, o idioma, textos em português. Essa busca foi feita em diversos sites. Os descritores utilizados no SCIELO foram: violência sexual, AND estupro AND Lei 12015/2009.

A busca foi feita por meio das palavras encontradas nos títulos e nos resumos dos artigos.

Todas as buscas (SCIELO/ABEP/Literatura) foram realizadas no período de fevereiro de 2009 à julho de 2010.

Tem-se como hipótese neste trabalho:

A possibilidade da Lei 12015/2009 estar em conflito com a norma constitucional, caracterizando uma espécie de inconstitucionalidade.

2 A VIOLÊNCIA E SUAS FACETAS

Acredita-se que é necessário abordar o termo violência sob o ponto de vista de alguns autores para posteriormente entrar no assunto propriamente dito, ou seja, a Nova Lei 12015/2009, especificamente o estupro.

Sabe-se que a figura delitiva do crime de estupro existiu, desde os mais remotos tempos da civilização. Embora o ordenamento jurídico reconheça o crime de estupro, este sempre foi um tabu para nossa sociedade, no início existia a figura da mulher honesta, restando para as prostitutas o prejuízo (NUCCI, 2009).

No primeiro momento este capítulo definiu o termo violência de maneira didática, perpassando posteriormente a discorrer sobre o tema estupro, baseado na lei 2.848 de 7 de Dezembro de 1940 e suas mudanças com a lei 12015/2009.

- Primeiramente baseando se na lei 2.848/1940

Segundo o Dicionário Aurélio: qualidade de violento – ato violento – ato de violentar. Jur.: Constrangimento físico ou moral; uso da força; coação.

Segundo a OMS (2002) é todo ato que tenha ou possa ter como resultado dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para a mulher, criança e adolescente assim como ameaça de tais atos, também a coação, ou a privação arbitrária da liberdade, pode acontecer dentro ou fora da casa.

De acordo com o Ministério da Saúde, Brasil (2001) a violência doméstica contra crianças e adolescentes (VDCA), é todo ato ou omissão praticada por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que, sendo capaz de causar danos físico, sexual e/ou psicológico à vítima, implica, de um lado, numa transgressão do pode/dever de proteção do adulto e, de outro, numa coisificação da infância, isto é, numa negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. ato: é a forma ativa da violência e omissão: forma passiva da violência.

Violência é um conceito referente aos processos, às relações sociais interpessoais, de grupos, de classes, de gênero, ou objetivadas em instituições, quando empregam diferentes formas, métodos e meios de aniquilamento de outrem, ou de sua coação direta ou indireta, causando-lhes danos físicos, mentais e morais. (MINAYO, 2003, p. 25).

A Organização Mundial de Saúde (2002) reconhece a violência como um problema de saúde pública. Entre outros conteúdos incluídos em sua definição, encontram-se aqueles ligados à intencionalidade e ao tipo da ação uso intencional de força física ou poder, ao seu alvo, ou, a quem ou que grupo esta força ou poder se dirige contra si próprio, contra outra pessoa numa relação interpessoal ou contra uma coletividade; e, sobre que tipos de sofrimento ou dano resultariam ou poderiam resultar esta ação, para quem as sofre lesão corporal, sofrimento psicológico, privação e morte, por exemplo. A violência dirigida contra mulheres, adolescentes e meninas na família, nas relações de intimidade e no mundo público estariam, a priori, enquadradas como tipos de violência interpessoal, sendo ainda classificadas segundo a natureza do ato físico, psicológico ou sexual e do vínculo ou relação estabelecida entre perpetrador e vítima da violência.

Dessa forma, Heise et al (1994) dizem que especialmente os estudos feitos em outras realidades que não a brasileira, vêm apontando que mulheres que vivem situação de violência são mais expostas a problemas de saúde diversos. As conseqüências negativas da violência contra mulheres, muitas vezes, se refletem na sociedade em geral, à medida em que afetam tanto o indivíduo que sofre a ação violenta, como podem ainda comprometer o desenvolvimento social ao atingirem outros integrantes da família, como crianças e adolescentes e as estruturas familiares em si, repercutindo, por sua vez, nos meios comunitários e sociais em que se encontram inseridas estas mulheres e seus filhos.

Segundo o Ministério da Saúde, Brasil (2001) os tipos de violência são:

Violência Física: é o emprego da força física, que também pode ser usada erroneamente na educação de um filho por parte de seus pais ou responsáveis. Apresentam-se das seguintes formas:

- Lesões Corporais
- Vias de Fato
- Infanticídio
- Homicídio

A Violência Psicológica: também designada de Tortura Psicológica ou Perversa Doçura, ocorre quando um adulto constantemente deprecia a criança, bloqueia seus esforços de auto-aceitação, causando-lhe grande sofrimento mental. Ameaças de abandono também podem tornar uma criança medrosa e ansiosa, representando formas de sofrimento psicológico. Existem dois tipos, são eles:

- Ameaça
- Crimes Contra a Honra

Negligência: representa uma omissão na provisão das necessidades físicas e emocionais de uma criança ou de um adolescente. Configura-se quando os pais ou responsáveis falham em termos de alimentar, de vestir adequadamente seus filhos, entre outras atitudes (quando estas falhas não são resultado das condições de vida além do seu controle). Este tipo de violência caracteriza-se por três tipos:

- Abandono Material
- Entrega de Filho Menor à Pessoa Idônea
- Abandono Intelectual

De acordo com Minayo (2006) a violência psicológica se faz presente em todos os outros tipos de violência, pois fere e interfere na saúde mental da mulher, na sua integridade física, moral e social e segundo, acontece principalmente no espaço intrafamiliar. Esse fato dificulta muito mais a sua divulgação diante as várias demandas de queixas fornecidas pelas mulheres nas Delegacias de Mulheres.

Minayo (2006) ainda acrescenta que é uma violência silenciosa, pois a acontece entre as paredes das casas, no choro contido, na ilusão de que não irá acontecer outra vez, que o agressor irá mudar.

E finalmente falar-se-á sobre a Violência Sexual que é todo jogo ou ato sexual, relação heterossexual ou homossexual, entre um ou mais adultos e uma criança menor de 18 anos, tendo por finalidade estimular sexualmente a criança ou adolescente e utilizá-la para obter uma estimulação sexual sobre sua pessoa ou de outra pessoa. Dividem-se nos seguintes tipos:

- Estupro: é caracterizado como um crime violento com implicações médicas, psicológicas, legais e sociais. Mais do que um ato sexual, o estupro é um ataque agressivo, com expressão sexual.

Segundo Costa (2009) esta ação desencadeia reações emocionais complexas por parte da vítima, freqüentemente mais significativas do que o dano físico. É um termo legal e não um diagnóstico médico. Durante a última década, as perspectivas sociais e psicológicas do estupro evoluíram significativamente. O estupro passou a ser encarado como crime de violência que pode ou não incluir excitação sexual por parte do agressor.

As vítimas de agressão sexual do sexo masculino geralmente não buscam ajuda médica ou legal e a incidência de atentado sexual a homens é desconhecida. Esses homens parecem ser vítimas de estereótipos pejorativos e de mitos, podendo, portanto ser ainda mais difícil para eles procurarem o setor de emergência. Os cuidados de homens sexualmente agredidos devem seguir as mesmas orientações para as vítimas do sexo feminino, exceto pelo encaminhamento a serviços de ginecologia. Embora limitado, o trabalho realizado com as vítimas do sexo masculino tem demonstrado que suas reações psicológicas ao trauma são acentuadamente semelhantes às das vítimas mulheres (COSTA, 2009)

Pode-se verificar que antes da lei 12.015/2009 o Código Penal Brasileira classificava o Atentado Violento ao Pudor como um crime que se diferenciava do estupro por envolver ato sexual diverso da cópula (também denominada conjunção carnal ou sexo vaginal) ou ainda, quando a vítima é do sexo masculino.

Segundo Costa (2009) no Brasil, a definição legal para um homem que tenha sido vítima de qualquer tipo de abuso sexual ou uma mulher que tenha sido forçada a praticar sexo oral, anal, etc., é atentado violento ao pudor e não estupro, como é em vários países do mundo.

Com o advento da lei 12.015/09, garantiu-se a tão falada igualdade de todos, ou seja, homens e mulheres. Dessa forma, somos todos iguais perante a lei, por que homens não podiam ser estuprados? Afinal na prática isso já acontecia, seja pela via anal ou oral, ou pela própria mulher que forçava a manter consigo conjunção carnal.

Por ser mais abrangente, os termos violência ou abuso sexual (ou violação) estão sendo cada vez mais preferidos na hora de se referir tanto ao estupro quanto ao atentado violento ao pudor.

- **Sedução:** difere de outras violências físicas porque está dirigida à satisfação sexual do sedutor e ao despertar de sensações sexuais na vítima. Mesmo sendo passiva fisicamente, a criança participa psicologicamente na atividade sedutora por meio de desejos, afetos, fantasias, que podem facilitar, contrariar ou complicar a sedução propriamente dita.

- **Corrupção de Menores:** caracterizado como o ato de corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo.

- **Tráfico de Mulheres:** é uma das modalidades mais praticadas no mundo contemporâneo. O tráfico de mulheres em sua essência se presta a escravidão sexual e se dá de forma degradante, reduzindo a mulher a um mero objeto dedicado a satisfazer a lascívia de outrem.

Heise et al. apud Velzeboer, (2003) dizem que entre outras consequências mais relacionadas à experiência da violência vivida por mulheres encontram-se consequências não fatais e as consequências fatais.

Consequências não fatais para saúde física que são as doenças sexualmente transmissíveis, lesões, doença pélvica inflamatória, gravidez indesejada, aborto, dor de cabeça, problemas ginecológicos, abuso de drogas/álcool, comportamento danoso à saúde como sexo inseguro, aleijamento parcial ou permanente, entre outras;

As consequências não fatais para a saúde mental: depressão, ansiedade, disfunção sexual, distúrbios da alimentação, problemas múltiplos da personalidade, entre outras;

Consequências fatais: suicídios e homicídios;

Consequências econômicas: no país onde a economia e o mercado encontram-se mais consolidados, 19% dos anos de vida perdidos por morte ou incapacitação física, por mulheres de 15 a 44 anos, resultam da violência baseada em gênero.

Sabe-se que os serviços de saúde frequentemente confrontam-se com esta realidade, nos casos em que as mulheres procuram atendimento nestes serviços, por problemas de saúde relacionados direta ou indiretamente com a violência. Entretanto, segundo Soares et al., (1996) diversas pesquisas assinalam que os profissionais de saúde têm demonstrado sérias dificuldades para identificar a

violência de gênero, inclusive em situações onde as mulheres apresentam severos danos à sua saúde. Por outro lado, ainda quando esses profissionais de saúde suspeitam de violência, esses casos não são confirmados na sua ampla maioria.

No entanto, Soares et al., (1996); Saffioti e Almeida, (1995^a); Saffioti, (1994^a); Moreira et al., (1992) dizem que , diversos estudiosos no campo das ciências sociais e da saúde demonstram-nos a relevância deste fenômeno, que se expressa no cotidiano de um grande número de famílias brasileiras. As conseqüências se traduzem em uma série de agravos à saúde física, à saúde reprodutiva e à saúde mental das mulheres e, não em poucos casos, elas são fatais.

A violência contra mulheres (meninas, adolescentes e jovens), de grande incidência, mas de difícil registro, nos remete à fragilidade da atenção prestada a essas pessoas, que por falta de legislação que as ampare em todos os sentidos tais como os seus direitos constitucionais, a proteção e punição exemplar de seus agressores, continuam sujeitas aos espancamentos, violências domésticas, sexuais, psicológicas e outras.

Segato (1999) diz que o estupro é definido pelo Código Penal Brasileiro como crime de ação privada contra os costumes (artigo 213 Lei 8.069/90; 8.072/90 e 8.930/94) e não contra a pessoa. Ou seja, ele está restrito a relação sexual entre o homem e a mulher que ocorra com penetração vaginal, realizado contra a vontade dela e com o recurso da violência. Outras situações de violência sexual diferente da conjunção carnal são enquadradas na categoria atentado violento ao pudor, como crime de ação pública (art. 214, art. 263 (8.072/90) e art. 6 (8.930/94). O que se considera crime é a agressão à sociedade por intermédio do corpo feminino, é como se o homem (pai ou marido) fosse tocado em sua integridade moral pela violência sexual vivenciada pela mulher.

Saffioti (1999) diz que a violência sexual contra as mulheres, crianças ou adolescentes não decorre do desejo sexual ou amoroso. Ao contrário, é uma demonstração extrema de poder do homem sobre as mulheres, na subjugação do seu corpo, tornado objeto, e da sua autonomia como sujeito. É também uma forma de agressão entre homens, já que a posse sexual do corpo de uma mulher incorpora o significado simbólico de aviltamento e humilhação dos homens com que esta mulher mantém qualquer tipo de relação. Ou, dito de outra forma, de quem esta mulher é posse. Não é à toa que, historicamente, o estupro das mulheres tem sido

usado em guerras como símbolo de conquista e da barbárie que circunda este tipo de situação.

De acordo com Foucault (1987) embora o estupro seja uma situação limite, é um ato que deve ser entendido como o ponto extremo de um *continuum* de negação da autonomia das mulheres sobre seus corpos. Além das mulheres que chegam aos serviços com queixas de violência sexual, existem várias que são obrigadas a ter relações sexuais sem vontade, mesmo sob coação e mesmo sem proteção com seus parceiros, maridos ou namorados, e que não procuram serviços de saúde por esta razão, entendendo que este é um ônus inerente à sua condição de mulher.

Segundo o Dicionário Aurélio, estupro é definido como o crime de constranger alguém ao coito com violência ou grave ameaça. Conduta hedionda, pois, segundo a mesma fonte, hediondo é algo repulsivo, pavoroso, medonho. Portanto, pelo senso comum, todo estupro é um crime hediondo. Não existe, por exemplo medonhos.

Anteriormente à Lei 12.015/2009, o Código Penal, classificava o estupro de diferentes maneiras, ou seja, uns mais, outros menos graves, conforme afirma Silva Junior (2004).

Verificou-se que inicialmente, o Código definia o crime de estupro no art. 213: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 a 10 anos”, denominado de estupro simples (LEI 8.072/90).

No art. 223: Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 8 a 12 anos e no parágrafo único, do mesmo artigo. Se do fato resulta morte: Pena - reclusão, de 12 a 25 anos, previa os estupros qualificados (LEI 8.072/90).

Por fim, existia ainda o estupro presumido, previsto no art. 224:

De acordo com Mirabete (1988) resume-se a violência, se a vítima:
a) - não é maior de 14 anos; b) - é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) - não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Silva Junior (2004) dizia que de acordo com o senso comum, existia apenas uma forma de estupro; entretanto de acordo com o Código Penal, anterior à Lei 12.015/2009, existiam quatro: estupro simples, estupro qualificado pela lesão corporal grave, estupro qualificado pela morte e estupro presumido.

Essa diferença era explicada pelos critérios adotados pelas duas posições. Para o senso comum, o critério é subjetivo: a sensação de repulsa; para o direito, o critério é técnico-jurídico: princípio da proporcionalidade. Os dois critérios não se excluem, até se completam, mas não se confundem. O primeiro faz parte da nossa formação moral; o segundo, da realização de justiça. Justiça e moral, no estágio atual da civilização, não se confundem: atuam em esferas diferentes da atividade humana, embora se complementem (SILVA JUNIOR, 2004).

Na busca da realização de justiça, o direito penal é um instrumento jurídico de proteção de determinados valores ou interesses fundamentais para a vida em sociedade (bens jurídicos). Não é o único nem o principal. Na verdade, é a ultima ratio: somente deve ser aplicado quando os outros ramos do direito forem ineficazes. Com essa característica de intervenção mínima, a pena é prevista e aplicada como contra-estímulo à conduta descrita pela lei como crime. Busca, assim, evitar a prática delituosa e não aplicar uma vingança-castigo ao criminoso (SILVA JÚNIOR, 2004, p. 6).

No tópico a seguir ver-se-á a violência e a Lei Maria da Penha que mostra a violência como fenômeno diretamente relacionado a questão de gênero e portanto abrangendo o homem e a mulher.

2.1 Violência na perspectiva da Lei Maria da Penha

De acordo com Medeiros, Oliveira, Veloso (2009) até a década de 70 as violências cometidas contra as mulheres brasileiras aconteciam só dentro de suas casas e ficam enterradas, não eram questionadas e confrontadas no âmbito pelas autoridades estatais.

Após várias lutas de movimentos feministas, as idéias de inferioridade natural da mulher em relação ao homem e, portanto, de desigualdade de poder entre estes sujeitos fizeram com que os casos de discriminação contra a mulher alcançassem visibilidade na esfera pública, passassem a ser conhecidas pelo senso comum e refletidas por toda sociedade.

Medeiros, Oliveira, Veloso (2009) dizem que, dessa forma, verifica-se que, surgem novas formas de pensar a relação de gênero, mais especificamente,

a relação mulher-homem; novas formas de ser mulher, novas representações sociais sobre violência e novas leis para impedir essa violência, então, o Estado começa a se preocupar com tal fato e passa a defender o grupo social entendido como vulnerável às violações de direitos humanos decorrentes das relações entre os gêneros homem e mulher, qual seja: a mulher.

Na década de 80 os Estados foram incentivados a criar delegacias especializadas para cuidar dos casos de violência contra a mulher; em 2006, através da chamada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006), a sociedade brasileira alcança um reforço mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, como por exemplo, a ordem programática de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Segundo dados da Secretaria de Vigilância em Saúde (2005) a Lei Maria da Penha vem proporcionando maior visibilidade às ações de combate à violência contra a mulher, com intervenções concretas em relação ao agressor como, por exemplo, a sua prisão, segurança e proteção à mulher agredida em espaços como Casas Abrigo e a viabilidade de acessar meios governamentais e jurídicos para questões legais serem resolvidas sem tanta morosidade e com mais resolutividade.

Minayo (2006) diz que a realidade dessa violência que assola e assombra mulheres de diversas faixas etárias, classes sociais e níveis de cultura tornam-se cada vez mais gritante, percebe-se nesse contexto a reificação da dominação e exploração do homem em relação a mulher e urge a necessidade de romper com os grilhões do domínio privado e lançar-se no domínio público para agir com intervenções diretas e concretas tendentes à diminuição desse tipo de atitudes contra a mulher.

Como esse fenômeno está diretamente relacionado a questão de gênero e portanto abrangendo o homem e a mulher, é necessário criar estratégias de enfrentamento para ambos com o objetivo de re-significar suas atitudes e maneiras de relacionar-se e aprender a conviver com respeito a singularidade de cada um, oferecendo serviços na área da psicologia, social, jurídico e infra-estrutural. Parece que a Lei Maria da Penha vem suprir essa carência há tanto tempo sentida por essas mulheres, situando-a como uma questão de saúde pública.

Com isso, segundo Medeiros, Oliveira, Veloso (2009) toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível

educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (Art. 2º da Lei 11.340/2003).

De acordo com Medeiros, Oliveira, Veloso (2009) essa lei surge com o fim de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, compreendidas como uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º). Assim, apenas com esse esclarecimento sobre a finalidade da nova legislação, é possível prevermos qual o espaço favorável às práticas de violência contra mulher que está sendo priorizado pelo Estado e pelos movimentos feministas, isto é, o espaço privado, já que tais transformações legislativas respondem às aspirações daquelas.

E assim nos confirma o artigo 5º, da referida Lei:

Configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (Lei 11.340/2006, Lei Ordinária de 07/08/2006, p. 2)

Para Medeiros, Oliveira, Veloso (2009) os aspectos da Lei Maria da Penha mostram que em nossa sociedade atual ainda persiste o patriarcado, dessa forma ela sempre acontece dentro dos ambientes doméstico e familiar.

Pode-se observar então que o termo violência engloba aspectos de discriminação, exploração, crueldade e opressão. A partir desse esclarecimento, os tipos de violências apresentadas pela legislação (art. 7º) são:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e

vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (Lei 11.340/2006 , Lei Ordinária de 07/08/2006, p. 3)

Diante do exposto, ressalta-se que as propostas jurídico-punitivas que tutelam o assunto da violência contra a mulher delimitam-se pelo vínculo afetivo, oriundo das relações privadas, e esquecem-se das violências simbólicas presentes na nossa sociedade que contribuem com a prática da dominação masculina.

Contudo, verifica-se que as violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, como também as configurações de violências simbólicas, existem tanto no espaço privado e quanto no espaço público.

Segundo Dominguez e Machado (2010) a violência é a terceira maior causa de mortes no Brasil. Em 2008, foram registradas 2.375 ocorrências de atentado violento ao pudor, 64.853 de ameaça, 73.475 de lesão corporal dolosa e 5.717 de homicídio doloso, nas delegacias de polícia do estado do Rio de Janeiro. As mulheres eram as vítimas, respectivamente, em 70,7%, 63,9% e 62,3% de cada um dos crimes. Restringindo-se a conta aos casos de violência doméstica, familiar e afetiva, o percentual aumenta: elas denunciaram 87,1% das ocorrências de lesão dolosa e 93,5% das de ameaça. O agressor era majoritariamente o companheiro ou ex-companheiro 80,3% nas lesões e 82,7% nas ameaças, segundo o 4º Dossiê Mulher, publicação do Instituto de Segurança Pública (ISP).

Para Dominguez e Machado, (2010 *apud* Minayo, 2006) a Lei Maria da Penha é “um ponto de inflexão num antivalor de longa duração”. Acredita-se que esse antivalor seja fruto do machismo, que vem através dos séculos apesar de tantas mudanças da sociedade. A premissa de que o homem é o portador da

verdade coloca a mulher e os filhos como seres incapazes de pensar por si mesmos; caberia sempre a ele estabelecer a ordem e a verdade. Diante disso, surgem as submissões físicas, sexuais e do pensamento, explica a pesquisadora.

Segundo Minayo (2006) a Lei Maria da Penha ao fazer essa inflexão, diz para a sociedade que desse momento a violência contra a mulher não pode passar em branco.

No tópico seguinte falar-se-á sobre o a Constituição Federal e o Código Penal Brasileiro que tem o princípio da dignidade humana e igualdade de direitos para todos.

2.2 A Constituição Federal e o Código Penal Brasileiro

2.2.1 A Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações, tendo em vistas que, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida de direito, sem que se esqueça, porém, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (TOSCANO, 2004).

Em uma primeira análise observa-se que o nome do título trazia a idéia de bons costumes e não de dignidade como foi introduzido pela lei 12015/2009, ou seja, com esta lei , nota-se uma maior preocupação do legislador haja vista que ao se falar em dignidade sexual surge uma maior repulsa pelo delito

cometido, ao passo que crimes contra os costumes deixava muito a critério do à vítima ou o meio social ao qual pertencia classificava contra costumes.

A seguir descrever-se o art. 5º da Constituição que rege o princípio da igualdade dos cidadãos brasileiros.

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Segundo Cavalcante (2010) o Art. 5º tem como principal disposição o princípio da igualdade formal ou princípio da isonomia, onde todos são iguais mediante a lei. Porém, isso não quer dizer que essa “igualdade” de tratamento seja absoluta. Em resumo, o princípio da igualdade é tratado processualmente, de modo proporcional as partes, ou seja, tratar igual os iguais, e desigual os desiguais.

A supremacia da Constituição Federal está ligada ao conceito de soberania do estado Brasileiro, deste modo os ditames constitucionais só atuam a quem está sob tutela estatal brasileira. Assim, estão incluídos todos que se encontram em território brasileiro, nacional ou estrangeiro, estrangeiros residentes ou em trânsito, pessoas físicas ou jurídicas.

2.2.2 Código Penal Brasileiro

Duarte (2002) diz que embora promulgado em dezembro de 1940, o novo Código Penal somente passou a vigorar em 1º de Janeiro de 1942, não só para que se pudesse melhor conhecê-lo, como também para coincidir sua vigência com a do Código de Processo Penal.

Ainda sendo nossa legislação penal fundamental, o Código de 1940 teve origem em projeto de Alcântara Machado, submetido ao trabalho de uma comissão revisora composta de Nelson Hungria, Vieira Braga, Marcélio de Queiroz e Roberto Lira.

Duarte (2002) ainda afirma que esta legislação era eclética, ou seja, não assumiu compromisso com qualquer das escolas ou correntes que disputavam o acerto na solução dos problemas penais. Fazia uma conciliação entre os postulados das Escolas Clássicas e Positiva, aproveitando o que de melhor havia nas legislações modernas de orientação liberal, em especial nos códigos italiano e Suíço.

Várias foram as tentativas de mudança da legislação penal.

Em 1963, a pedido do governo federal, o professor ministro Nelson Hungria, apresentou anteprojeto de sua autoria. Após submetido a várias comissões revisoras, o anteprojeto Hungria foi finalmente convertido em lei pelo Decreto-Lei Nº 1004, de 21 de outubro de 1969.

A vigência do código de 1969 foi, porém, adiada sucessivamente. Críticas acerbadadas se lhe fez, tanto que foi modificado substancialmente pela Lei Nº 6.016, de 31 de Dezembro de 1973. Mesmo assim, porém, após vários adiamento da data em que deveria vigor, foi ele revogado pela Lei Nº 6.5778, de 11 de outubro de 1978.

Em 1980, o Ministro da Justiça incumbiu o professor Francisco de Assis Toledo, da Universidade de Brasília, da reforma do Código em vigor. A exemplo da Alemanha, primeiro se modificou a parte geral.

Em 1981, foi publicado o anteprojeto, para receber sugestões. Depois de discutido no Congresso, o projeto foi aprovado e promulgada a Lei Nº7.209 de 11/07/1984, que alterou substancialmente a parte geral, principalmente adotando pena ou medida de segurança.

Com a nova Parte Geral, foi promulgada a nova Lei de execução Penal (nº 7.210 de 11/07/1984). É uma lei específica para regular a execução das penas e das medidas de segurança, o que era súplica geral, tanto que já se fala na criação de um novo ramo jurídico: o Direito de execução Penal.

De acordo com Duarte (2002) diz que o Estatuto repressivo pátrio alterado pela Lei nº 9.714/98 no que concerne as penas restritivas de direitos. Incluídos foram mais dois tipos de penas: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores.

Segundo Azevedo (2010) o direito penal brasileiro vem sofrendo nos últimos anos intensas e significativas mudanças, sempre na busca por uma justiça criminal célere e contemporânea ao atual estágio de desenvolvimento da sociedade

brasileira. Esta transformação se materializa tanto pela eliminação de tipos penais incongruentes e incompatíveis com a evolução dos costumes, como se relaciona com a ampliação do rol de condutas proibidas e aumento das sanções penais. Tudo isto tem como finalidade promover o necessário ajuste do antigo texto penal à realidade social.

Verifica-se que com isso, não se obtêm a eficiência nestes ajustes ou, mais precisamente, tentativa de ajustes ao direito penal, já que no Brasil não existe uma política criminal séria, com estudo criminológico e participação de todos os setores organizados da sociedade, visando buscar-se a solução mais adequada ao problema penal. Mesmo assim, mudanças merecem e devem ser feitas, em que pesem os equívocos observados ao longo deste processo (AZEVEDO, 2010).

Desta forma, fica evidente que o estado proporcionando os direitos sociais previstos na Constituição estará ao mesmo tempo alcançando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Eluf¹, no rol de mudanças do Código Penal, pode-se destacar também a unificação de condutas. "Anteriormente, existia o crime de estupro e outro de atentado violento ao pudor, que consistia apenas em atos . Agora, ambos são a mesma coisa e devem resultar na aplicação de uma única pena: 6 a 10 anos de reclusão".

Segundo Martinelli (2009) o direito penal sexual depois de 40 anos experimentou algumas modificações, verifica-se em princípio a mudança do Título VI, que era conhecido por "crime contra os costumes" e atualmente leva uma nova denominação, "crime contra a dignidade sexual", num esforço para finalmente considerar tais delitos atentados contra a pessoa humana, seguindo a tendência doutrinária moderna, entretanto existem opiniões a favor da denominação crimes contra a liberdade sexual.

Observa-se que todos os crimes atentam contra o meio social, no entanto, e segundo a nova legislação, Lei 12.015/2009, não se pode enfatizar a violação à autodeterminação sexual da vítima senão como violação à dignidade na sua vertente sexual, como bem jurídico atingido. Crê-se, a opção do legislador segue a linha constitucional de considerar especialmente um bem jurídico amplo, a

¹ Luiza Nagib Eluf, Procuradora de Justiça do Ministério Público de São Paulo, especialista em Direito Penal e autora de diversas publicações sobre crimes sexuais.

dignidade da pessoa humana e dividi-lo em diversos ramos como a sexualidade, a honra, a incolumidade física, a liberdade (MARTINELLI, 2010).

Acredita-se na necessidade de definir em primeiro lugar o que é dignidade da pessoa humana para dar prosseguimento a este tópico.

Moraes (2005 apud Lima, 2009) a define:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

De acordo com Comparatto (1999 *apud* GUERRA e EMERIQUE, 2006) os direitos humanos fundamentais não podem ser compreendidos como fruto das estruturas do Estado, mas da vontade de todos, ou seja, as liberdades não são criadas e não se manifestam senão, em sua maior parte, quando o povo as quer.

A dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas (COMPARATTO, 1999, p. 20).

Estão previstos na Constituição Federal os Direitos e Garantias Fundamentais descritos do art. 5º ao art.17, mas vale relatar que é no art. 1º, III, que se encontra o Princípio da dignidade da pessoa humana, positivado como Fundamento da República Federativa do Brasil. O caput do mesmo artigo estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma Capez (2009, p. 06), diz que:

O Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum;

pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das idéias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana.

Diante de tal afirmação, verifica-se que surge o sentimento social de justiça, onde as leis devem ter conteúdo e adequação social e o Estado, conseqüentemente, deve estar à serviço do bem comum, ou seja, assegurar a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Biachi (2007) é necessária a consciência, de que não é suficiente os Direitos e Garantias Fundamentais estarem assegurados nos mandamentos legais para transformar um Estado em Estado Democrático de Direito, pois para isso, é preciso uma eterna busca da viabilização concreta desses direitos, ou seja, todas as funções do Estado, encarado nos seus três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário e o ordenamento jurídico devem estar submetidos aos princípios fundamentais, e em especial , ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado, na sua função jurisdicional, está falhando no momento em que aplica a lei de maneira mecânica, pronunciando sentenças sem perquirir se seus efeitos vão ao encontro dos valores máximos da Constituição, há uma despersonalização das partes no contexto social cultural e econômico em que estão mergulhadas, provocando, não raro, soluções injustas. Há que se fazer uma interpretação teleológica da regra jurídica, priorizando o público em face do privado (BIACHI, 2007, p. 8).

Para Leal (1997) o Poder Legislativo e o Poder Executivo também não exercem suas funções, de maneira verdadeira, na medida em que não proporcionam condições capazes de amenizar os conflitos gerados por um sistema capitalista altamente excludente e que está tornando direitos e garantias fundamentais como a saúde, o emprego a educação gratuita, em eternas normas programáticas, justificando sua inércia diante das diárias violações contra esses direitos. Portanto quando se fala em crescimento econômico, faz-se imprescindível estabelecer a diferença entre este indicativo com o indicativo de desenvolvimento econômico, pois neste avalia-se a distribuição de direitos e benefícios à população considerando a desigualdade de tal distribuição e naquele há apenas um montante de números despersonalizados.

A instabilidade da economia serve como pano de fundo para esse caos. A violência, expressão máxima do cotidiano, está cada vez mais presente, e as crianças, estampadas nos discursos políticos como o futuro do país, choram ou se calam, atônitas, diante da agressão ou negligência. Muitas ficam com seqüelas pelo corpo, outras, não resistem e morrem; os culpados estão nas ruas, em repartições e, o mais assustador, ao lado delas, dividindo o mesmo teto (BIACHI, 2007, p. 9).

Diante de tal situação, Biachi (2007) afirma que é impossível se pensar no tema dos Direitos Humanos no Brasil sem relacioná-los com a proclamação do Estado Democrático de Direito que deve promover o respeito e a proteção à vida humana tendo como fundamento os princípios embaixadores da Ordem Constitucional.

Verifica-se que para o alcance da dignidade da pessoa humana é necessário uma política pública que promova uma maior igualdade social. Ainda, para que este princípio seja devidamente respeitado, é necessário que primeiramente haja a devida aplicação dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição (SARLET, 2007).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais importante de todos os princípios e por isso deve ser devidamente aplicado evitando assim inconstitucionalidades. Nesse sentido, há que se ater aos comandos constitucionais consagrados os artigos 1º ao 4º da Carta de 1988, com nítida prevalência para o postulado da dignidade da pessoa humana, não só como critérios definitivos de interpretação da Carta, no que se constituem em parâmetro para aferimento de inconstitucionalidades; como principalmente, norte e exigência da aplicação da Constituição aos casos concretos(PIOVESAN, 2003, p. 393).

Nucci (2009) diz que a dignidade da pessoa humana está acima da dignidade sexual, pois esta é apenas uma espécie da primeira, que constitui o bem maior (art. 1º, III, CF). Logo, pretender alavancar a dignidade sexual acima de todo e qualquer outro bem jurídico significa desprestigiar o valor autêntico da pessoa humana, que ficaria circunscrita à sua existência sexual.

Para este autor o agente do crime sexual, portanto, deve ter todos os direitos respeitados, tal como o autor de qualquer outro delito grave. Particularmente, não se pode esquecer princípios-garantia, constitucionalmente previstos, em nome de um subjetivismo individualista e, por vezes, conservador, para a interpretação do novo art. 213.

Visualizar dois ou mais crimes, em concurso material, extraídos das condutas alternativas do crime de estupro, cometido contra a mesma vítima, na mesma hora, em idêntico cenário, significa afrontar o princípio da legalidade (a *lei* define o crime) e o princípio da proporcionalidade, vez que se permite dobrar, triplicar, quadruplicar etc, tantas vezes quantos atos libidinosos forem detectados na execução de um *único* estupro (NUCCI, 2009, p. 3)

2.3. Lei antiga do Estupro *versus* Lei nº 12.015/2009

Diante disso surge a Lei nº 12.015/2009 alterou os incisos V e VI, do artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos. Antes, o inciso V tratava do antigo estupro; agora, trata da nova conduta descrita no crime de estupro. Atualmente, o inciso VI traz o crime de estupro de vulnerável; anteriormente, crime de atentado violento ao pudor.

As mudanças trazidas pelas leis são inevitáveis, pois a nossa sociedade está sempre em transformação.

De acordo com Trigueiros (2010), no rol de mudanças do Código Penal segundo Eluf, pode-se destacar também a unificação de condutas.

Anteriormente, existia o crime de estupro e outro de atentado violento ao pudor, que consistia apenas em atos libidinosos. Agora, ambos são a mesma coisa e devem resultar na aplicação de uma única pena: 6 a 10 anos de reclusão. Ou seja, não há necessidade somente da conjunção carnal, que consiste no ato sexual. Incluíram os outros tipos de atos, tais como beijo e sexo oral.'

Para Eluf (2010 *apud* Trigueiros , 2010) dessa forma, tanto o homem quanto a mulher podem praticar o crime de estupro e ambos também podem sofrer as consequências do crime. Outra mudança está na despenalização do crime de casas de prostituição. Crime agora é manter estabelecimento onde ocorra exploração sexual.

Esta nova lei alterou a descrição e pena de alguns crimes contra liberdade sexual, dentre eles o estupro.

Acredita que tal alteração foi punir com maior rigor os crimes em questão, tendo em vista a vontade da sociedade, entretanto pode cair na inconstitucionalidade.

Na antiga redação, lia-se no art. 213, sobre ESTUPRO:

art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça .

Pena: Reclusão de seis a dez anos

Tratando-se do ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, lia-se

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

Pena: Reclusão de seis a dez anos

Observa-se que em ambos os casos, se de fato resultasse morte, a pena poderia ser aumentar de doze a vinte e cinco anos.

Verifica-se que a lei antiga, acontecia o estupro quando havia a conjunção carnal, ou seja, introdução pênis na vagina. Nesse caso só a mulher podia ser vítima de estupro e era um ato muito bem definido, tratando-se da do atentado violento ao pudor é o ato libidinoso que não seja pênis na vagina.

Para Chaves (2009) ao referir ao ato libidinoso abre-se espaço para várias interpretações. Infelizmente a lei deveria ter descrito quais seriam os atos considerados libidinosos, pois o direito penal deve ser transparente, não deixando brechas ou subjetivismos que acarretem dúvidas. Estas brechas devem ser analisadas e exigem bastante prudência dos magistrados para a avaliação justa de cada caso

Verifica-se que na nova redação da Lei, substitui-se a mulher para alguém, dessa forma o artigo fica da seguinte forma:

Art. 213 Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: **Pena** - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: **Pena** - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2o Se da conduta resulta morte: **Pena** - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Verifica-se que nesta lei, junta-se o Estupro e o Atentado Violento ao Pudor em um único crime, e o agressor pagará apenas por um crime.

Acredita-se que a nova lei abrandou a punição por estupro e atentado violento ao pudor.

Tratando-se do art. 215:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: **Pena** - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Nesse caso o crime será punido pensando na gravidade ou não do caso, ou seja, acredita-se que impedir a manifestação de vontade da vítima é tão grave quanto estuprar mediante ameaça.

Referindo-se ao art. 217 do Código Penal:

"Sedução

Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos."

Este artigo foi revogado pela Lei 011.106/2005, tratava-se de crime de sedução, sua redação configurava quando o agente "seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança. Hoje verifica-se que o crime em questão é de difícil configuração em razão da necessária conjugação das elementares que o integram para que tal se verifique. É preciso que a vítima seja virgem; menor de dezoito e maior de catorze (se for menor de catorze o crime cogitável será o de estupro); inexperiente e ingênua, ou que deposite justificável confiança em seu sedutor.

Com a lei 12.015/2009, criou-se o crime de "estupro de vulnerável", que passa a ser tipificado no artigo 217-A do Código Penal. A redação do novo

artigo pune com prisão de oito a 15 anos quem mantiver qualquer tipo de relação sexual com menor de 14 anos.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: **Pena** - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

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

Verifica-se, que hoje as mulheres estão amadurecendo muito cedo, quem sabe então se não poderiam diminuir esta idade, ou deixar a critério de uma avaliação de um perito em psicologia ou psiquiatria.

Segundo Soleira (2010, p. 1)

Não se pode desprezar que, na atual realidade social, não são raros os casos em que menores de 14 anos possuem vida sexual ativa e praticam, com normalidade, atos sexuais de forma consentida. Nessas situações, ainda que reprovável a conduta daquele que adere à vontade da menor e com ela pratica ato sexual, não se mostra proporcional a aplicação de sanção tão gravosa. No entanto, serão punidos gravosamente tanto aquele que pratique ato sexual de forma consentida quanto àquele que o faça mediante violência e grave ameaça. É certo que no segundo caso a pena poderá ser agravada mediante sopesamento adequado das circunstâncias do crime, mas ainda assim o distanciamento entre as punições será pequeno.

De acordo com D'Agostino (2010), alguns especialistas afirmam que em alguns pontos, as mudanças no Código Penal e Lei de Crimes Hediondos, tornam as punições mais severas, dessa forma lei 12.015, aumenta as penas para casos de estupro e pedofilia no país cumpre seu objetivo, em outros beneficiará os réus já condenados com a diminuição das penas.

Por outro lado, verifica-se que em razão da supressão do chamado atentado violento ao pudor. Antes, estupro e atentado violento ao pudor eram dois crimes autônomos, cujas penas eram somadas. Agora, será aplicada apenas uma pena, menor. Quando uma lei mais nova é benéfica em relação à anterior, a validade dela retroage a favor do réu.

Acredita-se que a Lei nº 12.015/09 inovou em questões relativas aos crimes contra a dignidade sexual, o lenocínio² e o tráfico de pessoa para o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, entretanto, trouxe modificações profundas que precisam ser melhor analisadas e discutidas para sua total aplicação.

2.4 O Silêncio Gritante das Vítimas de Violência Sexual

Para Squizatto;Pereira (2.004) a violência sexual tem ocupado espaço nos debates institucionais e acadêmicos, por entender-se que este não é um campo apenas da justiça ou da saúde pública pois não se trata de uma violência unilateral e sim multifacetada. Por isso, exige a participação de diversos profissionais e segmentos, para o entendimento do fenômeno e atuação sobre suas conseqüências.

As vítimas de violência sexual freqüentemente encontram-se isoladas e invisibilizadas, distante de seus direitos constitucionais e de proteção à saúde e acesso a justiça. Resistem em revelar o ocorrido, pois temem a exposição de sua intimidade e possuem baixa expectativa com os resultados da Justiça. Reagem negativamente a condução do inquérito policial e do exame pericial sem contar o constrangimento em confrontar o agressor no tribunal e o risco de ter sua história desqualificada.

A grande maioria das vítimas desiste de procurar a Justiça, mesmo sabendo que a denúncia é a única forma de conter a violência e desconhecem a gravidade dos riscos físicos e emocionais da violência sofrida.

A violência sexual é um fenômeno universal que atinge indistintamente homens e mulheres, em qualquer etapa da vida, independente de religião e classe social. Se constitui uma das mais amargas expressões da violência de gênero e uma brutal violação dos direitos humanos, sexuais e reprodutivos. Soma-se ainda a isso a violência sexual incestuosa que atinge crianças e adolescentes, no espaço familiar que é caracterizada pela estimulação sexual intencional, por parte de algum dos membros do grupo familiar que

² é uma prática criminosa que consiste em explorar o comércio carnal alheio, sob qualquer forma ou aspecto, havendo ou não mediação direta ou intuito de lucro (cafetinagem).

possuí relação parental com a vítima (SQUIZATTO; PEREIRA, 2004, p.6).

Gueiros (2010) considera um erro grave do legislador na lei, que agora obriga as vítimas maiores de idade, inclusive em casos combinados com agressão ou morte, a representar contra o acusado, ou seja, demonstrar que têm interesse em processá-lo, na chamada ação pública condicionada à representação.

Quando se diz representar, significa que, além de um boletim de ocorrência, a vítima de estupro, que agora também pode ser do sexo masculino, já que o tipo deixou de ser exclusivamente relativo à penetração vaginal, terá que preencher um formulário na delegacia informando que, uma vez identificado o agressor, tem interesse em processá-lo.

Gueiros (2010) ainda afirma que, os processos já existentes na Justiça, e, portanto, com os agressores sexuais já identificados, as vítimas ou seus parentes (no caso de estupro com morte) terão que ser localizados dentro de seis meses e confirmar, perante o Judiciário, o interesse em prosseguir com a ação. Isto ocorre porque, neste tipo de alteração no código penal, o direito retroage em benefício do acusado.

Ressalta-se que só ficam de fora desta regra, os processos de estupro à representação da vítima, os casos de violência sexual em que a vítima é menor de idade ou pessoa vulnerável. Nesses casos, o Ministério Público não depende da confirmação da vítima para seguir com a acusação.

Verifica-se que com o advento da nova lei do estupro, é necessário que a vítima de estupro qualificado também represente, demonstre interesse em seguir com a ação. No caso de vítimas fatais caberá aos familiares o direito de formular essa representação.

Observa-se então que, os processos relativos a esses crimes, atualmente em tramitação, passaram a depender da anuência da vítima ou de seu representante legal. O direito de representação está regulado no art. 38 do Código de Processo Penal e no art. 103 do Código Penal, e deve ser exercitado, sob pena de decadência, no prazo de seis meses, contado do dia em que a vítima ou seu representante legal veio a saber quem é o autor do crime.

Conforme vários legisladores afirmam, entre eles Gueiros, observa-se que a Constituição tem o princípio da dignidade humana, como a vítima de um

estupro tem a sua dignidade sexual violada, entretanto esta lei desprotege o direito constitucional.

Segundo Eluf (2009) a nova lei, porém não trouxe inovação, ficando no meio termo: determina que a ação penal seja pública, porém condicionada a representação. Essa medida não satisfaz, visto que cria dificuldades na apuração dos fatos e supõe que, para a vítima de crime sexual, denunciar seu agressor poderia ser um constrangimento pelo qual talvez não quisesse passar. Dessa forma, deixa a seu critério pedir a propositura da ação.

Acrescenta ainda que caso a vítima não acione a Justiça no prazo de seis, perde o direito de fazê-lo. Como abordou-se neste artigo, as causas pós violência sexual são muito danosas, por vezes é preciso mais tempo do que seis meses para que a vítima se recupere do trauma e perceba a importância de punir seu agressor. Nessas circunstâncias, ela perde o prazo. Em outras situações, a vítima somente se sente fortalecida e disposta a prestar declarações sobre a violência que sofreu quando outras mulheres acusam o mesmo delinquente e o fato vem a público nos meios de comunicação. Só que, também nesse caso, em geral o prazo de seis meses já se esgotou.

É de se lamentar que a nova lei não tenha ido mais longe para amparar com maior eficiência as vítimas de crimes sexuais. Mesmo porque, é interesse social que isso aconteça. A decisão de processar não pode ficar a critério da vontade individual (ELUF, 2009, p. 9).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se no decorrer deste trabalho que a vítima de violência sexual , será o responsável por processar ou não, criminalmente, o agressor. O artigo 225 da Lei 12.015, transfere a decisão para a vítima mesmo em casos de estupro qualificado, em que há lesões graves. Com a nova regra, vítimas de agressores que já estão sendo processados poderão, ainda, ter de confirmar à Justiça, no prazo de seis meses, se desejam continuar com a ação.

A regra antiga, rezava no caso de violência que resultasse lesão grave, a ação penal era pública e não dependia da vontade da vítima para processar o agressor. Com a nova lei, apenas casos que envolvam menores de 18 anos não dependerão de queixa ou representação da vítima para que seja movida a ação. Observa-se que , antes do advento da Lei 12015/2009, na grande maioria dos casos de estupro, a ação penal era privada, hipótese que não mais existe, porém, em relação a forma qualificada, a ação penal passou a ser condicionada à representação.

Algumas autoridades são contrárias ao dispositivo da Lei 12.015/09, e entraram com representação na Procuradoria-Geral da República para que a instituição questione no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da lei neste ponto.

Pode-se observar que as autoridades os avanços da legislação quanto à proteção de crianças e adolescentes, entretanto, afirmam que o legislador cometeu um grande equívoco ao mudar os dispositivos que tratam da atuação do

Estado, independentemente da vontade da vítima, nos casos de estupro que geraram lesões graves como aborto e contaminação por HIV, entre outros.

Concorda-se com a alegação destas autoridades, visto que acredita-se que este dispositivo atenta contra a dignidade humana, garantida na Constituição Federal e que esta disciplina legal afronta flagrantemente a dignidade sexual, parcela relevante da dignidade da pessoa humana,.

REFERENCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Do homem como sujeito passivo do delito de estupro (Lei nº 12.015/2009). Netlegis, 2009.

ARAÚJO, Thiago Lustosa Luna de. O(s) novo(s) crime(s) de estupro: Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei 12.015. Teresina: Jus Navigandi, 2009.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

CAVALCANTE, VALÉRIA ARAÚJO, CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, publicado 20/01 /2010, disponível <http://www.webartigos.com>, acesso em 23 de fevereiro de 2010

D'AGOSTINO, Rosanne, Nova lei de estupro e pedofilia beneficia condenados, disponível no site <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/08/25/ult5772u5061.jhtm>, acesso em 02 de julho de 2010

DE JESUS, Damásio E. Direito Penal. Parte Especial. 3º Volume. 12ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 1998.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Código Penal Comentado. 4ª Edição. Edição Renovar. São Paulo, 1998.

Direitos Humanos e Violência Intrafamiliar: Informações e Orientações para Agentes Comunitários de Saúde/ Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde; Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos – Brasília, 2001

DREZETT J, et al. Estudo de mecanismos e fatores relacionados com o abuso sexual em crianças e adolescentes do sexo feminino. J Pediatr, Rio de Janeiro, 2001.

_____ Contracepção de emergência e violência sexual. Disponível em <http://www.ipas.org.br/arquivos/jefferson/CLAE.doc>, acesso em 01/abril de 2010.

ELUF, Luíza Nagib. Crimes contra os Costumes e assédio sexual. São Paulo: J. Brasileira, 1999.

ELUF, Luiza Nagib, Nova lei de crimes sexuais cria mais problemas do que soluciona 2009, disponível no site <http://www.cabecadecuia.com/noticias/55002/nova-lei-de-crimes-sexuais-cria-mais-problemas-do-que-soluciona.html>, acesso em 20 de março de 2010

FOUCAULT Michel. História da sexualidade I. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal; 1987.

GOMES NETO, F.A. Novo Código Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Leia Livros Ltda, 1985.

GUYDIA Patrícia Dias Costa, A vítima de estupro, 08 de junho de 2009, disponível http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=6600&Itemid=92, acesso em 2010

GUEIROS, Artur, Estuprador pode passar Carnaval na rua, Do Potal Terra, Terra Magazine/RJ, disponível no site <http://www2.prr2.mpf.gov.br:8082/internet/noticias/entrevista-dr-artur-gueiros-estuprador-pode-passar-carnaval-na-rua>, acesso em 23 de março de 2010.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, vol. 08, Rio de Janeiro: Forense. 1956.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINELLI, JOAO PAULO ORSINI, Algumas considerações sobre o novo delito de estupro frente à lei 12.015/2009 , disponível no site <http://www.novacriminologia.com.br/artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2602>, acesso em 05/08/2010.

MESTIERI, João. Do delito de estupro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MINAYO, M.C.S. Violência sob o Olhar da Saúde, a infrapolítica da contemporaneidade brasileira. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.

MINAYO, M. C. de S. Violência e Saúde, Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz,2006.

MIRABETE, Júlio Fabrini. Código Penal Interpretado Jurisprudencialmente. São Paulo: Atlas, 1988..

MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. 2º Volume. Parte Especial. 12º Edição. Ed. Atlas. São Paulo, 1997

MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual, Comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Volume 1. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Sandra Reis da. A equivalência da gravidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Teresina: Jus Navigandi, 2006.

SOLERA, Antonio Marcos , Revista Bem estar, Nova Lei do Estupro, 22/10/2009, <http://www.dnbemestar.com.br/noticias/nova-lei-do-estupro/> , acesso em 08 de maio de 2010

SQUIZZATTO, ANA; PEREIRA, WILZA ROCHA, Caracterização das vítimas de violência sexual a partir da análise dos registros feitos pela coordenadoria geral de medicina legal de cuiabá – mt no ano de 2004, disponível no site http://www.seguranca.mt.gov.br/politec/3c/artigos/Seminario_ana.squizzato.pdf, acesso em 20 de março de 2010.

TRIGUEIROS , Marian. Reflexão Jurídica - Código penal aumenta pena para crimes sexuais, 14/04/2010, <http://www.reclamando.com.br/?system=news&action=read&id=18480&eid=297>, acesso em 30/04/2010