

UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRESSA KELLEN BATISTA LIMA

A IMPRESCRITIBILIDADE NOS CRIMES DE ESTUPRO

JUAZEIRO DO NORTE - CE
2020

ANDRESSA KELLEN BATISTA LIMA

A IMPRESCRITIBILIDADE NOS CRIMES DE ESTUPRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Centro Universitário Leão Sampaio como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.
Orientador: Prof. Francisco Thiago da Silva Mendes

JUAZEIRO DO NORTE - CE
2020

ANDRESSA KELLEN BATISTA LIMA

A IMPRESCRITIBILIDADE NOS CRIMES DE ESTUPRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Centro Universitário Leão Sampaio como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Aprovado em: 16 / 12 / 2020.

BANCA EXAMINADORA:

(Francisco Thiago da Silva Mendes)

(Jorge Emicles Pinheiro Paes Barreto)

(Renato Belo Vianna Velloso)

JUAZEIRO DO NORTE - CE
2020

A IMPRESCRITIBILIDADE NOS CRIMES DE ESTUPRO

Andressa Kellen Batista Lima¹
Francisco Thiago Mendes da Silva²

RESUMO

Em face do cenário atual, o trabalho tem como finalidade averiguar sobre a possível chance de que o crime de estupro possa se tornar em sua essência, um delito cujo a sua punibilidade seja imprescritível, bem como aqueles que estão elencados na nossa Constituição Federal Brasileira. A metodologia aplicada na presente pesquisa foi a qualitativa pois busca analisar a parte subjetiva do problema, através de dados já fornecidos por outras fontes, quanto a problemática do artigo esta importa na possibilidade de que o estupro se torne um crime imprescritível diante do ordenamento jurídico brasileiro, tal como os crimes previstos no artigo 5º da Carga Magna, a saber o racismo e a ação de grupos armados, seja militar ou civil, em face do Estado Democrático e da ordem constitucional. Tal pesquisa foi desenvolvida através da pesquisa bibliográfica, no qual foram utilizados jurisprudências, livros, sites jurídicos e legislações. De início o trabalho trata sobre a construção histórica do instituto da prescrição penal, ato contínuo temos uma explanação sobre o crime de estupro, apresentando a teoria do crime e trazendo seus reflexos diante da sociedade, para que o leitor possa refletir sobre quais as consequências que a prática do delito pode causar em uma determinada vítima que teve a sua liberdade sexual violada. Ao fim, o artigo irá trazer a Proposta de Emenda à Constituição, a saber a PEC 64/2016, realizando uma abordagem quanto aos seus aspectos, fundamentos e quais os efeitos diante do ordenamento jurídico, ao final a conclusão do presente artigo, com um posicionamento quanto a referida PEC 64/2016.

Palavras-chave: Imprescritibilidade. Estupro. Constituição.

ABSTRACT

In the face of the current scenario, the work has as purpose and objective to ascertain the possible chance that the crime of rape becomes in its essence a crime whose punishment is imprescriptible, as well as those listed in our Brazilian Federal Constitution. The methodology applied in this research was qualitative because it seeks to analyze the subjective part of the problem, through data already provided by other sources, as the problem of the article is important in the possibility that rape becomes an imprescriptible crime under the Brazilian legal system, as well as the crimes provided for in Article 5 of the Carga Magna, namely racism and the action of armed groups, whether military or civil, in the face of the Democratic State and constitutional order. Such research was developed through bibliographic research, in which case law, books, legal sites and legislation were used. At first the work deals with the historical construction of the institute of criminal prescription, a continuous act we have an explanation about the crime of rape, presenting the theory of crime and bringing its reflections before society, so that the reader can reflect on what the consequences the practice of the offense can cause in a certain victim who has had its sexual freedom violated. At the end, the article will

¹Discente do curso de Direito da UNILEÃO. E-mail: andressakl47@gmail.com

²Docente do curso de Direito da UNILEÃO. E-mail: thiagomendes@leaosampaio.edu.br

bring the Proposed Amendment to the Constitution, namely PEC 64/2016, taking an approach as to its aspects, foundations and what are the effects before the legal system.

Keywords: Imprescriptibility. Rape. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, fazendo uma abordagem quanto aos crimes elencados no artigo 5º, inciso XLII e XLIV, da Constituição Federal de 1988, esta traz a previsão dos tipos penais imprescritíveis, a saber a conduta tipificada por racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Diante dessa abordagem, entende-se que o instituto da prescrição penal em nosso ordenamento é a regra geral, ao passo que teremos como a exceção no nosso ordenamento jurídico, o instituto da imprescritibilidade que se aplica apenas aos crimes previstos em nossa Constituição. Nesse seguimento, o trabalho aqui desenvolvido irá abordar sobre a possibilidade de que a prática do crime de estupro tenha a sua inserção no rol taxativo dos crimes que não irão ter a sua punibilidade extinta em razão do decurso do tempo.

Ao momento em que o crime se torna imprescritível, em virtude do decurso do tempo o Estado perde o direito de punir o agente do delito, diante disso, percebe-se que a prescrição ocasiona a extinção da punibilidade, ou seja, temos a perda da pretensão punitiva que o Estado possuía e não exerceu tal direito ao tempo em que o crime ainda era passível de sanção penal. Nessa perspectiva, quando um crime se torna imprescritível, o legislador não terá que se preocupar com o tempo pelo qual poderá exercer tal direito para então punir o agente, pois poderia fazer a qualquer momento, não importando o decurso do tempo entre a prática do delito e a sua respectiva punição (JESUS, 2011).

O crime de estupro é um ato cruel que viola bens jurídicos da pessoa humana tutelados pela legislação penal e constitucional, e em virtude de tal violência e dos seus efeitos sobre a vítima, surge um grande receio em relação a denúncia em face do agente, por conta dos danos psicológicos que essa conduta é capaz de trazer para a vida da pessoa vítima deste crime desumano.

O trabalho será desenvolvido através de três tópicos do referencial teórico, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, qualitativa e básica. Quanto ao objetivo geral, se busca identificar as possibilidades de reconhecimento da imprescritibilidade nos crimes de estupro, diante do ordenamento jurídico brasileiro. Ao passo que, o objetivo específico do trabalho é apresentar uma contextualização histórica com relação ao instituto da imprescritibilidade, bem como os

seus impactos no ordenamento jurídico, averiguar sobre as possibilidades de o crime de estupro se tornar imprescritível, explicar o conceito desse tipo penal a luz do Código Penal Brasileiro, e por fim, apresentar a Proposta de Emenda à Constituição Federal (PEC) nº 64/2016, que tem por finalidade viabilizar a incorporação do crime de estupro, dentro do rol taxativo de crimes imprescritíveis, elencados no art. 5º da Carta Magna, como já fora mencionado.

O primeiro tópico do referencial teórico abordará sobre a construção histórica do instituto da prescrição penal, para entendermos como se deu a evolução desse instituto no Brasil, até o cenário atual. No segundo tópico do referencial teórico, será versado sobre a teoria geral do delito de estupro, mediante a análise do objeto jurídico tutelado pela legislação penal, a saber a liberdade sexual da vítima, falando também sobre quem são os sujeitos ativos e passivos do delito em comento. Devendo-se também trazer para a pesquisa, os casos em que será caracterizado a tentativa, bem como os elementos da sua consumação. Uma abordagem quanto a modalidade qualificada do delito, ou no caso de um estupro de vulnerável, diante do que dispõe o Código Penal. Por fim, o terceiro tópico do referencial teórico trará a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 64/2016, fazendo uma análise quanto as justificativas e fundamentos explanadas pelo Relator, observando as opiniões à cerca das referida PEC sob pontos de vista diferentes.

Desta forma, teremos como objetivos específicos da pesquisa, tratar sobre a possibilidade de o crime de estupro se tornar imprescritível diante do ordenamento jurídico brasileiro, podendo este, ter a sua inserção no art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao lado dos crimes de racismo e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, bem como explicar sobre o conceito do crime de estupro à luz do Código Penal Brasileiro, explanando também sobre os fundamentos do instituto da imprescritibilidade e os seus impactos no ordenamento jurídico. Será abordado também sobre a PEC que está ainda em votação na Câmara, para viabilizar a inclusão do crime de estupro no rol de crimes imprescritíveis.

2 METODOLOGIA

Quanto a natureza da pesquisa, o trabalho se utilizará do método de pesquisa bibliográfica, baseando-se em dados já fornecidos pelos autores de livros, pela legislação, bem como através das jurisprudências relacionadas ao assunto aqui tratado.

A pesquisa bibliográfica pode ser entendida, de acordo com o autor Gil (2017, p. 44), como sendo:

A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho dessa natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Boa parte dos estudos exploratórios pode ser definida como pesquisas bibliográficas. As pesquisas sobre ideologias, bem como aquelas que se propõem à análise das diversas posições acerca de um problema, também costumam ser desenvolvidas quase exclusivamente mediante fontes bibliográficas. (GIL, 2017, p. 44)

Diante disso, será o trabalho será elaborado com base em informações de pesquisas já fornecidas pelos autores, respectivamente, relacionando-os com os dispositivos da lei que tratam sobre o nosso problema, trazendo dessa forma, uma maior reflexão sobre este tema tão atual, que a cada dia se mostra realmente um fator que deve ser combatido e remediado, diante dos casos que surgem em nossa sociedade, de forma abrupta.

3 DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL

Quanto a terminologia originária, esta advém do latim *praescriptio* cujo a sua derivação está relacionada ao verbo “prescrever”. Segundo Bitencourt (2012, p. 1.940) o primeiro texto legal pelo qual veio a tratar da prescrição, foi a *Lex Julia*, que foi datada do ano 18.a.C. e era apenas para determinados crimes, e posteriormente, no direito germânico e de outros povos, o referido termo veio a ser conhecido. E diante do Direito Romano, aquelas condutas criminosas que fossem consideradas de maior potencial ofensivo, teriam a sua punibilidade na forma imprescritível, tendo em vista que a prescrição está relacionada a concepção de perdão.

Conforme ainda relata o autor Bitencourt (2012, p. 1941), vale ressaltar que em detrimento do Código Penal do ano de 1791, surgiu na França a ideia de prescrição quanto a condenação do réu, sendo tal fato bastante favorecido pelo movimento histórico notoriamente conhecido por Revolução Francesa, contudo, em se tratando da prescrição da condenação, esta, ainda é desacolhida por algumas legislações, como por exemplo na Inglaterra. Posteriormente, em meados dos séculos XVI e XVII, Alemanha e Itália vieram a reconhecer a existência do instituto da prescrição.

A regulamentação da prescrição da ação penal diante do ordenamento jurídico brasileiro, se deu no Código Criminal do ano de 1830, de acordo com Bitencourt (2012, p.

1.941). Tivemos a adoção de leis posteriores, onde foi regulamentada a concessão de prazos com maior lapso temporal, para aqueles crimes considerados inafiançáveis e um lapso temporal menor para os crimes considerados afiançáveis, onde a sua devida fixação e aplicabilidade influenciava-se em detrimento da presença do réu ou da sua ausência. Com a efetivação da disposição legal mencionada, o legislador tinha por fundamento a presunção da negligência por parte do Poder Público, no uso de suas atribuições no direito de punir. Em se tratando de crimes considerados afiançáveis, o decurso do prazo fluiria se mesmo que estando ausente o réu, o mesmo estivesse em lugar de conhecimento do Poder Público. Já no art. 56 da legislação, dizia que nos casos de crimes considerados inafiançáveis, em que o réu, encontrando-se ausente e em lugar sabido ou não, o decurso do prazo prescricional não deveria mais fluir.

Entretanto, seria imprescindível que o réu se fizesse presente no território correspondente a jurisdição criminal. Desta forma, teríamos a prescrição dos delitos inafiançáveis no prazo de 10 (dez) anos e quanto aos delitos afiançáveis, o prazo prescricional correspondente seria de 6 (seis) anos. Após o advento do Regulamento nº 120, bem como da Lei nº 261, a legislação de 1832 teve o seu rigor mais atenuado, no qual foram delimitando-se as ocasiões em que o prazo prescricional não ocorreria, estabelecendo-se que para os crimes onde não coubesse fiança e estando ausente o réu, a prescrição não fluiria. Uma das mais importantes mudanças trazidas para a legislação criminal, foi o advento do Decreto nº 774 de 1890, no qual tivemos a adesão da pena máxima como sendo um requisito para que se pudessem calcular os prazos prescricionais, que na atualidade encontra-se no disposto do art. 109 do Código Penal, a saber:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Com relação a prescrição punitiva, não se considerava mais como fator de relevância, o fato de o réu encontrar-se ou não em lugar sabido, para que fluísse o decurso do prazo

prescricional. Com isto, restava-se estabelecida no nosso ordenamento jurídico penal, a prescrição da pretensão punitiva.

Por conseguinte, o Código Penal de 1890 começou a vigorar, estabelecendo que a prescrição da pena teria o mesmo prazo da prescrição da ação, sustentando o prazo prescricional máximo em 20 (vinte) anos, que até a época atual é adotado, de acordo com o disposto no art. 109, inciso I do Código Penal, no qual a ausência do réu não possui mais relevância para o decurso do prazo da prescrição penal. Tivemos ainda, o advento do Decreto nº 4.780, onde foram revisados a questão dos prazos, conservando-se, desta forma, o lapso mínimo de 1 (um) ano e o lapso máximo de 20 (vinte) anos para a prescrição. Por fim, tivemos mais mudanças no Código Penal de 1940, que entrou em vigor com diversas modificações, em virtude da reforma ocorrida em 1984, correspondendo a toda a parte geral da legislação penal.

3.1 DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL

Com relação ao conceito de tal instituto, de acordo com o doutrinador de Jesus (2011, p. 752), temos que a prescrição penal é a perda do poder/dever que o Estado possui para punir, em razão do não exercício da pretensão punitiva, bem como da pretensão executória durante determinado tempo, com isto, o Estado perde o direito de satisfazer o cumprimento dos dois objetos do processo. Para o Direito Civil, o conceito da prescrição está relacionado a perda da pretensão do titular de determinado direito, que não o exerceu no lapso temporal permitido em lei. Com base no que dispõe o art. 189 do Código Civil, temos que quando violado o direito, nascerá para o titular a pretensão, que por consequência se extinguirá em virtude da prescrição, de acordo com os prazos de que tratam os arts. 205 e 206 do Código Civil Brasileiro, conforme dispõe o art.189 do CC/02:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembleia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembleia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

Para a legislação penal, a prescrição possui como fundamento o decurso do tempo, a falta de interesse do Estado em verificar o fato ocorrido ou de exercer o seu direito de punir o agente do delito, bem como a negligência da autoridade competente para processar e julgar, sendo uma punição em virtude da sua inércia no exercício de suas atribuições (JESUS, 2011).

A natureza jurídica de tal instituto possui algumas divergências para os doutrinadores, todavia de acordo com a corrente majoritária, temos que a prescrição penal pertence ao Código Penal, ainda que por consequência, tenha reflexos no âmbito do Direito Processual Penal. É reputada como sendo um direito pertencente ao réu, o seu direito de não ser julgado ou condenado após o lapso temporal previsto para que a punibilidade seja extinta. Salienta-se que tal direito pertencente ao réu, é obtido em virtude da renúncia do Estado ao seu poder/dever de punir, poder esse que só pode ser exercido pela autoridade competente (JESUS, 2011).

Para o nosso ordenamento jurídico penal, a prescrição é a regra, todavia com base na Constituição Federal no disposto do art. 5º, foi estipulado duas situações em que as pretensões punitivas, bem como as executórias não serão atingidas pela prescrição, a saber os casos previstos nos incisos XLII e XLIV, estabelecidos pela Lei nº 771/89, bem como pela Lei de Segurança Nacional, a saber:

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:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

O Código Penal prevê em seu art. 107, inciso IV, dois tipos básicos de prescrição, a saber, a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com o art. 109 do Código Penal e a prescrição da pretensão executória de acordo com o disposto do art. 110, *caput*, do Código Penal, conforme dispõem os artigos citados:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Ocorre que tais espécies de prescrição poderão ocorrer através de quatro formas, sendo elas: prescrição superveniente/subsequente/intertemporal à sentença condenatória, com base nos arts. 109 do Código Penal e 110, §1º do Código Penal, antes do trânsito em julgado da sentença final; a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, de acordo com o art. 109 do Código Penal; a prescrição da pretensão executória, com base no art. 110, caput, do Código Penal, com o trânsito em julgado da sentença final condenatória; e a prescrição retroativa, com fulcro no disposto do art. 110, §1º do Código Penal, bem como o art. 109 do Código Penal.

4 DA TEORIA GERAL DO CRIME DE ESTUPRO

Fazendo uma abordagem quanto ao crime de estupro, analisando o seu objeto jurídico, os sujeitos ativo e passivo do delito, o tipo objetivo e subjetivo do crime, como também o momento em que será constatada a consumação do delito e as situações em que serão entendidas como tentativa, formulando dessa forma, a teoria geral explicativa do crime.

Os três códigos penais brasileiros que fazem parte do nosso contexto histórico, sempre trouxeram a tipificação do crime de estupro, sendo tais códigos intitulados como o Código Criminal do Império (1830), em seguida o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890) e por fim o nosso vigente Código Penal (1940) que nos trazia em seu escopo legal a qualificação dos "crimes contra os costumes", que se encontravam no Título VI do Código. Diante disso, observa-se que com o advento da Lei 12.015 de 2009 não se modificou apenas a denominação legal quanto aos chamados crimes sexuais, como trouxe também outras modificações, como a que citamos, do qual foi alterada a redação do Título VI que trata da Parte Especial do Código

Penal, que antes do advento da Lei 12.015 era denominada " Dos Crimes Contra os Costumes", e após o advento da Lei passou a ser chamada "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual".

A adoção do novo título nos faz perceber que a tutela principal que o legislador nos apresenta, não é a da liberdade e da dignidade sexual do indivíduo, mas tão somente aos valores éticos e sociais da sociedade em que vivemos. Com isto, percebe-se também, que ao nomear a dignidade sexual como sendo o bem jurídico tutelado, o nosso Código Penal determina uma certa relação com um princípio constitucional, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal (1988), que dispõe que toda pessoa humana tem o direito de exigir respeito em relação à sua vida sexual, como também tem a obrigação de respeitar as escolhas sexuais de cada cidadão, devendo o Estado assegurar todos os meios de garantia dos direitos inerentes ao ser humano, conforme dispõe do referido artigo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

No artigo 213 do Código Penal também ocorreram modificações em seu *caput*, no qual em sua antiga redação o referido artigo estabelecia que o crime de estupro seria o ato de "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça", cujo a sua pena cominava na reclusão de três a oito anos. E em seu parágrafo único, a pena cominava de seis a dez anos no caso da vítima ser menor de 14 (catorze) anos de idade. Diante disso, com o advento da Lei 12.015 de 2009, o ato criminoso tipificado no art. 213 do Código Penal, consistiria em —"constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso", no qual a sua pena passou a ser de reclusão de seis a dez anos. Foi inserido, também, o parágrafo primeiro que trata da possibilidade de majoração da pena, em virtude de lesão corporal grave, ou do fato da vítima ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos, onde a pena é estabelecida em reclusão de oito a doze anos. E no caso de a conduta ter por resultado a morte da vítima, a pena será maior, sendo ela de doze a trinta anos. Com essa modificação, a conduta delituosa permite que a vítima seja tanto homem como mulher, sendo possível ocorrer o constrangimento, independentemente do sexo da vítima.

Vale ressaltar que com o advento da Lei 12.015, ainda tivemos a inserção do crime de atentado violento ao pudor, dentro do crime de estupro, que anteriormente estava disposto no art. 214, sendo o ato de —"constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar

ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal". Diante disso, após a adoção da referida Lei, tivemos a revogação do artigo que tratava do atentado violento ao pudor, todavia não houve o que se entende por "*abolitio criminis*", que ocorre quando um fato típico se transforma em atípico, pelo fato de que determinado ato antes tipificado como crime, perde a sua tipicidade em virtude de uma nova lei que veio a tornar o fato atípico. Segundo o doutrinador Capez (2014, p. 25), o que ocorreu foi o que ele chama de atipicidade meramente relativa, com a mudança de um tipo para outro, ou seja, ao invés de termos tipificado o crime de atentado violento ao pudor, a conduta passou a configurar também a conduta criminosa do estupro, possuindo a mesma pena.

4.1 DO OBJETO JURÍDICO E MATERIAL

O bem a ser tutelado no crime de estupro é a liberdade sexual do indivíduo, que abrange tanto homens como mulheres que tenham a sua liberdade sexual constrangida ou violada. Em vista disso, tal liberdade está relacionada a ocasião de o indivíduo poder dispor de seu corpo, praticar suas relações sexuais, bem como ter liberdade de escolher quem será o seu parceiro, independente de gênero sexual, no qual tal direito de escolha não poderá ser reprimido. (Bitencourt, 2018).

De acordo com o doutrinador Bitencourt (2018, p. 93), é certo o fato de que toda pessoa tem a opção de recusar a praticar qualquer ato sexual ou lascivo do qual não possua vontade, e dessa forma se opor a todo tipo de conduta que venha a ocasionar em algum tipo de constrangimento, sendo irrelevante o fato de o autor do delito ser cônjuge, namorado (a) ou companheiro (a) da vítima, tendo em vista a faculdade que ambos possuem para que possam escolher livremente os seus parceiros sexuais.

Isto posto, temos como sendo o principal bem tutelado pelo Código Penal, a dignidade sexual pertencente a todo ser humano, junto a liberdade sexual de cada indivíduo, lhes trazendo o seu direito de escolha, o indivíduo tem o direito pleno à inviolabilidade carnal. E quanto ao objeto material do crime de estupro, teremos a pessoa constrangida, sobre a qual a conduta criminosa do agente recai.

4.2 DOS SUJEITOS DO DELITO

Anteriormente, o sujeito ativo do delito de estupro seria apenas a figura do homem, e com isto, as vítimas seriam tão somente as mulheres. Dessa maneira, o crime era considerado "próprio", tendo em vista que era necessário que se configurasse o requisito de que o agente fosse do sexo masculino, todavia a mulher também poderia ser partícipe do crime. Após a vigência da Lei 12.015 de 2009, tivemos alterações também quanto aos sujeitos, sendo totalmente permitido que o sujeito ativo do crime pudesse ser tanto do sexo masculino quanto do sexo feminino, tornando-se agora um crime "comum", pois diante das mudanças o delito poderia ser executado por qualquer pessoa, sendo irrelevante o sexo do indivíduo. Vale ressaltar, que não fazem parte dos sujeitos passivos deste tipo penal, os menores de 14 (catorze) anos, bem como os considerados vulneráveis, tendo em vista que esta conduta configura outro delito, a saber o crime de estupro de vulnerável, que possui previsão legal no art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

Alguns doutrinadores acreditam na consideram possível existência do concurso de pessoas, homem e/ou mulher, na modalidade coautoria e participação. Entretanto, temos divergências, como por exemplo, para de Jesus (1999, p. 11-12) em sua obra "Teoria do Domínio do Fato", o autor afirma que "autor é quem tem o controle final do fato, domina finalissimamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias". Diante disso, o partícipe não tem o domínio do fato, na medida em que o delito não lhe pertence, sua figura na prática da conduta criminosa é de um colaborador, que auxilia, incita ou instiga, podendo ser até servir de instrumento ou meio para que haja a configuração do delito. Ou seja, aparece ele apenas como um colaborador, que instiga, auxilia ou incita, ou mesmo um instrumento, meio para a configuração do crime. Com isto, o comportamento do partícipe é considerado substituível ou dispensável, dentro dos atos ilícitos, por tal motivo, se opondo de forma parcial a estrutura do crime, não há que se falar, dentro da averiguação do fato típico, em nexos causal com relação a partícipes. Conforme o autor de Jesus (1999, p. 11-12), o partícipe responde pelo fato ainda que sua contribuição não seja causal. Se causal, como veremos, detendo o domínio do fato, não será considerado partícipe, e sim coautor".

4.3 DO TIPO OBJETIVO E SUBJETIVO

A conduta típica que configura o tipo objetivo do crime de estupro está disposta no caput do art. 213 do Código Penal, o verbo "constranger" que possui o significado de coagir, forçar ou obrigar. O referido verbo pressupõe a presença de um objeto direto e indireto, ou seja, constranger alguém a fazer alguma coisa, onde o ato de "constranger alguém" será considerado

o objeto direto, à prática de conjunção carnal ou ato libidinoso que será o objeto indireto da ação. O autor Bitencourt (2018, p. 97-98) traz em um de suas obras jurídicas, o seu entendimento com relação ao que vem a configurar a conjunção carnal no crime de estupro, pelo qual nos explica que tal ato vem a ser a cópula vagínica que requer a participação de um homem e de uma mulher na relação sexual, de forma fraudulenta ou não, podendo figurar, sem distinção, tanto no polo passivo como no polo ativo, e que embora seja impossível que ocorra a prática de conjunção carnal entre mulheres, o que se configuraria nesse caso seria a prática de ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, mas que também constitui o tipo penal do crime de estupro.

Diante disso, percebe-se que existem duas formas diferentes de se realizar os verbos do tipo, de acordo com o escritor Bitencourt (2018, p. 99) nós passamos a ter duas espécies distintas de estupro, sendo elas, constringer à conjunção carnal ou constringer à prática de outro ato libidinoso. Para o autor, fazendo a devida diferenciação das duas formas de estupro, o ato de constringer alguém à conjunção carnal, antes do advento da Lei 12.015/2009 era a única definição do crime de estupro, e qualquer outra forma de coito que anteriormente a adoção da nova Lei seria considerado como atentado violento ao pudor, com o implemento da Lei agora configura também como uma outra espécie de estupro. Tomando como exemplo explicativo, no ato de introdução de dedos na vagina da vítima não irá caracterizar como prática de conjunção carnal, tendo em vista que para tanto pressupõe-se que tenha ocorrido a introdução do membro genital masculino na cavidade vaginal, e como se sabe, os dedos não são considerados órgãos genitais. Dessa forma, tal prática obtida de maneira forçada, pode configurar como a prática de estupro mediante ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Quanto ao elemento subjetivo do delito de estupro, teremos o dolo, nessa perspectiva Bitencourt (2018, p. 117) nos explica que o dolo se constitui pela vontade consciente do agente para a prática da conjunção carnal com a vítima, ou para a prática de qualquer outro ato libidinoso, que seja diverso da conjunção carnal. Segundo o doutrinador Luiz Flávio Gomes (2007, p. 376), o dolo vem a ser a vontade de realizar todos os requisitos objetivos do tipo penal, que darão por consequência o resultado jurídico relevante e desejado pelo agente, ou pelo menos, um resultado considerado possível. Na prática do delito em questão, o dolo é realizado por meio do uso de violência ou grave ameaça, com o intuito de conseguir praticar conjunção carnal ou algum ato libidinoso com a vítima.

Vale ressaltar que para que o dolo se configure, deverão se fazer presentes, de forma simultânea, a vontade consciente do sujeito ativo para constranger a vítima à prática da conjunção carnal, bem como de qualquer outro ato libidinoso, que seja obtido contra a vontade do ofendido. Sendo assim, o dolo precisará dos elementos "consciência e vontade" para que se configure. A consciência do sujeito ativo deverá estar presente durante a prática do ato, tendo em vista o fato de que o autor do delito deve possuir total ciência do ato que está praticando, como também deve saber que tal ato está sendo consumado contra a vontade do ofendido. Com relação ao elemento da vontade, é necessário que se reúnam a conduta, os meios empregados, o nexos causal e o resultado obtido, tendo em vista que para que o dolo se constitua, deverão estar presentes todos os elementos que o caracterizem, e de acordo com a lei e com a doutrina penal, não é possível a existência do crime de estupro na modalidade culposa.

4.4 DA CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Com relação ao momento em que se consumará o crime de estupro, devemos analisar quanto as suas duas formas de consumação. No caso de conjunção carnal, tal ato se consumará desde que ocorra a introdução, podendo ser completa ou incompleta, do órgão genital masculino na vagina da vítima, sendo irrelevante o rompimento da chamada membrana do hímen, nos casos em que a vítima ainda seja virgem. Dessa forma, a consumação irá ocorrer com a cópula vaginal, não se fazendo necessário a ejaculação do sujeito ativo. Já em relação a modalidade de praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso, este se consumará com a concreta execução do ato libidinoso, de acordo com o entendimento do doutrinador Bitencourt (2018, p. 120). E com fulcro no Código Penal Brasileiro, em seu art. 14, inciso I, diz-se o crime consumado no momento em que nele se reunirem todos os elementos de sua definição legal, conforme disposto no Código Penal:

Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A tentativa do crime de estupro também é admissível, sendo configurada quando do início da execução, tal conduta seja interrompida pela reação da vítima. Como no delito de estupro, a primeira ação do agente vem a ser a violência ou grave ameaça, a partir dessa conduta já temos constituída o início da execução do crime, tendo em vista que tal ação está prevista no tipo penal, como uma de sus elementares. Sendo assim, para que o crime seja configurado em sua forma tentada, basta apenas que o autor do crime tenha utilizado de grave ameaça ou de

violência para com a vítima, com o intuito de obter conjunção carnal ou outro ato libidinoso, diverso da conjunção carnal. O Código Penal traz em seu art. 14, inciso II, o crime de estupro na sua modalidade tentada, que ocorrerá quando, iniciada a execução, esta não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, conforme dispõe o referido artigo:

Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - Tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

5 DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

A PEC 64/2016 que se trata de uma proposta de emenda à Constituição Federal, visa modificar o inciso XLII, do art. 5º da Constituição Federal, é um projeto que foi desenvolvido pelo então senador Jorge Viana, possuindo como sua relatora, a senadora Simone Tebet, cujo fundamento está pautado no fato de que a prática do crime acaba deixando séria e profundas marcas nas duas vítimas, por isto, o projeto foi criado com o intuito de tornar o crime de estupro imprescritível, fazendo com que os autores de tal delito possam ser punidos a qualquer momento, sendo irrelevante o lapso temporal que se deu entre a prática do crime e o momento em que houve a denúncia do mesmo. Conforme dispositivo legal, o crime de estupro possui, atualmente, um prazo prescricional de até 20 (vinte) anos.

Ao analisarmos o texto pelo qual o senador justifica a criação da PEC 64/2016, vemos como fundamentação o fato de que além da violência pelo o qual a prática do crime requer, tem-se também a ferida psicológica deixada na vítima do estupro, ferida esta que dificilmente irá cicatrizar. E em virtude da violência sofrida e das marcas psicológicas adquiridas em virtude do fato ocorrido, falta coragem para que a vítima tome a iniciativa de denunciar o estuprador, e essa iniciativa pode acabar demorando anos para que se manifeste.

Por tal motivo, entende-se que com a alteração do dispositivo constitucional, fazendo com que o crime de estupro se torne também um dos crimes imprescritíveis presentes no rol elencado na Constituição Federal de 1988, seria uma medida capaz de permitir que a vítima possa fazer a denúncia, independente do lapso temporal que se tenha ocorrido, e fazendo com que o infrator possa ser efetivamente punido pelo crime que cometeu.

O senador Jorge Viana, na sua justificção para a criação da referida PEC 64/2016, nos trouxe dados de pesquisas quanto a ocorrência dos casos de estupro em nosso país, a saber:

No Brasil, só no ano de 2015, foram registrados 45.460 casos de estupros consumados, o que corresponde à alarmante taxa de 22,2 casos de estupro para cada grupo de 100 mil habitantes. O Acre é o estado brasileiro que apresenta a mais alta taxa de estupros consumados no país: 65,2. Além disso, em 2015, no Brasil foram reportadas 6.988 tentativas de estupro. Esses números por si só já são bastante significativos, mas refletem apenas uma pequena parcela de crimes sexuais cometidos.

Além do mais, o autor da PEC 64/2016 também afirma que muitos dos casos de estupro não chegam a serem reportados às autoridades competentes, em virtude do grande receio que amedronta a vítima, pelo fato da sua exposição, bem como pelo medo dos julgamentos que sofrerão pela sociedade. Corrobora ainda, que a coragem da vítima em denunciar o agente, pode demorar bastante tempo para se manifestar, e que com a imprescritibilidade seria oferecido para a vítima, um lapso temporal maior para a mesma pudesse pensar sobre o ocorrido e então denunciar, fazendo com que o crime não permanecesse impune em virtude do lapso temporal.

A PEC 64/2016 em virtude de sua grande repercussão, traz consigo diversos posicionamentos de doutrinadores, juristas, entre outros, sobre a necessidade ou não de tal delito vir a se tornar um crime imprescritível. Dentre aqueles que acreditam que a prescrição do crime não deverá acabar, temos o posicionamento doutrinador penalista Capez (2010, p. 584-585), no qual diante da repercussão da referida Proposta de Emenda, o mesmo afirma que:

"A Constituição consagrou a regra da prescritibilidade como direito individual do agente. Assim, é direito público subjetivo de índole constitucional de todo acusado o direito à prescrição do crime ou contravenção penal praticada. Tal interpretação pode ser extraída do simples fato de o Texto Magno ter estabelecido expressamente quais são os casos excepcionais em que não ocorrerá a prescrição. Como se trata de direito individual, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão ser ampliadas, nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea (núcleo constitucional intangível), conforme se verifica da vedação material explícita ao poder de revisão, imposta pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Com efeito, não serão admitidas emendas constitucionais tendentes a restringir direitos individuais, dentre os quais o direito à prescrição penal." (CAPEZ, 2010, p. 584-585).

Todavia, também temos algumas correntes que militam a favor da imprescritibilidade do crime de estupro, tendo em vista o fato de que muitas das vítimas são ainda crianças e adolescentes, indivíduos estes que ainda estão passando pelo período de construção da sua personalidade, não possuindo também o discernimento total para entender a gravidade da violência sofrida. Fazendo uma ressalta também para a presença do machismo em nossa sociedade, que muitas vezes questiona o comportamento da mulher vítima do estupro, como motivo para tal violação.

6 CONCLUSÕES

A aprovação da PEC 64/2016 acarretará na possibilidade efetiva de que o crime de estupro seja então considerado imprescritível, como também inafiançável. Como fora explanado, a prescrição trata-se da perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória, em virtude da inércia do Estado durante o prazo legalmente previsto. Com a adesão da referida Proposta de Emenda para que o delito de estupro seja então imprescritível, a pretensão executória pertencente ao Estado, será ilimitada, e dessa forma, o agente permanecerá vulnerável a sofrer a penalização que deverá então ser imposta pelo poder estatal. Com isto, o Estado tem em seu poder o direito de punir o infrator, para que dessa forma, possa garantir a proteção dos bens jurídicos dos quais o ordenamento jurídico faz menção, todavia, tal poder deveria ser exercido em tempo hábil para que tivéssemos a aplicação devida e efetiva da sanção penal, em virtude de tal conduta criminosa. E diante desses fatores de aplicabilidade da pena e do lapso temporal, teremos os institutos da prescrição e da imprescritibilidade.

Diante do que já foi dito, tais modificações em virtude da adesão da PEC 64/2016 podem trazer consequências para o nosso ordenamento jurídico. Como por exemplo, o fato de que a imprescritibilidade poderá trazer problemas quanto a possibilidade de haver a perda das provas, em detrimento do lapso temporal, dificultando assim uma análise minuciosa do caso, fazendo-se com que a materialidade do fato se desconstrua, e tal fato poderia acarretar num julgamento injusto, tendo em vista que o delito em questão deixa vestígios, e que se esses vestígios se perderem, complicaria todo o processo, bem como a atuação das partes em provar a veracidade dos fatos.

Outra consequência que podemos analisar diante da adesão do instituto da imprescritibilidade, seria o desrespeito para com uma das garantias constitucionais de que a pena não pode ser imposta em caráter perpétuo, e isso pode acontecer se analisarmos o fato sob a ótica da pessoa que está sendo acusada, tendo em vista que com a imprescritibilidade, o agente poderia ter a sanção aplicada a qualquer tempo, independentemente do decurso do tempo que se deu desde a sua conduta, até o momento pelo qual a vítima decidiu realizar a denúncia.

Em razão da condição da pessoa humana ser sujeito de direitos e garantias constitucionais, e se fazer necessário que estas garantias estejam asseguradas, bem como dos princípios que o Direito Processual Penal destaca, como a presunção de inocência para o acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, compreende-se que há uma proteção pelo ordenamento jurídico, tanto para a vítima como também para a pessoa acusada, e isto traz de

certa forma, um certa insegurança para o ordenamento, tendo em vista que com a imprescritibilidade o acusado poderá ser penalizado a qualquer momento, e a vítima poderá viver em conflito quanto ao seu desejo de ver o crime punido.

A proteção dada pelo Estado para a pessoa do acusado e para a vítima, deve ser aplicada no caso concreto, sob a égide do binômio necessidade e proporcionalidade, analisando a proporção do crime cometido e da pena que deverá ser aplicada, bem como do princípio da intervenção mínima, para que dessa maneira nenhum direito da vítima ou do autor do crime, seja violado. Dessa forma, o que se entende é que diante da adoção da proposta de emenda o que se tem é uma falsa percepção de segurança jurídica, que busca pela aplicação severa das penas, contudo acaba ferindo e violando direitos e garantias fundamentais, que são asseguradas para todos os seres humanos, em virtude da condição de pessoa humana, e por tal motivo, o problema não se resolveria com a imprescritibilidade do delito, se faria necessária uma reforma do nosso ordenamento jurídico atual, para que pudesse atender aos anseios da sociedade de forma mais justa, sem ferir direitos e princípios constitucionais.

Dado o exposto, entendo ser inconstitucional a PEC 64/2016, tendo em vista que tal proposta traz consigo grandes consequências, como a violação de princípios assegurados em nossa Constituição, em virtude do intuito de tornar imprescritível o crime de estupro. É clara a dimensão de crueldade que tal crime traz consigo, bem como o elevado índice de casos que nosso país apresenta, dos quais as vítimas podem ser quaisquer pessoas, de diferentes idades, em diferentes condições, contudo a solução para tal questão não seria tornar o delito imprescritível, pois para mudarmos o cenário atual, o que se faz necessário é uma análise do ordenamento jurídico para rever quais os pontos que podem ser adaptados, e diante disso buscar mais agilidade processual, bem como condenações mais efetivas.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal** – Vol. 4 – Parte Especial – Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Código Civil - Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, 2002.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Código Criminal do Império do Brasil - Lei de 16 de dezembro de 1830**. Brasília, DF, 1830.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília, DF, 2009.
- BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 64, de 2016**. Brasília, DF, 2016.
- CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral. 15.. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CUNHA, R. S. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2017.
- JESUS, D. **Direito Penal** - Parte Geral. Vol. 1 . 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, L. M. A. **Imprescritibilidade no crime de estupro: Uma análise acerca da necessidade de mudança no inciso XLII, do art. 5º, da Constituição Federal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64603/imprescritibilidade-no-crime-de-estupro>>. Acesso em: 05 nov. 2020.