V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

FLORENCIO MACEDO MAGGI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Florencio Macedo Maggi, Gabriel Antinolfi Divan – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-219-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

I. Nas datas de 08, 09 e 10 de Setembro de 2016, o V Encontro Internacional do Conpedi foi realizado em Montevidéu, Uruguai. Em meio às dependências da Faculdade de Direito da Universidad de la Republica Oriental del Uruguay ocorreram os debates relativos aos Grupos de Trabalho onde os autores dos artigos e pesquisas aceitos para a apresentação e publicação tiveram oportunidade de realizar uma introdução e um breve resumo dos mesmos, seguido de debates relativos aos temas, métodos e abordagens tratadas.

As exposições foram coordenadas pelos dois coordenadores que aqui subscrevem, relativamente ao Grupo de Trabalho (GT) n. 26, intitulado Criminologias e Política Criminal (II) – em virtude de ser o segundo conjunto de trabalhos agrupado em um GT envolvendo as mesmas temáticas, o que dá ideia, e alegria, em relação à dimensão e à quantidade de trabalhos e pesquisadores envolvidos com a matéria, em ambos países.

Os coordenadores propuseram a divisão das apresentações da sala em três blocos temáticos – dadas afinidades de objetos e perspectivas – nos quais os autores e autoras expuseram seus trabalhos seguidos de intervenções dos presentes, incluindo os demais autores e uma satisfatória presença de público ouvinte. Alguns trabalhos não se encaixavam propriamente nas temáticas majoritárias dos blocos, mas os próprios autores em rápido arranjo e discussão sob o crivo dos coordenadores associaram as temáticas se não similares, mais afins em relação aos temas trabalhados e assim se compuseram os referidos blocos.

II. No primeiro bloco de trabalhos, voltado para questões acerca do debate da violência sexual e as rupturas de paradigma, sistêmicas e culturais que a envolvem, foram apresentados dois trabalhos. O primeiro, nomeado “O PERMANENTE DESAFIO DO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR”, de Mirza Maria Porto de Mendonça, abordava entre outros casos, a figura do “homem abusador”, o envolvendo em um debate sobre eventual inimputabilidade, senão que, mais acertadamente, em uma questão em torno da impunidade como fragmento de uma questão cultural, de gênero. Ademais, fora discutido o fato de que através do Direito Penal, muitas vezes, o problema de gênero é ocultado com um arcabouço teórico que não brinda com uma solução efetiva do problema e do conflito ali depurado. A segunda exposição esteve a cargo de Jaime Meira do Nascimento Junior, intitulada “A DEFESA DA LIBERDADE SEXUAL COMO MUDANÇA DE PARADIGMA NO ESTUPRO DE

VULNERÁVEL EM CASO DE DROGADIÇÃO" (artigo escrito com coautoria de Milena Zampieri Sellmann). O trabalho abordou um rumoroso caso recente de violência sexual ocorrido no Brasil e levou a um interessante debate sobre as formas de abordagem social e cultural desse tipo de questão, assim como os desafios jurisprudenciais para imputações e resoluções de casos envolvendo essa temática, levando em conta justamente formas de trato, ou de amenizar os efeitos das considerações morais e de gênero em relação a esses eventos;

III. No segundo bloco temático de apresentações, foram apresentados e discutidos trabalhos que envolviam discussões epistemológicas a respeito da criminologia, seus objetos, vias paradigmáticas e alcances teóricos e políticos de suas considerações. O bloco (mais extenso) foi aberto com Isabella Miranda da Silva com o trabalho intitulado "PERMANÊNCIAS HISTÓRICAS DO CONTROLE PENAL E DOS DISCURSOS CRIMINOLÓGICOS GENOCIDAS: APROPRIAÇÃO DAS IDEIAS E RESISTÊNCIA NA AMERICA LATINA", seguindo com Brunna Laporte Cazabonnet com "O POPULISMO PUNITIVO: A MANUTENÇÃO DA ORDEM SOCIAL PELA VIA PENAL". Após, expôs Rômulo Fonseca Morais sobre O' PAPEL DA CRÍTICA CRIMINOLÓGICA E DA TEORIA DO DIREITO NA (DES)LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO EXERCÍCIO DO PODER DE PUNITIVO". A dupla de autores Debora Simões Pereira e Diego Fonseca Mascarenhas dissertaram em sequência sobre "DIREITO PENAL E CONTROLE SOCIAL: MANUTENÇÃO DE UM DISCURSO QUE LEGITIMA A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO". Finalmente, expuseram sobre seu trabalho Janaina Perez Reis e Moneza Ferreira de Souza, intitulado "PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO CONJUNTO PENAL TEIXEIRA DE FREITAS: UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA CARCERÁRIA BRASILEIRA".

Nesse bloco temático, os debates foram permeados pela discussão em torno da expansão do Direito Penal e sobre como essa expansão é legitimada por uma série de discursos paralelos ao curso programático da legislação penal. De sobremaneira, se discutiram: a) a massiva criminalização de pessoas e setores vulneráveis em relação a clivagens de classe social e etnia, propriamente, atualizando e trazendo questões relativas às estigmatizações criminais e, b) o papel dos discursos criminológicos (e acadêmicos) em relação aos rumos que esses próprios discursos críticos merecem tomar, questionando-se as efetivas sendas teóricas e epistêmicas que se deve ter a partir dessas constatações (mormente a da seletividade – ou das varias seletividades – que o sistema penal engendra).

IV. No último bloco, alguns temas afins deram o tom da reunião temática, muito embora se pode também diversificar os objetos de análise dos trabalhos: se iniciou com a exposição de Felipe Machado Veloso, intitulada "A MÍDIA E O DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DOS

LINCHAMENTOS: A TRANSFORMAÇAO DO SUSPEITO EM UM SER MATÁVEL NA NARRATIVA DE UM CASO OCORRIDO EM VARGEM ALTA/ES" (trabalho realizado em conjunto com Humberto Ribeiro Júnior). Posteriormente Alvaro Filipe Oxley da Rocha expôs sobre "CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA: CONCORRÊNCIA E LEGITIMIDADE SOBRE O SISTEMA PENAL". E em seguida, Felipe Da Veiga Dias tratou do tema "PUNITIVISMO MIDIÁTICO NOS PROGRAMAS POLICIALESCOS E REGULAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NO BRASIL COM BASE NOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ENSINAMENTOS URUGUAIOS COM A ESTRATEGIA POR LA VIDA Y LA CONVIVENCIA". Esses trabalhos – focados na relação das agências do sistema penal e sua relação com a política criminal permeada, muitas vezes, pela obra e discurso midiáticos conduziram a reflexões sobre o papel dos meios de comunicação de massa em ligação com o Estado, seus atores e a própria aplicação da lei e do influxo punitivo. Tratou-se de um Direito Penal que se transmuta cada vez mais, galopantemente, em simbólico, com fins de alimentar uma proposta e um discurso que podem ser monitorados e impugnados criminologicamente.

O trabalho seguinte foi "ALGUNS ASPECTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS DE CRIMINOLOGIA CULTURAL" a cargo de Theuan Carvalho Gomes da Silva. Posteriormente, expôs Carmen Hein De Campos como "REVISTANDO AS CRÍTICAS FEMINISTAS ÁS CRIMINOLOGIAS". Encerraram o bloco, e a sessão, Marcia Fátima da Silva Giacomelli e Jossiani Augusta Honório Dias com o trabalho "ENTREVISTA COM CRIANÇAS O DESAFIO DO DEPOIMENTO COM REDUÇÃO DE DANOS. A DESTREZA DE ATENUAR A REVITIMIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLENCIA". Essa parte do bloco, mais heterogênea, mas igualmente rica e interessante, perpassou elementos fulcrais, como o intercâmbio evidente entre a sociedade e a cultura e o lastro das mesmas e dos estudos sociais na própria matriz criminológica e sua base de crítica política. Igualmente evidenciada a falta (ou as ausências – muitas vezes literais) de uma 'criminologia feminista', bem como as causas possíveis e efeitos dessa falência que se retroalimenta: déficit até mesmo de uso de autoras feministas e o descuido da visualização da criminologia crítica, feminista e marginal por autores homens e eurocêntricos. Igualmente, a questão do processo e seus mecanismos (sobretudo aqueles relativos aos depoimentos e seus métodos) como revitimizadores e o impacto ainda mais negativo que técnicas inadequadas causam nessa seara, como objeto rico de análise pelo viés criminológico.

V. Ao final dos trabalhos e discussões, as opiniões e exposições conjuntas revelaram uma intensa convergência de fatores ligados ao estudo e a discussão da criminologia, tanto na Academia brasileira, como na uruguaia: muito da base crítica é proposta

contemporaneamente a partir dos arcabouços e matrizes críticas que gravitam em torno de teses de pensadores como M. Foucault, A. Baratta, C. Roxin, E. R. Zaffaroni, os quais foram largamente citados ao longo dos trabalhos. Isso, inegavelmente demonstra uma espécie de vértice político de mesma direção e visão de uma ciência ou saber penal integrado (envolvendo Direito Penal, Criminologia e Política Criminal), em ambos países, sendo que em razão inclusive da comunhão de entraves e desafios nesse campo, entre as duas realidades não muito distintas. A necessidade e a propriedade da discussão conjunta (bem como em relação à América Latina, como um todo) é proeminente.

Porém, a manutenção do status quo, mesmo criminológico-crítico, é perturbadora e dessa forma, é esperançoso ver que várias brechas e caminhos de abertura são feitos em busca de uma implementação maior de igualdades, garantias e liberdades, através de questionamentos mesmo em relação aos padrões, standards e cânones críticos.

Se a própria crítica criminológica não estiver em movimento, sua estagnação pode ser tão perigosa politicamente (político-criminalmente) quanto o são os seus objetos típicos de análise. Esperamos que a leitura dos presentes trabalhos discutidos em Montevidéu sirva também para esse propósito.

Prof. Dr. Florencio Macedo Maggi

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Docente Aspirante em la Universidad de La Republica – UY. Abogado miembro de lo Colegio de Abogados de Uruguay.

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan.

Doutor em Ciências Criminais. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Brasil. Advogado.

A DEFESA DA LIBERDADE SEXUAL COMO MUDANÇA DE PARADIGMA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CASO DE DROGADIÇÃO.

SEXUAL FREEDOM DEFENCE AS A SHIFT IN THE PARADIGM ON VULNERABLE RAPE IN CASE OF DRUG ADDICTION.

Milena Zampieri Sellmann
Jaime Meira do Nascimento Junior

Resumo

Propõe-se reflexão sobre recente caso de suposto estupro coletivo de jovem de 16 anos por trinta e três homens, contrapondo-se alegação de conivência da ofendida versus envolvimento com drogas durante os fatos. Para tanto, apresenta-se breve exposição quanto à mudança legislativa brasileira no tocante à liberdade sexual, em especial na lei penal relativa ao crime de estupro com o advento da Lei 12.015/2009, que o reinseriu no Código Penal dentre os delitos contra a dignidade sexual. Após, será analisado o § 1º do artigo 217-A do Código Penal, a drogadição, para, finalmente, concluir no contexto da violência contra a mulher.

Palavras-chave: Direitos humanos, Dignidade sexual, Vulnerabilidade, Enfermidade, Vontade

Abstract/Resumen/Résumé

A reflection is proposed about recent case of a collective rape of a 16 years old youth by thirty-three men, in contrast with the victim claim connivance versus involvement with drugs during the facts. Therefore, we present a exposition about the change in brazilian legislative regarding sexual freedom, especially in criminal law related to the crime of rape resulting from the Law 12.015/2009, which was reinserted in the Penal Code among crimes against sexual dignity. After, it is reviewed the §1º of article 217-A from Penal Code, the drug addiction, to finally conclude in the context of violence against women.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Sexual dignity, Vulnerability, Infirmity, Will

INTRODUÇÃO

Neste ano, a Lei Maria da Penha completou dez anos e, após o seu advento, muitas discussões se estabeleceram a respeito da proteção à mulher contra a violência culturalmente estabelecida por séculos e séculos de sociedade patriarcal.

Fenômeno recente na História mundial, a abertura sexual ocorrida a partir dos anos 60/70 do século XX trouxe grandes avanços, mas, ainda, muitos desafios dentro do campo da igualdade de direitos entre homens e mulheres e na busca pela não discriminação e violência de gênero.

Nesse passo, deve ser lembrado o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, o qual tornou a mulher casada absolutamente capaz para os atos da vida civil[1].

Posteriormente, nos anos 70, a Emenda Nelson Carneiro[2], legalizando o divórcio no Brasil, regulamentada da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, abriu as portas para libertação da mulher do vetusto instituto do casamento indissolúvel, permitindo-lhe recomeçar a vida conjugal com um novo parceiro.

Entretanto, a despeito da abertura democrática dos anos 80 e de toda liberdade e mudança de costumes que se verificaram nos anos posteriores, o Brasil continuou no ranking dos países com maiores índices de violência contra a mulher (FRANSCHESCHINI, 2015).

Em matéria sexual, apesar da liberdade tão propagada a partir dos anos 70, os casos de violência também permaneceram com altos índices de ocorrência[3].

Dentro da evolução histórica no tema da sexualidade, ganha bastante relevo a reforma criminal estabelecida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a qual, dentre muitas coisas, alterou o *nomen iuris* do Título VI do Código Penal de "Dos Crimes Contra os Costumes" para "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual".

---

[1] O Código Civil de 1916, assim dispunha em relação à mulher: "Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal". A redação do artigo 6º foi alterada pela Lei nº 4121, de 27 de agosto de 1962, suprimindo-se a mulher casada do rol dos relativamente incapazes.

[2] Emenda constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, alterou o §1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967 (redação dada pela EC 01/69), a qual antes dispunha ser indissolúvel o casamento e, após, passou a admitir o término do vínculo conjugal da forma da lei, desde que houvesse previsão de separação judicial por mais de três anos.

[3] A respeito, cf. http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher/ acessado em 05 de junho de 2016.

E nesse contexto de mudanças, substituiu-se o conceito de violência presumida do revogado artigo 224 do Código Penal, pela noção de vulnerabilidade (artigo 217-A).

A partir dessa nova sistemática que se pretende traçar uma análise do recente caso de possível estupro de uma jovem de 16 anos por trinta e três homens, tão divulgado pela imprensa nacional e estrangeira.

1 DOS COSTUMES À DIGNIDADE SEXUAL

O crime de estupro, à luz do Código Penal de 1940, está inserido no Título VI da Parte Especial, no qual, originalmente, se anunciava o rol dos chamados "Crimes contra os costumes".

Noronha, em meados dos anos 60, apresentava o tema da sexualidade inserida em um instituto humano ligado à noção de perpetuação da espécie.

A natureza, parecendo adivinhar o egoísmo inerente do Ser Humano, dotou o ato sexual de prazer genésico, a fim de que sua lei não fosse desobedecida (1964, p. 111).

Assim, segundo o penalista, no início dos tempos, o ato da reprodução teria sido realizado com brutalidade, o que, com o progresso da civilização e da cultura, foi atenuado com o desenvolvimento de um sentimento que veio enobrecer tal força instintiva, a saber, o amor.

O amor seria o componente ético introduzido no campo da sexualidade, a ensejar que o instinto fosse deixado em segundo plano, em favor de um sentimento nobre a nortear as escolhas em direção ao indivíduo amado.

Nesse ínterim, com a evolução da civilização, o pudor surge como elemento mais poderoso com que a disciplina do instituto sexual contou, fazendo com que a mulher ocultasse voluntaria ou forçadamente suas partes pudentas, contando, para isso, com seu vestuário (NORONHA, 1964, p. 112).

Conclui o autor, após breve digressão sobre as origens do vestuário e as causas do surgimento do pudor, que este comportamento não se limitou apenas à mulher, como também ao homem que, "se a princípio o aceitou como uma adaptação à luta sexual que tinha que enfrentar, mais tarde sentiu-se ser-lhe necessário em nome de sua própria dignidade e reputação (NORONHA, 1964, p. 113-114).

Nesse sentido:

> Tutela-se com ele a maturidade sexual, o que não só está de acordo com os princípios da ética, mas também com o fim biológico da procriação, que rejeita o congresso carnal quando os organismos não chegaram ainda à fase de reproduzir, protegendo-se consequentemente não só o instituto de conservação como o de reprodução. (NORONHA, 1964, p. 114)

Costa Jr. (1996, p. 708) esclarecia que a expressão "bons costumes" dizia respeito àquela parte da moralidade pública referente às relações sexuais, ou seja, a consciência ética de um povo em determinado momento histórico.

Assim, a seu ver, fala-se em "ética sexual" como valor a servir de parâmetro para que o Direito Penal escolhesse as condutas mais graves, erigindo-as em delitos. Falava-se em tutela do pudor, que é o "moderator cupiditatis", o corretivo à sofreguidão e ao arbítrio de Eros, no dizer de Hungria (apud COSTA JR, 1996, p. 708).

Noronha (1964), por sua vez, ao tratar da denominação esposada pelo legislador (Crimes Contra os Costumes) deixava claro o enfoque que era dado, ao atrelar tais delitos à conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais.

Assim:

> *Costumes* aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo, nesse setor de sua vida de relação. (NORONHA, 1964, p. 120)

Ao tratar da temática do crime de estupro, ainda nos anos 60, Noronha observava que seu componente essencial em quase todas as leis vigentes era as relações carnais e a violência física ou moral (1964, p. 126).

Relembrava o autor que, diferentemente da tradição romana em que *stuprum* detinha uma conotação mais ampla, abrangendo toda e qualquer relação carnal ilícita, o delito que se encontrava tipificado no Código Penal de Hungria tinha como sujeito ativo apenas a mulher, porquanto somente com ela se podia ter *conjunção carnal* (NORONHA, 1964, 129).[4]

[4] De fato, até a reforma ocorrida no ano de 2009, o delito de estupro era definido pela prática, mediante violência ou grave ameaça, de conjunção carnal (art. 213), ao passo que o delito de atentado violento ao pudor (art. 214) referia-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. O artigo 214 foi revogado

Contudo, embora o crime de estupro se encontrasse inserido no capítulo dos delitos contra a liberdade sexual, podia-se verificar claramente que o enfoque estava contextualizado no campo da moral e dos bons costumes.

Reforça tal entendimento a reflexão trazida pelo famoso penalista em sua obra datada de meados dos anos 60:

> Questão sempre a considerar é se pode o marido praticar o crime contra a espôsa. É admissível o estupro entre cônjuges?
> As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não pode se opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não pode se furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da espôsa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, êle responder pelo excesso cometido. (NORONHA, 1964, p. 130)

E continua o autor:

> O marido, como tem deveres, também tem direitos no matrimônio, e entre estes se alinha o de relações sexuais com a espôsa. Mas êsse direito, como qualquer outro, tem um limite, o qual transposto fará com que êle se degenere em desmando e abuso. O coito normal, lícito entre esposos, pode, assim, tornar-se ilícito, quando a êle se opuser a mulher, fundada em poderosas razões morais ou em um direito mais relevante. (NORONHA, 1964, p. 131)

Assim, percebe-se que, pela leitura da redação original do Código Penal, elaborada antes da abertura sexual ocorrida nos anos 60/70, a doutrina mais tradicional era clara no sentido de que a liberdade sexual da mulher somente era protegida se estivesse alinhada à moral e aos bons costumes, de modo que, exceto em caso de justificativa aceitável (v.g., para não contrair doença venérea do marido – NORONHA, 1964, p. 131), o marido que empregasse de meios moderados de violência poderia constranger a esposa a permitir que ele praticasse conjunção carnal, em situação de verdadeiro exercício regular de direito.

---

pela Lei nº 12.015, de 7de agosto de 2009, e as condutas nele previstas foram agrupadas no artigo 213, de modo que, atualmente, a pessoa do sexo masculino também pode ser vítima de estupro (MIRABETE e MIRABETE, 2013, p. 406). Em certa medida, após 2009, houve uma aproximação do estupro com o conceito romano de "stuprum".

Interessante que, já nos anos 90 do século XX, Costa Jr, além de sustentar a inexistência de ilícito se o marido, sem excesso, compelisse a esposa à cópula carnal, parece estender tal situação para a união estável:

> Manfredini propõe a mesma questão, no caso de agente conviver com a ofendida *more uxorio*. Entende o penalista peninsular que o concubino, pela constância da prestação mútua, passa a ter um *jus possessionis*, com relação à mulher. Por esse motivo, não há que falar em estupro. Como observa Hungria, pode-se transigir com essa solução, para não identificar na hipótese fática o estupro, desde que se venha a reprimir a violência física empregada, isoladamente (1996, p. 712).

Em outras palavras, o convivente que forçasse sua companheira a com ele praticar conjunção carnal, somente responderia por vias de fato ou lesão corporal leve, porquanto a relação sexual forçada em si não seria ilícita, porquanto de acordo com a moral e os bons costumes.

Entretanto, o mundo mudou e, mesmo nos anos 90, embora a tradicional doutrina penalista analisasse o crime de estupro dentro do contexto do título em que se inseria, cada vez mais a sociedade passou a entender que a mulher não deveria ser vista como objeto suscetível ao *jus possessionis* do marido.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, dois princípios basilares foram erigidos.

O primeiro foi a dignidade da pessoa humana, elevado a fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF)

O segundo a igualdade entre homens e mulheres:

> 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; [...]

Por conta disso, a jurisprudência já vinha reconhecendo a prática de crime de estupro de marido contra a esposa.

Nesse sentido:

> TJ-PR - Apelação Crime: ACR 459189 PR Apelação Crime - 0045918-9
> APELACAO CRIME - ESTUPRO PRATICADO PELO MARIDO CONTRA A ESPOSA - CONFIGURACAO - PENA - FIXAÇÃO - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.
> Restando comprovado que o réu, mediante violência real, constrangeu a vítima a conjunção carnal, a condenação é imperativa.(1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Moacir Guimarães, j. 21/3/1996)

> TJ-RS - Apelação Crime : ACR 695018143 RS
> ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. CONSTITUCIONALIDADE. A LEI N-8072 DE 1990 CONSIDERA HEDIONDO O ESTUPRO, INCLUSIVE NA SUA FORMA SIMPLES. NÃO HÁ FALAR EM RELAÇÃO SEXUAL ADMITIDA, COM BASE EM ALEGAÇÃO DE CONGRESSOS CARNAIS ANTERIORES, POIS ATÉ O MARIDO PODE SER AGENTE ATIVO DESTA ESPÉCIE DE DELITO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA DO CO-RÉU NÃO ADMISSÍVEL, QUANDO TEM ATUAÇÃO DESTACADA NA CONDUÇÃO DA OFENDIDA ATE LOCAL PROPÍCIO PARA A CÓPULA, E QUE É VISTA COM AS ROUPAS ABAIXADAS. SENTENÇA ADOTADA COMO RAZÃO DE DECIDIR. APELOS IMPROVIDOS. (Rel. Des. Érico Barone Pires, j. 28/6/1995)

E como bem relembram Mirabete e Mirabete (2013, p. 406), o crime de estupro cometido pelo marido contra a mulher foi mais severamente punido diante da nova redação dada pela Lei nº 11.106, de 28-3-2005 ao artigo 226 do Código Penal, que, em seu inciso II, previu para a hipótese o aumento da pena pela metade.

Posteriormente, a Lei nº 12.015/2009, dentre outras coisas, alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal, substituindo a menção a crimes contra os costumes por "Crimes contra a Dignidade Sexual".

Assim, conforme observa Greco (2012), deixou o foco da proteção jurídica de ser o comportamento sexual moralmente aceito perante a sociedade para se buscar a tutela da dignidade sexual.

Sarlet, a respeito da noção de dignidade, assim esclarece ser esta:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2012, p. 60)

Desse modo, não mais se discute a liberdade sexual da mulher à luz da moral e dos bons costumes, mas sim sob o prisma de sua dignidade, como ser humano dotado do direito de se autodeterminar.

Assim, o consentimento da mulher é o divisor de águas entre a licitude e ilicitude de uma relação sexual e não mais as conveniências sociais.

E o consentimento será considerado sob seu prisma absoluto. A qualquer momento a mulher, ainda que casada, ou em união estável ou em um encontro casual, pode determinar quando ocorrerá ou não a relação sexual, não valendo qualquer subterfúgio argumentativo a justificar ao homem ou a quem quer que seja obrigar a parceira a praticar o que não deseja.

Isso justifica e reforça a jurisprudência que já se cristalizara mesmo antes.

Se já não se considerava dentro da moral e dos bons costumes a relação forçada entre marido e mulher, hoje mais ainda não se aceita tal argumento na medida em que a mulher não é objeto dentro da relação matrimonial. Não há mais "posse sexual" da mulher casada ou em união estável.

Ela é sujeito e não objeto de direitos, pessoa humana com interesses juridicamente tutelados e também com deveres inerentes a essa relação de Direito de família, a qual não pode ser compelida a ser reduzida à condição de reprodutora.

O fundamento da união física não só entre cônjuges como em qualquer relação íntima a dois é a vontade livre e consciente fundada na maturidade sexual dos participantes e em seu discernimento para decidir quando da oportunidade e conveniência da prática e não mais a perpetuação da espécie ou até mesmo a moral e os bons costumes, como se sustentava outrora.

2 DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA À VULNERABILIDADE

Seguindo a mesma linha, a proteção à dignidade da pessoa humana em matéria sexual ganhou relevo em relação às pessoas privadas do necessário discernimento para consentirem no ato sexual.

Até o advento da Lei nº 12.015, de 7-8-2009, discutia a doutrina e a jurisprudência a questão da violência presumida quando a relação sexual, ainda que consentida pela vítima,

envolvia pessoa menor de 14 anos, alienada ou débil mental quando o agente conhecia tal circunstância e pessoa que, por qualquer outra causa, não pudesse oferecer resistência.

O legislador valia-se, então, de uma ficção jurídica de violência nos casos em que o consentimento da vítima não pudesse ser admitido, a fim de enquadrar o sujeito ativo nas hipóteses típicas de estupro (artigo 213 do CP) e de atentado violento ao pudor (artigo 214 do CP).

Nesse sentido, a exposição de motivos do Código Penal de 1940 assim esclarecia:

> O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innoccencia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum a seu consentimento. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao princípio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.
> Por outro lado, se a incapacidade para consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia etc) ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontre acidentalmente tolhido de movimentos). (BRASIL, 1940).

Ressalte-se, contudo, que toda lógica da presunção de violência residia no âmbito da preservação da moral e dos bons costumes, conforme anteriormente explicado.

Com o advento da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, uma das principais preocupações do legislador nesse tema foi exatamente conferir a menores de 18 anos e às pessoas com discernimento reduzido maior proteção contra abusos sexuais e outras formas de exploração sexual.

Assim, a nova legislação introduziu o capítulo II do Título VI da Parte Especial com a rubrica "Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável".

Conforme explicam Mirabete e Mirabete (2013, p. 425-426), a vulnerabilidade, no sentido conferido pela alteração legislativa, diz respeito às pessoas que, quer por estarem com a personalidade em formação, quer pela condição de enfermidade ou incapacidade de resistência, não detêm o necessário discernimento ou liberdade de escolha em relação às práticas sexuais, estando, assim, sujeitas a abusos e exploração sexual.

Desta feita, são vulneráveis as pessoas menores de 14 anos, ou as que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou, finalmente, que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

Ofende a dignidade sexual destas pessoas a prática, com elas, de qualquer ato libidinoso, no contexto de abuso ou exploração sexual.

3 VULNERABILIDADE EM CASO DE DROGADIÇÃO

Diante da atual conjuntura normativa, merece destaque o caso recentemente divulgado pela imprensa brasileira relativo a um suposto estupro coletivo de uma adolescente em uma favela no Rio de Janeiro.

Segundo noticiado por diversos veículos de comunicação, uma jovem de 16 anos, após participar de um baile "funk" regado de bebidas e drogas durante seis horas, teve relações sexuais com um parceiro num alojamento em um morro localizado no Rio de Janeiro. Em seguida, sem forças para voltar para casa, foi levada por outra pessoa a um outro local conhecido como "abatedouro", onde teria sido violentada por outros homens.

A ação desses homens foi registrada em vídeo por um dos agentes e divulgada na internet.

Ainda conforme noticiado, a garota teria voltado para casa, tomado um banho e dormido. Em conversa com psicólogos, ela teria afirmado não ter feito nada porque, em primeiro lugar, não sabia direito o que havia acontecido e, em segundo lugar, porque, na favela, isso é normal e a lei é outra. (LEITÃO e PRADO, 03/06/2016)

Enquanto a jovem recebeu diversas manifestações de solidariedade de alguns, recebeu a reprovação de outros, segundo os quais, ela teria dado causa ao estupro, pois era conhecida por se entregar a todos.

Nesse sentido:

> Segundo notícias do jornal Estado de São Paulo, ela saía sozinha aos 11 anos, frequentava bailes funk, engravidou aos 13 anos, largou a escola, tem um filho de 3 anos e costuma usar ecstasy, lança-perfume e cheirinho da loló. (FREITAS, 05/06/2016)

Em defesa daqueles que praticaram a conduta, alguns traficantes da região lançaram gravação na internet com o seguinte teor:

> Ela tá acostumada a fazer isso, é garota do tráfico, meninas que transam com traficantes, aliás vários ao mesmo tempo. Agora vem dar de inocente, além disso todo mundo sabe que não é permitido estupro em favela, quando acontece, os estupradores pagam com a vida e morrem da pior forma. (sic). (FREITAS, 05/06/2016) [5]

A questão que se coloca é saber se uma garota, comprovadamente envolvida no mundo das drogas, em situação, ao que tudo indica, de drogadição, enquadra-se ou não na condição de pessoa vulnerável à luz da atual redação do Código Penal.

A lei penal assim estabelece, "in verbis":

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 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." (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (grifo nosso)

A Medicina moderna considera a drogadição uma doença. Nesse sentido, a classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde (CID-10) da Organização Mundial da Saúde (OMS) insere a toxicodependência nos "Transtornos Mentais e Comportamentais Devido ao Uso de Múltiplas Drogas e ao Abuso de Substâncias Psicoativas" (Código F19)[6].

---

[5] Cf. ainda http://br.blastingnews.com/brasil/2016/05/ouca-traficantes-dizem-que-estupro-foi-sexo-consentido-e-divulgam-conversa-00941067.html, acessado em 05 de junho de 2016. Vide também https://www.youtube.com/watch?v=umqv20D34fE acessado em 05 de junho de 2016.

[6] "A CID – 10 é o critério diagnóstico adotado no Brasil pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e tem por objetivo listar e classificar os transtornos mentais. Para os profissionais que atuam na área da saúde e mais especificamente na saúde mental o uso da CID -10 é de suma importância. Pois possibilita e facilita a comunicação por meio de uma linguagem comum entre os médicos, psiquiatras, psicólogos, etc. A CID – 10 constitui-se na principal ferramenta para aumentar a precisão diagnóstica e definir o tratamento mais adequado para cada caso." (http://opsicologoonline.com.br/cid-dependencia-quimica/ acessado em 05 de junho de 2016).

NICOLATO *et al* (2007) relatam que o uso excessivo de droga conhecida como "ecstasy" induz a diversos sintomas, dentre os quais, o aumento da libido, podendo atingir a psicose.

Pelo que se denota da gravação divulgada por traficantes do local, todos sabiam do envolvimento da adolescente com drogas, a ponto de a intitularem de "garota do tráfico".

Além disso, segundo as informações noticiadas, a jovem estava nitidamente drogada quando dos fatos, o que era de conhecimento dos que a levaram ao lugar denominado de "abatedouro".

Por outro lado, o fato de eventualmente a jovem ter participado de outras situações similares, longe de afastar a culpabilidade dos que assim agiram, demonstra, na verdade, sua condição de vítima de diversos outros estupros que não foram levados ao conhecimento da polícia.

Aliás, natural que a situação não tenha sido levada ao conhecimento das autoridades competentes, na medida em que "na favela a lei é outra" (LEITÃO e PRADO, 03/06/2016).

Ora, a situação de vulnerabilidade da jovem em questão se enquadra perfeitamente no artigo 217-A, §1º, do Código Penal, quer pela enfermidade consistente na drogadição, quer pela sua impossibilidade de oferecer resistência por conta de sua condição de vida (desde os 11 anos envolvida com traficantes locais), que a coloca em situação de risco nos termos do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente que assim dispõe:

> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
> III - em razão de sua conduta.

Plenamente justificável, diante do caso, a recente manifestação da Organização das Nações Unidas (ONU, 26/05/2016), em que se solicita aos poderes públicos:

> [...] que seja incorporada a perspectiva de gênero na investigação, processo e julgamento de tais casos, para acesso à justiça e reparação às vítimas, evitando a sua revitimização. Alerta, ainda, que uma das formas com que a revitimização acontece é pela exposição social da vítima e dos crimes, incluindo imagens e vídeos em redes sociais e demais meios de comunicação, em ações de violação do respeito e da dignidade das vítimas, entre eles a falta de privacidade, a culpabilização e os julgamentos morais baseados em preconceitos e discriminações sexistas.

Note-se que o crime de estupro de vulnerável nessa situação encontra-se consumado exatamente pela circunstância de a vítima estar em situação de risco na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que reduz sua capacidade de resistência pelo seu envolvimento com o uso de substâncias ilícitas, o que certamente atinge seu discernimento a ponto de que um suposto consentimento seu para o fato gravado e veiculado pela internet não se coadunar com a sua dignidade sexual.

Ainda mais considerando-se o fato de que a jovem alega que não estava plenamente consciente quando a prática sexual em seu detrimento ocorreu.

E como não se está mais discutindo moral e bons costumes, pouco importa que a jovem detenha uma vida, assim dita, desregrada. Pouco importa que "a lei da favela seja outra".

O que as gravações demonstram, na verdade, é a prevalência de um pensamento machista e que reduz a mulher a uma condição de objeto sexual, de "garota do tráfico", bastando que ela, pessoa conhecida por se drogar e por ter sido objeto sexual de muitos antes, para que a comunidade masculina local se sinta liberada para com ela fazer o que desejar.

CONCLUSÕES

A luta pela igualdade de gênero é caminho longo ainda a ser percorrido não obstante as conquistas alcançadas nos últimos cinquenta anos.

Se, de um lado, a legislação brasileira caminha em busca da consagração da igualdade entre homens e mulheres, de outro, fato é que ainda existe na sociedade um

ranço certamente oriundo de muitos séculos de família patriarcal, segundo o qual haveria uma preponderância do homem sobre a mulher em matéria sexual.

Basta pensar que há pouco mais de vinte anos, ainda a doutrina penalista discutia se era ou não possível o crime de estupro entre marido e mulher, dentro da lógica do dever de coabitação e das relações sexuais moralmente aceitas.

Por outro lado, no caso da jovem de 16 anos, ficou evidente essa mácula cultural que ainda se carrega, sobretudo se se acompanhar as redes sociais e observar os diversos comentários de internautas que, de uma forma mais ou menos explicita, julgam que o fato de a adolescente levar uma vida desregrada, por si só, tornaria lícita a conduta dos desconhecidos que, valendo-se de seu estado de embriaguez e drogadição, usaram de seu corpo para satisfação de sua lascívia.

Afinal, se é "menina do tráfico", não é portadora de dignidade sexual.

Se foi mãe aos treze anos e frequenta bailes funks desde os onze anos, ficam os traficantes locais liberados para, encontrando-a semiconsciente por conta do uso das drogas que eles mesmos vendem, valer-se de seus dotes físicos, aproveitando da situação.

Felizmente, pela Lei, isso é estupro de vulnerável, ato contrário à dignidade da pessoa humana de uma jovem que se viu em situação de risco desde os 11 anos de idade, por negligência de sua família, do Estado e de toda sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal.** 1940. In: https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP acessado em 05/06/2016.

COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 1188p.

FRANCHESCINI, Marina. **Brasil é o quinto país do mundo em ranking de violência contra a mulher.** In: http://g1.globo.com/hora1/noticia/2015/11/brasil-e-o-quinto-pais-do-mundo-em-ranking-de-violencia-contra-mulher.html - acessado em 30-05-2016.

FREITAS, Wladimir Passo de. **Estupro coletivo no morro do Rio de Janeiro exige olhares diversos e profundos.** Conjur, 05/06/2016. In: http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/estupro-coletivo-morro-rio-exige-olhares-diversos acessado em 05/06/2016.

GRECO, Rogerio. **Crimes contra a dignidade sexual.** 2012, in http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual - acessado em 30/05/2016.

LEITÃO, Leslie e PRADO, Thiago. **A história completa do estupro que chocou o Brasil.** Revista Veja, 03/06/2016. In http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/a-historia-completa-do-estupro-que-chocou-o-brasil acessado em 05-06-2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini e MIRABETTE, Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Volume 2: Parte Especial. Arts. 121 a 234-B do CP.** 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. 542p.

NICOLATO, Rodrigo, PACHECO, Juliana, BOSON, Leandro, SALGADO, João Vinicius, ROMANO-SILVA, Marco Aurélio, TEIXEIRA, Antonio Lucio, e CORRÊA, Humberto. **Síndrome de Cotard associada ao uso de ecstasy**. Jornal brasileiro de psiquiatria vol. 56, nº. 1, Rio de Janeiro: 2007, in http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0047-20852007000100014 acessado em 05/06/2016.

NORONHA, Edgard Magalhães, **Direito Penal. Volume III**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964. 567p.

ONU MULHERES. **Nota pública da ONU Mulheres Brasil sobre estupros coletivos**. 26/05/2016. In: http://www.onumulheres.org.br/noticias/nota-publica-da-onu-mulheres-brasil-sobre-estupros-coletivos/ acessado em 05/06/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Livraria do advogado. 192p.