

KAMILLA TUANY DOS SANTOS SOUZA

PRESCRITIBILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO: (in)conveniência?

KAMILLA TUANY DOS SANTOS SOUZA

PRESCRITIBILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO: (in)conveniência?

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Rivaldo Jesus Rodrigues.

KAMILLA TUANY DOS SANTOS SOUZA

PRESCRITIBILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO: (in)conveniência?

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Agradeço, primeiramente, aos meus familiares, em especial a minha querida mãe, Keyla Maria e também aos meus irmãos, Fernanda, Rafaella e Gustavo, por terem me apoiado de forma imensurável nessa etapa e estarem sempre dispostos a me ajudar. Agradecimentos aos honrosos professores que acompanharam minha jornada enquanto universitária e foram essenciais à minha formação. Agradeço aos meus amigos, Beatryz Diniz, Fernanda Caroline, Carlos Camilo, Vancris Queiroz, por terem sido meus companheiros nessa jornada em que estive me formando enquanto profissional e pessoa. Por fim, agradeço ao meu orientador Prof. Me. Rivaldo Jesus Rodrigues, pelos ensinamentos passados, quais foram de extrema importância.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a prescritibilidade no crime de estupro, assunto de grande relevância ao ordenamento jurídico. Com intenção de chegar ao ápice do tema debatido, buscou-se clarear conceitos importantes como o de crime e suas características, e para tal, foi realizada uma ampla pesquisa em diferentes obras. Após tratar deste conteúdo, abordou-se brevemente sobre a evolução histórica do crime de estupro, desde a antiguidade até a sociedade moderna. Ao final da obra, buscou-se detalhar de forma crítica, justificativas e fundamentos à fim de analisar a conveniência ou inconveniência da prescrição no crime de estupro.

Palavras chave: Estupro. Prescritibilidade. Crime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – CRIME DE ESTUPRO	03
1.1 Conceito de crime	03
1.2 Conceito de estupro	05
1.3 Formas dos delitos de estupro	09
CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO CRIME DE ESTUPRO	13
2.1 Estupro na antiguidade	13
2.2 Estupro antes da Lei 12.015/09	15
2.3 Reflexos do crime de estupro na atualidade	18
CAPÍTULO III – DA PRESCRIÇÃO NO CRIME DE ESTUPRO	23
3.1 Generalidades	23
3.2 Fundamentos legais	24
3.3 Posições doutrinárias	27
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar a conveniência ou inconveniência da prescrição no crime de estupro.

O Direito Penal brasileiro protege a moral social principalmente no aspecto sexual sem, contudo, adentrar nas relações sexuais habituais das pessoas. Porém, caso a atividade sexual seja exercida de forma irregular, atingindo a moral média da sociedade, a lei penal poderá reprimi-la.

Presenciado desde os primeiros corpos sociais, o crime de estupro se coloca como uma das condutas penais mais execradas pela sociedade, alicerçado numa evolução jurídica e cultural lenta de justificativas. Hoje previsto no art. 213 do Código Penal Brasileiro, unificado com a Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, o crime de estupro consiste no fato de o agente “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. O direito que está sendo protegido, ou seja, o bem jurídico tutelado neste delito, é a Dignidade e liberdade sexual do homem e da mulher. A pessoa tem o direito pleno à inviolabilidade carnal.

Adentrando ao mérito da prescrição, Guilherme de Souza Nucci conceitua: “a prescrição é a perda do direito de punir do Estado, pelo não exercício em determinado lapso de tempo”, ou seja, caso o Estado não exerça a pretensão punitiva no prazo previsto em lei, estará ocorrido à prescrição, o que levará a extinção da punibilidade do agente, sendo assim, culminará na impossibilidade de pena ao autor”.

Referindo-se a prescrição na ação criminal, excepcionalmente no caso de estupro, a regra é trazida pela Lei 12.650/2012, a qual introduziu o inciso V no art. 111 do Código Penal, prevendo que o prazo prescricional começará a transcorrer na data em que a vítima completar 18 anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal antes de a vítima completar a idade prevista.

Ainda se tratando da ação criminal, há apenas duas exceções no ordenamento jurídico brasileiro que dispensam a prescrição, que seriam os crimes de racismo e ação armada contra o Estado Democrático.

Por fim, este tem como alvo crucial interpretar e discorrer acerca do assunto, dispondo do que prevê a lei, e do que contrapõe doutrinadores e juristas.

CAPITULO I - CRIME DE ESTUPRO

Dono de uma evolução jurídica e cultural lenta e repleta de justificativas, o crime estupro se coloca como uma conduta odiada pela sociedade, atingindo a moral social ao corromper a dignidade e liberdade sexual. “A vida social exige a chamada moralidade pública, que num primeiro momento aparece como um conjunto de princípios de ordem ética, mas que num segundo momento se reveste de força jurídica” (MONTEIRO, 2015, p. 83).

1.1. Conceito de crime

O Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), diferentemente dos códigos penais anteriores, bem como o Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal de 1890, não define o que é crime, razão pela qual compete a doutrina a elaboração deste conceito (COLHADO, 2016).

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2017), é impossível caracterizar uma conduta como criminosa através de análise ontológica, pois não depende de fatores naturais. A sociedade é a autora de crime, definindo quais as condutas ilícitas merecedoras de maior rigor punitivo. Sendo assim caberá ao legislador converter a vontade social em uma figura típica através da elaboração de lei que permitirá as sanções, portanto, a sociedade que define o que pode ser considerado como crime, este não é natural.

O crime passou a ser conceituado pelas escolas penais, sob diferentes aspectos, destacando-se em caráter majoritário o conceito formal, material, além

duma espécie mista, denominada de conceito analítico como discorre Guilherme de Souza Nucci (2017).

1.1.1. Conceito formal

A conceituação de crime no aspecto formal é definida como todo ato praticado por um indivíduo que seja proibido pela lei, voltado para o externo da prática, e não pelo conteúdo, ou seja, independe de análise, sendo ela valorativa ou não. Resta conceituado como conduta proibida da lei (PACELLI; CALLEGARI, 2017).

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2017), tal conceito frisa relação ao aspecto material em sua respectiva formalidade, respeitando de fato o princípio da legalidade (reserva legal), que dita não haver crime sem lei anterior que o defina, nem lei anterior que a comine.

1.1.2. Conceito material

Contrário ao aspecto formal, o conceito material visa à análise do conteúdo do ilícito penal, caracterizando-se pelo caráter danoso e nível de relevância que tal dano tem sobre a sociedade. Consoante este conceito, toda lesão causada à conservação, condição de existência e desenvolvimento da sociedade, denomina-se crime (PACELLI; CALLEGARI, 2017).

Trata-se de um conceito aberto (político-criminal), com função de guiar o legislador, para que este venha a punir por meio de sanções penais, condutas ofensivas aos bens juridicamente tutelados, ou melhor, os bens da vida (LUCA, 2014).

1.1.3. Conceito analítico

O conceito analítico é o mais aceitado pela doutrina no presente momento. Difere-se dos demais conceitos por fragmentar os elementos estruturais do crime, bem como, por sua conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (PACELLI; CALLEGARI, 2017).

Concordando com Pacelli e Callegari, Guilherme de Souza Nucci observou que:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (2017, p. 115).

Existem correntes distintas sobre a conceituação do crime sobre o aspecto analítico. Há quem defenda a teoria bipartida, como René Ariel Dotti, a qual define crime como sendo fato típico e antijurídico. Conquanto há doutrinadores que sustentam a teoria quadripartida, como Basileu Garcia e Muñoz Conde, que entendem que crime é um fato típico, antijurídico culpável e punível (NUCCI, 2017).

A corrente doutrinária predominante na definição de crime é a tripartida, defendida por Rogério Greco, Assis Toledo, entre outros, afirmando ser um fato típico, antijurídico e culpável (NUCCI, 2017).

1.2. Conceito de estupro

O crime de estupro está tipificado no artigo 213 do Código Penal Brasileiro (1940), da seguinte forma: “[...] constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, unificado com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, entre os crimes contra a liberdade sexual, o estupro, é considerado crime hediondo.

Considerando que o crime de estupro é resultante de variadas situações, Fernando Capez observou:

[...] Conjunção carnal: é a cópula vaginal, ou seja, a penetração efetiva do membro viril na vagina. Ato libidinoso: compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. (2017, p. 21)

A pratica delitiva descrita possui como núcleo a expressão constranger, ou seja, impor sua vontade, forçar, obrigar, subjugar a vítima, o que de fato atinge claramente a liberdade sexual, haja vista que a vontade do agressor sobressai no sentido da realização do ato sexual (BUSATO, 2017).

Em constância a essa prática delitiva voltada ao verbo constranger, Paulo César Busato expressa:

Tanto o homem quanto a mulher têm direito a negar-se à submissão à prática de atos de caráter sexual que não queiram realizar, independentemente de que seja uma relação com um cônjuge, companheiro, namorado ou qualquer outra classe de pessoas com que se relacionam jurídica ou faticamente. Trata-se, na verdade, da manifestação do direito de escolha livre na realização do ato sexual. Tanto que a vítima será qualquer pessoa, seja homem, mulher, ou pessoa que apresente, a um só tempo, características masculinas e femininas. Portanto, o crime de estupro pode decorrer de relação heterossexual ou homossexual (2017, p. 851).

Em regra este conceito inclui conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido, porém há exceções, como, as palavras, e escritos eróticos, pois a lei se refere ao ato, realização física concreta (CAPEZ, 2017).

1.2.1. Tipos objetivo e subjetivo

O crime de estupro com a pratica do ato libidinoso que não a conjunção carnal, pode se caracterizar de duas formas: Objetiva (vitima praticar) e subjetiva (deixar que com ela se pratique esse ato). Na primeira situação, a ação da vítima é ativa, o intuito do agente ao constranger é de coagir a vítima a praticar o ato libidinoso que pode ser em si mesma, no agente ou em terceira pessoa. Na segunda hipótese, a vítima é passiva, o ato é praticado pela agente, de forma consciente e dolosa, voltado a constranger a vítima a praticar atos lascivos diversos da conjunção carnal (MONTEIRO, 2015).

Nesta mesma concepção de forma, objetiva e subjetiva, Fernando Capez exemplifica:

Se o agente forçar a vítima a contemplá-lo enquanto se masturba, não há que se falar no crime em tela, pois não houve participação física (ativa ou passiva) da vítima no ato libidinoso, ou seja, ela não

praticou nem foi obrigada a permitir que com ela fosse praticado o ato libidinoso. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma, se ela for obrigada pelo agente a presenciar atos libidinosos levados a efeito por terceiros. Nesses casos, poderá configurar-se o crime de constrangimento ilegal ou o art. 218-A do CP, se o agente for menor de 14 anos (satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente) (2017, p. 22).

Fernando Capez (2017) discursa que tal hipótese não se compara com aquela em que a vítima é obrigada a realizar atos libidinosos em si própria para que o agente atinja a lascívia. Mesmo não havendo o contato físico, a vítima foi constrangida a praticar o ato. Antônio Lopes Monteiro complementa:

A conduta do agente leva à necessidade de a vítima ter que opor resistência à ação do estuprador, ou seja, pressupõe dissenso da vítima. Fala-se em resistência séria e constante, mas a lei não exige que a vítima vá ao extremo de sua resistência, tornando-se mártir da sua virtude. Na forma de ameaça, reveste-se a conduta do agente numa promessa de um mal tão grave que, embora não tolha a vítima de sua liberdade física, anula sua vontade pelo temor do dano. A violência física é diretamente sobre a vítima. A ameaça pode recair sobre terceira pessoa: p. ex., sobre um filho (2015, p. 86).

Há divergências doutrinárias em relação ao elemento subjetivo do delito, há quem diga que é necessário o dolo específico, ou seja, ter como resultado a satisfação da libidinagem. Em contrario entendimento, Monteiro (2015) afirma que basta o dolo genérico da conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso.

1.2.2. Sujeito ativo e sujeito passivo

Conforme a Lei 12.015/2009, qualquer pessoa, homem ou mulher, pode ser sujeito ativo ou passivo, haja vista que o crime de estupro pode ser cometido por agente homem contra vítima mulher e vice-versa, bem como, agente mulher contra vítima mulher e agente homem contra vítima homem. Se tratando do artigo 213, afirma-se que o homem poderá ser o sujeito ativo do delito no que tange o coito vaginal, entretanto ao se tratar do ato libidinoso a mulher, bem como o homem, poderá ser agente ativo (MONTEIRO, 2015).

Vale ressaltar que a mulher pode praticar o delito com a ajuda de terceiros, haja vista a dificuldade de conseguir obrigar um homem a ter conjunção carnal. Nesse sentido, Antônio Lopes Monteiro observou o seguinte:

Da mesma forma que o sujeito ativo, o passivo poderá ser o homem ou a mulher, ante a utilização na norma penal da expressão “constranger alguém”. Por outro lado, e até pelo tratamento dado ao tema pela Lei n. 12.015/2009, entendemos superadas algumas questões discutidas anteriormente na doutrina e até há pouco não superadas de todo na jurisprudência, no que tange ao sujeito passivo (2015, p. 87).

Dessa forma, não se questiona a mulher, ou seja, não se pergunta se é virgem, nova ou idosa, se é prostituta ou não, ou se é casada ou solteira, já no caso do homem, não se pergunta se é garoto de programa (MONTEIRO, 2015).

1.2.3. Consumação e tentativa

Pouca dificuldade há no que diz respeito consumação e tentativa. Cuida-se de crime material onde se consuma com o resultado. Quando se tratar da conjunção carnal, a consumação irá ocorrer quando houver introdução (completa ou incompleta) do pênis na vagina da vítima. Porém se tratando da segunda parte do artigo 213 do Código Penal, observa-se o ato concreto, desde que haja lascívia na ação, este se consuma (MONTEIRO, 2015).

Colaborando com esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci afirma:

Basta a introdução ainda que incompleta do pênis na vagina, independentemente da ejaculação ou satisfação efetiva do prazer sexual, sob um aspecto. Com a prática de qualquer ato libidinoso, independentemente de ejaculação ou satisfação do prazer sexual, em outro prisma (2017, p. 828).

Se tratando de um crime plurissubsistente a tentativa é possível, apesar de difícil comprovação, ocorrendo nos casos em que o agente iniciando a execução não consegue obter o resultado pretendido por circunstâncias alheias a sua vontade. Em

exemplo, o agente obriga a vítima a tirar suas roupas, “se a vontade do autor era a de, com o constrangimento, praticar a conjunção carnal, e esta não se verificou[...], não há dúvida de que houve estupro na forma tentada.” (MONTEIRO, 2015, p.89).

1.3. Formas dos delitos de estupro

De acordo com o Código Penal Brasileiro (1940), há formas de delito para o crime de estupro, bem como a sua forma simples, caput do artigo 213, os parágrafos 1º e 2º, tratando-se das formas qualificadas, como também o artigo 217-A que discorre sobre o estupro de vulnerável.

1.3.1. Simples

A forma simples do crime de estupro está prevista no próprio artigo 213, caput, do Código Penal brasileiro, salientando sua pena com previsão de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão.

1.3.2. Qualificadas

O legislador previu expressamente que há duas modalidades qualificadoras no crime de estupro, quais sejam os parágrafos §1(se a conduta resulta em lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 anos ou maior de 14 anos) e §2 (se a conduta resulta morte) do art. 213 do Código Penal brasileiro (1940), assegurados pela Lei 12.015/09, os quais apresentam penas próprias (BUSATO, 2017).

Antônio Lopes Monteiro observa que há divergências nas hipóteses das formas qualificadas:

A primeira diz respeito à natureza do resultado, se ocorre a título doloso ou culposo. A corrente majoritária continua entendendo que o resultado deve ocorrer apenas a título de culpa, pois, havendo dolo também em relação às lesões ou à morte da vítima, haverá concurso material entre o estupro e o outro crime. Há, porém, uma corrente mais moderna defendendo que o resultado pode ocorrer também a título de dolo. O fundamento está no art. 19 do Código Penal. Acompanhamos a segunda corrente, até porque essa é a solução no crime de latrocínio (art. 157, § 3o), não havendo motivo para ser diferente no tipo penal de estupro (2015, p.92).

Para Victor Rios Gonçalves, nos termos do artigo 213, § 1º, segunda parte, caso a vítima de estupro seja maior de quatorze anos e menor de dezoito se fará pena de reclusão, de oito a doze anos:

O reconhecimento da qualificadora pressupõe que tenha havido emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima em tal faixa etária. Se a vítima for menor de quatorze anos, configura-se crime de estupro de vulnerável (art. 217-A) — independentemente do emprego de violência ou grave ameaça. Se o crime for cometido no dia do aniversário de quatorze anos aplica-se a qualificadora, já que o estupro de vulnerável exige que a vítima tenha menos de quatorze anos. Nos termos do art. 111, V, do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.650/2012, o lapso prescricional somente começará a correr quando a vítima completar 18 anos (2017, p. 18).

Entretanto de acordo com o artigo 213, § 1º, primeira parte, se a conduta resulta em lesão grave, caberá reclusão de oito a doze anos; nos termos do art. 213, § 2º, é de reclusão, de doze a trinta anos, se resulta morte (GONÇALVES, 2017).

Guilherme de Souza Nucci explica:

Se da conduta do agente, exercida com violência ou grave ameaça, resultar em morte da vítima, a pena é de reclusão, de 12 a 30 anos. O crime pode ser cometido com dolo na conduta antecedente (violência sexual) e dolo ou culpa quanto ao resultado qualificador (morte). Afiguram-se as seguintes hipóteses: a) estupro consumado + morte consumada = estupro consumado com resultado morte; b) estupro consumado + homicídio tentado = tentativa de estupro seguido de morte; c) estupro tentado + homicídio tentado = tentativa de estupro seguido de morte; d) estupro tentado + homicídio consumado = estupro consumado seguido de morte. Tecnicamente, dá-se uma tentativa de estupro seguido de morte, pois o delito sexual não atingiu a consumação (2017, p. 829).

Guilherme de Souza Nucci ainda disserta que há entendimento quanto a vida humana ser superior a liberdade sexual, que “uma vez atingida fatalmente, deve levar à forma consumada do delito qualificado pelo resultado. É o que ocorre no cenário do latrocínio, cuja base é a Súmula 610 do STF (“Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”)” (2017, p. 829).

1.3.3. Estupro de vulnerável

O Código Penal Brasileiro (1940) trouxe em seu artigo 217-A (estupro de vulnerável), o qual se encontra inserido no capítulo II do título VI “Dos crimes contra o vulnerável”, o qual tem a propósito punir toda relação sexual, assim como qualquer ato libidinoso praticado contra menor de 14 anos ou qualquer pessoa que por enfermidade ou doença mental não possua capacidade psíquica para a prática do ato.

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (VETADO). § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.” (Código Penal brasileiro, 1940)

Este dispositivo penal chamado de estupro de vulnerável possui características peculiares, tendo em conta sua estrutura; Este tem como característica de crime, conjunção carnal ou outro ato libidinoso praticado a um menor de 14 anos ou qualquer indivíduo que se enquadre na vulnerabilidade, isentando-se da necessidade de violência ou grave ameaça (RODRIGUES, 2012).

Diante de todo o contexto dentre o estupro de vulnerável, Cristiano Rodrigues ainda cita algumas peculiaridades:

Conceito de vulnerável – sujeito passivo (art. 217-A, § 1o, do CP): incorre nas mesmas penas quem pratica as condutas narradas com pessoa considerada vulnerável, o que engloba, além dos menores de 14 anos: alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; alguém que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Sujeito ativo: pode ser qualquer pessoa, realizando o ato sexual com ou sem violência ou grave ameaça (crime comum). Consumação: com a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. Tentativa: é admissível em qualquer das modalidades previstas para este crime (2012, p. 36)

Cristiano Rodrigues cita que a pena é de reclusão de 8 a 15 anos, o “que caracteriza certa desproporção, se pensamos que a conduta sem violência será punida de forma mais grave que condutas violentas contra as demais pessoas” (2012, p. 36).

1.3.4. Causas de aumento de pena

No Código de Processo Penal (1940), em suas disposições gerais, tal como a Lei 12.015/2009, elucidam as causas de aumento de pena aplicáveis ao estupro, juntamente aos demais crimes contra a dignidade sexual, precisamente nos artigos 226 e 234-A, como acentua Gonçalves:

A pena é aumentada de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas (art. 226, I). É cabível tanto nos casos de coautoria como nos de participação. b) A pena é aumentada de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou se por qualquer outro título tem autoridade sobre ela (art. 226, II). c) A pena é aumentada de metade se do crime resultar gravidez (art. 234-A, III). Será necessário demonstrar que a gravidez foi resultante do ato sexual forçado. d) A pena é aumentada de um sexto até metade se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (art. 234-A, IV) (2017, p. 19).

Em consequência, a elevação das penas aplicadas com base nas causas de aumento previstas no artigo 226 e seus incisos do Código Penal (1940) remete ao endurecimento da resposta penal para os autores destas duas infrações contra a liberdade sexual.

CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO

Presentes na sociedade, os crimes sexuais, especificadamente o crime de estupro, atormentam a população. As sanções referentes a estes crimes, já eram previstas desde as primeiras civilizações, sanções estas impiedosas. No entanto eram necessários que fossem preenchidos alguns requisitos para que houvesse o crime (FARIA 2016).

2.1. Estupro na antiguidade

É sabido que o crime de estupro assola a sociedade desde a antiguidade, o qual causava grande ojeriza, sendo, portanto, apenados de formas cruéis, como relata Prado:

Os crimes sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la, e ainda, efetuar o pagamento de 50 ciclos ao seu pai (2001, p.193-194).

Os primeiros registros de punições, sendo estas pecuniárias, contra estupro derivam da Lei Escantínea (antiga Lei Romana que penalizava os crimes sexuais – Lex scantinia, 149 a.C.), onde não se sabe sobre os detalhes, porém é certo que criminalizavam relações sexuais forçadas contra o sexo feminino (ESTEFAN, 2016).

No Código de Hamurabi – 1700 a.C. , do qual veio a expressão, olho por olho e dente por dente (Lei de Talião), a punição também era severa em relação ao crime de estupro; definia em seu art. 130, que se “alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, esse homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (PRADO, 2001).

Entre os Hebreus, caso a vítima fosse mulher desposada (prometida em casamento), a prática do ato sexual forçado era penalizado com a morte ou uma sanção pecuniária, já no Egito antigo, ao esturador, decretava-se a mutilação. (ESTEFAN apud HUMGRIA, 2016).

Prado (2001), explica que no direito romano, ato despudorado praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério, era denominado em sentido amplo de stuprum, porém, havia tal denominação em sentido estrito, que alcançava apenas o coito com mulheres virgens ou não casadas que fossem honestas.

No decorrer dos tempos, elaborou-se uma distinção entre atos libidinosos forçados, estabelecendo que, caso a prática fosse contra mulher virgem, criança ou viúva, era denominado de stuprum, e sendo mulher casada, dar-se-ia o adulterium. Tal postura foi tomada por influência do pensamento Cristão, como Estefan reconta:

Essa postura do Império Romano quanto ao estupro se deu graças à influência do pensamento cristão, sob cujos auspícios o fato passou a ser considerado um delito sexual de per si (e não mais uma infração encarada do ponto de vista patrimonial). A lei, todavia, ainda se mostrava excessivamente rigorosa para com as vítimas, a quem, por vezes, se atribuía parte da responsabilidade pelo ato sofrido (2016, p. 247).

André Estefan (2016), ainda explica que muitas vítimas desistiam de denunciar o crime, tamanhas eram as exigências para que o delito fosse consumado sem a possível interferência da vítima; desistindo também devido a vergonha, medo, e a demasiada culpabilização da vítima, bem como dificuldades para denunciar e medo da violência institucional.

2.2. Estupro antes da Lei nº 12.015/09

Se tratando das legislações penais pátria, desde o surgimento do primeiro Código Penal do Brasil, houveram-se discussões doutrinárias acerca das redações dos delitos sexuais (PRADO, 2001).

2.2.1. Código Criminal do Império (1830)

Sancionado em 16 de dezembro de 1830, por D. Pedro I, o Código Criminal do Império elencou vários delitos sobre a rubrica genérica estupro, como observa Prado:

A doutrina da época, todavia, repudiou tal técnica de redação. O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no art. 222, culminando-lhe pena de prisão de três a doze anos mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão (2001, p. 194 -195)

Segundo Luiz Regis Prado (2001), observa-se que o artigo traz expressões específicas, culminando num julgamento sobre a vítima, analisando se o comportamento da mesma contribui para o crime, como tratam os artigos 223 e 224:

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal. Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa. Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta. (sic)

Os artigos seguintes, 225 até 228, também analisam a atitude feminina, vislumbrando penas diferentes de acordo com a conduta e resposta da vitima ao

crime:

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas. Art. 226. Tirar para fim libidinoso, por violencia, qualquer mulher da casa, ou lugar em que estiver. Penas - de dous a dez annos de prisão com trabalho, e de dotar a offendida. Art. 227. Tirar para fim libidinoso, por meio de affagos e promessas, alguma mulher virgem, ou reputada tal, que seja menor de dezasete annos, de casa de seu pai, tutor, curador, ou outra qualquer pessoa, em cujo poder, ou guarda estiver. Penas - de prisão por um a tres annos, e de dotar a offendida. Art. 228. Seguindo-se o casamento em qualquer destes casos, não terão lugar as penas. (sic)

É de grande valia ressaltar que neste período, bem como transcreve o artigo 225, se o autor casasse com a vítima, ficava isento de cumprir com sua pena e existia punição para a pessoa que tirasse qualquer mulher de casa ou em lugar que estivesse com uso de violência (PRADO, 2001).

2.2.2. Código Penal Republicano (1890)

Luiz Regis Prado (2011) explica que em 11 de outubro de 1890, o Código foi editado, trazendo as penas e tipicidade para o crime de estupro nos arts. 268 e 269, no Titulo VII (Da Corrupção de Menores, dos Crimes Contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor).

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão cellular por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena - de prisão cellular por seis mezes a dous annos. § 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte. Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Essa violência pode ser entendida não somente pelo emprego de força física, como também pode ser estendida a privação da mulher de suas atividades psíquicas, tirando a possibilidade de se defender (PRADO, 2001).

2.2.3. Código Penal de 1940

Com o advento do Código Penal de 1940, o estupro ficou definido no art. 213, mantendo a criminalização do fato, o qual ficou intitulado “Dos crimes contra costumes”, bem como capitulado nos crimes contra liberdade sexual, que compreendiam quatro delitos: estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, previstos nos artigos 213 a 216, respectivamente (ESTEFAN, 2016).

Guizela de Jesus Oliveira (2009) ressalta que no Código Penal de 1940 não havia que se falar em dignidade sexual, e sim, em costumes (como qual estava intitulado), pois a preocupação era com a desonra da mulher, a qual poderia vir a não conseguir marido depois do crime por ela sofrido; valendo consubstanciar que o verbo para o crime de estupro era o de constranger mulher à conjunção carnal:

A conjunção carnal, nos termos do artigo, é somente a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. Não se compreendem nesse conceito outras formas de realização do ato sexual, considerados coitos anormais, por exemplo, a cópula oral, anal. Tais atos sexuais poderão constituir o crime de atentado violento ao pudor. Desse modo aquele que constrangia outrem, do mesmo sexo ou não a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal praticava o ato do antigo artigo 214 (2009, online).

O Código dispunha em seu art. 108, inciso VIII, e IX que caso a vítima consagrasse matrimônio com o agente do delito ou com terceiro, haveria a extinção da punibilidade; no segundo caso a vítima deveria não dar prosseguimento ao inquérito ou ação penal em 60 dias a partir do casamento, sendo estes incisos, modificados por reformas e revogados pela Lei nº 11.106, de 2005 (ESTEFAN, 2016).

Posteriormente, a pena do crime de estupro e do atentado violento ao pudor foi elevada, de seis a dez anos pela Lei de n.º 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), como cita Estefan:

Registre-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente inseriu, nos arts. 213 e 214, causas de aumento de pena incidentes quando o

ofendido fosse menor de 14 anos (art. 263). Entendeu-se, porém, que a despeito de terem entrado em vigor após a Lei dos Crimes Hediondos, a alteração promovida por esta é que deveria prevalecer, de vez que promulgada posteriormente. De acordo com o ECA, a pena do estupro, na hipótese mencionada, seria de reclusão, de quatro a dez anos, e do atentado violento ao pudor, reclusão, de três a nove anos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.435, rel. Min. Celso de Mello, 1a T., j. 12-9-1995: “Habeas Corpus – Delito de estupro praticado contra criança de três anos de idade – Crime Hediondo – alegado erro na dosimetria da pena – incoerência – decisão fundamentada – Inaplicabilidade do art. 263 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da criança e do adolescente) – Vigência imediata da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) – possibilidade jurídica de revogação, ainda que tácita, de lei que se acha em período de vacatio legis – doutrina – jurisprudência – pedido indeferido” (2016, p. 255).

Guizela de Jesus Oliveira (2009) traz em classificações doutrinárias a definição do crime estupro, sendo ele comum, pois o fato de somente o homem poder ser sujeito ativo, não a que se falar em crime próprio; material, haja vista modificações no mundo exterior; doloso, vez que não há modalidade culposa; unissubjetivo; plurissubsistente; e instantâneo, devido a consumação não se alongar com o tempo.

2.3. Reflexos do crime de estupro na atualidade

O Estatuto Penal vigente (1940), com advento da Lei n.º 12.015, publicada em 07 de agosto de 2009, foi modificado, a fim de alterar a nomenclatura, bem como conferir modernidade e adequação à realidade atual ao crime de estupro (OLIVEIRA, 2009).

Guilherme de Souza Nucci (2009) alude que a referida Lei trouxe significativas mudanças, principalmente se tratando do bem jurídico em questão, onde o legislador não se limitou apenas a repulsa social da conduta e sim à dignidade sexual de quem é vítima, haja vista a intensidade da violação que a mesma sofre.

Quanto ao novo molde dado ao crime de estupro, Guilherme de Souza Nucci (2009), cita que uma das mais importantes mudas, foi à junção dos artigos 213 e

214 em um único tipo penal, revogando o artigo 214. Situação esta que era idealizada por vários doutrinadores.

Observando as condutas do artigo 213, observa-se que hoje qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo do crime, basta que o agente venha a praticar o constrangimento ilegal, empregado de violência ou grave ameaça para que possa ser atingido o ilícito penal. Conseqüentemente o crime passou a ser denominado de crime comum, já que não se exige do agente ou vítima especial qualificação (GRECO, 2010).

Samuel Casseiro Rodrigues salienta que com esses os novos dizeres do delito que não existem qualidades especiais quanto ao sujeito passivo e ativo, é importante frisar que estes podem ser do sexo feminino ou masculino:

[...] se o sujeito passivo é do sexo feminino ou masculino, no qual se houver o constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do art. 213 do Código Penal, estaremos diante do crime de estupro. Sendo assim, o estupro passa a ser classificado como crime comum, não exigindo qualquer qualidade do sujeito ativo ou passivo. Ao sujeito passivo, são irrelevantes, para a incidência do artigo 213, os aspectos envolvendo a moralidade social da vítima, podendo ser uma prostituta ou, um garoto de programa. Sendo assim, é irrelevante para a existência do estupro, o estado ou a qualidade da vítima: solteira, honesta, casada, virgem ou não, devassa ou prostituta, porque, em qualquer caso, tem a mulher, o direito da proteção legal, visto que, a tutela se dirige ao direito da livre disposição do próprio corpo. Em qualquer hipótese, é ela dona do seu corpo, e só se entregará livremente, como, quando, onde e quem for de seu agrado (2017, online).

Exposto as novas condutas descritas, vale ressaltar que, não se exige do agente que o constrangimento seja voltado para a mulher, mesmo que com base no conceito de conjunção carnal definido por Hungria (1958) como “a cópula secundum natura, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.

A Lei 12.015/09 criou modalidades qualificadoras para o crime de estupro, que estão contempladas nos §§ 1º e 2º do próprio artigo 213, que assim preveem: “§ 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”

Guilherme de Souza Nucci (2009) cita que no tocante ao §1º do art. 213 há duas hipóteses diversas. A primeira trata das condutas que resultam lesão corporal de natureza grave, logo, é um crime qualificado pelo resultado, já na segunda parte do §1º, refere-se a crime cometido contra menores de 18 e maior de 14. Já o §2º, prevê qualificação aos casos que ocorrer a morte da vítima.

Quanto às qualificadoras, há quem entenda que, se o resultado qualificador for proveniente da culpa, deve-se aplicar a forma qualificada, no entanto, caso esse resultado seja proveniente de dolo, exclui-se a qualificadora e aplicam-se as regras do concurso material de infrações (NUCCI, 2009).

No que concerne às alterações, o Código Penal Brasileiro trouxe inovações quanto à proteção do menor de 14 anos, bem como doentes mentais, ou quaisquer que seja a enfermidade que venha a lhe tirar o discernimento para a prática do ato sexual, a qual antes da Lei não existia (FARIA, 2016).

As condutas que caracterizam o estupro de vulneráveis são as mesmas do estupro simples, ou seja, ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso. Porém para a caracterização do estupro de vulnerável não exige emprego de violência ou grave ameaça, nessa conformidade atividade sexual com os menores ditados pelo o referido artigo resulta no estupro, mesmo que a vítima diga ter consentido com o ato, como discorre Victor Rios Gonçalves:

A Lei n. 12.015/2009 abandonou o sistema de presunções de violência que vigorava no regime antigo, e estabeleceu objetivamente como crime o ato de manter relacionamento sexual com uma das pessoas vulneráveis elencadas no tipo penal [...]Se o agente sabia tratar-se de pessoa definida na lei como vulnerável não poderia manter ato sexual com ela. Se o fez, responde pelo crime. Essa orientação consta expressamente da Exposição de Motivos que originou a Lei n. 12.015/2009, onde o legislador manifestou claramente sua intenção de acabar com a inter- pretação antes existente de que a presunção de violência era relativa. Dessa forma, mesmo que se demonstre que a vítima já tinha tido relacionamentos sexuais anteriores com outras pessoas, se o agente for flagrado tendo com ela relação sexual, ciente de sua condição de vulnerável, deverá ser punido (2017, p. 28).

Samuel Cassemiro Oliveira *apud* Luiza (2009) discorre sobre teorias que discordam, considerando equivocada o texto da Lei do posto ao artigo 217-A do Código Penal (1940), o qual criminaliza qualquer prática sexual com menores de 14 anos:

Outro ato libidinoso pode ser um beijo e aí não dá para aplicar seis anos de prisão a quem beijou uma pessoa à força. “Isso não pode ser tão grave quanto a conjunção carnal e outros tipos de violação”, argumenta. [A lei] tinha que ter detalhado melhor o que são esses atos libidinosos. Quando fala em outro ato libidinoso pode ser qualquer ato. O direito penal tem que ser muito preciso e claro. Relação oral ou anal forçada é sim comparável ao estupro, mas outros atos já não são, acrescenta (2009, online).

Outra alteração vinda da Lei 12.015/09 foi à interpretação dada à celeuma as margens de interpretações quanto a classificação do crime hediondo no estupro de forma simples, bem como o atentado violento ao pudor. Nucci (2009) argumenta que a Lei salta de forma clara que são considerados crimes hediondos o estupro e o estupro de vulnerável não sendo base de análise se são em sua forma simples ou qualificada.

Consigna Samuel Cassemiro Rodrigues (2016), que o ordenamento jurídico brasileiro buscou proteger as crianças e adolescentes, devido a ingenuidade e deficiência física ou psíquica, que resultou numa alteração do tipo de ação penal, qual seja pública incondicionada, a qual exemplifica Pinto:

Com a violação da norma penal, surge para o Estado a pretensão acusatória, que é exercida pelo Ministério Público, através da ação penal [...] A ação penal pública incondicionada é promovida através da denúncia a qualquer tempo, observada a prescrição do crime. Na instauração do inquérito policial nos crimes de ação penal pública incondicionada é suficiente que a autoridade policial tenha conhecimento da ocorrência de uma infração penal (2007, online).

Guilherme de Souza Nucci (2009) debate que neste aspecto, o legislador deixou de observar várias das reivindicações dos operadores do Direito, mantendo lacunas e margens para novas discussões, o que, em se tratando de crimes contra a dignidade sexual, é acentuado pela repercussão social inerente a tais espécies de delito, polemizando ainda mais a aplicabilidade da lei penal.

Outro ponto que merece destaque é que a ação penal nestes casos é a alteração da política criminal no cenário dos crimes sexuais. Afasta-se a ação penal privada, que dava ensejo a argumentos de proteção a intimidade, evitando escândalo do processo. Ora, toda a ação passa a ser pública condicionada à representação, o que confere aos crimes sexuais maior coerência. Se a vítima quer preservar sua intimidade, sendo pessoa adulta e capaz, basta não representar. Porém, fazendo-se caberá ao Ministério Público agir. Por outro lado, elimina-se a discussão sobre o estado de pobreza da pessoa ofendida.

CAPÍTULO III – DA PRESCRIÇÃO NO CRIME DE ESTUPRO

Juarez Cirino dos Santos (2012) traz o conceito de prescrição como sendo a perda do direito de exercer a ação penal por fatos puníveis, ou de executar a pena criminal aplicada contra agentes de fatos puníveis, pelo passar do tempo. São duas espécies: a perda do direito de exercer a ação penal, que significa a prescrição da pretensão punitiva (*ius puniendi*) enquanto a perda do direito de executar a pena criminal se trata da pretensão executória (*ius punitiois*) do Estado.

O tempo de prescrição é diferente em cada caso, sendo este, determinado de acordo com a pena imposta. No caso do estupro, estudo desta, esse tempo é de até 20 anos.

3.1. Generalidades

Entende-se, majoritariamente, que a prescrição se trata da perda, pelo decurso do tempo, do direito de o Estado punir (prescrição da pretensão punitiva) ou executar punição já imposta (prescrição da pretensão executória). No mesmo sentido leciona Damásio Evangelista de Jesus, “a prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou pretensão executória durante certo tempo” (2003, p. 20).

Dentre todos os conceitos existentes, notam-se alguns pontos em comum. De fato a prescrição se trata de uma inércia Estatal quanto à interposição da ação penal, quando este deixa de fazê-la em um período de tempo fixado, o Estado, como possessor do poder-dever de punir aquele que cometeu algum crime, deve dizer

quando essa punição não mais é importante, como dispõe nosso ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 109 do Código Penal.

Em análise, entende-se que a prescrição se trata de uma causa extintiva de punibilidade de natureza material, conforme ensina José Júlio Lozano Jr., “a prescrição penal tem natureza material, pertencendo aos limites do Direito Penal. Isto porque ela extingue o direito de punir do Estado, surgido com a prática do crime; é dizer, aniquila a punibilidade de maneira direta e imediata”. Na mesma corrente adiciona ainda Damásio que “esse é sistema de nossa legislação, que a inclui entre as causas extintivas da punibilidade, disciplinando-a em várias disposições do CP (art. 107, IV, 1ª figura, e 108 a 118)”. (JAWSNICKER, 2004).

No entanto, não se pode esquecer que parte da doutrina avalia a prescrição como mista, pertencendo ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Sob o aspecto penal, o Estado, diante do decurso do tempo, não tem mais motivos para aplicar ao fato o Direito Penal objetivo, extinguindo a exigência de punição. Pelo aspecto processual, o decorrer do tempo faz com que possa haver sentenças injustas devido a provas que foram desfeitas. Diante disso, fica impedida a iniciativa da persecução penal (JESUS, 2011).

3.2. Fundamentos legais

Diversos são os fundamentos formulados pelos autores à fim de legitimar a precificação, entretanto, todas elas visam o efeito da passagem do tempo sobre a pena, sendo esta abstrata ou concreta (JAWSNICKER, 2004).

A teoria da prova sustenta que, se torna muito difícil ou instável a apuração do fato com a defluência do tempo, pois pode ocorrer a perda da substância da prova, o que geraria irreparáveis injustiças. No entanto, cabe ressaltar que esse fundamento só encontra respaldo na prescrição da pretensão punitiva, aquela que se opera antes da sentença transitada em julgado, momento este que é imprescindível à investigação probatória, pois após a sentença condenatória irrecorrível, onde se opera a prescrição da pretensão executória, presume-se que a prova já tenha sido produzida e devidamente apreciada (JAWSNICKER, 2004).

A teoria da expiação moral embasa-se na presunção de que o autor do delito, com a defluência do tempo, otenha pagado pelo crime pelo remorso. Trata-se de substituto da pena, onde o castigo não é corporal, mas sim psicológico, não havendo mais sentido de se propor uma sanção penal. Segundo René Ariel Dotti “o remorso e as atribulações sofridas pelo delinquente no curso do tempo da prescrição caracterizam um substituto da pena” (DOTTI, 2004, p.680).

A teoria do esquecimento alega que a sociedade, com a defluência do tempo, não se lembra dos crimes sucedidos, nem os mais graves. A pena não teria mais sentido com o esquecimento social (JAWSNICKER, 2004).

Vistos, todas as teorias basicamente querem dizer que, “o tempo faz desaparecer o interesse social de punir”. Mas ressaltam-se, as lições de Zaffaroni e Pierangeli sobre a matéria, “o fundamento da prescrição distingue-se de acordo com o posicionamento que assumir o autor quanto à 'teoria da pena', ou seja, sobre seu conceito de direito penal” (ZAFFARONI, 2002, p.752).

A legislação pátria prevê duas espécies de prescrições penais, prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Sendo assim, cabem articular algumas considerações sobre o que se trata a pretensão punitiva e pretensão executória. Segundo Damásio de Jesus:

A pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. Com a prática do delito, o direito de punir do Estado, que era abstrato, transforma-se em concreto, formando-se a relação jurídica punitiva. Surge um conflito de interesses entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do agente. O Estado é, então, titular da pretensão punitiva, adquirindo o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o direito penal objetivo ao fato cometido pelo delinquente (2012, p. 726 – 763).

Damásio de Jesus (2012) disserta que o Estado faz isso por meio da ação penal, em que a pretensão punitiva é a acusação, tendo por objeto imediato o julgamento da própria pretensão punitiva, a prestação jurisdicional, e por objeto mediato, a sanção penal de forma secundária:

Pretensão punitiva é, pois, a exigência de subordinação do direito de liberdade do cidadão ao direito de punir concreto do Estado. Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitar em julgado, o

Estado é titular da pretensão punitiva, exigindo do Poder Judiciária a prestação jurisdicional pedida na acusação, que tem duas finalidades: objetiva o julgamento da pretensão punitiva e a imposição da sanção penal. Transitando em julgado a sentença condenatória, o direito de punir concreto transforma-se em jus punitiois, convertendo a pretensão punitiva em pretensão executória: exigência de execução da sanção penal concretizada na sentença. O Estado adquire o direito de executar a pena ou medida de segurança imposta na sentença (JESUS, 2012, p.762-763).

Na prescrição da pretensão punitiva, o Estado perderá o direito de ingressar com a ação penal ou perderá o direito de que seja julgada. Caso o Estado chegue a proferir uma sentença, tal decisão será extinta no caso de prescrição (GRECO, 2012).

A prescrição da pretensão punitiva pode ser subdividida em prescrição da pretensão punitiva em abstrato, intercorrente e retroativa. A prescrição antecipada pode ser vista como espécie de prescrição da pretensão punitiva.

A segunda espécie de prescrição penal é a da pretensão executória, também denominada prescrição da condenação. Essa modalidade resulta na perda do direito do Estado de condenar.

A espécie de prescrição que irá operar gera grandes resultados tanto na esfera penal quanto na esfera cível. Se tratando de prescrição da pretensão punitiva, o réu do processo continuará a ter o status de primário e não terá antecedentes criminais. Já na esfera cível, a vítima não terá como executar o decreto condenatório, haja vista que a prescrição da pretensão punitiva impede a formulação do título executivo judicial (GRECO, 2012).

Não obstante, no que se refere à pretensão executória, o Estado perde o direito de executar a pena. O título executório foi formado com o trânsito em julgado da sentença, mas não poderá ser executado. “O condenado, caso venha a praticar novos delitos, poderá ser considerado reincidente; e caso a condenação anterior não sirva para efeitos da reincidência, como na hipótese do artigo 64, I, do Código de Penal, ainda assim importará em maus antecedentes. A vítima do delito, ao contrário

do que acontece na prescrição da pretensão punitiva, terá na sua disposição o título executivo judicial criado pela sentença penal condenatória transitada em julgado, e com esta poderá obter a devida indenização, nos termos do art. 475-N do Código de Processo Civil” (GRECO, 2012, p.706- 707).

A prescrição penal é um direito, melhor dizendo, uma proteção fundamental do indivíduo contra a perpetuação do poder punitivo do Estado. Logo, por mais graves que sejam os crimes, estes prescrevem. No entanto, excepcionalmente, a Constituição Federal traz algumas hipóteses de prescrição (GRECO, 2012).

3.3. Posições Doutrinárias

Na sistemática jurídica brasileira, existem apenas dois crimes elencados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, considerados imprescritíveis, quais sejam racismo (art. 5º, XLII) e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV) (LIMA, 2015).

O artigo 5º, XLII, da Constituição Federal Brasileira, dispõe: “[...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Conforme a teoria ampliada adotada pelo STF, o termo racismo deve ser compreendido de forma abrangente, não se limitando a raça (GOMES, 2013).

Já o artigo 5º, XLIV, da Constituição Federal Brasileira, aduz: “[...] XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, e consoante Gomes (2013), este inciso tenta reprimir grupos que visam impedir a manutenção do Estado ou tentem tirar a ordem constitucional.

No que concerne aos crimes imprescritíveis previstos na Constituição Federal de 88, eis o entendimento do STF no julgamento do HC 82.424:

A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam,

verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.(...) A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. (HC 82.424-RS, Pleno, rel. para o acórdão Maurício Corrêa, 17.09.2003, m.v., RTJ 188/858).

Segundo Gomes (2013), a imprescritibilidade das hipóteses denunciadas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da CF, se justifica pelo justo fato da gravidade da conduta do agente como também pelo fato de do Estado não ter limitação para a punição, ou seja, pode-se afirmar que apesar da regra ser a da prescritibilidade penal, ainda assim existem situações que permitem a imprescritibilidade, em decorrência da sua gravidade e importância.

A Emenda Constitucional é uma espécie normativa que vem para integrar a Constituição. Uma vez aprovada, promulgada e publicada, a emenda passa a ter a mesma eficácia (Bornin, 2009).

A Emenda Constitucional pode ser proposta por, no mínimo, 1/3 do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, Presidente da República; ou, ainda, por mais da metade das Assembleias Legislativas, pela maioria relativa de seus membros, conforme o art. 60, da CF; No caso, para aprovação se faz necessário 3/5 dos votos de cada casa do Congresso Nacional, realizado em dois turnos de votação (BRASIL, 1988).

Quanto aos limites do poder de reformar, dispõe o §4 do referido artigo que não será permitido emenda a fim de abolir norma constitucional; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Segundo Pedra (2006), as cláusulas pétreas servem para assegurar a Constituição, porém, se faz necessário, muitas vezes, adequar a Constituição ao contexto atual, qual exige as transformações.

Gomes (2013) destaca que o aumento do rol de crimes imprescritíveis não viola cláusula pétrea, certo de que somente é proibida emenda que tende a abolir algum direito ou garantia, qual não é caso do presente tema.

Vale ressaltar que uma parte da doutrina considera que não é possível aumentar o rol de crimes imprescritíveis. Tal postura tem como fundamento o direito fundamental que se extrai a prescrição. Destarte, se o Estado demorar em punir o autor do crime, tem direito à prescrição em face à inércia do Estado (SOUSA, 2014).

Adverso, o Supremo Tribunal Federal, pelo RE 460971 – RS entende que é possível aumentar esse rol de crimes imprescritíveis previsto na CF/88. Esta posição baseia-se no entendimento que apesar da Constituição indicar duas hipóteses de exceção à regra de prescrição, trata-se de um rol exemplificativo, e não taxativo. (SOUSA, 2014)

Da mesma maneira, Sousa (2014) ressaltou que o Estatuto de Roma, pelo qual se criou o Tribunal Penal Internacional, considera imprescritíveis os crimes de competência do referido, mencionados no artigo 5º. Deste modo, o Estatuto de Roma impõe a imprescritibilidade de outros crimes, além dos previstos na Constituição Federal Brasileira (1988), quando julgados pelo Tribunal Penal Internacional.

Assim sendo, é notório a possibilidade de tornar um crime prescritível, como já foi feito em outros delitos através de uma Emenda, qual passou a extinguir prazo máximo pré-determinado para que o Estado puna e processe o criminoso.

A PEC 64/2016 (qual foi aprovada em primeiro turno pelo Senado em 09 de maio de 2017), visa alterar o inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal para tornar imprescritíveis os crimes de estupro, sob a alegação que o estupro é um crime bárbaro, capaz de deixar profundas e severas marcas.

No texto que alicerça a referida PEC, é demonstrado que além da violência que esta prática impõe, a principal ferida se faz da psicológica que é deixada. Por conta disso, a coragem para denunciar um estuprador pode demorar muitos anos, caso venha a acontecer a denúncia.

A imprescritibilidade do crime de estupro contribui para que o agente do delito não fique impune, ou seja, a imprescritibilidade surge como uma medida capaz de encorajar a vítima a denunciar. Nas palavras da Senadora Simone Tebet, em seu voto ela reforça:

[...] a coragem da mulher para denunciar pode levar anos. Essa tabela do prazo prescricional que hoje consta no código brasileiro é insuficiente, ela é pequena, porque, muitas vezes, depois de todo o tratamento psicológico, romper o ciclo com a família, ter a coragem de denunciar, o crime está prescrito, e a impunidade impera. [...] Imaginem quando ela tem que denunciar um companheiro, imaginem quando estamos falando de pais, de padrastos, de tios, de avós, como aconteceu em Campo Grande, a minha cidade, em Mato Grosso do Sul. Imaginem quando acontece com crianças de dois, de três, de cinco, de oito anos de idade. Imaginem quando o estupro não é único e isolado, mas acontece por anos a fio em relação a uma criança, em relação a um adolescente, e mesmo em relação a uma mulher. Por tudo isso, o projeto precisa ser aprovado. [...] (Diário do Senado Federal nº 57, p. 65).

Na referida PEC, a Senadora Marta Suplicy (2017), aduziu que a sociedade, muitas vezes, culpa a vítima pelo ocorrido, sendo esta adulta ou criança. Se tratando de uma criança, ela apenas saberá que foi vítima após certa maturidade, e neste decurso o crime já pode ter sido prescrito. Desta forma, se faz fundamental esse avanço, no sentido de tornar o crime de estupro imprescritível.

O autor da PEC em questão, o Senador Jorge Viana (2017), realça que, em diversos casos, quando uma vítima de estupro procura uma autoridade policial, é feito um questionário para identificar se a vítima corroborou para o resultado, como, que roupa ela estava usando, em que lugar ela estava, em que horário da noite, se havia bebido.

O artigo 5º, XLII da CF, nos termos da PEC nº 64 2016, passaria a vigorar com o seguinte texto: “Art. 5º XLII - a prática do racismo e do estupro constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, na lei”.

No Site do Senado Federal, disponibilizado para consulta pública, foram apurados 3.306 votos favoráveis e 43 contra a PEC nº 64/2016. A proposta foi

aprovada pelo Senado em primeiro turno com 68 votos favoráveis e em segundo turno com 62 votos. Atualmente está em trâmite na Câmara dos Deputados para aprovação em dois turnos.

De acordo com Gonzaga (2016), é inegável que o Brasil vive hoje uma cultura do estupro, ou seja, a sociedade impõe um conjunto de padrões de comportamento, crenças e costumes que acabam naturalizando o estupro.

É notório que a prática do estupro atinge homens e mulheres. Entretanto, devido a sociedade machista, a incidência dos crimes cometidos contra a mulher é consideravelmente maior. Segundo dados disponibilizados pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação - Sinan, 89% das vítimas de estupro são mulheres.

Os preconceitos acabam justificando a violência de gênero e as mulheres estão cada vez mais sendo culpadas pela própria violência da qual são vítimas, seja pelo fato de ter bebido, pelo horário em que estava na rua ou pela roupa que vestia (GONZAGA, 2016).

Tratando-se de números, estudos foram realizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, no ano de 2014, qual aferiu que o número de estupros por ano no Brasil seja em torno de 527 mil casos de estupros no país, onde 70% destes casos tem como agentes familiares e amigos e apenas 10% são denunciados.

Dentre os estudos, dados foram fornecidos pelo Ministério da Saúde, no ano de 2015, foram registrados 45.460 casos de estupros consumados e 6.988 tentativas de estupro. Números estes que correspondem a uma determinada parcela, haja vista que parte dos crimes sexuais são reportados.

Acerca das consequências do estupro na vida da vítima, Braz de Lima (2012) menciona que os traumas provocados no indivíduo desencadeiam uma grande violação dos limites físicos e psicológicos, gerando diversas consequências

negativas para a vítima ao longo de seu desenvolvimento cognitivo, afetivo, comportamental e social, e para os seus relacionamentos futuros.

No caso de uma criança vítima de estupro, ela “pode manifestar um sofrimento emocional muito intenso [...] e apresentar problemas mais leves como a dificuldade de aprendizagem, como também sérias consequências psíquicas e emocionais” (BRAZ DE LIMA, 2012, p. 13).

A autora ainda ressalta ser de “suma importância que as vítimas dessa violência se encorajem para efetuar a denúncia evitando que o abusador fique impune” (BRAZ DE LIMA, 2012, p. 13).

Entretanto, levando em conta o receio de que as vítimas têm de sofrer preconceito, superexposição ou serem revitimizadas, é preciso observar que a coragem para denunciar um esturador pode demorar muitos anos, não sendo possível estabelecer um prazo de recuperação para todas as vítimas.

CONCLUSÃO

A hipótese inicial deste, ora apresentado, era o estudo da conveniência ou inconveniência da prescrição no crime de estupro.

É notório a grande discussão sobre a inconstitucionalidade dos projetos que têm por objetivo tornar novos crimes como imprescritíveis, haja vista que a Constituição Federal de 1988, traz em seu rol de crimes desta classificação, apenas o racismo e a prática de ação de grupos armados.

Uma ampliação deste rol, em tese, ofenderia não somente a taxatividade prevista na Constituição Federal, como também perpetuaria a pena de um agente.

No entanto, é evidente que haja transformações constitucionais, à fim de que se adeque ao contexto atual, pois é inegável que hoje o Brasil vive uma cultura de estupro, e a inércia em relação ao caso, seria de grande mal feito.

Ao fim da pesquisa pudemos notar, após análise dos fundamentos contrários e favoráveis, trazidos pela doutrina e juristas, e atuais modificações legislativas, que se faz necessário esse avanço, pois, como citado no corpo do trabalho, vítimas do estupro podem levar anos até criarem a devida coragem para denunciar o delito, que por vezes já está prescrito, gerando impunção do agente.

Com esse avanço, pode-se dizer que estamos caminhando, mesmo que lentamente, para novas hipóteses de justiça diante da infinidade de casos concretos possíveis a serem analisados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BORNIN, Daniela Queila dos Santos. **Limitações ao poder constituinte reformador**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6526>. Acesso em: jan. de 2018.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dez. de 1940 – Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 04 de fev. de 2018.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado>. Acesso em: 21 fev. de 2018

BRAZ DE LIMA, Isabel Vieira. Consequências Psicológicas do Abuso Sexual na Infância e Adolescência: Uma Ferida Invisível. In: **AJES**, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.site.ajes.edu.br/direito/arquivos/20131030201243.pdf>>. Acesso em: 21 de fev. de 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal** - Vol. 2 - Parte Especial, 3ª edição. Atlas, 01/2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, v. 3, 15ª edição., 15th edição. Editora Saraiva, 2017.

COLHADO, Junyor Gomes. **Conceito de crime no Direito Penal brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47517/conceito-de-crime-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 21 de out. de 2017.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. Saraiva Educação, 2016.

FARIA, Gabriel Morais. **Breves apontamentos acerca do histórico do estupro. 2016.** Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/54227/breves-apontamentos-acerca-do-historico-do-estupro>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

GOMES, Lucas Canto. Da Possibilidade de Ampliação do Rol de Crimes Imprescritíveis no Direito Brasileiro. In: **UNICEUB**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5311/1/RA20915500.pdf>. Acesso em: 20 de fev. de 2018.

GONÇALVES, Victor rios. Coleção Sinopses Jurídicas, v. 10 – **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a Administração**, 21ª edição., 21st edição. Editora Saraiva, 2017.

GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. A violência além do estupro coletivo: breves considerações sobre a cultura do estupro. In: **Carta Capital**, 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/06/06/a-violencia-alem-do-estupro-coletivo-breves-consi>> Acesso em 27 de fev. de 2018.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo : Editora Atlas, 2010.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde.** Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/21/estupro-no-brasil-uma-radiografia-segundo-os-dados-d...>> Acesso em 18 de mar. de 2018.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**, Curitiba: Juruá, 2004.

LIMA, Andressa Trindade de. A Possibilidade de Extensão da Imprescritibilidade para os Crimes Hediondos. In: **UNICEUB**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8460/1/21153232.pdf>. Acesso em: 04 de abr. de 2018.

LOZANO, JR., José Julio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

LUCA, Caio de. **Conceito de Crime**. 2014. Disponível em: <<https://caiodeluca.jusbrasil.com.br/artigos/147591440/conceito-de-crime>>. Acesso em: 23 de out. de 2017.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos, 10ª edição.. Saraiva, 7/2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal, 13ª edição**. Forense, 01/2017.

OLIVEIRA, Guizela de Jesus. Estupro Antes e Depois Da Lei 12015/09. 2009. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3296>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**, 3ª edição. Atlas, 01/2017.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. Revista de Informação Legislativa. ano 43, n. 172, p. 135-148. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, out.dez. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito Penal Brasileiro**: Parte Especial: arts. 184 a 288. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001. V. 03.

RODRIGUES, Cristiano. **Saberes do direito 7 – Direito penal**: parte especial II, 1ª Edição.. Saraiva, 04/12

RODRIGUES, Samuel Cassemiro. **O Crime de Estupro Após o Advento da Lei 12.015/2009**. 2017. Disponível em: <<https://samuelcrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/424887336/o-crime-de-estupro-apos-o-advento-da-lei-12015-2009>> Acesso em: 18 fev. 2018.

SOUSA, Isabela Ribeiro. É possível ampliar o rol de crimes imprescritíveis? In: **JUSBRASIL**, 2014. Disponível em: <https://isabela-6.jusbrasil.com.br/artigos/137105605/e-possivel-ampliar-rol-de-crimes-imprescritiveis>. Acesso em 04 de abr. de 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

