

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
- CAMPUS ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

RONAN VÁGNER DOS SANTOS

A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS APLICADA AO CRIME DE ESTUPRO

ERECHIM

2015

RONAN VAGNER DOS SANTOS

A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS APLICADA AO CRIME DE ESTUPRO

Monografia apresentada à Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais sob orientação da prof. Ms. Diana C. Zanatta.

ERECHIM

2015

AGRADECIMENTO

No transcorrer dessa jornada acadêmica cabe primeiramente agradecer a Deus, pois sem ele não conseguiria enfrentar os obstáculos da vida.

Agradeço também aos meus pais que sempre me apoiaram-me em todas as decisões e se esforçaram ao máximo para darem tudo que era necessário.

Agradeço a minha esposa que me ajudou nos momentos mais complicados da vida, essa que está sempre ao meu lado e que sem ela não seria nem metade do que seu hoje.

Agradeço também a minha cachorrinha Amora que proporciona alegria nos momentos de preocupações.

Cabe também agradecer aos professores que fizeram parte da jornada acadêmica, onde não mediram esforços para transmitir seus conhecimentos.

Muito obrigado a todos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 LEI DE EXECUÇÕES PENAIS, CRIMES HEDIONDOS E ESTUPRO	9
1.1 Crimes Hediondos	11
1.2 Estupro ao longo da história	13
1.3 Considerações gerais sobre o crime de estupro	17
1.4 Valor protegido	17
1.5 Tipo objetivo	18
1.6 Tipo subjetivo	22
2 CRIME DE ESTUPRO E SUAS MODALIDADES	25
2.1 Consumação e Tentativa	25
2.2 Prova do crime de estupro: materialidade e autoria	26
2.3 Prova da conjunção carnal	28
2.4 Prova da violência empregada	28
2.5 Prova de violência moral	29
2.6 Prova da tentativa do crime de estupro na hipótese em que não houve contato corporal	29
2.7 Prova de autoria	29
2.8 Palavra da vítima	30
2.9 Concursos de crimes	30
2.10 Estupro e sequestro ou cárcere privado. Modificações operadas pela Lei n. 11.106	31
2.11 Estupro e homicídio ou lesões corporais	32
2.12 Estupro contra vítimas diversas	33
2.13 Estupro contra a mesma vítima em ocasiões diversas	33
2.14 Vários estupros contra a mesma vítima na mesma ocasião	33
2.15 Formas	33
3 APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS NO CRIME DE ESTUPRO	36
3.1 Progressão de regime conforme Lei n. 11.464	37
3.2 Aplicação da lei no tempo. A declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072\90 e o advento da Lei n. 11.464\2007	38

3.3 Da abolição da vedação legal da concessão da liberdade provisória	40
4 QUAIS OS MECANISMOS ADOTADOS PELA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS PARA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO EM CRIME DE ESTUPRO	41
4.1 Do trabalho interno.....	42
4.2 Do trabalho externo.....	43
4.3 Permissão de saída.....	44
4.3.1 Prazo.....	45
4.4 Saída temporária.....	46
4.4.1 Prazo.....	47
5 COSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
6 REFERÊNCIAS.....	51

RESUMO

Esta pesquisa aborda a temática da Lei de Execução Penal aplicada ao crime de estupro. Teve por objetivo estudar quais os mecanismos utilizados pela Lei para ressocializar o apenado. É um estudo doutrinário com análise na Lei de Crime Hediondo. Esse estudo estrutura-se de uma forma dinâmica com a abordagem da Lei de Execuções Penais, Crimes Hediondos e estupro, relacionando esses com o valor protegido no crime de estupro bem como seu tipo objetivo e subjetivo. Cabe salientar que se efetiva a busca pelo crime de estupro em suas modalidades, utilizando para tanto o instituto da consumação e tentativa, provas de materialidade e autoria do crime em questão, as formas em pode ser enquadrado. Isso posto busca-se a eficiência da aplicabilidade da lei de Execução Penal, estudando assim a progressão de regime, aplicação da lei no tempo, bem como sua declaração de inconstitucionalidade e a abolição legal da vedação da liberdade provisória. Sendo que o fim dessa pesquisa é necessariamente os mecanismos utilizados pela Lei de Execução Penal para atingir o fim, qual seja a ressocialização. A lei utiliza o trabalho externo e interno, bem as concessões de saída, como ferramentas para alcançar tal objetivo. Vale lembrar que a presente pesquisa acadêmica baseou-se em abordagens doutrinárias.

Palavras Chaves: Lei de Execução Penal. Estupro. Crime Hediondo. Aplicabilidade.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa acadêmica objetiva estudar o crime de estupro, tendo um enfoque na lei de Crime Hediondo, pois essa tipifica o estupro como hediondo.

Sendo necessária para alcançar esse fim e como enfoque de estudo a Lei de Execução Penal, uma vez que se busca estudar quais os mecanismos utilizados pela LEP para recuperar e ressocializar o apenado réu em crime de estupro.

Porém antes de atingir esse objetivo é importante estudar as origens e evoluções ocorridas nas Leis, bem como entender o que seria o crime de estupro e sua modalidade tentada.

Algumas alterações surgiram no crime de estupro, no que diz respeito ao cumprimento da pena em sua fase de execução penal. Cabe ainda salientar a forma qualificada e simples, as quais serão estudadas.

Importante notar que esse crime admita o concurso de crime, que será abordado de uma forma explicativa.

No entanto a principal questão é realmente os meios utilizados pela Lei de Execução Penal para ressocializar o apenado, esses meios consistem em benesses concedidas, observando critérios de comportamento e requisitos subjetivos e objetivos.

Tais benesses tem um importante papel na ressocialização, pois são elas que farão com que o apenado não volte a delinquir, porém para alcançar tais benefícios dependerá somente do apenado no que se referir aos requisitos subjetivos.

O legislador da Lei de Execução Penal foi inteligente ao legiferar dessa forma, pois como serão estudados, tais mecanismos agirão de uma forma com que faça o apenado não volte a delinquir.

Sendo assim importante notar a importância da administração carcerária, pois é ela que em alguns casos decidirá quanto às concessões dos benefícios, uma vez que está ciente de todos os acontecimentos do presídio e tem conhecimento das atitudes dos apenados.

Utilizando para tanto uma pesquisa doutrinária, analisando assim a visão dos doutrinadores no assunto em questão.

1 LEI DE EXECUÇÕES PENAIS, CRIMES HEDIONDOS E ESTUPRO

Observa-se que conforme transcorrem os séculos, o cumprimento da pena modifica-se. Pois em meados do século XV as punições eram físicas, punia-se o corpo pelos crimes cometidos.

Foucault (1975) descreve a punição de um crime com a aplicabilidade da da execução penal do ano de 1757, onde a forma preferida dos executores era fazer com que o condenado sofresse, castigando-o até sua morte. Observa-se a punição imposta a Damiens:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha acesa cera de duas libras; [em seguida] na dita carroça, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando uma faca com que cometeu o parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, pinche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (FOUCAULT, 2000, pg. 9).

Salienta-se que segundo Foucault (1975) a aplicação de uma pena conforme a descrita pelo mesmo era de intimidar a população, para que não houvesse mais delitos daquela magnitude, o crime cometido pelo Damiens, segundo o autor era de parricídio, qual seja, matar a mãe, onde o agente utilizou-se de uma faca para conseguir seu objetivo.

Conforme Foucault (1975) com passar dos anos as aplicação das penas se modificaram, para uma forma mais humanizada, pois antigamente cometia-

se um crime em cumprimento da lei vigente. Adotou-se então a ideia de prisão, não mais de execução, uma nova fase para a humanidade.

Segundo Mirabete (1992) somente em 1933 que se cogitou a possibilidade de uma Lei de Execução Penal, a qual teve a nomenclatura de Código Penitenciário da República. No entanto, o Código Penal também estava em discussão, sendo que esse foi promulgado em 1940, com a promulgação do mesmo abandonou-se a ideia do Código Penitenciário, pois esse discrepava do atual Código Penal, mas o ordenamento jurídico ansiava por uma Lei de Execuções Penais. Visto que, o Código Penal e o Código de Processo Penal, não regulamentavam a execução da pena e nem as medidas privativas de liberdade. Em 1957 houve a aprovação da Lei nº 3.274, que tangia sobre o regime penitenciário, porém apresentava uma lacuna, no que diz respeito às medidas de punição para quem descumpria os princípios contidos na lei, por esse fator essa lei tornou-se letra morta no ordenamento jurídico, de 1957 a 1984 houve algumas tentativas de efetivar uma Lei de Execuções Penal no Brasil, mas todas sem eficácia. Somente em 1984 foi aprovada a Lei nº 7.210, para que entrasse em vigor 1985 concomitantemente com a reforma da Parte Geral do Código Penal.

Mirabete (1992) ainda discorre sobre a finalidade da pena, abordando três teorias, sendo essas a teoria absoluta, relativa e mista, conforme se pode observar:

Teoria absoluta (retribucionista ou de retribuição), o fim da pena é o castigo, ou seja, pagamento pelo mal praticado. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral, sendo a pena imposta por existência ética em que não se vislumbra qualquer conotação ideológica. Para a escola clássica, que considerava o crime um ente jurídico, a pena era nitidamente retributiva, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, já que a sanção destinava a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito.

Teoria relativa (utilitária ou utilitarista) dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção em geral (com relação a todos) ou especial (com relação ao condenando). Na escola positiva, em que o homem passava a centrar o Direito Penal como objeto principal das conceituações doutrinárias, a pena não era mais um castigo, mas uma oportunidade para ressocializar o criminoso, e a

segregação deste era um imperativo de proteção à sociedade, tendo em vista sua periculosidade.

Teoria mista (ecclética ou intermediária), a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade não é simplesmente prevenção, mas um misto de educação e correção (MIRABETE, 1992, pg. 34).

Analisando as teorias observa-se que o maior interesse é a retirada do criminoso do meio social. A Teoria Absoluta como o nome já diz não abre margem para ressocialização, ou seja, o foco dela é justamente o castigo como forma de reparar o mal causado. Na Teoria Relativa cogita-se buscar uma forma de prevenção, sendo que o objeto é a ressocialização do apenado e na Teoria Mista cria uma ideia, de educação, correlacionado com correção seria uma teoria híbrida.

1.1 Crimes Hediondos

À medida que uma sociedade evolui em sua tecnologia, cultura, economia, exploração natural, etc. Os atos ilícitos praticados na seara do Direito Penal, também sofrem evoluções no que tange o grau de violência e crueldade.

O legislador brasileiro percebendo uma constante evolução na forma com que era praticado o crime não poderia encaixar, esses considerados mais violentos e cruéis de uma forma teoricamente mais branda. Notou-se então uma necessidade de tipificar àqueles crimes considerados anormais, foi então promulgada em 25 de Julho de 1990 a lei n. 8.072 que criou uma modalidade penal considerada como Crimes Hediondos.

Capez (2013) conceitua e trás um critério de classificação dos Crimes Hediondos.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, XLIII, dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, por eles

respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. O constituinte, desde logo, assegurou que o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo são merecedores de tratamento penal mais severo. Cumpra ao legislador ordinário a tarefa de escolher um critério para classificar e definir os crimes hediondos, que mereciam o mesmo tratamento rigoroso (CAPEZ, 2013, pg. 197).

Então para suprir essa exigência legal Capez (2013) afirma que foram propostos três sistemas: o legal, o judicial e o misto.

Capez (2013) especifica que de acordo com o sistema legal, somente a lei pode indicar, em rol de taxativo, quais são os crimes considerados hediondos. O juiz não pode deixar de considerar hediondo um delito que conste da redação legal, do mesmo modo que nenhum delito que não esteja enumerado pode receber essa classificação.

No que diz respeito ao sistema judicial Capez (2013) preceitua que é exatamente ao contrário, ou seja, na lei não haveria nenhuma enumeração devendo o juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, reconhecer ou não a hediondez do crime.

No último sistema elencado pelo doutrinador Capez (2013) com sendo sistema misto refere-se a uma proposta intermediária. Na lei haveria um rol exemplificativo, podendo o juiz reconhecer em outras hipóteses a hediondez de crime não constante na relação.

Dessa forma Capez (2013) afirma que fora adotada pelo ordenamento jurídico o sistema legal, onde somente a lei pode definir quais são os crimes hediondos em um rol taxativo, onde ao magistrado cabe apenas promover a adequação típica e aplicar as consequências legais.

[...] Não é hediondo o delito que se mostre repugnante, asqueroso, sórdido, abjeto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de

colagem, foi rotulado como tal pelo legislador (CAPEZ, 2013, pg. 198).

Capez (2013) comenta que em 25 de Julho de 1990, entrou em vigor no a Lei n. 8.072, cumprindo o mandamento constitucional e adotando o critério exclusivamente legal, enumerou taxativamente em seu art. 1º, todos os crimes hediondos. Ressalta que ficaram de fora os delitos não indicados na disposição, tais como o sequestro e o roubo qualificado pelo emprego de arma. Nota-se que somente são considerados hediondos os crime tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados.

O rol do art. 1º da Lei n. 8.072/90 é composto por onze (11) tipos penais.

1.2 Estupro ao longo da história

Ensina Estefan (2013) que o vocábulo estupro origina-se do termo latim *strupum*, que significa desonra, vergonha. Sendo que na era do Direito Romano vocábulo era utilizado para designar diversas figuras penais, que envolviam desde a prática de atos impudicos praticados por homens ou mulheres sem emprego de violência, passando pelo cometimento de relações sexuais ilícitas, porém ainda se refere o autor que:

[...] Com a obra dos juriconsultos, passou-se a diferenciar algumas figuras antes abrangidas na lata expressão. O *stuprum* passou a ser considerado o concurso sexual com viúva honesta, com virgem ou infante, que não mais se confundia com a relação *extra matrimonium*, cunhada de *adulterium*. Havia, ainda, o *stuprum violentum*, ou seja, cometido contra a vontade da mulher, apenado com morte [...] (ESTEFAN, 2013, pg. 142).

Para Estefan (2013) durante toda a idade média os práticos diferenciaram o *stuprum violentum* e o *stuprum voluntarium*, o qual compreendia o *proprium*, quando resultasse no defloramento.

Estefan (2013) infere que foram poucos os textos que não trataram do assunto, cabendo ressaltar que até os do século XIX que eram influenciados por concepções morais e tentativas de conformação da sexualidade adotada segundo determinados padrões, tratavam do assunto de uma forma inadmissível hoje, porém aceita à época.

O autor informa que até a legislação pátria, desde os primórdios, tipificou o estupro:

Ao tempo das Ordenações Afonsinas já se via a previsão do “estupro voluntário” e “violento”. Aquele era descrito no Título VIII (IX) do Livro V, sob epígrafe: “Do que dorme com moça virgem, ou viúva por sua vontade”. Pretendia-se assim castigar os “pecados muito maus, contra a vontade de Deus”. A norma erigia como valores caros a virgindade e a honestidade das viúvas. O fato era “sancionado” com o casamento ou, caso assim não desejasse a vítima, com a concessão de um dote que lhe possibilitasse o casamento “convinhável”. O estupro violento encontra previsão no Título VI do mesmo Livro, assim intitulado: “Da mulher forçada e como se deve provar a força”, apenando-se o comportamento com pena capital, a qual não era revelada sequer mediante o casamento do agressor com a ofendida. Merece destaque o fato de que somente podiam figurar como sujeito passivo desta figura as mulheres virgens, religiosas, casadas ou viúvas honestas (ESTEFAN, 2013, pg. 143).

Estefan (2013) afirma ainda que nas Ordenações Manuelinas haviam disposições semelhantes, valendo destacar os Títulos (XIV) e XXIII do seu Livro V, respectivamente:

[...] Do que dorme por força com mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade e do que dorme com moça virgem, ou viúva honesta por sua vontade, ou entra em casa de outrem para com cada uma delas

dormir, ou com escrava branca de guarda. E do que dorme com mulher, que anda no Poço [...] (ESTEFAN, 2013, pg. 143).

Para o autor, no que pertine ao estupro violento (Título XIV), mantinha-se a pena capital, mas a definição legal era mais abrangente, posto que alcançava não só as “mulheres honestas”, se não também as escravas e as prostitutas.

Elucida Estefan (2013) que as Ordenações Filipinas foram aquelas que tiveram efetiva aplicação em terras brasileiras, eis que vigoraram do início do século XVII até 1830. Nessa linha o código ora comentado previa o estupro voluntário com mulher virgem ou viúva honesta (Título XXIII), cominando o casamento como pena e, na sua falta, o pagamento de quantia arbitrada pelo julgador apta à formação do dote ou, não tendo bens, o açoite.

Ainda Estefan (2013) explica que no Código Criminal do Império (1830) cuidou-se do estupro no Capítulo II do Título II, referente aos crimes contra a segurança da honra. O art. 222 estava sob epígrafe:

Ter cúpula carnal, por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta – penas: de prisão de três a doze anos, e de dotar a ofendida. Se violentada for prostituta – penas: de prisão por um mês a dois anos (ESTEFAN, 2013, pg. 143).

O autor ainda elucida que as relações sexuais entre homens e mulheres somente eram lícitas a partir dos 17 anos, antes disso, a conjunção carnal sem violência configurava delito.

O Código Penal de 1890 afirma Estefan (2013) que previu a figura em estudo no Título VIII (Da corrupção de menores, dos crimes contra a segurança da honra e da honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor), Capítulo

I (Da violência carnal). De acordo com o artigo 268 estuprar mulher virgem ou não, mas honesta, era fato grave, apenado com prisão celular de um a seis anos; se a ofendida fosse prostituta, a pena privativa de liberdade variava de seis meses a dois anos. Sendo que o art. 269 capitulava:

Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego de força física como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam o hipnotismo, o clorofórmio, o éter, e em geral os anestésicos e narcóticos (ESTEFAN, 2013, pg. 144).

Afirma Estefan (2013) que o legislador penal da Primeira República foi duramente criticado por empregar o termo “abusar” na definição legal do crime. Ainda o autor relata que outros autores, em face disso, sustentaram que a noção jurídica do estupro passara a contemplar não apenas a cópula natural forçada, mas também o coito anal e a felação obtidos contra a vontade da vítima.

Estefan (2013) diz que o Código Penal de 1940 tratou a matéria em seu título VI, sobre rubrica “Dos crimes contra os costumes”. Ainda afirma que o estupro era definido como o ato de “constranger a mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Punindo-se o ato com pena de reclusão, de três a oito anos, no entanto com o advento da Lei dos Crimes Hediondos que agregou tão delito em seu rol, a pena passou para seis a dez anos.

Atualmente relata Estefan (2013), como se viu, a definição legal do delito foi ampliada de modo abranger de qualquer ato libidinoso forçado, seja qual for o sexo da vítima.

1.3 Considerações gerais sobre o crime de estupro

O crime de estupro encontra tipificação legal no artigo 213 do Código Penal:

ESTUPRO:

Art.213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menos de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (anos):

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (anos) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (anos) (BRASIL, Decreto Lei n. 2.848/40).

Conforme consta no enquadramento jurídico o crime se consuma com o constrangimento, violência ou grave ameaça sofrida para obtenção de favores sexuais ou atos libidinosos.

1.4 Valor protegido

Para Estefan (2013) o legislador, por meio da incriminação contida no art. 213 do Código Penal, visa à salvaguarda da dignidade sexual das pessoas, protegendo sua liberdade de autodeterminação com matéria sexual.

Informa Estefan (2013) que o direito de escolha das pessoas na seara das relações sexuais constitui aspecto inerente à personalidade humana, devendo o tratamento conferido ao assunto ser pautado pelo princípio da tolerância e dos respeito às diferenças e opções pessoais. O autor ainda relaciona que cada pessoa tem o sua liberdade sexual garantida, não cabendo ao direito penal versar sobre essa orientação:

[...] O sistema social, através dos meios que lhe são próprios, deve promover, garantir e permitir que cada pessoa escolha, ou tenha a possibilidade de, em liberdade, vir a escolher, a forma como quer exercer a sua sexualidade, independentemente de optar por esta ou aquela função. Nos tempos que ocorrem, a sexualidade é concebida de uma forma cada vez mais aberta e autêntica, no sentido de a sociedade contemporânea aceitar que, o seu exercício, já não é identificado com depravação, de decadência ou dissolução de costumes (...) mas antes corresponde a uma das atividades humanas que dá plena realização à pessoa, que é fonte de prazer e que contribui para o desenvolvimento físico e psíquico de cada um (ESTEFAN, 2013, pg. 142).

1.5 Tipo objetivo

Estefan (2013) relaciona que o crime estudado é punido com o ato de constringer a praticar ou permitir que se pratique qualquer ato libidinoso.

O dispositivo contém para Estefan (2013) uma única ação nuclear, traduzido no verbo acima, que significa obrigar alguém a fazer algo contra a sua vontade, compelir; forçar; subjugar. Sendo assim pressupõe como se infere da explicação, o dissenso da vítima.

Na ótica do autor o constrangimento deve ser dirigido a obrigar alguém a praticar ou permitir que com este se pratique algum ato libidinoso. As elementares praticar e permitir que com este se pratique não se confundem com o núcleo da disposição. Não se trata de verbos nucleares, mas de comportamentos (ativos e passivos) aos quais a vítima é sujeita *manu militari* pelo agente (este constringe e aquela pratica ou permite a prática...).

Afirma Estefan (2013) que tanto a violência quanto a grave ameaça devem dirigir-se a uma *pessoa*, perdendo recair diretamente sobre o ofendido ou em terceiro, por exemplo: agredir o filho da vítima (ou ameaçar fazê-lo) até que ela ceda à concupiscência do autor.

Sendo que para o autor a violência contra a coisa, em si, não constitui meio executivo, podendo, todavia, caracterizar o crime quando se transmutar em mecanismo de coação psicológico, ou seja, de consecução da grave ameaça (por exemplo, quebrar objeto valioso pertencente à vítima):

A ameaça, sendo qualificada como “grave”, requer a infusão de um entrave psíquico relevante, por meio da promessa de um mal determinado, sério e realizável. Em nosso sentir, pouco importa se o mal é justo ou injusto. Imagine a conduta de um policial que, flagrando a conduta de uma mulher vendendo drogas, “convença-a” a ceder aos seus impulsos sexuais para não leva-la presa em flagrante. Há crime de estupro em concurso formal com prevaricação. Advirta-se que o exemplo não se confunde com aquele em que a mulher, *espontaneamente*, oferece favores sexuais em troca de sua impunidade (ESTEFAN, 2013, pg. 145).

Na visão de Estefan (2013) é fundamental que haja resistência séria e inequívoca pela vítima. Para tanto, basta que, de qualquer modo, manifesta sua discordância quanto ao ato na medida em que é suficiente, por exemplo, que diga não. Em nosso sentir, não é preciso que haja resistência violenta por causa *do* sujeito passivo, bastante seu dissenso, repita-se, séria e inequivocamente manifestada.

Conforme Estefan (2013) acrescenta-se que o dissenso do ofendido deve persistir durante todo o ato sexual. Não há crime se o ofendido, de início, resistiu, mas, iniciada a conduta, aquiesceu, tendo prazer no ato sexual. Deve-se compreender bem, todavia, o que se entende por “aquiescer”. Casos há que o sujeito passivo, percebendo que qualquer resistência imposta será inócua, porta-se passivamente (isto é, desiste de lutar). No que tange a essa atitude é evidente que não configura consentimento e, destarte, é incapaz de excluir o caráter delitivo da conduta perpetrada.

Conforme Estefan (2013) é possível que ocorra ato sexual violento, por exemplo, o sadomasoquismo. No entanto se desse comportamento resultar lesão corporal grave ou morte, o crime será punível, pois nesses casos não há espaço para o consentimento do ofendido.

Para Estefan (2013) há duas formas de cometer estupro:

Praticar o ato (o que supõe participação mais ativa da vítima) e permitir que se pratique (que sugere atitude passiva do ofendido, o que é obrigado a suportar a conduta do agente). Não é necessário que haja contato físico entre o autor do constrangimento e a vítima. O agente pode, por exemplo, obriga-la a se masturbar diante dele, sem tocá-la em momento algum (ESTEFAN, 2013, pg. 145).

Elucida Estefan (2013) que o fato pode ser praticado mediante duas ações, sendo por ação ou por omissão via de regra quando, por exemplo, um agente penitenciário ciente da intenção dos demais detentos, nada faz para impedir que estes estuprem o companheiro de cela.

Conceitua Estefan (2013) que atos libidinosos são todos aqueles que tenham conotação sexual, qual seja, tendentes a satisfação da lascívia. Abrangem o típico ato libidinoso, a conjunção carnal (penetração do pênis da vagina, também denominada de cópula vaginal) e quais quer outros, tais como masturbação, o coito anal, a felação, o toque ou beijo nas partes pudendas.

Um tanto quanto exagerado seria conforme o entendimento de Estefan (2013) um beijo roubado ser punido com a severidade de um crime hediondo, mesmo que não consentido pelo ofendido, não traria prejuízo para a sociedade, no entanto, tal conduto poderia ensejar constrangimento ilegal ou imputação ofensiva ao pudor, respeitando dessa forma o princípio da proporcionalidade.

Estefan (2013) reporta o entendimento do princípio da proporcionalidade para a lição de Feldens:

Segundo o qual o princípio constitucional da proporcionalidade deve ser sempre utilizado (*cum grano salis*) para promover a readequação típica de eventuais comportamentos, quando se verificar uma gritante desproporção entre a sanção prevista e a gravidade concreta da conduta. Com efeito, essa medida há de pressupor um excessivo e desarrazoado rigor punitivo. Como obtempera o mencionado autor, “um tal juízo, consistente no deslocamento do fato a uma espécie normativa menos rigorosa, para implicar o afastamento, ainda que parcial e *in concreto*, da lei penal, não pode fazer-se sem mais. Pelo

menos, conforme já aventado, não se pode fazê-lo mediante um construção eminentemente empírica sobre a desproporcionalidade de uma determinada medida, que nada mais seria do que uma concepção subjetiva de proporcionalidade ostentada pelo julgador. Reitera-se: apesar de não absoluta, a regra é, e seguirá sendo, a liberdade de configuração do legislador. Para contrarrestá-la, devemos encontrar pontos de apoio seguros. Não poderá o juiz, simplesmente, suplantar o legislador, limitando-se a dizer que tal ou qual situação é ofensiva do princípio da proporcionalidade porquanto assim lhe parece” (ESTEFAN, 2013, pg. 147).

Estefan (2013) interpreta tal afirmação como possível o afastamento da norma, por aplicação do princípio da proporcionalidade, somente e quando a desproporção for inequívoca e insuperável. Isto porque se trata de submeter a atividade do parlamento ao mando da Constituição. O que não se pode é retirar do legislador a primazia da decisão política e seletiva sobre qual o tratamento penal que a conduta deve merecer.

Dessa forma para o caso analisado segundo Estefan (2013) que seria o beijo lascivo na boa, seria um caso típico para a multicitada readequação da conduta.

Melhor teria andado o legislador para Estefan (2013) se legiferasse de uma forma a distinguir a gravidade dos atos libidinosos forçosamente realizados, pois dessa maneira estaria tratando os crimes proporcionalmente ocorridos, estipulando sanções penais de acordo com a gravidade da conduta praticada, evitando assim algumas discrepâncias de ação x sanção.

Estefan (2013) entende que o cometimento de mais de um ato libidinoso, no mesmo contexto fático, configuraria crime único.

Diverge Estefan (2013) da orientação doutrinária que prega o duplo caráter do elemento (objetivo e subjetivo). Pois significa dizer que o agente deve buscar o desafogo de sua concupiscência. O autor referencia que Hungria pensava da seguinte forma:

Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, da parte do agente, uma expansão da luxúria, deixará de ter cunho libidinoso. Não pode existir ato libidinoso sem libidinidade (ESTEFAN, 2013, pg. 148).

Para Estefan (2013) é irrelevante o motivo que levou o agente a praticar o ato. Deve-se substituir o aspecto subjetivo pela análise da concepção vigente na sociedade acerca do que se entende por semelhante ato, sendo assim relevante seria para a determinação do seu conteúdo e significado pode ser também o circunstancialismo de lugar, tempo e de condições que rodeiam ou que façam ser reconhecível pela vítima como sexualmente significativo, pode assim ser exemplificado os roubadores que, para traumatizarem as vítimas de assalto às obrigam a se despir e se tocarem mutuamente, praticam assim o crime de estupro.

Nesse sentido Estefan (2013) entende que é irrelevante avaliar se o autor da conduta buscava o prazer sexual. O que se deve exigir então é a compreensão do agente (não da vítima) acerca da natureza libidinoso do ato que pratica.

1.6 Tipo subjetivo

Estefan (2013) orienta que esse crime é punido somente em sua forma dolosa.

O autor entende que não há elemento subjetivo específico algum, pois não concorda com a afirmação que exista um duplo caráter na elementar do ato libidinoso, objetivo e subjetivo, de modo a exigir que o sujeito busque a satisfação da própria luxúria.

Nesse entendimento Estefan (2013) vislumbra a ideia que não se faz necessária a satisfação da lascívia, basta, porém que a conduta pratica tenha essa conotação.

Equivalente o pensamento de Estefan (2013) é o de Silva Franco e Tadeu Silva, pois o citado autor os referencia da seguinte forma:

O ânimo lúbrico do sujeito ativo, além de constar do tipo pela do art. 214, já está abrangido pelo dolo do agente, não sendo imprescindível para a configuração do injusto, mesmo porque o autor do crime de atentado violento ao pudor (que hoje equivale ao estupro) pode agir motivado por outros propósitos – como o de humilhar a vítima, ou por intuito vingativo, e outros desígnios que não sejam o exclusivo fim de satisfazer a lascívia do agente, de contentar seu prazer sexual (ESTEFAN, 2013, pg. 149).

Para Estefan (2013) o estupro é um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa e de qualquer sexo, sendo assim todas as pessoas podem figurar como sujeito ativo e passivo, nesse polo, pode haver dois homens, duas mulheres ou homem e mulher, não importando o sexo, sendo necessário o engradamento da figura penal, há crime quando os verbos do artigo 213 do Código Penal forem praticados.

2 CRIME DE ESTUPRO E SUAS MODALIDADES

Ordenamento jurídico penal funciona como um quebra cabeças, onde cada tipo penal corresponde a uma sanção quando violado.

Para o crime de estupro qual é considerado crime hediondo, tem uma tipificação mais severa, punindo com mais rigor o agente causador da conduta delituosa.

Para Marcão (2007) o agente causador do crime de estupro iniciaria seu cumprimento de pena integralmente fechado, no entanto em 23 de fevereiro de 2006 foi julgado o HC 82.959-SP (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus n. 82.959, do Tribunal Pleno. Pena. Regime de Cumprimento. Progressão. Crime Hediondo. Relator Min. Marco Aurélio) declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, pois para os ministros o regime não tratava de progressão de regime o que em nosso ordenamento jurídico é equivocado.

Para entender melhor a tipificação penal do crime de estupro e como funciona sua aplicação é preciso estudar como se procede tal conduta.

2.1 Consumação e Tentativa

Conforme Capez (2013) o crime de estupro consuma-se constringendo alguém, mediante grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Para elucidar melhor o autor divide conjunção carnal e ato libidinoso:

Conjunção carnal: no caso da cópula vaginica, o estupro, por ser delito material, consuma-se com a introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal da mulher. O mero contato do membro viril com o órgão genital da mulher configura o crime tentado. Para Hungria, também será reconhecível a tentativa “quando não haja esse contato, desde que as circunstâncias deixem manifesto, por parte do agente, o intuito de conjunção carnal. Assim, deve responder por estupro tentado o indivíduo que, depois de empolgar a vítima, joga-a no chão ou em cima do leito, levantando-lhe as vestes, arrancando ou rasgando-lhe as calças, e retira o membro em ereção,

procurando aproximá-lo do *pudendum* da vítima, mas vindo a ser impedido de prosseguir por circunstâncias independentes de sua vontade (como quando a vítima consegue desvencilhar-se e fugir, ou sobrevém intervenção de terceiros), Desde que haja um inequívoco ensaio da introdução da verga, é identificável o *conatus*". Caso, no entanto, não chegue haver qualquer contato físico do agente com a vítima, mas se tiver sido empregada grave ameaça (por exemplo, indivíduo que, mediante emprego de arma de fogo, leva a vítima a tirar a roupa, contudo desiste voluntariamente de seu desiderato), deverá o agente responder pelo crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146), uma vez que, pela regra da desistência voluntária, o sujeito ativo apenas responde pelos atos até então praticados (CP, art. 15). Finalmente, pode suceder que o agente primeiro pratique atos libidinosos diversos da conjunção carnal (coito anal ou oral), vindo depois a realizar conjunção carnal. Nesse contexto, caso o agente, por exemplo, viesse a ser surpreendido no momento em que estava pra introduzir o pênis na cavidade vaginal, na antiga sistemática do Código Penal o posicionamento de que poderia responder pelo crime de estupro tentado em concurso com o revogado crime de atentado violento ao pudor. No entanto, com advento da Lei n. 12.015\2009, os atos libidinosos diversos da conjunção carnal passaram a integrar o tipo penal do art. 213 do CP, de forma que, uma vez tendo sido praticados nos mesmo contexto fático, haverá crime único (CAPEZ, 2013, pg. 37 e 38).

Com base no autor consuma-se o crime de estupro com a cópula vaginal, ou seja, introdução do pênis na vagina, porém o crime pode ser consumado caso não haja a penetração se o agente tinha a intenção manifesta de conjunção carnal. Porém devido ao novo entendimento a estupro se consumo com qualquer forma de penetração seja cópula vaginal, anal ou oral, sendo assim equivoca-se o autor ao se referir somente cópula vaginal para consumação do crime.

Para o autor atos libidinosos diferem de conjunção carnal, conforme explica:

Atos libidinosos: consuma-se o delito-crime com a prática ato libidinoso diverso da cópula vaginica. Se o agente emprega violência ou grave ameaça, que são atos executórios do crime, mas não consegue realizar os atos libidinosos por circunstâncias alheias a sua vontade, há crime tentado.

Antigamente, era difícil na prática verificar se o crime ocorrido seria o atentado violento ao pudor consumado ou a tentativa de estupro. Não comprovada a intenção de estuprar, o agente respondia pelo

revogado delito do art. 214 do CP. Por exemplo: após arrancar as vestes da vítima e tatear e beijar seu corpo, o agente é surpreendido por terceiros. Tais atos, por si sós, podiam ser resultados libidinosos e eram aptos a configurar o atentado violento ao pudor. No entanto, caso comprovado o intento de estuprar, perfazia-se o delito do art. 213 do CP, na forma tentada. Da mesma forma, se o agente desistisse voluntariamente de concretizar a conjunção carnal, respondia pelo crime de atentado violento ao pudor, se tivesse realizado algum ato libidinoso. Com o advento da Lei n. 12.015\2009, os atos libidinosos diversos da conjunção carnal passaram também configurar o delito de estupro, de forma que uma vez comprovada a sua realização, o crime do art. 213 será consumado (CAPEZ, 2013, pg. 37 e 38).

O autor divide bem a questão de tentativa e consumação uma vez que cada conduta terá uma pena diferenciada, mas para isso Capez divide o tema em conjunção carnal a atos libidinosos, os ambos admitem o instituto da tentativa, sendo por desistência voluntária ou fatos alheios à vontade do agente. Ainda no sentido de descrever a conduta referência como antigamente se entendia o crime de estupro, pois antes do advento da Lei 12.015\2009 havia o instituto do atentado violento ao pudor, o qual muitas vezes atrapalhava na hora de saber qual delito o agente teria cometido se atentado violento ao pudor, estupro ou atos libidinosos.

Segundo Capez (2013) ficou mais fácil descrever a conduta praticada pelo agente, pois agora ou ele pratica a conjunção carnal e se configura o crime de estupro ou pratica atos libidinosos e também incorre na mesma qualificação.

2.2 Prova do crime de estupro: materialidade e autoria

Conforme (Capez 2013) nem sempre é possível coletar evidências do crime de estupro, ainda mais quando for uma mera tentativa onde não houve conjunção carnal e, mesmo havendo conjunção carnal é difícil coletar vestígios, pois com o emprego da ameaça pode ocorrer submissão por parte da vítima, também tem a hipótese de não haver a ereção por parte do agente, citando alguns exemplos. No entanto se houver vestígios da prática do crime de estupro o autor explica da seguinte forma:

[...] A infração deixando vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Conforme estatui o art. 158 do CPP. Essa regra legal excepciona o princípio da livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (CPP, art. 155, com a redação determinada pela Lei n. 11.690 de 9-6-2008), bem como o da verdade real. Trata-se da adoção excepcional do sistema da prova legal, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de prova, seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou documentos testemunhais idôneos, pois a lei se apega ao formalismo de exigir prova pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva. Assim, quando possível a realização da perícia, sua falta implica a nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição (CPP ART. 564, III, b) e, por conseguinte, a absolvição do imputado com fundamento no art. 386, VII, do CPP, com a redação determinada pela Lei n. 11.690\2008 (CAPEZ, 2013, pg. 39).

Na linha de raciocínio do autor o exame de corpo de delito em crime de estupro é de suma importância, constituindo esse um meio de prova direto. A mera confissão do autor não é suficiente para a sua condenação, nesse caso o ordenamento jurídico trás opções de provas, sendo essas diretas e indiretas. Como exemplo de prova indireta se observa a oitiva de testemunhas, uma prova um tanto quanto complicada de ser obtida uma vez que o crime de estupro dificilmente é testemunhável por transeuntes, pois acontece em locais ermos e as escondidas.

O art. 167 se aplica somente aos casos em que o exame direto já não era possível ao tempo do descobrimento do delito, em face do desaparecimento de vestígios. Se havia a possibilidade de realizar o exame de corpo de delito direto, a omissão da autoridade em determina-lo não pode ser suprida por nenhuma outra prova, sobre pena de afronta à determinação expressa da lei (CPP, art. 158). Nota-se, contudo, uma tendência da jurisprudência dos tribunais superiores a atenuar os rigores dessa regra, sob o argumento de que, não sendo ilícitas, as demais provas podem ser valoradas pelo juiz como admissíveis. Nesse sentido, o STF “A nulidade decorrente da falta de realização de exame de corpo de delito não tem sustentação frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não considera imprescindível a perícia, desde que existentes outros elementos de prova” (CAPEZ, 2013, pg. 39).

No que tange a produção de provas quando existentes indícios de autoria do crime é necessário o exame de corpo de delito, sob pena de nulidade do processo. O autor saliente a necessidade do exame pericial para a comprovação da conjunção carnal, justamente para não haver alguma injustiça, uma vez que a possível vítima queira se eximir de um adultério alegando que foi estuprada e para isso possui outros meios de provas divergentes da prova pericial. No entanto o STF admite outros meios de provas uma vez que não foi possível realizar o exame de corpo de delito direto, visto haver transcorrido um período da prática do fato até o conhecimento pela autoridade competente.

2.3 Prova da conjunção carnal

Elucida Capez (2013) de que se trata de um requisito do crime de estupro, de que houve a introdução completa ou incompleta do membro viril no órgão genital da mulher. Tal comprovação pode ser realizada por meio de evidências como: pelos, contágio de doença venérea, presença de esperma na vítima, gravidez, ruptura do hímen. O STF decidiu que se os laudos de espermatozoide e conjunção carnal derem negativos não invalida a prova de estupro, dado que é irrelevante se ocorreu a cópula vaginal ou não, e se houve ejaculação.

Ainda para o autor não basta a mera comprovação de conjunção carnal para verificar se houve crime de estupro, pois ela sozinha não é capaz de analisar se houve resistência por parte da vítima à prática do ato sexual. Importa notar que algumas mulheres para, se vingar de seus parceiros, por inúmeros motivos, os denunciam pelo crime de estupro, daí então se percebe que a prova da conjunção carnal não é apta para provar se realmente ocorreu o crime de estupro. Sendo assim nota-se imprescindível a presença de que o ato sexual se deu mediante constrangimento moral ou físico.

2.4 Prova da violência empregada

Para Capez (2013) trata-se da violência real, qual seja, aquela que houve emprego efetivo de violência e produziu na vítima escoriações, equimoses, tentativa de esganadura, unhas, mordidas, lesões, tudo como

forma de obriga-la à prática do ato sexual, como forma de vencer sua resistência. Em alguns casos a vítima ante a abordagem do agente pode sofrer uma síncope não oferecendo assim nenhuma resistência ao ato sexual, nesse caso o juiz deve levar em conta outras provas como o depoimento da vítima e a prova testemunhal (exame de corpo de delito indireto).

2.5 Prova de violência moral

Informa Capez (2013) que nesse caso a coleta de vestígios se torna difícil, cabendo apenas a coleta de exame de corpo de delito indireto, oitiva de testemunhas, no entanto como o crime é praticado geralmente as escondidas não há testemunhas, nesse caso o juiz vai se valer apenas do depoimento da vítima.

2.6 Prova da tentativa do crime de estupro na hipótese em que não houve contato corporal

Nesse caso Capez (2013) é contundente dizendo que quando não há vestígios materiais do crime, vai ser levado em conta o exame de corpo de delito indireto, ou seja, prova testemunhal.

2.7 Prova de autoria

Explica Capez (2013) que atualmente com o avanço da medicina, é possível colher o material genético do suposto estuprador e comparar com o material contido nos vestígios do crime, tais como esperma e pelos, presentes no corpo da vítima, no entanto o réu não estará obrigado a realizar nenhuma exame, conforme elucida o autor:

[...] Embora isso seja possível, caso a acusação venha a solicitar o citado exame a fim de comprovar a autoria do réu, este não estará obrigado a realizá-lo, ainda que tenha sido preso em flagrante, em face do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Contudo, a recusa do réu na realização do exame poderá, junto com as demais provas colhidas, servir para formar a convicção do juiz, que possui liberdade para apreciar as provas produzidas em contraditório (CPP, ART. 155, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008). O exame de DNA, dessa forma, não é essencial à

conclusão da autoria do estupro. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Na realidade esse exame poderá servir de instrumento para a comprovação da negativa de autoria. Embora constitua importante meio probatório, não pode ser considerado o único hábil à comprovação da negativa de autoria, uma vez que, segundo o art. 155 do CPP, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas em contraditório judicial e, ainda, de acordo com o art. 167 do CPP, “não sendo possível o exame de corpo de delito por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta” (CAPEZ, 2013, pg. 42).

Conforme o autor refere o princípio de que ninguém poderá produzir provas contra si, o autor pode recusar-se a realizar o exame, no entanto outros meios de provas em direito admitido deverão ser utilizados para a comprovação da autoria, não servindo assim a simples negativa como excludente de ilicitude.

2.8 Palavra da vítima

Para Capez (2013) a palavra da vítima tem valor probatório relativo, e deve ser aceita com reservas. Porém, nos crimes praticados às ocultas, sem presença de testemunhas, como nos delitos contra a dignidade sexual, a palavra da vítima, desde que corroborada pelos demais elementos probatórios deve ser aceita.

2.9 Concursos de crimes

Conforme Capez (2013) na antiga sistemática os delitos de estupro e atentado violento ao pudor eram reputados como crimes distintos, com tipos autônomos. Sendo assim, havia dois crimes não cabendo à aplicação do crime continuado, dada a diversidade das figuras penais. No entanto com o advento da Lei n. 12.015\2009, os dois delitos penais tidos como distintos, passaram a figurar na mesma tipificação penal, conforme o autor salienta:

Com o advento da Lei n. 12.015\2009, o crime de estupro passou a abarcar também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, de forma que, a partir de agora, será possível sustentar a continuidade

delitiva em tais casos. Desse modo, se o agente, por diversas ocasiões, constranger a vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a com ele praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso diverso do coito vaginal, há continuidade delitiva (CP, art. 71). Se, em um mesmo contexto fático, o agente praticar conjunção carnal e diversos atos libidinosos contra a mesma vítima, haverá crime único. Nesse sentido, tem decidido o STF: “Estupro de atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade [...]” (CAPEZ, 2013, pg. 44).

Com essa alteração tentou-se fundir os dois crimes para uma maior severidade, porém quem se beneficiou dessa modificação na figura penal foi os agentes, pois antes eram estipuladas duas penas distintas para cada crime, agora se atribui uma pena, na medida em que, o crime de estupro abarcou o atentado violento ao pudor. No entanto quem antes cumpria pena por estupro + atentado violento o pudor, teve sua pena recalculada, pois conforme o art. 5º, XL, Constituição Federal, foi aplicado o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

2.10 Estupro e sequestro ou cárcere privado. Modificações operadas pela Lei n. 11.106

Elucidada Capez (2013) que com a entrada em vigor da referida Lei a privação, com o fim libidinoso, da liberdade de qualquer pessoa será enquadrada no crime de sequestro ou cárcere privado na forma qualificado (CP, art. 148, § 1º, V). O autor explica a quando ocorre o possível concurso de crimes, conforme segue:

Quanto ao possível concurso de crimes com eventual estupro, a aplicação do princípio da consunção dependerá da similitude de contextos fáticos. Assim, na hipótese de o agente conduzir a vítima até local ermo, submetê-la à conjunção carnal, e, logo em seguida, abandonar o local, não poderá se falar em concurso de crimes, pois a privação da liberdade perdurou o tempo estritamente necessário para a conjunção carnal, integrado, por isso, o *iter criminis* do delito sexual mais grave. Aplica-se o princípio da consumação, evitando-se que o agente seja responsabilizado duas vezes pelo mesmo comportamento (*bis in idem*). Fica, assim, o sequestro absorvido pelo

estupro, por ser mera fase normal de sua execução, desde que o registro ao tempo necessário à conjunção carnal. O concurso de crimes subsistirá apenas quando o sequestro e o crime subsequente forem praticados em contextos diversos e em momentos bem destacados temporalmente, fora da linha de desdobramento causal anterior. Por exemplo: o sujeito mantém a vítima em cativeiro, mesmo após satisfazer-se. Nesse caso, haverá concurso material de crimes, dado que as ações foram bem destacadas. Por essa mesma razão, o agente deverá responder pelo sequestro em sua forma qualificada em concurso material com estupro. Se as ações são autônomas e independentes uma da outra, não se pode conceber que uma acabe sendo absorvida, ainda que em parte. Em suma, se os contextos fáticos forem distintos e as ações destacadas no tempo e no espaço, o agente deverá responder pelo sequestro qualificado pelo fim libidinoso em concurso com o estupro (CAPEZ, 2013, pg. 46).

O autor se posiciona de uma forma técnica, pois somente poderá haver sequestro em concurso material com estupro se o agente depois de praticar à conjunção carnal ou ato libidinoso manter a vítima em cárcere. Pois a simples privação da liberdade da vítima enquanto perdurar o ato é meio para o crime de estupro, não podendo ser penalizado o autor, duas vezes pela mesma conduta, nesse sentido seria o mesmo que um agente que comete um homicídio e sua forma de execução e emprego da arma de fogo, ele responderá pelo homicídio e não pelo disparo, ambos têm previsão legal, porém o crime de homicídio absolve o disparo de arma de fogo.

2.11 Estupro e homicídio ou lesões corporais

Orienta Capez (2013) que se o agente estuprar a vítima e resolver mata-la, haverá concurso material de crimes, se o agente após estuprar a vítima, resolver lesioná-la, haverá concurso material de crimes. Agora se do estupro advier a morte da vítima em resultado das lesões ou em decorrência do estupro resultarem lesões corporais de natureza grave, o agente responderá por estupro na forma qualificada. Na presença de lesões corporais leves ou presença de vias de fato, esses serão absorvidos pelo crime de estupro, pois são meios necessários para a tipificação penal.

2.12 Estupro contra vítimas diversas

Segundo Capez (2013) conforme o art. 70 do CP é possível o reconhecimento da continuidade delitiva quando os crimes lesarem bens jurídicos pessoais, como a vida, a integridade física, ainda que praticados contra vítimas diversas. No entanto quando não forem preenchidos os requisitos do crime continuado, poderá responder o agente por concurso material quando assim figurar.

2.13 Estupro contra a mesma vítima em ocasiões diversas

Para Capez (2013) quando forem preenchidos os requisitos legais, poderá haver continuidade delitiva, ausentes esses requisitos o agente deverá responder pelos crimes de estupro em concurso material.

2.14 Vários estupros contra a mesma vítima na mesma ocasião

No entendimento de Capez (2013) haverá um só crime, ainda que o agente tenha mantido mais de uma relação sexual com a mesma vítima e oportuna ocasião.

2.15 Formas

Frisa Capez (2013) que está tipificado a forma simples do crime de estupro no art. 213 *caput* do CP.

Informa Capez (2013) que a forma qualificada pelo resultado estão previstas nos §§ 1º (1º parte) e 2º do art. 213, sendo que sofrem modificações com a publicação da Lei n. 12.015\2009 a qual revogou expressamente o art. 223 do CP.

Desse modo Capez (2013) explica que se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima ou até mesmo a morte da vítima, o agente responderá pelo crime de estupro em sua forma qualificada, com penas de 8 a 12 (oito a doze) anos de reclusão e conforme a alteração dada pela Lei n. 12.015\2009 a pena máxima será de 30 anos, sendo que anterior a lei a pena seria de 12 a 25 (doze a vinte e cinco) anos. O autor ainda saliente que o crime de estupro não é considerado complexo:

Importante asseverar que o estupro não é considerado crime complexo, mas forma especial de constrangimento ilegal, uma vez que não resulta da fusão de dois crimes. Explica-se: o estupro é formado pela fusão do constrangimento ilegal mais a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso. Ocorre que as relações sexuais normais ou anormais, por si sós, não constituem delitos, de modo que não há falar em crime resultante da união de outros. Há somente um delito: constrangimento ilegal especial. Sim, porque, na conduta tipificada pelo art. 146 do CP, o agente tem a vontade de compelir a vítima a fazer ou deixar de fazer coisa específica (CAPEZ, 2013, pg. 48 e 49).

O mesmo não pode ser dito com relação ao estupro qualificado, este sim, considerado pela doutrina como crime complexo:

No que toca as forma qualificadas do art. 213 (§§ 1º, 1º parte, e 2º), no entanto, aí sim se verifica a ocorrência do chamado crime complexo, uma vez que aos delitos sexuais em questão somam-se as lesões corporais culposas de natureza grave ou o homicídio culposo (CAPEZ, 2013, pg. 48 e 49).

Importa também ressaltar que as qualificadoras do crime de estupro advêm da forma preterdolosa de conduta do agente, ou, em outras palavras:

Convém ressaltar que todas as hipóteses do art. 213 são preterdolosas, nelas existindo o dolo no antecedente (estupro) e culpa no resultado agravador consequente (lesões graves ou morte). Se houver dolo nas lesões ou no homicídio, estarão configurados dois delitos autônomos em concurso material: estupro e lesões graves dolosas, neste último caso, ambos ser julgados pelo júri popular. Entendimento diverso levaria a uma situação injusta, já que o estupro qualificado na forma do art. 213 o CP recebe pena menor do que a resultante da soma dos delitos dolosos autonomamente praticados. Desse modo, sua incidência deve ficar restrita às lesões corporais culposas e ao homicídio culposo, resultantes da violência empregada. Pois bem. Ocorrida a hipótese de crime preterdoloso, ficará afastado a possibilidade da tentativa, de modo que, consumando-se as lesões graves ou morte, a título de culpa, o crime complexo no art. 213, §§ 1º (1º parte) e 2º, estará consumado, aplicando-se por analogia a solução dada ao latrocínio pela Súmula 610 do STF: "Há crime de

latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”. Finalmente, se as lesões culposas ou o homicídio culposo forem provocados por terceiros, e não na própria vítima, como consequência da violência empregada da prática sexual, não estará tipificada a forma qualificada do art. 213 do CP, devendo o agente responder pelas infrações em concurso material (CAPEZ, 2013, pg. 48 e 49).

Importante notar que o crime de estupro em sua forma simples não é considerado crime complexo, no entanto quando incidir suas qualificadoras pelo resultado, aí sim passa a ser crime complexo, pois envolve mais de um crime para a prática delituosa, não importando se essa prática é dolosa ou culposa, sendo que o crime de estupro é considerado preterdoloso, ou seja, dolo no consequente e culpa no inconsequente.

Capez (2013) nota que a Lei n. 12.015/2009 acrescentou uma nova qualificadora ao delito de estupro, de forma que a pena será de reclusão, de 8 a 12 anos, se a vítima é menor de 18 anos e maior de 14 anos, portanto o legislador tratou de agravar a pena quando se tratar de adolescente. O autor ainda frise que a qualificador não incidirá se o crime for praticado na data em que a vítima completa seu 14º aniversário.

Diante de tal análise importante ressaltar que a classificação do crime de estupro serve como norteador jurídico, ou seja, determinadas condutas quando realizadas terão suas penas diferenciadas, dependendo o caso concreto.

3 APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS NO CRIME DE ESTUPRO

Conforme Capez (2013) o estupro é considerado Crime Hediondo, sendo assim antigamente era insuscetível de liberdade provisória e a pena deveria ser cumprida *integralmente fechado*. Uma consequência dessa previsão é que era, assim, vedada a progressão de regimes, por força da necessidade do integral cumprimento da pena em regime total de segregação. Assim, não havia direito a passagem para a colônia penal agrícola ou liberdade plena.

No entanto como já mencionada o Supremo Tribunal Federal em julgamento do HC 82.959, mudou essa visão, entendendo ser inconstitucional, por ferir o princípio da dignidade humana e da proibição de penas cruéis.

Segundo Capez (2013) estávamos diante de um controle de constitucionalidade, o qual não vincularia com a orientação permissiva os juízes e tribunais, no entanto, o Supremo Tribunal Federal acabou estendendo os efeitos da decisão a casos análogos. Com essa assertiva caberia aos juízes analisar os pedidos de progressão de regime de conforme o comportamento do apenado.

Sendo assim considera Capez (2013) que o crime que pretendia um punição mais gravosa para o agente, passou a fazer jus do benefício da progressão de regime, uma vez cumprido 1/6 da pena e comprovado bom comportamento carcerário.

Para Capez (2013) a interpretação do STF, acabou por gerar uma distorção, pois aquele que praticou o crime de estupro qualificado poderia obter, após o cumprimento de 1/6 da pena e comprovado bom comportamento carcerário, a progressão de regime. Sendo assim, foi dispensado o tratamento idêntico a crimes gritantemente distintos, fazendo uso dos princípios constitucionais de igualdade e proporcionalidade.

Porém conforme o autor a polêmica ainda não estava solucionada, pois alguns juízes negaram a força vinculante do HC 82.959, dizendo que essa não possuía efeitos *erga omnes*. Essa decisão deveria ser comunicada ao Senado

para que legiferasse uma resolução, nesse cenário jurídico nasceu então a Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, passando a permitir expressamente a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados.

3.1 Progressão de regime conforme Lei n. 11.464

Capez (2013) alude que após o advento da mencionada norma jurídica o cenário penal no que tange a progressão de regime teve uma nova ótica, conforme segue:

A partir do advento da Lei n. 11.464/2007, a pena dos crimes hediondos e equiparados deverá ser cumprida *inicialmente* em regime fechado, e não *integralmente*, o que significa dizer que a progressão de regime passou a ser expressamente admitida [...] (CAPEZ, 2013, pg. 57).

Sendo assim ficou expressamente normatizado a progressão de regime no crime de estupro, fazendo jus aos princípios da dignidade da pessoa humana e a proibição das penas cruéis.

Ressalta Capez (2013) que a aludida lei trouxe enfoque diferente do que mencionava o HC 82.959 do STF, o qual possibilitava a progressão de regime depois de cumprido 1/6 da pena. Agora a progressão de regime se da quando o apenado for primário após cumprimento de 2/5 da pena, isto é 40% e, se reincidente, 3/5 da pena o que totaliza 60%.

Menciona Capez (2013) que a antiga redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, exigia-se, para a progressão de regime, que o mérito do condenado assim recomendasse, além do que a concessão deveria ser precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação, bem como do exame criminológico, quando necessário. No entanto a atual redação da por esse artigo conforme Lei n. 10.792/2003, apenas indica que o condenado deve

ostentar bom comportamento carcerário e a decisão deve ser pretendida de manifestação do Ministério Público e do defensor. Em face disso menciona o autor que os requisitos ficaram mais flexíveis e a situação ficou mais temerária com a progressão de regime dada pela Lei n. 11.464/2007 para estupradores. Porém o STF assinala que embora o exame criminológico não seja mais obrigado como requisito conforme a Lei n. 10.792/2003, o juiz pode valer-se de sua faculdade e exigir o exame, analisando as peculiaridades do caso concreto, desde que faça uma decisão adequadamente motivada.

Capez (2013) ainda saliente que conforme Súmula 715 do STF, a progressão de regime se baseia no total da pena, ou seja, os 40 ou 60% do cumprimento da pena vai se basear no total da pena em que o indivíduo terá que cumprir e não nos 30 anos (tempo máxima de cumprimento da pena) conforme diz o art. 75 do Código Penal.

3.2 Aplicação da lei no tempo. A declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072\90 e o advento da Lei n. 11.464\2007

Para Capez (2013) a aludida Lei traz algumas situações específicas no que concerne a aplicação da lei penal no tempo, são essas:

- a – dos condenados que praticaram o crime antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, mas foram beneficiados pela decisão no HC 82.959, obtendo o benefício da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, e comprovado o bom comportamento carcerário (LEP, art. 112 e Súmula 471, do STJ);
- b – dos condenados que praticaram o crime antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, mas não obtiveram o benefício da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena em virtude de alguns juízes terem negado força vinculante à decisão proferida no HC 82.959;
- c – dos condenados que praticaram o crime após a entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007 (CAPEZ, 2013, pg. 59).

As situações referidas pelo autor se referem a três momentos distintos sendo os apenados que cometeram o crime antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464 e obtiveram a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena e deve o bom comportamento carcerário, pois nesse caso os juízes aplicaram o HC 82.959. Comenta o autor no segundo momento dos apenados que cometeram o crime após o entendimento do HC 82.959, porém os juízes entenderam não ser constitucional tal medida, sendo assim não aplicaram a progressão de regime e por última salienta o autor daqueles apenados que cometeram o crime após a entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007.

Entende Capez (2013) que depois da decisão do HC 82.959 não produzir efeitos, qual seja, não possuir efeito *erga omnes*, se vislumbra as seguintes situações:

a - para aqueles que praticaram o crime, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007 (que ocorreu em 29-03-2007), e tiveram seu pedido de progressão negado com base na antiga redação do art. 2º, § 1º, a nova lei deverá retroagir por inteiro, pois passou a permitir a progressão de regime, constituindo desse modo, *novatio legis in melius*, diante da permissão para a progressão de regime. Assim, lograrão a progressão se cumprirem 2/5 da pena, se primário, ou 3/5, se reincidente.

b – para aqueles que praticaram o crime após a entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, valem as novas regras, da forma que deverá ser preenchido o novo requisito temporal para se lograr a progressão de regime (CAPEZ, 2013, pg. 60).

Com o advento da lei em epígrafe o autor faz menção de dois momentos distintos, os apenados que cometeram o crime e não haviam conseguido a progressão de regime, pois alguns juízes se pautavam na inconstitucionalidade do HC 82.959, no entanto com a publicação da Lei n. 11.464/2007, esses apenas conseguiram a progressão de regime. Outro momento distingue do anterior, pois menciona o crime cometido após a vigência da referida Lei,

sendo que esses apenados deverão respeitar o lapso temporal para conseguirem o benefício.

3.3 Da abolição da vedação legal da concessão da liberdade provisória

Conforme Capez (2013) a Lei n. 11.464/2007 promoveu significativas modificações na lei dos Crimes Hediondos, sendo uma delas a abolição da vedação da concessão de liberdade provisória, muito embora o crime continue inafiançável, o condenado por crime de estupro e for preso provisoriamente, poderá obter benefício da liberdade provisória, caso não estejam presentes os pressupostos para sua segregação cautelar. Para o autor somente poderá se manter preso cautelarmente o apenado que preencher os pressupostos que autorizem sua prisão preventiva, ou seja, somente se admitirá a prisão antes da condenação quando for imprescindível para evitar que o apenado continue praticando crimes durante o processo, frustre a produção de prova ou fuja sem paradeiro conhecido, tornando impossível a futura execução da pena, ou em caso de qualquer descumprimento de alguma medida cautelar imposta. Quando não ocorrer nenhuma dessas hipóteses, não se vislumbra o *periculum in mora* e não se pode impor a prisão processual.

Fica evidente que os doutrinadores elucidaram um tema muito discutido, qual seja a concessão de progressão de regime e liberdade provisória, tais benefícios que nos primórdios não havia, pelo simples fato dos legisladores quererem o máximo de rigor possível para os crimes taxados como hediondo, no entanto acabaram não pensando que agindo assim estariam privando o apenado de uma ressocialização, uma vez que tais benefícios fazem parte do papel de inserção do apenado de volta no bojo da sociedade.

4 QUAIS OS MECANISMOS ADOTADOS PELA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS PARA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO EM CRIME DE ESTUPRO

O principal objetivo a pena restritiva de liberdade é a ressocialização do apenado, ou seja, inserir esse cidadão novamente no bojo social. Para isso a Lei de Execuções Penais trás requisitos para que tal fato seja possível.

No que tange ao crime de estupro não há uma medida estrita para o apenado, esse vai entrar nas mesmas medidas adotadas do que os outros apenados que cometeram crimes. Essa diferenciação não é feita pela Lei de Execuções Penais.

No entanto Marcão (2007) fala sobre as recompensas que o apenado pode ter se tiver bom comportamento carcerário, dedicação ao trabalho e disciplina. Atingindo esse patamar ao apenado serão concedidas algumas regalias, que servem para estimular o bom comportamento, aqui se vislumbra uma medida de reabilitação, pois ao preso é concedida a analogia, se eu me comportar devidamente, terei regalias, em contraposto se ele mantiver sua conduta de homem médio na sociedade, regalias sociais serão ofertadas.

O bom comportamento carcerário serve de exemplo para os demais presos, e trás consequências positivas na vida do apenado, pois a ele é dado elogios pelo comportamento e conseqüentemente concedido recompensas.

Para o autor a Lei de Execuções Penais foi omissa, não especificando que tipos de regalias poderiam ser concedidos, no entanto é óbvio notar que regalias que contrariam a LEP ou não respeitam a condição de preso são incompatíveis e inconcebíveis. O autor trás ainda alguns exemplos de regalias:

São exemplo de regalias: receber bens de consumo, patrimoniais, de qualidade, quantidade e embalagem permitida pela administração, trazidos por visitantes; visitas conjugais ou íntimas; assistir sessões de cinema, teatro, shows e outras atividades socioculturais, fora do horário normal, em épocas especiais; participar de atividade coletivas,

além da escola e do trabalho, em horário mais flexível; participar de exposição de trabalho, e outros que digam respeito às suas atividades; concorrer em festivais e outros eventos; praticar esportes em áreas específicas; visitas extraordinárias, devidamente autorizadas (MARCÃO, 2007, pg. 49).

Fica evidente diante do exposto que a Lei de Execuções Penais procurou adotar medidas que ajudem a reabilitação do apenado, de forma alguma obrigando, mas de certa forma estimulando o bom comportamento.

4.1 Do trabalho interno

Elucida Marcão (2007) que todo o apenado que se enquadre nos requisitos de idade, habilitação, aptidão e condição pessoal e esteja cumprindo a pena em regime definitivo, está obrigado a trabalhar. Não se confunde com trabalho forçado o que seria inconstitucional, porém não contraria o disposto no artigo 5º, XLVII da Constituição Federal.

Segue o autor informando que o trabalho deve ter duração de seis a oito horas diárias sendo esses o teto mínimo e máximo, não podendo ser inferior e nem superior, o descanso deve ser concedido nos domingos e feriados, no entanto possuem horário diferenciado e especial aqueles presos designados para serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal, tais como os que desempenham atividades de faxina, na administração e enfermarias.

Para Marcão (2007) as atividades artesanais devem ser limitadas, não proibidas, exceto naquelas regiões onde possui grande fluxo turístico, no entanto ao preso que optar pela atividade laborativa artesanal a ele deve ser concedido o benefício da remissão, respeitando os limites legais.

O trabalho interno é uma forma de ocupar o apenado e dignifica-lo, para que aprenda uma atividade laborativa, pois em alguns estabelecimentos prisionais possuem fábricas, dessa forma o preso vai adquirir uma profissão, que poderá ser utilizado quando voltar para a sociedade. Mas uma vez cabe

ressaltar que o condenado em crime de estupro tem os mesmos direitos e os mesmos mecanismos de reinserção social que outros apenados.

4.2 Do trabalho externo

Marcão (2007) orienta que devem ser preenchidos os mesmo requisitos de aptidão, idade, habilitação e condição pessoal que no trabalho interno. No entanto, diferencia-se desse, pois agora é necessário um exame criminológico apurando os requisitos objetivos e subjetivos, veja bem necessita então o preenchimento de ambos a falta de um deles impossibilita a concessão para o trabalho externo.

O trabalho externo submete-se à satisfação de dois requisitos básicos. Um subjetivo, qual seja, a disciplina e responsabilidade, que a nosso ver devem ser apuradas em exame criminológico, e outro objetivo, consistente na obrigatoriedade de que tenha o preso cumprido o mínimo de um sexto de sua pena (MARCÃO, 2007, pg. 28).

Nesse certame é importantíssimo a análise dos requisitos objetivos e subjetivos, pois no primeiro se verifica o cumprimento de um sexto da pena, que serviria com uma punição para reflexão antes de conceder algum benefício e, no segundo momento a análise subjetiva, qual seja do comportamento do apenado, apurado em exame criminológico, tal medida para garantir que esse apenado não fuga.

Para o autor, tanto a concessão do benefício de trabalho externo como a sua revogação é faculdade do diretor prisional, pois o art. 66 da Lei de Execuções Penais não inclui tal atividade em seu rol.

Pontua Marcão (2007) que quando é concedido o benefício ao apenado e for apurada a prática de uma falta grave ou cometimento de uma crime ou ainda, faltar com o dever de disciplina e responsabilidade, será revogado o

benefício de trabalho externo, sendo essa revogação obrigatória, uma vez que a concessão somente é ofertada aquele que é merecedor de tal benesse.

4.3 Permissão de saída

Salienta Marcão (2007) que a permissão de saída é regulada pelos artigos 120 e 121 da Lei de Execução Penal, sendo que se fundamenta em razões humanitárias e ter por finalidade conceder ao apenado que cumpre a pena em regime fechado, sair do estabelecimento prisional, em caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira ou companheiro, ascendente, descendente, irmão ou irmã, ou em caso de necessidade de tratamento médico.

No que tange o rol do art. 120 da Lei de Execução Penal é meramente enumerativo, não sendo de forma alguma exaustivo, no entanto só podem realizar-se nos limites previstos em lei.

A concessão ou não do benefício de permissão de saída do estabelecimento prisional, segundo Marcão (200) é faculdade do direito prisional, concedida à permissão o tempo de duração será necessário à finalidade da saída. No entanto, embora a concessão da permissão de saída seja apreciada pela administração prisional, nada impede a apreciação judicial do pedido, com necessária fiscalização do Ministério Público.

Afirma Marcão (2007) que pela própria natureza do instituto, reafirmada as hipóteses autorizadoras, a permissão de saída destina-se a breves ausências do estabelecimento prisional, pelas razões taxativamente previstas e sempre com escolta. Para tal concessão do benefício o preso deverá comprovar idoneamente o que pretende:

Para obter o benefício, o preso deverá comprovar o falecimento ou a doença grave por documentos, assim como a relação de parentesco, observado, nesse caso, o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal. Apenas com relação à companheira ou companheiro é que, diante da eventual impossibilidade de comprovação documental da relação estável, restará o preso buscar a comprovação por qualquer

outro meio idôneo de prova (escritura pública de declaração, por exemplo), que então deverá ser submetida à prudente e cautelosa análise do diretor do estabelecimento prisional (MARCÃO, 2007, pg. 154 e 155).

Conforme transcorre o autor não basta apenas o apenado se encaixar no rol taxativo trazido pelo art. 120 da Lei de Execução Penal, necessária se faz a prova de tal, sendo essa concedida ou não com a análise dos documentos e provas idôneas, pela administração prisional.

Raciocina o autor que a doença grave não necessita ser incurável, nem tão pouco o apenado estar em fase terminal, necessário se faz apenas a doença grave, sem especificações.

Discorre Marcão (2007) que para os estabelecimentos prisionais que possuem enfermarias e possibilidade de tratamento dentro do sistema carcerário, tal requisito de permissão de saída não se faz necessário, no entanto se os recursos desse tratamento não forem suficientes para a manutenção da saúde e integridade física do apenado, não é aceitável barrar a permissão de saída, pois o bem maior é a vida, é inaceitável diante da pública e notória falência do sistema prisional deixar de tomar certas atitudes humanitárias em prol dos sentenciados, sobre pena de violação dos direitos humanos.

4.3.1 Prazo

Conforme Marcão (2007) Lei de Execução Penal não estabeleceu prazo para permissão de saída, diferindo dessa forma da saída temporária que tem o prazo de sete dias.

Segue autor explicando que no que é pertinente a permissão de saída por doença grave a Lei de Execução Penal deixou de imaginar a hipótese de que o apenado ficaria mais de sete dias, transpondo assim até mesmo a permissão de saída temporária. Isso trás uma consequência, pois o apenado internado em hospital público necessita de escolta o tempo que permanecer no

leito hospitalar. Quando existir tal fato o juízo de execução criminal deve ser informado obrigatoriamente, bem como o Ministério Público, pois o tempo em que permanecer internado, poderá influenciar na execução de sua pena.

4.4 Saída temporária

Na teoria da saída temporária, somente os presos em regime semiaberto poderiam fazer jus a essa benesse, sendo assim para o apenado que cumpre sua pena pelo delito de estupro, não poderia ser ofertado de imediato. Pois o regime de cumprimento de pena inicialmente é fechado, ele poderá alcançar tal benefício quando seu regime progredir para o semiaberto, nesse momento ele estará apto para concessão da saída temporária, se preencher os requisitos e hipóteses previstas em lei.

Para Marcão (2007) o nome saída temporária é sugestivo, já que o apenado se ausentará do estabelecimento prisional por período determinado, sendo esse sete dias não podendo ultrapassar esse requisito legal.

Elucida o autor que o rol para a concessão da saída temporária é taxativa e encontra amparo legal no art. 122 da Lei de Execução Penal, sendo esse a visita à família, frequência em curso supletivo profissionalizante, bem como o de segundo grau e superior, na comarca do juízo da execução e participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Importante que na saída temporária o apenado obtém um voto de confiança do diretor prisional, pois não é necessário escolta.

Marcão (2007) explica que no que tange a concessão de saída temporária para a visita da família se dará quando verificar as datas comemorativas como dias das mães, natal, páscoa, aniversário do filho e festividades de final de ano.

Visa-se com tal benefício o fortalecimento de valores ético sociais, de sentimentos nobres, o estreitamento dos laços afetivos e de convívio social harmônico pautado por responsabilidade, imprescindíveis para a ressocialização do sentenciado, bem como o surgimento de contra estímulos ao crime (MARCÃO, 2007, pg. 156).

Com tal assertiva verificada pelo autor é de sumo importância que a Lei de Execução Penal se preocupa justamente com a ressocialização e para que essa ocorra de uma forma pacífica a LEP trouxe mecanismos para a efetivação da retomada da vida social por parte do apenado.

Informa Marcão (2007) que o apenado ao atingir o regime semiaberto não alcança de imediato à concessão da benesse, necessita então de requisitos subjetivos e objetivos, ainda mais para a concessão de tal benefício é pressuposto a motivação do juiz da execução, ouvido o Ministério Público e administração penitenciária e, ainda dependerá de requisitos de comportamento adequado, comprimento do no mínimo um sexto da pena, se primário, e um quarto, se reincidente e ainda a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

4.4.1 Prazo

Na lição de Marcão (2007) o para o afastamento do estabelecimento prisional é de sete dias, podendo ser renovada por quatro vezes durante o ano, conforme art. 124 da Lei de Execuções Penais.

Ainda com o raciocínio do autor cabe o apenado pedir cinco vezes durante o ano a concessão de saída temporária, não podendo exceder nenhuma delas há sete dias e a cada pedido de saída é analisado os requisitos para a concessão, um de cada vez. Não há compensação de dias, ou seja, totaliza trinta e cinco dias durante o ano em o apenado poderá se ausentar do estabelecimento prisional, se pedir em cada saída o prazo máximo, porém se em uma delas não exaurir seu direito, não caberá em outra concessão prorrogar o prazo de sete dias.

Grande dúvida ocorre quando ao apenado for concedido o benefício de saída temporária para fins curso de profissionalização, segundo grau ou ensino superior, uma vez que não poderá exceder a cinco autorizações por ano. Nesses casos ao apenado é necessária a comprovação do tempo de saída para suas atividades discentes. Sendo revogado tal benefício se o apenado não apresentar bom rendimento escolar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a finalização da pesquisa acadêmica cabe ressaltar que a Lei de Execução Penal se preocupou em estabelecer mecanismos para a recuperação e ressocialização do apenado por crime de estupro.

Tal crime como abordado é considerado Crime Hediondo, pois o rol dessa Lei estabeleceu tal tipificação, sendo assim a abordagem e execução da pena é mais severa, no entanto essa severidade obedece ao critério da proporcionalidade e da razoabilidade.

Quando entrou em vigor a Lei dos Crimes Hediondos estabeleceu critérios rígidos quando ao início de cumprimento da pena, que seria integralmente fechado, ou seja, sem possibilidade de progressão de regime. Posterior verificou-se a inconstitucionalidade de tal medida, pois feria princípios constitucionais.

Para corrigir esse problema legislativo se propôs então a progressão de regime após o cumprimento de dois quintos da pena se primário e três quintos se reincidente.

Cabe salientar também a alteração ocorrida quando se fala em estupro e atos libidinosos, o que antes era separado e penalizado de forma diversa, agora ficou abarcado no art. 213 do Código Penal, tudo como estupro. Verificou-se nessa transação penal um grande problema, pois antes as penas somavam-se a de estupro e atos libidinosos, com o advento da alteração os apenados que cumpriam a execução penal por tal fato, acabaram tendo o benefício da retroação da lei, pois era mais benéfica do que a antiga.

No que se refere aos mecanismos adotados para a ressocialização do apenado, a Lei de Execução Penal o legislador foi inteligente, pois legiferou de tal forma que o apenado possui aparatos para voltar à sociedade.

Os meios são concedidos cada um em sua medida e devido requisitos preenchidos, dos quais uns dependem do próprio apenado, como os requisitos

subjetivos e outros da própria execução penal que seriam os requisitos objetivos.

Tal mecanismo se mostra eficaz, pois o bom comportamento do apenado trás a ele benesse, que se converterá em benefícios para sociedade servindo como antídoto ante o crime.

Cabe ainda ressaltar que no sistema penal não existe uma diferenciação no que se refere ao cumprimento da pena, os mecanismos para a ressocialização e reabilitação são os mesmos para todos os delitos.

6 REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12^o ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 9^o ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2013.

ESTEFAN, André. **Direito Penal, parte especial**. 2^o ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 39^o ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 4^o ed. São Paulo- SP: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 5^o ed. São Paulo-SP: Atlas, 1992.

BRASIL, **Decreto Lei n. 2.848/40 Código Penal**. 7^o ed. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

BRASIL, **Lei n. 8.072/90 Lei dos Crimes Hediondos**. 7^o ed. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

BRASIL, **Lei n. 7.210/84 Lei de Execução Penal**. 7^o ed. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais Ltda., 2015.